PROJETO QUALIFICA

Qualificação do Projeto de TCC do Curso de Direito

1º Semestre de 2017

ISBN 978-1548955957

COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

do Curso de Direito da Faculdade

Metropolitana São Carlos

EDITORAÇÃO E PADRONIZAÇÃO DA COLETÂNEA

Profa. Dra. Fernanda Castro Manhães

Prof. Dr. Marcos Oliveira Athayde

Profa. Ma. Ione Galoza de Azevedo

Profa. Ma. Neuza Maria de Nunes Siqueira

Prof. Me. Tauã Lima Verdan Rangel

ISBN: 978-1548955957

FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS

Avenida Governador Roberto Silveira, nº 910

Bom Jesus do Itabapoana-RJ

CEP: 28.360-000

Site: www.famescbji.edu.br

Telefone: (22) 3831-5001

Projeto Gráfico da Capa: Antônio Bendia de Oliveira Júnior

O conteúdo de cada trabalho é de responsabilidade exclusiva dos autores.

A reprodução dos textos é autorizada mediante citação da fonte.

COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

do Curso de Direito da Faculdade

Metropolitana São Carlos

COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Fernanda Castro Manhães
Diretora Acadêmica da Faculdade Metropolitana São Carlos

Prof. Dr. Marcos Oliveira Athayde
Coordenador Acadêmico da Faculdade Metropolitana São Carlos

Profa. Ma. Neuza Maria de Nunes Siqueira
Coordenadora Institucional de Extensão Universitária

Prof. Me. Tauã Lima Verdan Rangel
Coordenador Institucional de Trabalho de Curso

Profa. Ma. Ione Galoza de Azevedo
Coordenadora do Curso de Direito

Prof. Me. Felipe Nogueira Alves da Silva
Coordenador do PROCON

Profa. Ma. Viviane Machado Bastos
Coordenadora do Núcleo da Cidadania

COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":

Qualificação do Projeto de TCC

do Curso de Direito da Faculdade

Metropolitana São Carlos

COMISSÃO ORGANIZADORA

Profa. Dra. Fernanda Castro Manhães
Diretora Acadêmica da Faculdade Metropolitana São Carlos

Prof. Dr. Marcos Oliveira Athayde
Coordenador Acadêmico da Faculdade Metropolitana São Carlos

Prof. Me. Tauã Lima Verdan Rangel
Coordenador Institucional de Trabalho de Curso

Profa. Ma. Ione Galoza de Azevedo
Coordenadora do Curso de Direito

Prof. Me. Felipe Nogueira Alves da Silva
Coordenador do PROCON

Profa. Ma. Viviane Machado Bastos
Coordenadora do Núcleo da Cidadania

Prof. Esp. Filipe Castro
Docente do Curso de Direito

Profa. Esp. Geovana Santana
Docente do Curso de Direito

Profa. Ma. Inessa Trocilo Azevedo
Docente do Curso de Direito

Prof. Esp. Oswaldo Moreira Ferreira
Docente do Curso de Direito

Profa. Ma. Paula Alice Müller
Docente do Curso de Direito

Prof. Me. Thiago Azevedo
Docente do Curso de Direito

Prof. Me. Valdeci Ataíde Cápua
Docente do Curso de Direito

S U M Á R I O

Apresentação – Profa. Ma. Ione Galoza de Azevedo e Prof. Me. Tauã Lima Verdan Rangel **8**

Abandono Afetivo e a Monetarização das Relações Familiares à luz do Superior Tribunal de Justiça – Adriana Silva Ferreira de Rezende 11

O reconhecimento de paternidade *post mortem* em fertilização *in vitro* e a legitimidade para suceder – Amilton Lengruber Ferreira..... 27

Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Privado no Transporte de Carga Potencialmente Poluidora (art. 56 da Lei de Crimes Ambientais) à luz dos precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, no período de 2010 a 2016 – Anysia Carla Lamão Pessanha..... 37

Direito Social à Alimentação: o alargamento dos Direitos Fundamentais em decorrência das necessidades humanas e a justiciabilidade à luz dos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal – Damaris Domingos Dutra..... 50

Entre Asclépio e Têmis: a judicialização da saúde pública como mecanismo de concreção do direito social e os impactos no Município de São José do Calçado-ES, no período de 2010 a 2016 – Eloá Charpinel Diniz Jardim Pimentel Abreu 63

Violência Doméstica em uma abordagem local: análise sobre as Medidas Protetivas da Lei nº 11.340/2006 no Município de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, no período de 2011-2016 – Érica Correa da Silva Lopes..... 73

A Responsabilidade Tributária no Regime de Substituição do ICMS – Fábio Tavares de Resende..... 86

Guarda Compartilhada por imposição legal e suas implicações para a criança e o adolescente em caso de dissolução conjugal conflituosa: a prole como mecanismo de vingança privada entre os ex-cônjuges/ex-companheiros – Jéssica de Fátima Machado de Oliveira Bomfim 98

A cobrança dos tributos no Município de Bom Jesus do Itabapoana: uma relevante demanda administrativa - João Victor Ferreira Viana 112

O Direito Educacional e seu nascimento em relação aos direitos humanos e a importância das medidas socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em uma abordagem jurídica e social – Karla Aparecida Vigna Monteiro 122

Publicidade Abusiva para os hipervulneráveis à luz do Direito do Consumidor: uma análise contextualizada da Resolução 163 do CONANDA – Lauanne Pereira Monteiro Almeida 139

Dignidade Animal e Pesquisas Científicas: aspectos jurídicos e bioéticos em prol do alargamento da concepção de dignidade – Laura Gioffi Coelho Moraes 157

A Efetividade da Medida Protetiva na Lei Maria da Penha, em Bom Jesus do Itabapoana-RJ, no período de 2014-2016 – Lorena Bomfim da Costa 171

Aborto como Direito Fundamental? O reconhecimento dos direitos e autonomia reprodutiva da mulher à luz do HC 124.306-RJ e o recente posicionamento do STF – Luamary Silveira de Carvalho Sapalla Gonçalves 192

Sistema Tributário Brasileiro frente aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, visando à Justiça Tributária – Marcela Azevedo Braz 207

Aposentadoria Rural no Brasil: uma análise em face das disposições e inovações legais – Marília de Oliveira Degli Esposti Zanon 220

Política Nacional de Mobilidade Urbana como instrumento de concretização do direito social ao transporte: desafios de implementação no Município de Bom Jesus do Itabapoana-RJ – Maximiliano Cerqueira da Silva 229

Mediação e Direito Fraterno: do reconhecimento da cultura do diálogo e do empoderamento dos envolvidos como paradigma para afirmação da dignidade da pessoa humana – Natália Dutra Mendes 245

O Princípio da Insignificância aplicado de forma objetiva com foco a evitar a vingança priva no crime de furto – Northon Dutra Tardin 260

Entre o ideal e a prática: uma análise do princípio da celeridade e sua (in)eficiência no Juizado Especial Cível de Bom Jesus do Itabapoana-RJ – Otávio Pimentel Gomes 269

Sob a espada de Dâmocles: uma análise do livre consentimento contido no art. 4º da Lei nº 9.434/97 x o art. 14 do Código Civil de 2002 – Pâmella do Carmo Silva 282

"Da Afetivação Familiar": da desbiologização e do reconhecimento do afeto por pares homoafetivos à luz do melhor interesse do menor – Rafael Guimarães de Oliveira 299

O valor da monogamia *versus* o princípio da busca pela felicidade: controvérsias jurídicas para o reconhecimento das uniões estáveis plúrimas – Rauleane Kelly Raposo 311

Limitação Administrativa como Modalidade de Intervenção do Estado no Direito de Propriedade Privada – Ruth Roeles de Campos 326

Aborto como política pública de saúde: uma análise do processo de construção dos direitos sexuais femininos à luz do HC nº 124.306-RJ – Samila Ferreira Teixeira 341

A (in)constitucionalidade da execução provisória da pena no Código de Processo Penal: uma análise à luz dos argumentos Habeas Corpus 12.292/SP – Samira Moreira dos Santos 351

A função da cidade em pauta: uma análise do plano diretor de Bom Jesus do Itabapoana – Susane Costa Soares Guimarães 363

Da solidariedade e o dever de prestar alimentos à concubina – Thatiana Almeida da Silva 372

Do reconhecimento do Estado Socioambiental de Direito à luz do paradigma biocêntrico jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – Vitor Pimentel Oliveira 383

Trabalho terceirizado no Brasil: execução das atividades-meio de uma empresa e suas consequências nas relações de trabalho – Winston de Souza Silva 402

A P R E S E N T A Ç Ã O

A Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC), ciente da necessidade de formar profissionais que atendam as demandas da região, idealizou e programou cursos com o objetivo de inovar na concepção do perfil dos seus egressos: conscientes de seu papel e de suas responsabilidades na contribuição para o crescimento da região e para o fortalecimento de suas raízes históricas. No que concerne à missão institucional, tem-se: **"**A FAMESC tem como missão formar profissionais de nível superior, garantindo qualidade, solidez, segurança e modernidade, visando ao desenvolvimento socioeconômico e cultural da região na qual está inserida".

Com o Curso de Graduação em Direito, a excelência acadêmica, visa imprimir uma formação competente para a prática profissional, além de uma visão crítica e ética, alicerçada em disposição para a investigação e para o estudo continuado. O projeto busca garantir a integração entre a teoria e a prática, a inserção no contexto regional e no compromisso social. Todo o arcabouço curricular se complementa com atividades extraclasse, exercidas pelos alunos em outros Cursos e atividades, ou fora da Instituição, no intuito de enriquecimento curricular e acréscimo de suas potencialidades para a atuação do profissional de Direito.

São ofertadas aos alunos condições para a conquista de habilidades que caracterizam o seu perfil profissional, no qual se fundem a competência técnica e conceitual, a capacidade de administrar percepções, disponibilidade para ouvir e a habilidade para negociar; com mente aberta para entender as mudanças e

flexibilidade suficiente para se adaptar a elas; do trabalho em equipe, criativo, cooperativo e colaborativo; do domínio de línguas e da tecnologia e principalmente a capacidade de pensar estrategicamente e propor soluções inovadoras e decisões profissionais embasadas na ética, no bem comum e na preocupação com as mudanças da sociedade em busca de desenvolvimento sustentável.

O perfil do Curso se inspira e se volta para o contexto sócio regional das Regiões Norte e Noroeste Fluminenses em que se insere, bem como regiões circunvizinhas de grande expressão e busca, através da atuação de seus egressos, a formulação de novos conhecimentos e na sua ação extensionista, consolidar e aperfeiçoar o processo de crescimento da cidadania e das Instituições que compõem tais regiões.

A partir de tais variáveis para a formação diferenciada de profissionais alinhados com um cenário contemporâneo exigente, o "Projeto Qualifica", como iniciativa peculiar do Curso de Direito, se apresenta como uma proposta diferenciada de qualificação dos discentes que cursam a disciplina de Projeto de Pesquisa, no nono período.

O escopo de tal projeto visa promover um contato imprescindível entre os discentes e o cenário acadêmico, a partir de bancas, constituídas por docentes e membros convidados. Para tanto, a iniciativa do projeto avalia, além dos tradicionais componentes indissociáveis dos projetos de pesquisa, elementos diferenciadores e colaboradores para o ambiente acadêmico, a exemplo de: criticidade sobre temáticas contemporâneas, vanguardismo para abordagem das

propostas eleitas, interdisciplinaridade com áreas que desbordam do Direito e de sua visão dogmático-tradicional. Ora, há que se reconhecer que o "Projeto Qualifica", nesta seara, se apresenta como instrumento de perspectiva arrojada que culminará na confecção de trabalhos de conclusão de curso capazes de contribuir para a Comunidade Acadêmica e para o cenário em que a Instituição se encontra inserida.

Desejamos uma boa leitura a todos!

Profa. Ma. Ione Galoza de Azevedo
Coordenadora do Curso de Direito

Prof. Me. Tauã Lima Verdan Rangel
Coordenador Institucional de Trabalho de Curso

COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":
Qualificação do Projeto de TCC
do Curso de Direito da Faculdade
Metropolitana São Carlos

ABANDONO AFETIVO E A MONETARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES À LUZ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Adriana Silva Ferreira de Rezende[1]

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente garantem proteção especial às Crianças e aos Adolescentes, detentores de direitos e garantias fundamentais. Sob esta premissa, ficam principalmente, os pais encarregados de efetivar estas garantias, fornecendo a seus filhos os recursos necessários ao seu desenvolvimento sadio. Um importante aspecto para o desenvolvimento sadio é o afeto, fundamentador das relações de família contemporâneas. Os deveres decorrentes da autoridade parental garantem a prole direito ao afeto e havendo a omissão deste passa-se a um debate sobre a possibilidade de responsabilidade civil do genitor omisso.

O Projeto de pesquisa se divide em Problemática, onde aborda a questão da possibilidade de reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça a responsabilidade civil por abandono afetivo e, havendo a indenização será esta possível de mitigar os traumas deste abandono? Para chegar a solução mais plausível a este problema foram elencados objetivos gerais e específicos que versam construir o caminho a melhor hipótese, para ao fim do consequente Trabalho de Conclusão de Curso chegar a uma resposta concreta ao problema abordado.

[1] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, 9º Período, adriana.rezendef@hotmail.com;

2 TEMA

Abandono Afetivo e a Monetarização das Relações Familiares à luz do Superior Tribunal de Justiça.

3 PROBLEMÁTICA

Em quais situações o Superior Tribunal de Justiça admite a responsabilidade civil-pecuniária do abandonante? O pagamento de indenização pecuniária, por si só, é capaz de mitigar os traumas comprovados pela vítima?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

- Analisar entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça relacionados ao abandono afetivo;

- Caracterizar, a partir da celeuma doutrinária, a (in)ocorrência de uma espécie contemporânea de dano moral, específico e incidente sobre o abandono afetivo.

4.2 Objetivos Específicos

- Abordar a evolução histórica da família;

- Identificar princípios constitucionais e infraconstitucionais relacionados a família contemporânea;
- Explorar os deveres derivados da autoridade parental;
- Examinar jurisprudências que abordem entendimentos relacionados a monetarização do afeto;
- Analisar, à luz da revisão de literatura, se a indenização pecuniária é capaz de mitigar ou minorar os traumas apresentados pelo indivíduo abandonado afetivamente.

5 HIPÓTESE

- Assimilando o conteúdo abordado e as informações captadas através de análises jurisprudenciais, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça admite a responsabilização civil-pecuniária do abandonante quando devidamente comprovada através de laudo médico pericial, a existência de uma patologia psicológica vinculada ao abandono afetivo sofrido pela vítima. Contudo, ainda que o abandonante seja condenado a ressarcir a vítima, os anseios e traumas advindos do abandono afetivo não cessam.

- Analisando todo o conteúdo exposto e as pesquisas jurisprudenciais realizadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, verificou-se que o Colendo Tribunal admite a responsabilização civil-pecuniária do abandonante quando devidamente comprovada através de laudo médico pericial, a existência de uma patologia psicológica vinculada ao abandono

afetivo sofrido pela vítima. Sendo verificado que os reflexos da sentença condenatória ainda, se introduzem na vida da vítima sendo capaz de amenizar ou até mesmo sanar os traumas causados pelo abandono afetivo na infância.

6 JUSTIFICATIVA

O ramo do direito das famílias trata-se de um campo de estudo complexo no mundo das ciências sociais e jurídicas, levando em conta que sua tutela deverá abarcar além das situações relevantemente jurídicas, os sentimentos dos que porventura figurarem como membros de uma entidade familiar. A Constituição Federal de 1988 atribuiu à família, em termos legislativos, novos valores, colocando o afeto em lugar de destaque, sendo este a mola propulsora da família (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 40-41). A partir da assertiva do afeto como base da família contemporânea, a valorização da pessoa humana ganha destaque e, neste contexto existem membros da família que necessitam de especial atenção, quais sejam, as crianças e os adolescentes.

Em uma visão constitucionalizada crianças e adolescente são sujeitos de direitos e possuem garantias e prerrogativas[2] e, os indivíduos destinados a efetivar essas garantias são a família, a sociedade e o Estado, exigindo dos pais a obrigação de criar e educar a prole sem omitir-lhes o carinho suficiente a formação de sua

[2] BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 jun. 2017. "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

personalidade. O convívio da prole com seus genitores não é um direito, é um dever (DIAS, 2016, p. 164). Desta feita, como bem assevera os autores Gagliano e Pamplona:

> A família é, sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos. Muitos dos nossos atuais problemas têm raiz no passado, justamente em nossa formação familiar, o que condiciona, inclusive, as nossas futuras tessituras afetivas. Somos e estamos umbilicalmente unidos à nossa família (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p. 1078).

Neste prisma, Madaleno (2017, p. 372) aduz sobre os deveres paternos obrigatórios, sendo estes a assistência moral, psíquica e afetiva. Contudo, nem sempre os pais exercem os deveres advindos da autoridade parental, deixando assim, de prestar assistência a seus filhos. Sobredito autor esclarece ainda que os filhos não possuem a capacidade de entender imotivada ausência física do genitor e sua ausência fica mais evidente em datas representativas, como aniversário da criança, dia dos pais, férias, natal e ano novo (MADALENO, 2017, p. 374).

Quando da ausência de convivência dos filhos com os pais, rompendo o elo da afetividade, pode gerar sequelas de ordem psicológica e comprometer assim, o sadio desenvolvimento dos filhos, produzindo danos emocionais, merecedores de reparação (DIAS, 2016, p. 164). Partindo desse prisma, ocorre o denominado abandono afetivo que é capaz de produzir sequelas que perseguem o indivíduo durante toda a sua vida.

É na família em que o indivíduo encontra amparo, carinho, lealdade e principalmente afeto, porém, na realidade ocorre que por vezes isso deixa de acontecer e quando da ausência destes elementos na infância e adolescência, ou seja, fase de formação do indivíduo pode acabar por ocasionar problemas

psicológicos que refletirão em sua vida adulta. O assunto ganhou destaque ao chegar ao Superior Tribunal de Justiça os Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.159.242/SP, cuja relatoria coube à Ministra Nancy Andrighi, oportunidade em que se reconheceu a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo.

No sobredito Recurso, a Ministra Relatora Nancy Andrigh discorreu sobre a possibilidade da ocorrência de dano moral nas relações familiares, onde esta concluiu que não pairam impedimentos legais a aplicação da responsabilidade civil e o dever de indenizar/compensar no ramo do direito de família, passando a análise dos elementos necessários para a configuração do dano moral, neste sentido a Relatora estabeleceu que quando da negligência ao dever de cuidar ocasiona-se ilícito civil na forma de omissão, ressaltando ainda, que não há como impor o sentimento de amor a ninguém, este é facultativo, porém, o cuidado é imposição legal, biológica, um dever jurídico, essencialmente ligado à liberdade do planejamento familiar no tange a opção de gerar e/ou adotar filhos. Corroborando, a autora Maria Berenice Dias aduz:

> Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor. O abandono afetivo pode gerar obrigação indenizatória, conforme enunciado do IBDFAM[3]. A reparabilidade do dano encontra respaldo legal (CC 952 parágrafo único), uma vez que atinge o sentimento de estima frente determinado bem (DIAS, 2016, p. 165).

Apesar do exposto, o entendimento ainda não é unânime, antecedente a decisão supramencionada, o próprio Superior Tribunal de Justiça já havia

[3] IBDFAM. **Enunciados**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em 09 jun. 2017. Enunciado 08 - O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado

decidido em sentido contrário, conforme se extrai do Recurso Especial nº 757.411/MG de Relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, onde ficou decido que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (BRASIL, 2005). Os autores Farias e Rosenvald lecionam acerca da celeuma:

> [...] não se pode admitir que a pura e simples violação de afeto enseje uma indenização por dano moral. Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes. Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indeni-zabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 129).

O assunto se enlaça numa zona cinzenta que, por muitas vezes, acaba por prejudicar única e exclusivamente a vítima, que continua a sofrer os reflexos do abandono sofrido, estabelecendo um terreno pantanoso de indefinições e de ausência de uma certeza jurídica acerca do posicionamento dos tribunais superiores, em especial ao exercer sua típica atribuição de interpretar a legislação infraconstitucional e, por via de consequência, uniformizar, na medida do possível, a jurisprudência nacional. A temática proposta visa analisar os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para reconhecer o abandono afetivo e aplicar o instituto da responsabilidade civil nas relações familiares.

Dentro do presente contexto, surge a problemática abordada, ao considerar que sentimentos não são passíveis de vinculação, isto é imposição. O corolário do

presente projeto e consequente trabalho de conclusão de curso versa sobre a possibilidade ou não da compensação pecuniária pelo abandono afetivo possuir a capacidade de minorar ou até mesmo cessar os traumas que acarretaram uma patologia de ordem psicológica na vida da vítima. Levando a demanda ao Poder Judiciário e, este exercendo sua jurisdição, no sentido de dizer o direito, a sentença poderá ultrapassar os limites do está redigido em suas linhas passando a acarretar efeitos positivos na vida da vítima fazendo com que esta possa superar a dor e seguir em frente de forma mais digna, tutelando assim a máxima dignidade da pessoa humana.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Ao abordar como tema central o abandono afetivo nas relações familiares é imprescindível discorrer acerca da família, num contexto de caracterização desta Hironaka (s.d. p. 01) preconiza que "[...] a família é, por assim dizer, a história e que a história da família se confunde com a história da própria humanidade". Os autores Gagliano e Pamplona (2017, p. 1081) caracterizam que a "família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes". Os autores discorrem ainda que a definição não é absoluta:

> [...] é forçoso convir que nenhuma definição nessa seara pode ser considerada absoluta ou infalível, uma vez que a família, enquanto núcleo de organização social, é, sem dúvida, a mais personalizada forma de agregação intersubjetiva, não podendo, por conseguinte, ser aprioristicamente encerrada em um único *standard* doutrinário. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p. 1081)

A família é um grupo informal que se forma de maneira espontânea, despretensiosa no convívio social e, sua estrutura dá-se através do direito (DIAS, 2016, p. 47). Nas palavras de Farias e Rosenvald (2015, p. 38), "a família foi, é e continuará sendo o núcleo básico e essencial de qualquer sociedade. Em sua essência, ela continua a mesma: é núcleo estruturante e estruturador do sujeito". Neste contexto, é necessário tecer considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio mais universal de todos, um macroprincípio (DIAS, 2016, p. 74) contido no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [*omissis*] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

A dignidade da pessoa humana, hodiernamente, é princípio norteador do Direito de Família Brasileiro, a tutela dos direitos fundamentais, com fulcro na dignidade, é condição de legitimação do Estado de Direito (PEREIRA, 2017, p, 83/84). A partir do momento que a Carta Magna classificou a dignidade humana como fundamento da ordem jurídica, ocorreu a escolha expressa pela pessoa, vinculando assim, todos os institutos à promoção de sua personalidade. Sobredito acontecimento ocasionou a despatrimonialização e a personalização das normas jurídicas (DIAS, 2016, p. 74).

> Trata-se do princípio fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. [...] Talvez possa ser identificado como o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções e experimentado no plano dos afetos (DIAS, 2016, p. 74).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, surgiu uma mudança significativa no Direito de Família, sendo esta a defesa inexorável dos contextos que enlaçam a natural estrutura humana, sobrevindo a preponderar o respeito a personalização do homem e de sua família, cuidando o Estado Democrático de Direito da tutela de cada um dos cidadãos. A família então, se tornou local de proteção da dignidade da pessoa humana, fazendo assim com que todas as disposições pertinentes ao direito de família devem ser voltadas à luz do direito constitucional (MADALENO, 2016, p. 46).

É mister salientar o princípio que fundamenta todas as relações familiares, o princípio jurídico da afetividade. Sobredito princípio não se encontra normatizado na Constituição Federal, contudo, sua conceituação é estabelecida pela interpretação sistemática da norma constitucional "[...] é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades" (PEREIRA, 2017, p. 86).

> Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais (LOBO, 2011, p. 70).

O pioneiro, no cenário brasileiro, a levantar a questão da afetividade contida na entidade familiar foi João Baptista Villela, em 1979, tratou especificamente da questão da paternidade, contudo, seus ensinamentos foram de grande valor ao caminho do reconhecimento da afetividade. O autor defendia a adoção e tratava de diferenciar pai de genitor, pois entendia que a questão da

paternidade não estava ligada a questão biológica. "Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstácia (sic) de amar e servir." (VILLELA, 1979, p. 408).

O afeto não se transfigura tão somente em um laço que abraça os membros de uma entidade familiar, possui também um lado externo, trazendo humanidade para cada família (DIAS, 2016, p 84). O Afeto é uma obrigação imposta aos pais para com seus filhos e de maneira recíproca, os filhos para com seus pais. O princípio da afetividade na relação de genitores e prole apenas deixa de existir com a morte ou com a perda do poder familiar (LOBO, 2011, p. 71).

Neste diapasão, é importante abarcar um princípio extremamente relevante a proposta aqui delineada, qual seja: a paternidade responsável. Contido no artigo 226, § 7º, preconizando que o planejamento familiar é fundando nos princípios da pessoa humana e da paternidade responsável (BRASIL, 1988). A paternidade responsável não consiste somente em cumprimento das obrigações de assistência material compreende também a assistência moral, sendo esta um dever jurídico e não a cumprindo poderá vir a ocasionar uma demanda indenizatória (LOBO, 2011, p. 311-312). Pereira, ainda, vai sustentar que:

> Há que se compreender o real sentido da paternidade responsável indicada no texto constitucional. A expressão é usada no sentido do "masculino genérico", compreendendo a responsabilidade dos genitores em iguais condições; se fosse atribuída a responsabilidade pelo planejamento familiar somente ao homem, estaríamos contrariando o princípio da igualdade entre o homem e a mulher presente em vários momentos no texto constitucional. (PEREIRA, 2017, p. 20-21)

Outro instituto que se faz imprescindível destacar é o poder familiar ou autoridade parental que "melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças,

adolescentes e jovens (CF 227)" (DIAS, 2016, p. 782). O Poder Familiar deverá privilegiar a proteção da prole e uma saudável convivência na família, mitigando a grande preocupação com os interesses patrimoniais (PEREIRA, 2017, p. 23).

Como obrigação de maior valor e fundamental, devem os pais antes de qualquer coisa, assistir sua prole, na maior amplitude e integralmente o exercício de proteção, não somente no dever de alimentar, mas mantê-los em sua guarda, segurança e presença, e cuidar por sua integridade moral e psicológica, e conferir a eles mecanismos suficientes para leva-los ao total desenvolvimento e independência, obrigando os filhos a necessária obediência (MADALENO, 2016, p. 693). De acordo, ainda, com Madaleno, pode-se mencionar que:

> Existe um conjunto de direitos e de deveres que interage no propósito de atribuir aos pais uma função de bem se desempenharem no exercício do seu poder familiar, valendo-se da sintonia de seus deveres e dos seus direitos como pais, na tarefa de bem administrarem a pessoa e os bens de sua prole, com vistas a alcançarem a integral e estável formação de seus filhos. (MADALENO, 2016, p. 690)

Crianças e adolescentes são detentores de direitos fundamentais, a autoridade parental deve exercitar um papel imprescindível para a concretização de um desenho constitucional, pois quando a Carta Magna entendeu serem as crianças e os adolescentes necessitados de proteção especial, em conformidade o artigo 6º[04] do Estatuto da Criança e do Adolescente. O melhor interesse, nesse contexto, deverá ser promovido e potencializado (PEREIRA, 2017, p. 515).

[4] BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 11 jun. 2017. "Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."

Por fim, conotações acerca do abandono afetivo e o dano moral nas relações de família. Todo relacionamento no qual possui origem em um vínculo de afetividade sugerem-se eternos, estáveis, duradouras e com um panorama de vida em comum infinito, só a morte separa. (DIAS, 2016, p. 155). Contudo, quando algo ocasiona a ruptura do vínculo afetivo, prevalece o rancor e o desgosto. E, principalmente nos casos de separação dos pais, uma das partes poder deixar de cumprir os deveres decorrentes da paternidade, deveres inescusáveis paternos a assistência moral, psíquica e afetiva, deixando assim, de exercitar o mais sublime sentido da paternidade (MADALENO, 2016, p. 372).

> O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A enorme evolução das ciências psicossociais escancarou a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há o direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com eles. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. (DIAS, 2016, p. 164)

Preconiza o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente que as crianças e os adolescentes usufruem de todos os direitos fundamentais assegurados à pessoa humana, para garantir-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social (BRASIL, 1990). Com a afirmação de que crianças e adolescentes são detentores de direitos e garantias fundamentais, é passível se chegar a conclusão de que os genitores possuem um compromisso natural de afeto para com sua prole menor e incapaz, sendo direito destes a convivência familiar, a assistência moral e material de seus genitores, mesmo se separados (MADALENO,

2016, p. 378). Não ocorrendo o afeto, a convivência familiar e a assistência de que os filhos necessitam, suas consequências podem comprometer o desenvolvimento sadio da prole e ocasionar o denominado abandono afetivo:

> Portanto, o "abandono afetivo" nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas Por isso, seria possível considerar a possibilidade da responsabilidade civil, para quem descumpre o múnus inerente ao poder familiar. (LOBO, 2011, p. 312)

A reparação por dano moral é garantia de direito fundamental contida na Constituição Federal de 1988, contida no artigo 5º, inciso V[5]. O Código Civil também trás a hipótese de responsabilidade civil no artigo 927, onde preconiza que quem causar por ato ilícito dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002). Correlacionando as hipóteses de ato ilícito no artigo 186 e 187[6] do código sobredito. Quanto a possibilidade de dano moral nas relações de família, o Superior Tribunal de Justiça já considera possível a aplicação da responsabilidade civil no campo familiar, no Recurso Especial nº 1.159.242/SP, a relatora Ministra Nancy Andrighi concluiu que não versam empecilhos legais a aplicação da

[5] BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 jun. 2017. "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: *[omissis]* V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;"

[6] Idem. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 abr. 2017. "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. 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."

responsabilidade civil e o dever de indenizar/compensar no ramo do direito de família (BRASIL, 2012).

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov>. Acesso em 09 abr. 2017.

_____. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 11 jun. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 abr. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1.159.242/SP, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrigh, julgado em 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em 09 jun. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, julgado em 29 de novembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=609696&num_registro=200401718201&data=20060313&formato=PDF>. Acesso em 09 jun. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Direito das Famílias. v. 6. 4 ed., Rio de Janeiro: Editora: JusPODIVM, 2012.

_____. **Curso de Direito Civil:** Famílias. v. 6. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Manual de Direito Civil.** v. único. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Casamento Regime de Bens**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Familia/Diversos_familia/doutrina%20-%20casamento%20regime%20de%20bens.doc>. Acesso em 10 jun. 2017.

IBDFAM. **Enunciados**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em 09 jun. 2017.
LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 7 ed., rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** v. 5. 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. In: **Revista da Faculdade de Direito,** Belo Horizonte, n. 21, 1979, p. 400-418. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/10890>. Acesso em 10 jun. 2017.
.

O RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE *POST MORTEM* EM FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E A LEGITIMIDADE PARA SUCEDER

Amilton Lengruber Ferreira[7]

1 INTRODUÇÃO

No atual ordenamento jurídico brasileiro, há uma carência de normas que regulamentem o instituto em discussão. O tema, amplamente discutido, se desenvolve e ganha mais relevância com o avanço da tecnologia, no que pese as técnicas conceptivas, para as pessoas que não conseguem ter filhos, quer seja por infertilidade, quer seja, por não sentirem segurança naquele momento, deixando o material de reprodução humana para ser usado futuramente, e ou quer seja, por optarem pela esterilidade.

Tema bastante controverso a fertilização *in vitro post mortem*, mas de extrema significância no cenário jurídico. É uma característica do Direito, a mutabilidade, isto é, por razão do desenvolvimento, e constantes mudanças evolutivas, as normas tem a necessidade de se adequar a evoluções sociais, de modo à regular toda conduta humana. Nesse sentido, a medicina propiciou um grande avanço sobre a questão reprodutiva, possibilitando a fertilização assistida a partir de um conjunto de técnicas, sem haver relações sexuais, contudo, com toda essa tecnologia, a ciência permitiu que filhos fossem concebidos mesmo após a morte de seu genitor, o que em nosso ordenamento pátrio gera tamanho conflito, uma vez que, direito de família e direito das sucessões colidem.

[7] Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, amjdodi@gmail.com;

A lacuna existente na lei está inserida no Art. 1798 do Código Civil, vejamos; "Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". A falta de uma norma específica que regule esse campo do direito sucessório dificulta os posicionamentos uniformes, entre os doutrinadores e juristas. Não há qualquer menção no ordenamento jurídico que discorra sobre o instituto dessas praticas de inseminação artificial, restando silente quanto à legitimidade de suceder do filho havido após a morte do seu genitor, em concorrência com os demais herdeiros, deste modo, uma eventual inserção dessa temática na legislação, é assunto consideravelmente novo.

Não tendo qualquer tutela a partir de normas infraconstitucionais, uma hipotética atribuição de direito à vocação hereditária aos filhos concebidos por fertilização *in vitro pos mortem* do seu genitor, é gerada a partir de uma filtragem constitucional, abordando em complemento seus princípios norteadores, bem como os direitos fundamentais, direitos das famílias, para que esse filho não fique desprotegido juridicamente.

2 TEMA

No que se refere ao direito de família, é sabido que o filho concebido mesmo após a morte do pai tem o direito à filiação, entretanto, no que tange a sucessão, não há previsão legal sobre a legitimidade de sucessão do filho havido após a morte de seu genitor. Desta forma, a lacuna existente na lei, e a falta de uma norma especifica que regule esse campo do direito sucessório, dificulta os posicionamentos uniformes, entre os doutrinadores e juristas. Inserida no Art. 1798 do Código Civil, veja-se: "Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (BRASIL, 2002).

Nessa esteira, não há qualquer menção no ordenamento jurídico que discorra sobre o instituto das práticas de inseminação artificial, restando silente quanto a legitimidade de suceder do filho havido após a morte do seu genitor, em concorrência com os demais herdeiros, deste modo, uma eventual inserção dessa temática em nossa legislação, é assunto consideravelmente novo. Assim, o tema escolhido foi: **O RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE *POST MORTEM* EM FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E A LEGITIMIDADE PARA SUCEDER**

3 PROBLEMÁTICA

O trabalho funda-se na seguinte retórica: Diante as mutações sociais, especialmente sobre o avanço da tecnologia em permitir a criopreservação de sêmens e óvulos para que estes possam ser utilizados posteriormente, como deverá em caso de fertilização *pos mortem*, ser considerado os direitos sucessórios desse filho que nascera aberta a sucessão de seu genitor? Ele fará parte da linha de Vocação hereditária, ou seus direitos serão suprimidos por ser o código civilista silente sobre essa temática? Há legitimidade para suceder, e qual o momento que deverá ser observado para essa caracterização?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

O trabalho tem como objetivo produzir conhecimento sobre a eventual possibilidade de sucessão dos filhos havidos por fertilização in vitro a após a morte de seus genitores.

4.2 Objetivos Específicos

- Pesquisar por princípios que colaborarão para hermenêutica da problemática em pauta;
- Abordar as espécies de paternidade;
- Examinar a fertilização *in vitro post mortem*, como constituinte de paternidade, bem como analisar seus requisitos caracterizadores;
- Analisar o assunto em discussão junto ao ordenamento jurídico pátrio, buscando uma melhor compreensão;

5 HIPÓTESES

- Os filhos havidos em decorrência da inseminação *in vitro post mortem*, terão legitimidade a suceder na ordem de vocação hereditária como herdeiros necessários;

- Em eventualidade, é possível estabelecer que, embora reconhecidos como filhos legítimos, os fetos gerados a partir deste método de fertilização não serão legítimos a suceder, tendo em vista o caráter de lei certa e taxativa, imposta pelo legislador.

6 JUSTIFICATIVA

A reprodução humana assistida tem sido campo de grande repercussão dos avanços científicos e tecnológicos da medicina. Com as inéditas técnicas de reprodução humana surge a possibilidade da substituição do elemento sexual pelo desejo de constituição de prole, o que leva, pois, a enorme progresso da filiação artificial.

Quanto à inseminação artificial homóloga póstuma, esta tem sido palco de intenso debate na ordem jurídica. Uma das maiores controvérsias reside nas consequências deste nascimento quanto ao Direito Sucessório. Surge, pois, incertezas e necessidades de reavaliação de legislação que regulamente o direito de suceder dos filhos concebidos por essas técnicas mesmo após a morte do seu genitor.

Por se tratar de um tema polêmico é necessário que os operadores do direito busquem cada vez mais conhecimento dos fundamentos da reprodução humana, buscando aplicar ou adequar as normas jurídicas já existentes e buscando novas soluções justas ao analisar cada caso concreto, levando em conta a evolução da sociedade e o avanço da medicina.

Deste modo, a presente pesquisa se justifica pelas frequentes dúvidas e repercussões gerais, encontradas em toda sociedade, referente à legitimidade para suceder do da prole havida *post mortem* por fertilização *in vitro*. Além disso, faz-se essencial às pesquisas jurídicas, servindo como auxílio para seu desenvolvimento, engrandecendo os estudos que abordam o tema e suas novas repercussões.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A inseminação artificial, é uma técnica medicamentosa para a procriação humana, infere-se, pois, na substituição da relação carnal, ou seja, a fecundação ocorre com a desnecessidade do fator sexual. A técnica consiste na introdução de espermatozoides no corpo feminino, durante o período fértil da mulher. De acordo com Ana Claudia Brandão de Barros Ferraz:

> Foi a primeira técnica de reprodução humana praticada pelos médicos, sendo que seu sucesso dependerá do cálculo exato da ovulação, pois o material germinativo masculino é introduzido no útero, devendo se desenvolver naturalmente a gestação. Portanto, a fecundação deve ocorrer dentro do corpo da mulher. (FERRAZ, 2011. p. 44)

Não se pode negar o fato que entre a maioria dos casais vigora o desejo de constituir uma família e ter filhos. Acontece que, diante de problemas diagnosticados sejam eles biológicos ou psicológicos muitos casais tem esse desejo da procriação recusado, optando deste modo pela via artificial.

O Código Civil possui poucos dispositivos a respeito da reprodução humana assistida, pela insuficiência de normas seja em sede de direitos patrimoniais sucessórios seja em sede de direitos da personalidade, podem-se encontrar normas éticas que dispõe especificamente sobre a utilização das técnicas medicamentosas para a procriação. É o caso da atual Resolução 2.013/2013. Nesta Resolução regulamenta-se a utilização da técnica da reprodução humana assistida após a morte. Assim bem dispõe a nova resolução de 2013, no item VIII:

> [...]VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST-MORTEM*
> É possível desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (BRASIL, 2013).

Como visto, há de se ter a autorização prévia do doador genético para concepção de filhos. Há filiação presumida dos filhos oriundos dessas técnicas reprodutivas, em especial aos nascidos após a morte do doador do material genético. Cumpre mencionar também que não se pode deixar de advertir que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina são apenas regulamentos necessários para a boa desenvoltura da aplicação das técnicas por médicos. Não possui força de lei. Assim sendo, não podem servir como os únicos parâmetros aplicáveis em casos práticos jurídicos. Noutro giro, com bases no Código Civil de 2002, este traz o rol de artigos que determina quem pode suceder:

> Art 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (*grifo nosso)*
> Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

> I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas **ao abrir-se a sucessão**; (*grifo nosso)*
> II – as pessoas jurídicas;
> III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação (BRASIL, 2002).

Como pode ser observado a abertura da sucessão ocorre no exato momento da morte do autor da herança, independentemente da ciência por parte dos sucessores deste fato, que em regra, dá-se no último domicílio do falecido conforme alude o Artigo 1785 do Código Civil 2002. Desta forma, transfere-se de imediato aos herdeiros, legítimos e/ou testamentários, a titularidade das relações jurídicas transmissíveis do falecido, conforme o artigo 1784 do Código Civil de 2002. A partir deste panorama, a problemática em questão reside na fecundação dos embriões concebidos em laboratório *post mortem* de seu doador, que por eventualidade nascerão após a abertura da sucessão, nesse sentido, merece referência o enunciado 267 da 2ª jornada de Direito Civil:

> Enunciado nº 267 - A regra do art. 1798 do código civil deve ser estendida aos embriões formados mediante técnica de uso de reprodução assistida abrangendo assim a vocação hereditária da pessoa a nascer cujos efeitos patrimoniais obedecem à regra prevista no Código Civil (BRASIL, 2007).

Observa-se que mesmo através deste enunciado, não há qualquer tipo de menção a morte ulterior do genitor, tão somente, que o embrião formado mediante técnica de reprodução assistida está abrangido na vocação hereditária. Deste modo, no que tange a uma visão positivado em tordo dessa lacuna legislativa, assevera Diniz: "Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu "pai" genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou ab intestato". (DINIZ, 2009, p. 550). Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

> O legislador, ao formular a regra contida no atual artigo 1.798, do texto codificado, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana e, desse modo, adotou o parâmetro do revogado artigo 1.718 do Código de 1916, ao se referir apenas às pessoas já concebidas. Deve-se

> distinguir embrião do nascituro, porquanto este já vem se desenvolvendo durante a gravidez e, assim, é necessária apenas a espera do nascimento para verificar-se se houve a aquisição da herança ou do legado. No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, ausente a gravidez, a questão se coloca em outro contexto. (GAMA, 2007, p. 216)

De acordo com os ditames do Código Civil de 2002, especificamente nos artigo 1.799 e 1.800, somente há a possibilidade sucessória hereditária dos filhos oriundos da filiação assistida, por meio do testamento. Compartilha desta ideia Sílvio de Salvo Venosa o seguinte raciocínio:

> Os filhos concebidos post mortem, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. O atual Código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança (art. 1.799, I, e 1.800). (VENOSA, 2008, p. 229)

Para Maria Helena Diniz, "filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito do pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou "ab intestato"" (DINIZ, 2006, p. 558). A autora fulmina ainda a possibilidade da presunção da paternidade do filho póstumo e afirma ainda o seguinte:

> Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação "post mortem", já que não estava gerado por ocasião da morte de seu genitor genético (CC, artigo 1.798). (DINIZ, 2006, p. 558)

Assim sendo, diante desses posicionamentos, pode-se verificar que para parte da doutrina a capacidade sucessória dos filhos oriundos da concepção

laboratorial está restrita à concepção anterior ao óbito do "de cujus". Se a concepção ocorrer após a morte do genitor, somente serão considerados herdeiros os que o sucederem no testamento.

Sob o prisma deste olhar conservador, um filho póstumo, em detrimento de falta de norma regulamentadora, não poderia se habilitar em suceder ao espolio de seu pai genético, contudo, cumpre ressaltar neste momento, que isto, o cercearia de seu direito de herança, visto que, violaria princípios constitucionais, tais quais: o da isonomia e o da igualdade de filiação. Por final, colacionando a respeito do tema, Dias afirma:

> Na concepção homóloga não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação post mortem. A norma constitucional que consagra a igualdade de filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. (DIAS, 2011, p. 123).

Conforme preleciona a autora, é inadmissível que a concepção por meios da fertilização artificial anule ou cesse os efeitos do consentimento do doador genético em quanto em vida, o que por hora, também não poderá afastar o feto da classe de herdeiros necessários, presumindo-se portanto a paternidade mesmo após a morte do genitor, operando-se todos os efeitos legais.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**: Resolução CFM nº 2013, de 2013. Atualiza as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/apresentacao_reproducao.pdf>. Acesso em 14 jun. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 14 jun. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 14 jun. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família:** A Filiação e a Origem Genética sob a Perspectiva da Repersonalização. 2 ed. Curitiba. Juruá Editora, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. 2 ed. Imprenta: São Paulo, Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 8 ed. Imprenta: São Paulo, Atlas, 2008.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO NO TRANSPORTE DE CARGA POTENCIALMENTE POLUIDORA (ART. 56 DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS) À LUZ DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO PERÍODO DE 2010 A 2016

Anysia Carla Lamão Pessanha[8]

1 INTRODUÇÃO

A proteção ao meio ambiente se iniciou quando o ser humano passou a entender os processos bióticos e abióticos, bem como a finitude dos recursos naturais, iniciando de forma tímida e cada vez mais se robustecendo, devido a crise planetária. Nesse sentido, com o advento da revolução industrial trouxe diversos benefícios à humanidade, porém acarretou diversos problemas ao meio ambiente que se perdura. Como exemplo, o consumo desenfreado dos recursos naturais, a poluição do ar, da água e do solo, além disso a concentração populacional que desencadeou múltiplos problemas sociais.

Na década de sessenta, o interesse relacionado ao meio ambiente se intensificou, pois o consumo alcançava o seu ápice. O binômio produção/consumo era desconsiderado, sendo que tudo o que era produzido em excesso, convertia-se em lixo, pois a existência de matéria-prima, energia disponível e finita viabilizavam essa produção. Assim, os impactos ambientais foram se concretizando através da erosão, consequentemente, diminuindo a produção de

[8] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, pessanha.lamao@gmail.com;

alimentos no campo e nas cidades a poluição já era notória, principalmente quanto a saúde das populações.

Observa-se então que a preocupação com a preservação do meio ambiente é recente na história da humanidade, a partir dos acontecimentos de catástrofes e problemas ambientais as organizações internacionais passaram a exigir uma nova postura, sendo marcante a atuação da Organização das Nações Unidas (ONU) que em 1972 organizou a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano. Nesse azo, foram elaborados princípios e, assim, expressos na conhecida Declaração de Estocolmo, a partir desse momento, os problemas ambientais passaram a ser vistos e tratados de forma distinta.

No âmbito nacional, a proteção ao meio ambiente foi constituída por três fases, sendo que na terceira fase foi instituída a lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências a qual houve a interiorização do meio ambiente através de um sistema ecológico integralizado, protegendo-se as partes a partir de uma totalidade.

Nessa mesma fase houve a promulgação da atual Constituição Federal em 1988 que prevê em seu art. 225, o meio ambiente como bem jurídico difuso, ou seja, não é possível determinar o seu alcance, pois abrange a todos e não a alguns especificamente em que, da sua proteção, todos aproveitam e da sua degradação todos sofrem. Dessa forma, o meio ambiente ecologicamente equilibrado teve sua fundamentalidade reconhecida constitucionalmente, pois a redação do artigo supramencionado expressa que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de bem jurídico comum, é imprescindível à sadia qualidade de vida.

Esse direito fundamental, ou seja, constitucionalmente garantido, está ligada a inexistência de dano ambiental, uma vez que a responsabilização penal visa resguardar tal direito. Todavia, a Constituição Federal não cuidou de conceituar o que seria dano ambiental, mas a legislação infraconstitucional, especificamente a lei nº 6.938/81, trouxe a noção de poluição e degradação de qualidade ambiental. Mas, deve-se entender como dano ambiental tudo aquilo que venha interferir negativamente a natureza como consequência a acarretar lesões aos recursos naturais, degradando-os, assim, refletindo de forma prejudicial o equilíbrio ecológico e a qualidade de vida. Sendo, geralmente, causada por uma ação humana ao meio ambiente, violando o interesse difuso em prol de interesses próprios. Portanto, é nessa esfera que a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) atua, ou seja, para que o interesse difuso seja protegido e não deteriorado em prol de interesses individuais.

2 TEMA

Responsabilidade penal da pessoa jurídica no transporte de carga potencialmente poluidora (art. 56 da lei de crimes ambientais) à luz dos precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, no período de 2010 a 2016.

3 PROBLEMÁTICA

Qual é a responsabilidade criminal da pessoa jurídica que venha a cometer o crime descrito no art. 56 da lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 que dispõe

sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências, qual seja, no caso, transportar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva ao meio ambiente em desacordo com o quanto exigido pelas leis e regulamentações ambientais?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a responsabilidade penal da pessoa jurídica no que se refere ao transporte de carga potencialmente poluidora por meio de estudo de casos, ou melhor, pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferidos entre 2010 a 2016.

4.2 Objetivos Específicos

- Explorar os aspectos históricos acerca do meio ambiente;
- Examinar os princípios do Direito Ambiental referentes ao tema;
- Explicitar a fundamentalidade do meio ambiente;
- Analisar o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a caracterização do delito penal/ambiental.

5 HIPÓTESES

1ª hipótese: A impossibilidade de responsabilização criminal ambiental da pessoa jurídica, com base nos preceitos penais de que a punibilidade está diretamente ligada a culpabilidade da pessoa física, não sendo possível assim, responsabilizar a pessoa jurídica por ser um ente fictício.

2ª hipótese: A responsabilização penal da pessoa jurídica pelo crime ambiental cometido, considerando o disposto na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) em seu art. 3º, o qual tutela sobre o assunto em voga e dispõe no sentido de que a pessoa jurídica deve arcar com o ônus advindo da prática de crimes ambientais.

6 JUSTIFICATIVA

A justificativa da presente pesquisa se pauta na fundamentalidade do meio ambiente consoante dispõe o art. 225 da Constituição Federal, decorrente da Conferência de Estocolmo de 1972 a qual reconheceu a fundamentalidade do meio ambiente em âmbito internacional. Dessa forma, nasceu a Declaração de Estocolmo que conferiu ao ser humano o direito fundamental de condições favoráveis de vida, bem como um meio ambiente de qualidade (ROCHA; QUEIROZ, 2011, s.p.).

Diante dessa nova fase de proteção internacional dos direitos fundamentais, emerge uma nova dimensão desses direitos (SOUTO, 2008, p. 45), os quais são chamados por Marum (2000, p. 13) de direitos da humanidade que pertencem a

todos os seres humanos, inclusive no que se refere as futuras gerações, sendo impassível de apropriação pelo particular, vez que é direito da humanidade de maneira total, por meio do dever de preservação (MARUM, 2000, p. 13).

Assim, desde a Convenção de Estocolmo a defesa ao meio ambiente se fixou como preocupação planetária (TEIXEIRA, 2006, p. 30), ou seja, o ponto de partida fora o movimento ambiental internacional. Nessa esteira, o direito ao meio ambiente não se desenvolvera apenas na esfera jurídica, mas sim de maneira geral, alargando a ótica, ora restrita, em relação a preservação e proteção ambiental, abarcando agora a questão humanitária conforme reverbera Souto (2008, p. 52). Esse mesmo autor argumenta que em âmbito nacional o meio ambiente, além de ser reconhecido e declarado como direito fundamental, expõe diretrizes e instrumentos que devem ser observados e incorporados, de maneira obrigatória, pelas legislações infraconstitucionais.

O reconhecimento da fundamentalidade do meio ambiente na Carta Magna se funda em caráter que ultrapassa a esfera econômica, alcançando a proteção de valores imensuráveis, levando-se em conta que o meio ambiente ecologicamente equilibrado viabiliza o desenvolvimento sustentável (ROCHA; QUEIROZ, 2011, s.p.). Contudo, o meio ambiente equilibrado é um direito fundamental que garante o meio ambiente salutar de forma a proporcionar qualidade de vida, sendo esse um requisito imprescindível à existência digna do ser humano conforme assegurando pela Constituição Federal em seu art. 5º, assim deslinda Edson Camara de Drummond Alves Junior (2012, s.p.). Não obstante, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como princípio, é considerado o mais importante de todos, até mesmo em relação ao direito a vida, pois ao analisarmos pode-se verificar que na ausência de um meio ambiente ecologicamente

equilibrado não há como se desenvolver a vida, muito menos uma vida com dignidade consoante ocorre na presente de um meio ambiente dotado de condições favoráveis.

Perante tudo o que foi exposto, depara-se ainda com uma escassez de conteúdo quanto a matéria em questão, além disso paira a discussão jurisprudencial quanto a responsabilização da pessoa jurídica no transporte de cargas potencialmente poluidoras.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Inicialmente, é imprescindível a conceituação de meio ambiente à luz da Lei nº 6.938/81, considerando que seu art. 3º prevê que o meio ambiente é o conjunto de leis, condições, influências e interações de ordem química, física e biológica que abriga e rege a vida em todas as suas formas (BRASIL, 1981). Posteriormente, a Constituição Federal recepcionou esse conceito, bem como estabeleceu em seu capítulo VI, o artigo 225 inteiramente dedicado a proteção do meio ambiente e assegurando o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum essencial a garantia da qualidade de vida, instituindo ainda, as diversas facetas do meio ambiente, quais sejam, o meio ambiente natural, o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente do trabalho (FARIAS, 2006, s.p.).

O meio ambiente natural é aquele que abarca os recursos naturais, bem como ar, água, solo, fauna e flora, entre outros. Por outro lado, o meio ambiente artificial é todo espaço urbano ou rural construído pelo homem e podem ser classificados entre espaços abertos e fechados (SIRVINSKAS, 2015, p. 285 e 759).

Assim, tem-se como exemplo de meio ambiente artificial aberto, praças e avenidas, já de espaço fechado é o *shopping.*

Já o meio ambiente cultural é aquele que marca as características de um povo e esse é composto por bens de relevância histórica, artística, paisagística, ecológica, científica e turística, podendo ser bens de natureza material ou imaterial. Consideram-se bens materiais os sítios com relevante valor histórico, bem como lugares e documentos. E como bens imateriais culturais, são consideradas as danças, os idiomas, a forma de preparar as refeições, a religião, dentre outros costumes de maneira geral (FARIAS, 2006, s.p.). Por fim, há o meio ambiente do trabalho ou meio ambiente laboral, que nada mais é do que a proteção do indivíduo em relação as suas condições de trabalho, no local em que o ser humano desenvolve suas atividades laborais, seja remunerada ou não. Geralmente, esses espaços são localizados nos grandes centros urbanos, portanto, a proteção ao meio ambiente não cuida somente da poluição emitida pelas indústrias, mas também com a exposição dos trabalhadores aos agentes agressivos (SIRVINSKAS, 2015, p. 861).

Todavia a expressão "meio ambiente" sofre fortes críticas doutrinárias, pois os doutrinadores alegam ser redundante, isso se dá em relação a semântica das palavras que compõem a aludida expressão, vez que *meio* se refere ao centro de algo e *ambiente* está inserido ao conceito de meio. Dessa forma, observa-se o pleonasmo, ou seja, a composição de palavras com significados convergentes para dar ênfase. O termo em estudo foi usada pela primeira vez pelo francês Étinee Geoffroy Saint-Hilaire em sua obra *Études Progressives d'un Naturaliste* no ano de 1835, após isso a expressão fora difundida dentre legislações, doutrinas e

jurisprudências, bem como na consciência de toda a população, consoante reverbera Sirvinskas (2015, p. 126).

Atualmente, a proteção do meio ambiente é prevista constitucionalmente e feita de forma igualitária, ou seja, sem distinção quanto a sua relevância, como econômica ou qualquer outro fator. No entanto, nem sempre foi assim, segundo Farias (2006, s.p.) a proteção ao meio ambiente atravessou três fases, sendo elas a fragmentária, setorial e holística tendo em vista que o ser humano avançou o seu entendimento e passou a compreender os processos de interação entre os componentes bióticos e abióticos dentro do ecossistema e chegou a conclusão que os recursos naturais eram finitos e careciam de proteção.

Dessa forma, na primeira fase a proteção do meio ambiente, ocorrida entre descobrimento do Brasil à chegada da família real portuguesa, ainda era muito tênue pois não havia uma atenção especial voltada ao meio ambiente. A característica dessa fase é a exploração desordenada e a despreocupação, a proteção que existia na consciência das pessoas era de que deveriam preservar o meio ambiente, levando-se em consideração o risco daqueles recursos que se escasseavam e animais em risco de extinção (DIÓGENES JÚNIOR, s.d., s.p.).

Todavia, com a evolução da sociedade esse entendimento fora ultrapassado, ensejando assim, a segunda fase que foi a fase fragmentária, compreendida no período entre a chegada da Família Real e antes da instituição da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, em que a proteção ao meio ambiente começou a se concretizar, por meio do utilitarismo, ou seja, as proteções aos recursos naturais de consideráveis valores econômicos, assim, fragmentando o meio ambiente por não se considerar um bem com identidade própria, consoante versava a legislação do aludido período. Insta salientar que as possíveis soluções

de natureza ambiental encontravam-se previstas no Código Civil de 1916 (SIRVINSKAS, 2015, p. 78).

Finalmente, na terceira fase, holística, é que o meio ambiente fora de fato protegido em sua totalidade com o advento da lei nº 6.938/81 que institui as Políticas Nacionais do Meio Ambiente com o escopo de melhorar, preservar e recuperar a qualidade do meio ambiente adequada a vida, garantindo ao País um desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da pessoa humana, conforme prepondera o art. 2º da lei supracitada (BRASIL, 1981). Não obstante, fora nessa fase em que houve a promulgação da Constituição Federal a qual deu uma atenção especial ao meio ambiente dedicando seu art. 225, dentre outros, a proteção ambiental e trazendo inovação quanto ao conteúdo humano e social dessa. Tal passo, que o meio ambiente deixa de ser considerado apenas em seu aspecto biológico e passa a ser considerado ainda a sua característica humana e social (GARCIA, 2011, s.p.).

Sendo assim, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como cediço, é um direito fundamental por força do art. 225 da Constituição Federal, sendo seu *caput* o núcleo da proteção ambiental, segundo Benjamin (2010, p. 45). Já no §3º desse mesmo artigo, vislumbra-se a previsão para a punibilidade penal e administrativa, as pessoas jurídicas ou físicas, que incorrerem atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (BRASIL, 1988). Nesse ensejo, posteriormente surgiu-se a lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Não obstante, a lei supramencionada prevê também os regramentos específicos instituído pelo direito criminal ambiental e direito penal ambiental

constitucional, não só destinados a responsabilização das pessoas físicas, bem como das pessoas jurídicas consoante versa seu art. 3º, independentemente se forem de direito público ou privado (FIORILLO, 2011, p. 736-737). Nesse seguimento, há a possibilidade de "desconsideração da pessoa jurídica" de acordo com o art. 4º da lei em voga, ou seja, em certos casos a pessoa jurídica pode não serem levados em consideração "os efeitos da personificação ou da autonomia jurídica da sociedade" (DINIZ, 2001, p. 173), a fim de alcançar e associar aquela pessoa natural que efetivamente teria cometido o crime de natureza ambiental.

Sendo assim, as disposições gerais da lei de crimes ambientais (Lei nº 9.605/98) caracterizam a "fundamental evolução no sentido de trazer utilidade aos cidadãos por meio de proteção da vida com a utilização das sanções penais ambientais" (FIORILLO, 2011, p. 737). Devendo ser levado em consideração, primordialmente, a efetividade do meio ambiente ecologicamente equilibrado que, por sua vez, é um princípio constitucional, consistente na responsabilidade crucial do Estado no que se refere a prover um ambiente digno que atenda as necessidades essenciais dos cidadãos.

8 REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Edson Camara de Drummond. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sua devida proteção no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 15, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11363>. Acesso em 01 fev 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.** Disponível em

<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/31149/Direito_Constitucional_Ambiental_Brasileiro.pdf> Acesso em 15 fev. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 16 jan. 2017.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 16 jan. 2017.

_____. **Lei Nº. 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 28 mar 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Da evolução legislativa e constitucional de proteção do bem jurídico ambiental.** Disponível em <http://www.jurisite.com.br/doutrinas/ambiental/doutamb02.html>. Acesso em 12 fev. 2017.

FARIAS, Talden Queiroz. Propedêutica do Direito Ambiental. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 9, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1545>. Acesso em 15 fev. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 12 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. O conceito jurídico de meio ambiente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 9, n. 35, dez 2006. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1546>. Acesso em 15 fev. 2017.

GARCIA, Denise Schimitt Siqueira. Evolução legislativa do direito ambiental no Brasil. In: **Boletim Jurídico**, Uberaba, n. 752, 08 fev. 2011. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2172>. Acesso em 13 fev. 2017.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Meio ambiente e direitos humanos**. Tese aprovada no 4º Congresso de Meio Ambiente do Ministério Público de São Paulo, em novembro de 2000, publicada pelo Ministério Público de São Paulo.

ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. O meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 14, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10795&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 19 jan. 2017.

SOUTO, Luís Eduardo Couto de Oliveira. **Direitos fundamentais e tutela do meio ambiente:** princípios e instrumentos à consolidação do estado de direito ambiental. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp094623.pdf>. Acesso em 21 jan. 2017.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO: O ALARGAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DAS NECESSIDADES HUMANAS E A JUSTICIABILIDADE A LUZ DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2010-2016)

Damaris Domingos Dutra[9]

1 INTRODUÇÃO

O Direito à Alimentação Adequada é um assunto de suma importância para se abordar como um direito humano fundamental, uma vez que, com o passar dos tempos, tal assunto urge ser analisado e considerado como um problema social e real, em nosso cotidiano. Infelizmente, a problemática fome vem sendo ignorada diante o descaso do Poder Público, com pessoas que carecem de uma alimentação adequada. Mesmo com um número tão relevante de seres humanos que perdem à vida com esse fatídico acontecimento. Outrossim, deve-se considerar a caracterização do direito à alimentação com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que, a alimentação adequada é algo essencial à vida de cada ser humano, formando então o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA).

Destarte, o Direito Humano à Alimentação Adequada, dita que a alimentação, assim como qualquer outro direito social, é fundamental para a vida humana, e desse modo, merece proteção, uma segurança, observando sempre as dimensões quantitativas, qualitativas e culturais, nas quais se atentam para a quantidade ingerida, a qualidade dos alimentos, e a cultura de cada pessoa e seu

[9] Graduanda do curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana – RJ, 9º período. E-mail: damaris-sempre@hotmail.com;

regime alimentar. Hodiernamente, o Direito à Alimentação Adequada merece mais do que nunca, um zelo maior e uma aplicabilidade verdadeira.

2 TEMA

O estabelecido para o trabalho de conclusão de curso consiste em "O Direito Social à Alimentação: o alargamento dos direitos fundamentais em decorrência das necessidades humanas e a justiciabilidade a luz dos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal De Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) (2010-2016)".

3 PROBLEMÁTICA

Pela análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), pode-se dizer que existe um alargamento dos direitos fundamentais em decorrência das necessidades humanas e justiciabilidade, quanto ao direito social à alimentação?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

- Caracterizar o direito à alimentação adequada quanto direito social.
- Analisar os entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal De Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), no período de 2010 à 2016.

4.2 Objetivos Específicos

- Delimitar conceitualmente a fome no Brasil, a fome como problemática social e as primeiras experiências de combate à fome.
- Qualificar as dimensões dos direitos humanos, da primeira, segunda e terceira dimensão.
- Reconhecer o direito à alimentação adequada como direito humano.
- Analisar os entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

5 HIPÓTESES

Hipótese 01: Pode-se dizer que existe sim, um alargamento dos direitos fundamentais em decorrência das necessidades humanas e a justiciabilidade, quanto ao direito social à alimentação, diante a análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Hipótese 02: Não se pode dizer que existe um alargamento dos direitos fundamentais em decorrência das necessidades humanas e a justiciabilidade, quanto ao direito social à alimentação, diante a análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

6 JUSTIFICATIVA

O presente assunto é de suma relevância, pois se trata de um contexto existente desde os primórdios dos tempos, ou seja, desde o início da civilização,

desde o momento inicial de um ser humano vê-se o fato alimentar do mesmo, no qual é essencial para prolongação de sua vida, e quanto mais saudável e nutritiva for essa alimentação, mais qualidade de vida a pessoa possuíra. Sobretudo, com essa necessidade alimentar que cada ser humano possuí, vê-se em muitos casos, populações, ocasiões, estados e até países, a problemática fome, que cresce desvairadamente matando milhares de pessoas. Nesse sentido, André Meyer afirma o seguinte:

> A fome — eis um problema tão velho quanto à própria vida. Para os homens, tão velho quanto à humanidade. E um desses problemas que põem em jogo a própria sobrevivência da espécie humana, a qual, para garantir sua perenidade, tem que lutar contra as doenças que a assaltam, abrigar-se das intempéries, defender-se dos seus inimigos. Antes de tudo, porém, precisa, dia após dia, encontrar com que subsistir — comer. E esta necessidade, é a fome que se encarrega de lembrá-la. Sob o seu ferrão e para lutar contra ela, a humanidade aguçou seu gênio inventivo. Ninguém o ignora. E todo mundo sabe também que, nesse velho combate contra esta praga permanente, o homem conseguiu apenas uma vitória incerta e precária (MEYER, 1984, p. 05).

Dessa forma, entende-se que com o aumento populacional, constata que o direito à alimentação adequada seja de tal relevância, ao ponto de trata-lo como Direito Humano à Alimentação Adequada, pois o mesmo possuí caráter social, com a implementação no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com o Projeto de Emenda Constitucional PEC nº 047/2003, devendo assim, ser garantido pelo Estado. Portanto, surgi na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 25 (1948), a alimentação como direito humano fundamental, onde dita assim:

> Artigo 25. 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e

> ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade (ONU, 1948).

Foi só então que surgiu a Segurança Alimentar, com a emergência dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, contemplada nesse artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em que a compreensão do que seria segurança alimentar foi enriquecida com a noção de Direito Humano à Alimentação. A partir de então, temos como referência explícita esse artigo, como forma garantidora que a alimentação é um direito humano inalienável de todo ser humano. Em seguida, têm-se mais uma iniciativa importantíssima, a criação da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO,1996).

Com a Cúpula Mundial sobre a Alimentação, Conferência promovida pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura - FAO, foi instituído dois documentos finais: a Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e o Plano de Ação da Cúpula Mundial sobre a Alimentação. Logo no primeiro parágrafo da Declaração de Roma, nota-se que há uma declaração por parte dos chefes de estado ou de governo em que resguarda "o direito de todos a terem acesso a alimentos seguros e nutritivos, em consonância com o direito a uma alimentação adequada e com o direito fundamental de todos a não sofrer a fome" (FAO, 1996). A partir de então, ficou evidenciado que o direito à uma alimentação adequada, anda conjuntamente com o direito de não ter fome, que cada individuo possuí . De tal modo, de acordo com Osvaldo Ferreira de Carvalho:

> O direito à alimentação constitui um direito fundamental básico, estabelecido e consagrado em vários documentos internacionais tais como declarações, pactos e convenções ao adotarem a premissa de que todos os direitos fundamentais são universais, indivisíveis,

> interdependentes e inter–relacionados, cuja validade é perene, sendo a intransponibilidade, um requisito essencial (CARVALHO, 2012, p. 201).

Nacionalmente, a efetivação do direito humano à alimentação adequada, se deu com a instituição da Segurança Alimentar, com a Lei nº 11.346 de Setembro de 2006, a LOSAN, Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional, que de igual modo, criou conjuntamente, o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, o SISAN, que especialmente, tem como finalidade assegurar a efetivação do direito humano à alimentação adequada para toda a população brasileira (SILVA, 2012). Todavia, foi apenas em janeiro de 2004, com a concepção do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), que houve a preocupação com a segurança alimentar, que era um de seus objetivos. O artigo 4º da Lei nº 11.346, Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional, preconiza a sua abrangência:

> Art. 4º A segurança alimentar e nutricional abrange:
> I – a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, incluindo-se a água, bem como da geração de emprego e da redistribuição da renda;
> II – a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos;
> III – a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade social;
> IV – a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população;
> V – a produção de conhecimento e o acesso à informação; e
> VI – a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País (BRASIL, 2006).

É plausível analisar no Decreto Lei nº 7.272 de 25 de Agosto de 2010, que Regulamenta a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional acima já mencionado, no qual se instituiu a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN), que dentre outras, tem como base preconizada em seu artigo 3º, inciso I, a conduta de promover o acesso universal à alimentação adequada e saudável, priorizando as famílias e pessoas que se encontra em situação de insegurança alimentar e nutricional (BRASIL, 2010).

A fome é um fato lamentável existente desde o momento em que há desigualdades entres classes sociais, onde uma classe se sobressai e se alimenta fartamente, enquanto a outra classe emerge ao tentar suprir suas necessidades básicas, que é a fome. Frente à essas desigualdades, vê-se imprescindível a buscar do Estado de modo positivo, isto é, de forma que o Poder Público venha trazer meios, modos, nos quais erradiquem tal problemática tão prejudicial ao ponto de extinguir com o bem mais precioso, a vida.

7 REVISÃO DE LITERATURA

O tema proposto, como já dito, é tão antigo quanto à própria civilização. Sobretudo, nada existe de novo e de efetivo, estando carente de pesquisas mais profundas acerca do mesmo. Nesse sentido, considera-se interessante abordar no presente trabalho, algumas definições de termos, bem como, uma teoria de base, e revisões bibliográficas. Assim, a formalização do Direito à Alimentação Adequada como um Direito Social faz com que, necessite-se muito mais do que uma simples disposição de alimentos, mesmo que saudáveis. Destarte, nas palavras de Flávio Luiz Schieck Valente:

> A alimentação humana se dá na interface dinâmica entre o alimento (natureza) e o corpo (natureza humana), mas somente se realiza integralmente quando os alimentos são transformados em gente, em cidadãos e cidadãs saudáveis (VALENTE, 2003, p. 53).

De acordo com Irio Luiz Conti (2009, p. 01), pode-se a fome como um "conjunto de sensações provocadas pela privação de nutrientes que incitam a pessoa a procurar os alimentos e que cessam com a sua ingestão". Isto é, a fome ocorre quando uma pessoa não obtém uma alimentação diária de forma qualitativa e quantitativa suficiente de modo que seja capaz de suprir suas necessidades, bem como a mantença de seu organismo, levando em consideração suas atividades físicas (CONTI, 2009).

Para Monteiro (2003), a fome pode ser classificada em dois tipos: fome qualitativa ou fome oculta, e fome quantitativa. No qual, fome quantitativa é aquela em que não há o fornecimento, ao organismo, de um quantidade mínima de calorias para que seja possível a mantença da vida. Já a fome qualitativa, ou oculta, é aquela que a quantidade é ingerida na medida suficiente, no entanto, os alimentos ingeridos não possuem a nutrição necessária para a mantença da vida.

Acerca de segurança alimentar, podem-se deslumbrar dois conceitos, o primeiro de acordo com o artigo 3º da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Lei nº 11.346/06), conceito legal, onde preconiza o seguinte:

> Art. 3º A segurança alimentar e nutricional consiste na 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 ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis (BRASIL, 2006).

Já o segundo conceito de Segurança Alimentar e Nutricional, de forma mais extensivo e válido, atualmente, é do Economista Francisco Menezes, conceito formal, que dita assim:

> Segurança Alimentar e Nutricional significa garantir, a todos, condições de acesso a alimentos básicos de qualidade, em quantidade suficiente, de modo permanente e sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, com base em práticas alimentares saudáveis, contribuindo, assim, para uma existência digna, em um contexto de desenvolvimento integral da pessoa humana (MENEZES, 1998, s.p.).

Em contrapartida, têm-se a insegurança alimentar, que, conforme Irio Luiz Conti (2009), pode ser classificada em três níveis: leve, moderada e grave. Em que, a insegurança alimentar de nível leve se caracteriza pela preocupação em que uma família tem em não conseguir alimentação para o futuro. A insegurança alimentar de nível moderada se caracteriza na medida em que uma família precisa reduzir gradativamente a quantidade e a variedade de alimentos para que estes não venham a faltar antes da aquisição ou da recepção de uma nova cesta de alimentos. E a insegurança alimentar de nível grave ocorre quando uma pessoa ou sua família passam fome. (CONTI, 2009, p.16).

Malthus, em 1798, escreveu e publicou anonimamente o seu livro "Um Ensaio sobre o Princípio da População que Afetam o Melhoramento Futuro da Sociedade: com Observações sobre as Especulações do Senhor Godwin, Monsieur Condorcet e Outros Escritores", no qual se podem considerar dois postulados: o primeiro é que o alimento é necessário à existência humana; e o segundo que a paixão entre os sexos é necessária e permanecerá aproximadamente em seu presente estado. Desse modo, considera-se que a capacidade de crescimento da população é indefinidamente maior que a capacidade da terra de produzir meios de subsistência do homem. Malthus afirma que caso a população não venha ser

contida por freio algum, ela se dobrará de 25 em 25 anos ou então crescerá em progressão geométrica, que seria 1, 2, 4, 8, 16, 32, 64, 128, 256, 512, e, assim, sucessivamente (HENRIQUES, 2007).

Entretanto, em contrapartida, de acordo com as condições médias atuais da terra, constata que os meios de subsistência em condições mais favoráveis possíveis só poderão aumentar em progressão aritmética, que seria 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, e, assim, sucessivamente (HENRIQUES, 2007). Assim, segundo Malthus, "o poder da população é tão superior ao poder do planeta de fornecer subsistência ao homem que, de uma maneira ou de outra, a morte prematura acaba visitando a raça humana" (HENRIQUES, 2007, p. 04). Percebe-se, então, que o ritmo de crescimento populacional seria mais vertiginoso do que o ritmo de produção alimentar, ou seja, progressão geométrica *versus* progressão aritmética.

De acordo com o economista, no futuro as possibilidades de aumento da área cultivada se esgotariam, pois todos os continentes estariam completamente tomados pela agropecuária, mas ainda assim a população continuaria a crescer bem mais a frente. Esse crescimento desproporcional faz com que apareça uma problemática gigantesca e inevitável, a fome. Tem-se, então, a Teoria de Malthus, de acordo com o escólio de Henriques (2007). Denota-se, então, que com a Teoria de Malthus, no qual se afirma que haverá um crescimento desproporcional quanto ao aumento de pessoas, pela progressão geométrica, e a produção de alimentos, pela progressão aritmética, fazendo assim que em algum momento da vida, pessoas sofreram com a carestia da fome, ou seja, com a falta de alimentos por não existir mais meios de produzir.

Na obra Os Sertões, de autoria do Engenheiro militar, jornalista, ensaísta e historiador, o brasileiro Euclides Rodrigues Pimenta da Cunha, mais conhecido com Euclides da Cunha, de 1902, ficam evidentes vários pontos que para o

trabalho são fundamentais, tais como a desigualdade entre classes sociais de um mesmo país, a separação no Brasil, considerando-o de dois modos, o Brasil tropical notório, e o Brasil da fome esquecido por todos, bem como, destaca a força do homem sertanejo, mesmo diante toda à dificuldade:

> O sertanejo é, antes de tudo, um forte. Não tem o raquitismo exaustivo dos mestiços neurastênicos do litoral. A sua aparência, entretanto, ao primeiro lance de vista, revela o contrário. Falta-lhe a plástica impecável, o desempeno, a estrutura corretíssima das organizações atléticas. É desgracioso, desengonçado, torto. Hércules-Quasímodo, reflete no aspecto a fealdade típica dos fracos. O andar sem firmeza, sem aprumo, quase gingante e sinuoso, aparenta a translação de membros desarticulados. Agrava-o a postura normalmente abatida, num manifestar de displicência que lhe dá um caráter de humildade deprimente (CUNHA, 1902, p. 51).

À luz da obra "A Geografia da Fome: O dilema brasileiro: pão ou aço" do escritor, professor, clínico e especialista em doenças de nutrição, administrador, o brasileiro, Josué Apolônio de Castro, mais conhecido como Josué de Castro, do ano de 1984, constata-se o conceito de fome coletiva, que é um fenômeno social bem mais generalizado e geograficamente universal, no qual não existe nenhum continente capaz de resistir a sua ação, ou seja, toda a terra em que o homem possui, também é terra que a fome possui (CASTRO, 1984).

Ademais, Castro delimitar áreas geográficas alimentares no Brasil, em que se divide em: 1) Área da Amazônia; 2) Área da Mata do Nordeste; 3) Área do Sertão do Nordeste; 4) Área do Centro-Oeste; 5) Área do Extremo Sul. Das quais, nem todas são áreas de fome, área aquela em que no mínimo a metade da população apresenta manifestações de forma clara e carente no seu estado de nutrição, podendo ser áreas de fome endêmica, que são manifestações permanentes, ou podendo ser áreas de epidemia de fome, que são manifestações

transitórias. Isto é, para que uma área seja definida como área de fome, dentro deste conceito geográfico, as deficiências alimentares têm que necessariamente se manifestar sobre a maioria dos indivíduos que compõem aquela área. Castro então delimitou como área da fome apenas a Área Amazônica, a da Mata e a do Sertão Nordestino. (CASTRO, 1984).

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006.** Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm > Acesso em 11 jun. 2017.

_____. **PEC 047/2003**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/pec-alimentacao/pec-047-2003-senador-antonio-carlos-valadares-psb-se>. Acesso em 11 de jun. 2017.

_____. **Decreto Lei nº 7.272, de 25 de agosto de 2010.** Regulamenta a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - PNSAN, estabelece os parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7272.htm> Acesso em 11 de jun. 2017.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O direito fundamental à alimentação e sua proteção jurídico–internacional. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 2, mai.-ago. 2012, p. 181-224. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2012v7n2p181> Acesso em 11 jun. 2017.

CASTRO, Josué de. **Geografia da fome:** o dilema brasileiro: pão ou aço. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984.

CONTI, Irio Luiz. **Direito Humano à Alimentação Adequada**. Curso de Formação básica de Gestores de RPs/ BAs/ CCs. 2009. Disponível em: <http://plataforma.redesan.ufrgs.br/biblioteca/pdf_bib.php?COD_ARQUIVO=4599 > Acesso em 11 jun. 2017.

CUNHA, Euclides**. Os sertões**. São Paulo: Domínio Público, 1902. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000091.pdf> Acesso em 11 de jun. 2017.

FAO. **Declaração de Roma sobre Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação.** Roma, 1996. Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/003/w3613p/w3613p00.htm> Acesso em 11 de jun. 2017.

HENRIQUES, Abel. Thomas Robert Malthus: A Teoria Malthusiana. **Instituto Superior de Engenharia de Coimbra**: 2007. Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/Ciencias/Artigos/Thomas_Robert_Malthus.pdf> Acesso em 11 jun. 2017.

MENEZES, Francisco. **Panorama Atual da Segurança Alimentar no Brasil.** São Paulo, 1998. Disponível em: <http://amar-bresil.pagesperso-orange.fr/documents/secual/san.html> Acesso em 11 de jun. 2017.

MEYER, André. Prefácio à 9ª edição. CASTRO, Josué de. **Geografia da Fome:** o dilema brasileiro: pão ou aço. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948, disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 11 de jun. 2017.

SILVA, Denise Ely e. **Dissertação sobre Restaurante Popular: uma forma de acesso à alimentação adequada.** Pelotas. 2012. Disponível em: <http://tede.ucpel.edu.br:8080/tede/handle/tede/193> Acesso em 11 de jun. 2017.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. In: **Saúde e Sociedade,** v.12, n.1, p.51-60, jan-jun 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v12n1/08>. Acesso em 11 jun. 2017.

ENTRE ASCLÉPIO E TÊMIS: A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA COMO MECANISMO DE CONCREÇÃO DO DIREITO SOCIAL E OS IMPACTOS NO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO CALÇADO-ES, NO PERÍODO DE 2010 A 2016

Eloá Charpinel Diniz Jardim Pimentel Abreu[10]

1 INTRODUÇÃO

O Estado tem o dever de garantir saúde a todos os cidadãos, com essa responsabilidade caindo em cima de um Estado completamente falido, o número de ações judiciais de medicamento, cirurgia, e exames vem aumentando muito nos últimos 10 anos. A judicialização vem impondo debates e reflexões entre os dirigentes sanitários e as autoridades judiciárias visando encontrar um caminho que possa, de fato, ser a forma democrática pela qual o cidadão faz valer um direito seu que esteja sendo descumprido pelas autoridades públicas.

Pois bem, como foi dito anteriormente, em se tratando de um Estado falido, as políticas públicas de saúde são para todos, o problema está na falta de critério para avaliar as demandas de medicamentos, exames, cirurgias de usuários, em um município de pequeno porte como São José do Calçado, não há dificuldade em fazer essa triagem por se tratar de um município pequeno, acaba que o município fica sem recursos para atender a população, e alguns usuários acabam atolando o judiciário com ações requerendo esse direito. Como não há esse critério, usam esse recurso pessoas que tem condições de arcar com esse direito, e as que não tem, lhes falta o básico.

[10] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana – 9º período – IV turma – eloadiniz@hotmail.com;

O presente trabalho visa analisar a situação em que o município de São José do Calçado enfrentou no período de 2010 a 2016, com enfoque na judicialização de exames, medicamentos e cirurgias e o que essa matéria impactou no orçamento municipal.

2 TEMA

Entre Asclépio e Têmis: A judicialização da saúde pública como mecanismo de concreção do direito social e os impactos no município de São José do Calçado – ES no período de 2010 a 2016. .

3 PROBLEMÁTICA

Qual o impacto a judicialização da saúde traz para o município de São José do Calçado?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar corporativamente o impacto que a judicialização da saúde traz para o município de São José do Calçado.

4.2 Objetivos Específicos.

- Explorar a delimitação conceitual de saúde.
- Analisar as políticas públicas de saúde no Brasil.

- Analisar a solidariedade dos Entes federativos sob a ótica da judicialização da saúde.
- Examinar o entendimento jurisprudencial da saúde como direito fundamental.

5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: Assimilando o tempo e o conteúdo de estudo com as informações obtidas através de pesquisas, os impactos para munícipios pequenos como São José do Calçado são alarmantes, tais municípios perdem muito em investimento para custear tratamentos, exames, cirurgias, e isso é feito sem nenhum critério de renda do usuário do SUS.

- Hipótese 02: Há quem seja contra a judicialização só pelo falo de não caber ao poder judiciário decidir sobre uma matéria que cabe ao poder administrativo solucionar.

6 JUSTIFICATIVA

A saúde é um direito social fundamental, conforme preconiza o artigo 6º da Constituição Federal de 1988, tal direito deve ser cumprido pelos órgãos responsáveis. As políticas de saúde deveriam ser destaque em diversos governos no mundo, mas diferentemente do que muitos pensam, a maioria dos países não conseguem oferecer o mínimo de condições aos seus cidadãos. A Saúde é conceituada pela OMS como o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença, é um direito humano. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser

humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condições econômicas ou sociais. (SÃO PAULO, s.d.)

No Brasil a importância desse tema é cada vez maior, observando que o desenvolvimento da nação está ligado a bons índices de desenvolvimento social, sendo um dos índices mais relevantes o ligado à saúde. Apesar das políticas de saúde terem melhorado consideravelmente, cresceu nos últimos anos a busca de medicamentos e tratamentos especializados através do âmbito judicial. (NEVES, 2012, p. 13-14.) A Constituição Federal em seu artigo 196 determina:

> Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Assim, o legislador deixou claro que a responsabilidade administrativa, civil e penal quanto à saúde é do Estado. Quando analisada as necessidades município de São José do Calçado, observamos que o gasto com ações judiciais aumentou muito nos últimos 6 anos, e vem aumentando gradativamente. Muda o governo e o problema é o mesmo. Os munícipes têm consciência desse direito, e antes mesmo de requerer por vias administrativas, vão direto para o Ministério Público. Muitas das vezes pessoas que tem condições de arcar com o custo de determinado medicamento ou exame, tirando assim, direito de quem realmente precisa, afogando o judiciário, e fazendo com que o município tenha um gasto desnecessário.

No laboratório local, exames comuns de urina, fezes, sangue – dependendo da taxa que vai ver - custam aproximadamente R$ 15,00. É evidente que existem pessoas que não tem condições de arcar com esse valor, mas é conhecido que

pessoas de condições favoráveis, quando esse serviço lhe é negado, elas procuram logo o judiciário para que esse direito lhe seja concedido.

Portanto, precisa-se de ter um critério para o fornecimento desses medicamentos, sejam por vias administrativas ou judiciais, não tem que bastar em a população procurar seus direitos sem saber as necessidades do município. Na questão de São José do Calçado, em 2016, o juiz bloqueou uma verba da educação que seria para efetuar pagamento de professores e a procuradoria teve que correr contra o tempo, para pedir o desbloqueio dessa verba, pois a prefeitura não forneceu um leite para determinada criança especial. Por fim, esse estudo de caso, esta sendo feito na medida em que a Prefeitura Municipal de São José do Calçado fornece as informações que lhe são demandadas.

7 REVISÃO DE LITERATURA

As palavras chave do trabalho apresentado serão: Direito Social, Saúde Pública, Jucidialização e impacto municipal. Ante o delineado sobre saúde a Lei nº 8.080, responsável por estabelecer a regulamentação do SUS- Sistema Único de Saúde - preconiza em seu artigo 1º.

> Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado. (BRASIL, 1990)

Lê- se, então, que o Sistema Único de saúde é regulamentado em todo território nacional pela referida Lei, servindo para todos os meios públicos de fornecimento de saúde, seja ele municipal, estadual ou federal. A Constituição Federal em seu artigo 196 estabelece que a saúde é direito de todos e dever do

Estado, o mesmo artigo instituiu também o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, recuperação e proteção da saúde.

A saúde como direito social é a mudança fundamental anunciada pelo SUS. A reconstrução do sistema de saúde em novas bases, portanto, não é tarefa simples, pois ultrapassa um questionamento conceitual interno da área, restrito apenas aos seus técnicos e profissionais. Assim, para a sua consolidação, torna-se gradativamente insuficiente apenas o posicionamento crítico em relação ao conceito limitado da saúde ou em relação à forma de organização dos serviços – dicotomizada entre as ações individuais e as coletivas e entre prevenção e cura, características da situação anterior. A nova arena exige mais. Tomando a conceituação ampla sobre a saúde, a nova arena exige que se criem formas que materializem social e politicamente uma ação cuidadora integral, como direito de cidadania. (PUCCINI *et al*, 2004.)

Os direitos sociais caracterizam-se por serem direitos a prestações materiais (direitos à prestação em sentido estrito), isto é, exigem que o Estado aja prestando serviços ou atividades, para melhorar as condições de vida e o desenvolvimento da população, tentando atenuar desigualdades e moldar o país para um futuro melhor. O que se quer é um Estado ativo, interventor, implementador e transformador. (CARVALHO, 2003). A saúde é, acima de tudo, um direito universal e fundamental do ser humano, firmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e assegurado pela Constituição Federal de 1988.

> Art. 3 º - A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; (BRASIL,1990)

A responsabilidade pela área da saúde é conjunta, cabe a União, Estados e Municípios, cada um com sua função. A prefeitura é o principal órgão responsável pela saúde municipal. Assim a criação de políticas públicas municipais e a aplicação de políticas públicas nacionais ficam a cargo da secretaria municipal de saúde. (MERELES, 2016). Os direitos fundamentais são obrigação do Estado, sendo indeclináveis. Cabe somente ao estado promover políticas públicas para a proteção, prevenção da saúde.

O ordenamento jurídico que consolidou essa ideia é a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, também conhecida como Emenda da Saúde, que determinou o comprometimento de receitas da União, dos Estados e dos Municípios para o financiamento dos gastos públicos na área. (CASTRO, 2016.). Silvia Badim Marques, em seu escólio, acrescenta:

> Por um lado a crescente demanda judicial acerca do acesso a medicamentos, produtos para a saúde, cirurgias, leitos de UTI, dentre outras prestações positivas de saúde pelo Estado, representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira, por outro, significa um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais, garantindo as mais diversas prestações do Estado. Prestações estas que representam gastos públicos e ocasionam impactos significativos na gestão pública da saúde no país (MARQUES, 2008, p. 65).

Sendo assim, os orçamentos são comprometidos, pois muitas vezes, um município não tem dinheiro para fornecer determinada medicação, cirurgia ou exame, e o usuário, conhecedor dos seus direitos, diligencia ação e o juiz exige que o município cumpra com seu dever. Segundo a professora Lenir Santos em sua cartilha de Judicialização da Saúde essa judicialização "reflete uma luta entre o que o cidadão entende que lhe deve ser garantido e o Estado lhe garante de maneira insatisfatória ou aquilo que o cidadão gostaria que lhe fosse garantido,

mas não encontra respaldo na lei." (SANTOS *et al*, 2015, s.p.). Em sua cartilha a professora Lenir lembra as grandes diferenças entre os municípios do Brasil e o crescente número de demandas judiciais no âmbito da saúde torna o quadro da judicialização agravante. (SANTOS *et al*., 2015.)

Segundo Antonio Joaquim Fernandes Neto "estamos diante de um paradoxo. A judicialização em si não é boa nem ruim. Pode ser vista como problema, envolve manipulação e disputa entre poderes, mas apresenta também muitos benefícios, grandes e pequenos." (FERNANDES NETO, 2007, p. 49). Ainda de acordo com Castro, pode-se afirmar que:

> A saúde deve, assim, ser fomentada por meio de políticas públicas baseadas em levantamentos, principalmente em planejamentos, que indiquem de forma mais técnica possível, qual o caminho correto a seguir a fim de garantir a universalidade de assistência, uma vez que o direito à saúde implica garantia de condições de trabalho, moradia, alimentação, educação transporte, lazer e saneamento, dignidade, gratuidade e participação da sociedade. A função alocativa no orçamento é tarefa das mais difíceis, uma vez que o recurso disponibilizado é finito, e as demandas são infinitas. A necessidade de se equilibrarem receita e despesa é expediente de execução sofrida, com a constante necessidade de escolhas por parte do gestor. A saúde, um dos três extratos componentes do instituto denominado Seguridade Social, ao lado da previdência e da assistência, de acordo com a Constituição vigente, deve ser regida pelo princípio da universalidade em detrimento ao da seletividade. (CASTRO, 2016, p. 132.)

É cediço, ainda, que alguns municípios não tem recursos para atender de forma integral obedecendo ao princípio da universalidade. Neste contexto, cabe ao poder público oferecer parâmetros para o fornecimento desse direito, para que não falte para quem realmente precisa. Assim, entende Silvia Badim:

> Os desafios não são poucos. O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos concretos que são submetidos à sua apreciação, vem enfrentando dilemas e decisões trágicas, frente a cada cidadão que clama por um serviço e/ou um bem de saúde, os quais, muitas vezes, apresentam-se

> urgentes para que uma vida seja salva e um sofrimento minimizado. E as políticas públicas, por sua vez, encontram-se dispersas em diversos atos normativos, sem uma sistematização clara e, muitas vezes, com trâmites que contrastam com as necessidades postas nos autos. (MARQUES, 2008)

Neste seara, não temos ainda dados concretos quanto a judicialização no município de São José do Calçado, mas já podemos expor que mais de 60% da população chega até a via judicial para requerer esse direito. Concedendo a justiça, sem ao menos analisar as condições tanto do usuário, quanto da prefeitura.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www. planalto. gov. br/ccivil_03/Constituicao. Constituiçao. htm>. Acesso em 31 mai. 2017.

_____. **Lei nº 8.080, 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em mai. 2017.

CARVALHO, Mariana Siqueira de. **Saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988**; 2003, Brasília. Disponível em: <file:///C:/Users/Positivo/Downloads/81181-112531-1-SM.pdf.> Acesso em 01 jun. 2017.

CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos. Judicialização da Saúde. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 34, n. 00, 2016. Disponível em: <https://libano.tce.mg.gov.br/seer/index.php/TCEMG/article/viewFile/247/270>. Acesso em 09 jun. 2017

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. Judicialização da saúde. **Caderno Mídia e Saúde Pública**, v. 2, n. 1, p. 49-52, 2007. Disponível em: <http://www.esp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2009/06/caderno-midia-e-saude-publica-2.pdf#page=49>**.** Acesso em 12 jun. 2017**.**

MARQUES, Silvia Badim. TEMA EM DEBATE/ARGUMENT. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 2, p. 65-72, 2008. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2015/ciclo_judicializacao_saude/documentos/material_referencia/artigo_silvia_badim.pdf>. Acesso em 14 jun. 2017.

MERELES, Carla. **Saúde**: Qual a responsabilidade do município?. Disponível em: <http://www.politize.com.br/saude-municipio-qual-a-responsabilidade/>. Acesso em 14 jun. 2017

NEVES, Diemerson Leonardo da Silva. Judicialização da saúde: A obtenção de tratamentos pela via judicial. Barbacena. 2012, p. 13-14.) Disponível em: **http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc=08c6cec70fb1a24212465c31ff20ea6e.pdf .** Acesso em: 30 de maio de 2017

PUCCINI, Paulo de Tarso et al. A humanização dos serviços e o direito à saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, 2004. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/32959/1/S0102-311X2004000500029.pdf>. Acesso em 13 jun. 2017.

SANTOS, Lenir *et al*. **Judicialização da saúde**. Disponível em: <file:///C:/Users/Positivo/Desktop/Livro3_Judicializacao_da_saude%20(1).pdf>. Acesso em 05 jun. 2017.

SÃO PAULO (ESTADO). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 11 jun. 2017

.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM UMA ABORDAGEM LOCAL: ANÁLISE SOBRE AS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI Nº 11.340/2006 NO MUNICÍPIO DE BOM JESUS DE ITABAPOANA-RJ, NO PERÍODO DE 2011-2016

Érica Correa da Silva Lopes[11]

1 INTRODUÇÃO

A Mulher em todas as fases da história sempre foi figura de diminuição perante o homem, era considerada como objeto de procriação vindo ao mundo para servi-lo. Durante décadas a falta de oportunidades eram um marco presente na conquista do sexo feminino, onde o homem que era o ser de poder e representava superioridade, acabava conquistando esse espaço. Assim a figura do homem como o senhor era passado de pai pra filho, que crescia sabendo de sua postura perante a mulher.

Ao passar dos anos houve a conquista de direitos pelos movimentos feministas que foram crescendo e ganhando espaço na sociedade. Vindo a criação de comissões que tratava da desigualdade de sexo e discriminação. Surgindo logo após a então Lei 11.360/2006 que veio para defender a mulher da violência doméstica e familiar. Trazendo para a concepção feminina o respeito ao sexo feminino que antes não existia. Ainda depois de grandes acontecimentos e conquista, a mulher é vítima da própria sociedade que a discrimina sua posição em relação ao homem. Por esse motivo acaba sendo alvo de desrespeito, agressões e violência.

[11] Acadêmica do 9° Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana-RJ, email: ericabomje@hotmail.com;

2 TEMA

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM UMA ABORDAGEM LOCAL: ANÁLISE SOBRE AS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI Nº 11.340/2006 NO MUNICÍPIO DE BOM JESUS DE ITABAPOANA-RJ, NO PERÍODO DE 2011-2016

3 PROBLEMÁTICA

Há efetividade, ou não, das medidas protetivas da lei n° 11.340/2006- Lei Maria da Penha, nos casos de violência domésticas no município de Bom jesus do Itabapoana?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar os motivos que levam a violência doméstica contra a mulher, em uma abordagem local. Como é feita a aplicação das medidas protetivas da Lei N° 11.340/2006- Lei Maria da Penha, e o que levam o judiciário a impor essas medidas, no município de Bom jesus do Itabapoana no período de 2011 a 2016.

4.2 Objetivos Específicos

- Descrever a realidade da violência doméstica contra a mulher, investigando os casos e a aplicação da Lei N° 11340/2006 no município;
- Analisar aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha, no município de Bom Jesus do Itabapoana no período de 2011 a 2016.

- Analisar a discriminação entre o sexo masculino e feminina em um contexto social.

5 HIPÓTESES

- A Lei Maria da Penha foi criada para proteger a vítima da violência no seu próprio lar. Esta lei a maioria das vezes é aplicada com eficiência, assim que a vítima denuncia a agressão. Mas ainda a falta de mecanismos e estruturas nos órgãos governamentais falham para executá-la.

- A deficiência dos órgãos competentes na aplicação da lei, gera impunidade. Cabendo ao poder público e ao judiciário adotar medidas para prevenir a violência doméstica, garantindo o exercício da cidadania, o princípio da igualdade, e os direitos humanos, além de oferecer o suporte necessário para a vítimas e punição para os agressores que praticam esse tipo de violência.

- O preconceito, a desigualdade entre sexos, a sociedade ainda machista, acabam desencadeando ao surgimento de novos casos de violência doméstica contra a mulher, e muitas das vezes, por medo ou receio, essas mulheres não tornam público as agressões sofridas.

6 JUSTIFICATIVAS

Os estudos sobre o tema, Violência doméstica em uma abordagem local: análise sobre as medidas protetivas da lei nº 11.340/2006 no município de Bom

Jesus de Itabapoana-RJ, no período de 2011-2016, tem como fim o estudo relacionado as condutas do indivíduo homem e suas práticas delituosas sobre a mulher, um posicionamento de todas as formas de proteção as vítimas e as consequências vitimização.

A criação da Lei 11.340/2006 obteve mecanismo acerca da proteção das mulheres, vítimas de violência doméstica e familiar, causados por agressores em maior parte do sexo masculino que vive dentro do seio familiar. O objetivo da Lei Maria da penha é resguardar o exercícios dos direitos que protegidos pela constituição federal de 1988, em seu artigo 5°, I, trata que homens e mulheres serão tratados pela Constituição de forma igualitária, não havendo distinção entre os sexos. A desigualdade de sexo traz a realidade da mulher correlacionada como sexo frágil, fraco e inferior que se submete ao machismo, causados pela sociedade, resultando em formas de violência. O artigo 7° da lei Maria da Penha discorre as formas de violência e sua ocorrência. Dispõe o referido artigo:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
> I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularizarão, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
> III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição,

> mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
> IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
> V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

O contexto de violência está ligado ao histórico social e cultural da mulher, que em várias fases da história eram discriminadas e desprotegidas. Embora a mulher sendo esposa, mãe, não tinha direito de opinar na vida conjugal e criação de seus filhos, era vista somente como um objeto de procriação. Essa concepção machista está ligada ao gênero, uma construção social que se remete tanto a feminilidade quanto a masculinidade em um contexto histórico.

> Gênero não pretende significar o mesmo que sexo, ou seja, enquanto sexo se refere à identidade biológica de uma pessoa, gênero está ligado à sua construção social como sujeito masculino ou feminino. Não se trata mais de focalizar apenas as mulheres como objeto de estudo, mas sim os processos da feminilidade e masculinidade, ou os sujeitos femininos e masculinos (LOURO, 1996, p. 09).

Deste modo, a concepção de gênero não se remete ao sexo quando este é a diferença biológica do homem e mulher, quando o gênero são as formas históricas e sociais que cada um adquiriu ao longo da sua vida. Essa diferença construída socialmente entre o gênero foi sendo adquirida de geração a geração, onde a mulher figura reprodutiva estão ligadas socialmente aos filhos e ao lar, ao contrário os homens figura que se remete ao poder de construção e sustento familiar. Portanto, mais que categoria social, as mulheres consistem "em objetos de satisfação sexual dos homens, reprodutoras de herdeiros e de força de trabalho" (SAFFIOTI, 2004, p. 132).

Ao passar dos anos as mulheres foram conquistando seu espaço e suas igualdades, com o surgimento de leis que protege e defende seus direitos.

Houve assim, conquistas de direitos pelos movimentos feministas que foram crescendo e ganhando espaço na sociedade. Vindo a criação de comissões que tratava da desigualdade de sexo e discriminação.

No ano de 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas criaram a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), Lei Internacional dos Direitos da Mulher, que teve como objetivo igualdade entre homem e mulher e extinção de qualquer tipo de discriminação. Com base na igualdade entre os sexos a Constituição Federal de 1988, em seu art 5º, I intitula igualdade entre homens e mulheres. Tratando de uma igualdade formal para ambos os sexos. Com base no crescimento de violência contra a mulher é que obteve a necessidade de uma criação de uma igualdade de maior proteção ao sexo feminino em relação ao homem, com o surgimento de normas especificas.

A ONU reconheceu que a violência deveria ser tratada com maior atenção, foi que se instituiu a lei que viabiliza e protege a mulher, Lei 11.340/2006. A lei intitulada como Maria da Penha que teve sua origem no caso da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, em Fortaleza no Estado do Ceará, onde foi vítima do próprio marido na ocorrência de violência doméstica, e temendo ao próprio marido tinha medo de denunciar. O marido de Maria da Penha deixou-a paraplégica, após ter forjado um assalto e dias depois atentou novamente contra a sua vida. Foi quando a vítima procurou em defesa de sua própria vida o direitos humanos.

Após 15 anos o agressor ainda se encontrava em liberdade, foi quando Maria da Penha procurou os órgãos internacionais protetores dos Direitos

Humanos, foi quando o governo brasileiro se viu obrigado a criar um dispositivo legal que trouxesse maior eficácia na prevenção e punição da violência doméstica. Em 2006, aprovada a Lei Maria da Penha pelo Congresso, que foi considerada pela ONU uma das melhores leis contra a violência domestica do mundo.

A Lei Maria da Penha vislumbra garantias de proteção a mulher, coibindo a violência doméstica e familiar nos termos do art 226, § 8 da Constituição Federal, trazendo grande avanço no acesso à justiça, além de dar a voz as vítimas, que antes se calavam mediante tal fato, e sofria calada as agressões praticadas por seus maridos, companheiros, irmãos ou membros de sua própria família. Com a lei veio a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, que tem a competência cível e criminal, deu poder à autoridade policial a prerrogativa investigatória, para instalar o inquérito. Proíbe a aplicação de pena pecuniária, multa ou a entrega de cesta básica, sendo permitida a prisão preventiva do agressor. E ainda permitindo ao juiz adotar medidas para que afaste o agressor da vítima.

A política de segurança e proteção a mulheres teve uma grande evolução a partir de leis e convenções, que submete por parte do Estado o dever de proteger, reestruturar as mulheres vítimas dessas ações de violência. Mas a falta de estrutura dos órgãos governamentais no cumprimento da lei deixa impunes os casos que se repetem diariamente. Entende-se que, há lei que garante segurança as mulheres, mas cabe ao poder público criar mecanismo para obter proteção a essas mulheres. Não existe diferença de uma abordagem sobre o tema em relação a localidade e a visão geral, pois a falta de estrutura e o combate a esse tipo de violência andam pelos mesmo caminho. Deparamos com a falta de mecanismo em geral, pois partem do estado as condutas e meios para punir os agressores.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A desigualdade de gêneros culturalmente alimentada pela sociedade, leva a cerca da construção de uma desigualdade entre homem e mulher, desde então alimentada por cultura machista o que se desencadeou a discriminação pelo sexo feminino. Assim perante a desigualdade, o sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino esteve sempre inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica, à do homem (SILVA, 2009, p. 223).

Sobre essa visão houve uma necessidade de igualdade entre os gênero, que trouxe o princípio da dignidade humana para o ordenamento jurídico brasileiro que teve o reconhecimento da mulher como detentora de direitos e igualdade perante a sociedade. Neste sentido, "ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar". (BARROSO, 2011 p. 274). O que se deve atentar não é uma igualdade perante a lei, mas o direito à igualdade mediante a eliminação das desigualdades, o que impõe que se estabeleçam diferenciações específicas como única forma de dar efetividade ao preceito isonômico consagrado na Constituição. (DIAS, 1997, p. 04).

A cerca de desigualdades ao sexo feminino, é que se desencadeou a violência contra a mulher. O termo violência significa qualquer comportamento ou conjunto de comportamentos que visem causar dano à outra pessoa, ser vivo ou objeto, o vocábulo deriva do latim *violentia*, que por sua vez deriva do prefixo vis e quer dizer força, vigor, potência ou impulso. (CAMPOS, 2008, p. 10). Por tanto, há o entendimento que existe uma desigualdade entre gênero e sexo, é necessário esclarecer que "gênero" diz respeito à ótica do indivíduo sobre si mesmo, para além do sexo, do corpo e da orientação sexual (HEILBORN, 1997).

Segundo o Autor Rocha, 2010, As mulheres fazem parte de um dos grupos que sofrem com a discriminação por ser considerado minoritário e frágil, sendo esta uma forma de violência, a qual emerge do preconceito de uma sociedade que violenta a mulher. Por todos esses aspectos, verifica-se que, apesar das conquistas femininas nas últimas décadas, a violência contra a mulher permanece ainda com proporções desconhecidas, visto a banalização e a naturalização com que os crimes são tratados na maioria das vezes, em decorrência de fatores discriminatórios relacionados ao gênero. Essa violência doméstica é silenciosa, não porque o chicote não tenha feito barulho, mas porque o choro delas foi embargado. Porque elas, ou por medo ou por vergonha, continuam a não revelar tudo que se passa, e isso não é só numa classe social. (Rocha, 2010, p. 15)

A violência contra a mulher decorre de um processo histórico relacionado ao gênero. Conforme Saffioti (2001, p. 129): "O termo gênero indica rejeição ao determinismo biológico suposto no uso de palavras como sexo e evidencia que os papéis desempenhados por homens e mulheres são uma construção social". Expressões de violência doméstica têm definição como aquela que vivenciada no seio familiar, muitas das vezes por qualquer membro da família. Como descreve as autoras: A Violência doméstica é a que ocorre dentro de casa, nas relações entre as pessoas da família, entre homens e mulheres, pais/mães e filhos, entre jovens e pessoas idosas. Podemos afirmar que, independentemente da faixa etária das pessoas que sofrem espancamentos, humilhações e ofensas nas relações descritas, as mulheres são o alvo principal. (TELLES; MELO, 2003, p. 19).

Com o passar das décadas, houve a necessidade de combate a violência doméstica, pois os fato de ocorrer dentro do próprio lar não se tinha uma legislação para se combater tal violência, e atender as vítimas. Foi quando movimentos de busca desses direitos. A Constituição da República Federativa do

Brasil de 1988, em seu artigo art. 5º, inciso I, instituiu a igualdade de gêneros entre homens e mulheres. Em 2002, o Brasil aderiu à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), adotada em 1979, além de outros instrumentos legais que visavam à proteção das mulheres.

Surge em 2006, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340 de 2006) como instrumento legal para combater a violência doméstica contra a mulher, tendo como objetivo a erradicação da desigualdade e violência de gênero. A referida lei trouxe mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, representando um marco na luta de movimentos em defesa dos direitos femininos.

A Lei 11.340 de 2006 deu aplicabilidade ao princípio da dignidade humana e à igualdade de gênero que, apesar de previstos na Constituição, precisavam ser transportados para um diploma legal específico e detalhado, comunicando à sociedade o novo paradigma de não aceitação da violência doméstica (ÁVILA, 2007). Nas palavras de Piovesan e Pimentel, considera-se a Lei Maria da Penha como instrumento de igualdade material, que confere efetividade aos preceitos constitucionais: A "Lei Maria da Penha", ao enfrentar a violência que, de forma desproporcional, acomete tantas mulheres, é instrumento de concretização da igualdade material entre homens e mulheres, conferindo efetividade à vontade constitucional, inspirada em princípios éticos compensatórios. (PIOVESAN; PIMENTEL, 2007, p. 01).

A Lei Maria da Penha trouxe diversas inovações, dentre elas a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95, ao excluir a Lei nº 11.340/06 do âmbito dos Juizados Especiais Criminais, visto que a violência doméstica não constitui crime de menor potencial ofensivo, os quais são competência deste Juizado, visando à efetiva proteção da mulher. Apesar de várias mudanças nas políticas públicas, para se enfrentar à violência contra a mulher, e os avanços que se teve após os

movimentos feminista e a criação de uma lei especifica no combate a violência. Ainda muito tem que ser estruturado, há lei, mas falta mecanismo de proteção e restruturação dessas mulheres violentadas e dos homens agressores.

Não se acredita numa mudança radical de uma relação violenta, quando se trabalha exclusivamente com a vítima. Sofrendo esta algumas mudanças, enquanto a outra parte permanece o que sempre foi, mantendo seus hábitos, a relação pode, inclusive, tornar-se ainda mais violenta. Todos percebem que a vítima precisa de ajuda, mas poucos veem esta necessidade no agressor. As duas partes precisam de auxílio para promover uma verdadeira transformação da relação violenta (SAFFIOTI, 2004, p. 68).

De acordo com Dias, Deter o agressor e garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima e sua prole está a cargo tanto da polícia como do juiz e do próprio Ministério Público. Todos precisam agir de modo imediato e eficiente. A Lei traz providências que não se limitam às medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22 a 24. Encontram-se espraiadas em toda Lei diversas medidas também voltada à proteção da vítima que cabem ser chamadas de protetivas. (DIAS, 2007, p. 79).

Para estabelecer-se uma rede de atendimento e enfrentamento (proteção integral a mulher), os Poderes Legislativos, Judiciário, e Executivo, respeitadas as alçadas e atribuições, bem como movimentos sociais, órgão estaduais e municipais e cidadãos devem trabalhar em intersetorialidade e articulados para promover e implantar políticas públicas de ações e serviços especializados para a vítima de violência doméstica e toda a sua família. (GERHARD, 2014, p. 94).

8 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Lei Maria da Penha**. Uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres. Projeto BuscaLegis 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov>. Acesso em 11 abr. 2017.

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/lei/l11340>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Aborto**: estratégias de (des) criminalização. Florianópolis: Fazendo Gênero 8 – Corpo, Violência e Poder, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Ações afirmativas**: a solução para a desigualdade. Jornal Zero Hora. Porto Alegre, 28 de maio de 1997.

GERHARD, Nadia. **Patrulha Maria da Penha**. 1. ed. Porto Alegre: Age Editora, 2014.

LOURO, Guacira L. Nas redes do conceito de gênero. *In*: LOPES M. J. M.; MEYER D. E.; WALDOW V. R. **Gênero e Saúde**, Porto Alegre, Artes Médicas, 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em 16 jun. 2017.

PIOVESAN Flávia; PIMENTEL Silvia. Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela. **Carta Maior**: portal eletrônico de notícias. Disponível em: <www.cartamaior.com.br/?/Opiniao/Lei-Maria-da-Penha-inconstitucional>. Acesso: 14 jun. 2017.

PINATI, Tania- Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. **Histórica:** portal eletrônico de notícias, **a**br.-mai. 2007. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br >. Acesso: 11 abr. 2017.

ROCHA, C. L. A. O direito a uma vida sem violência. *In*: LIMA, Fausto R.; SANTOS, Claudiene (Coords.). **Violência doméstica***:* vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAFFIOTI, H. I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 16, p. 115-136, 2001.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2004.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO DO ICMS

Fabio Tavares de Resende[12]

1 INTRODUÇÃO

O estudo busca analisar a sujeição passiva do contribuinte ou terceiro, tendo em vista a figura criada no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, a substituição tributária para frente, com foco na figura do responsável tributário, seus modelos de responsabilidade: por transferência e por substituição. Não há pretensão de como estudo, esgotar o tratamento de todas as implicações decorrentes dos institutos em análise, mas fomentar o fértil campo de discussões concernentes ao tema. Isso, por não se tratar de um trabalho daqueles preparados com grande antecedência onde se pudesse dispor de maiores profusões de ideias.

2 TEMA

A substituição subsequente também chamada pela doutrina de substituição ″para frente″ e outra parte que a denomina de progressiva, vincula-se a fato futuro e incerto. Esta, por estar longe de se efetivar é chamada de fato gerador presumido, cujo respaldo, encontra-se no adicionado do § 7º do art. 150, da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, **a** lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurado à imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato

[12] Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana.

gerador presumido. Este foi incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, o que vem então, gerando inúmeras discussões quanto à sua validade. Assim, tem-se, como tema, A Responsabilidade Tributária no Regime de Substituição do ICMS.

3 PROBLEMÁTICA

O fato gerador da obrigação tributária como objeto desse estudo, foca-se no "fato gerador presumido". Assim, a substituição subsequente (que parte da doutrina chama de substituição "para frente" e parte a denomina de progressiva), que se vincula a fato futuro e incerto, por estar longe de se efetivar, chamado de fato gerador presumido, encontra respaldo no adicionado § 7º do art. 150 da Constituição Federal e tem gerado inúmeras discussões quanto à sua validade?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

- Apresentar os aspectos pertinentes ao instituto da Substituição Tributária, sua legalidade e sua responsabilidade tributária junto às pessoas envolvidas.

- Discorrer sobre a espécie de substituição tributária com antecipação do imposto.

4.2 Objetivos Específicos

- Apresentar as obrigações do substituto e do substituído no regime da Substituição Tributária "para frente";
- Analisar a sujeição passiva do contribuinte ou terceiro, tendo em vista essa figura criada no ordenamento jurídico – a substituição tributária para frente;
- Examinar ainda, a figura do responsável tributário, seus modelos de responsabilidade: por transferência e por substituição.

5 HIPÓTESES

Espera-se com o estudo dar uma contribuição ao leitor, nos questionamentos que provavelmente estão afetando grande parte dos contribuintes que estão sujeitos ao regime de Substituição Tributária "para frente", implantada no Brasil. As abordagens dessas questões promovem às seguintes hipóteses:

- O instituto da Substituição Tributária "para frente" é tratado pela doutrina quanto à sua constitucionalidade, havendo obrigações do substituto e do substituído no regime da Substituição Tributária "para frente".

- A compatibilidade da sistemática da Substituição Tributária está em consonância com a Responsabilidade Solidária.

6 JUSTIFICATIVA

A escolha deste tema se deu em função da necessidade, como empresário e estudante do curso de Direito, de buscar novos caminhos para conter a fúria do Fisco, tendo em vista sua tentativa cada vez mais intensa de um instrumento assecuratório de uma arrecadação mais eficiente e que facilite a fiscalização do cumprimento das obrigações fiscais. Os níveis de arrecadação não têm se mostrado eficiente e o poder tributante vem buscando, cada vez mais, lançar mão de meios alternativos como forma de recolher mais imposto, com menor esforço e, de forma antecipada, adotando a figura do responsável por substituição, para que esse apure e recolha o ICMS devido por outros contribuintes.

A respeito do assunto tem-se falado muita coisa, até mesmo com numerosas jurisprudências, inclusive observando-se algumas interpretações opostas que, ainda não determinaram uma unanimidade, o que traz como consequência, a probabilidade de novos entendimentos. Assim, com a pretensão e o anseio de melhor entender e poder ainda esclarecer a leigos no assunto, é outro motivo que justifica o estudo, isto é, o de buscar os limites constitucionais, os doutrinários e a legalidade da substituição tributária. No entanto, a maior justificativa, é o grande desconhecimento da sua técnica, dos seus aspectos conceituais e doutrinários, tornando-se um mito que necessita ser combatido, e especialmente, estudado.

Deste modo, nesse estudo pretende-se trazer elementos técnicos que possam servir para uma melhor compreensão, sem perder a visão crítica dos aspectos que envolvem a substituição tributária, tanto no contexto da constitucionalidade, quanto no da legalidade ou da doutrina, buscando novos caminhos para conter a fúria do Fisco, tendo em vista sua tentativa cada vez mais

intensa de um instrumento assecuratório de uma arrecadação mais eficiente, e que facilite a fiscalização do cumprimento das obrigações fiscais.

7 REVISÃO DE LITERATURA

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, o ICM, como era chamado, substitui, no Sistema Tributário atual, o imposto de vendas e consignações (IVC). Ambos são impostos do campo de incidência da circulação de bens. A Emenda Constitucional nº. 18/65 à Constituição de 1946 criou em seu artigo 12 o ICM, como substituto do IVC, estabeleceu a competência para sua imposição, bem assim, os critérios relativos à alíquota, base de cálculo, métodos de arrecadação, enfim, as características do tributo.

A introdução do instituto da substituição tributária no direito positivo brasileiro ocorreu por meio do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/66) no já revogado artigo 58, § 2º, II. E através do Ato Complementar nº 34 de 30/01/67 substituiu-se o referido inciso II do parágrafo 2º. Posteriormente, com o Decreto-Lei nº 406 de 31/12/68, foram revogados expressamente os referidos dispositivos em seu artigo 13. Por intermédio da Lei Complementar nº 44 de 07/12/83, acrescentaram-se parágrafos aos artigos 2º, 3º e 6º do Decreto-Lei nº 406, dispondo, novamente, sobre a denominada "substituição tributária para frente".

A Constituição de 1988 encampou o instituto, através de seu artigo 155, § 2º, XII, "b", determinando o texto constitucional que cabe à lei complementar, relativamente ao ICMS, "dispor sobre substituição tributária". Por outro lado, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) em seu artigo 34, Parágrafos 3º e 8º, instituiu-se que os Estados e o Distrito Federal pudessem editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional e, em convênio, normas provisórias para regular o ICMS, até que lei complementar dispusesse

sobre a matéria. Dentro dessa situação foi baixado o "Anexo Único ao Convênio ICMS 66/88" que, em seu artigo 25, disciplinou o regime de substituição tributária "para trás" e "para frente". Sobreveio a Emenda Constitucional nº 3/93, que acrescentou o parágrafo 7º, em seu artigo 150, cujo teor, referiu *in verbis*:

> § 7º - A Lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido (BRASIL, 1993).

Todavia, quando o dispositivo retrodescrito defere à "lei" instituir regime de substituição tributária "para frente" refere-se, evidentemente, à "lei ordinária", exceto, porém, quanto ao ICMS, por ser esse regido em disposição constitucional específica – art. 155, § 2º, XII, b – exigindo para aquele fim "lei complementar".

Finalmente, em substituição ao Convênio ICMS 66/88, editou-se a Lei Complementar nº 87, de 13/09/96, que embora possua alterações posteriores em outros dispositivos, não tiveram alterado os dispositivos que tratam da substituição tributária e que vão, de forma específica, do artigo 5º ao artigo 10. Consiste a Lei Complementar 87/96, norma geral de alcance nacional destinada especificamente a regular o ICMS previsto no artigo 155 da Constituição Federal, atribuindo estrutura normativa a esse tributo. Para Ives Gandra da Silva Martins, a Lei Complementar 87/96 criou um sistema distendido para a figura do substituto tributário. Diz ele:

> Tenho para mim que não poderia fazê-lo. Não obstante decisões do STJ tenham reconhecido a constitucionalidade da E.C. nº. 03/93, inclusive em seus efeitos retroativos para constitucionalizar legislação passada e anterior a sua promulgação (art. 150 § 7º), a matéria ainda pende de decisão superior (STF), razão pela qual nutro esperanças de que a

> suprema corte possa ser revertida a tendência hoje dominante no superior tribunal.
> A própria denominação utilizada no § 7º de "fato gerador presumido" – isto é, "fato gerador fictício, pretendido", mas não "ocorrido" – demonstra que o legislador supremo criou autêntico empréstimo compulsório, a ser devolvido sempre que o fato gerador "spielberguiano" de "efeitos especiais", inexistente, a não ser na imaginação das autoridades fiscais, não venha a ocorrer. Em outras palavras, criou-se a teoria do "*wishfull thinking*" em direito, vale dizer, o que se deseja ver realizado no futuro é tido como realizado no presente, mesmo que nunca venha a realizar-se o desejado (MARTINS, 1997, p. 61).

Dessa forma, tem-se a considerar que eventuais discordâncias acerca da sistemática de substituição tributária devem ser feitas, sempre, à luz do disposto no texto constitucional atual, na Lei Complementar nº 87/96 e nas demais normas infraconstitucionais recepcionadas ou editadas após 1988, desde que naturalmente válidas e eficazes.

No direito pátrio, o mecanismo da substituição tributária subdivide-se em duas espécies: substituição tributária "para trás" e substituição tributária "para frente". O que interessa no estudo é tratar da substituição tributária "para frente", já que ela é quem, atualmente, desencadeia maiores conflitos. Ricardo Lobo Torres, que se posiciona pela inconstitucionalidade da substituição tributária para frente, diz que grande parte da doutrina brasileira "vem considerando inconstitucional a Emenda Constitucional nº 03/93, mantendo-se firme na condenação que antes, juntamente com alguns tribunais federais, já havia feito da Lei Complementar nº 44/83. Segundo Torres (1996), são os principais argumentos utilizados contra a legitimidade constitucional da substituição "para frente" que:

> a) constituiria uma obrigação tributária sem fato gerador, o que ofende o princípio da legalidade e contraria a própria fenomenologia do nascimento da relação jurídica tributária no ICMS;
> b) importaria em desrespeito ao art. 128 do CTN, pois inexiste vínculo entre o industrial e o varejista;

> c) haveria ofensa ao princípio da não-cumulatividade, pois não se sabe o valor real da venda ao consumidor final no momento prévio da saída da mercadoria do estabelecimento industrial (TORRES, 1996, p. 190).

Apoiada em suas razões, forte corrente jurisprudencial conclui no sentido da inconstitucionalidade da substituição "para frente". E, continua o insigne jurista: "O primeiro e mais difícil problema que se coloca é o da inconstitucionalidade da norma constitucional". Sempre se entendeu que a norma constitucional goza da presunção de constitucionalidade. Depois de divulgação da obra de Bachofen, que admitia a possibilidade de ser inconstitucional a norma da própria Constituição nos casos excepcionais de conflito com o direito supralegal, e da promulgação do art. 60, § 4º, da Constituição de 1988, que dispõe sobre as cláusulas pétreas, tornou-se moda no Brasil a presunção oposta de que as emendas constitucionais e as próprias normas legais ficam sob a suspeita de ilegitimidade constitucional. No caso específico da EC 03/93, relativamente ao tema da substituição do ICMS, inúmeros autores vieram a considerá-la inconstitucional.

Em razão do que foi exposto, é possível inferir-se que mesmo garantindo a imediata e preferencial restituição da quantia paga caso não se realize o fato gerador presumido, a Emenda Constitucional nº 03/93, que inseriu o parágrafo 7º ao artigo 150 da Constituição Federal, é inconstitucional. Tanto porque tributa base de cálculo fictícia, tanto porque tributa hipótese, ou seja, fato que não se sabe se vai realmente ocorrer. Assim, acrescenta Carrazza:

> Ora, o art. 1º da EC 3/93 é inconstitucional, porque atropela o princípio da segurança jurídica, em sua dupla manifestação: certeza do direito e proibição do arbítrio. Este princípio, aplicado ao Direito Tributário, exige que o tributo só nasça após a ocorrência real (efetiva) do fato imponível. É sempre bom reafirmarmos que o princípio da segurança jurídica diz de perto com os direitos individuais e suas garantias. É, assim, "cláusula pétrea" e, nessa medida, não poderia ter sido amesquinhado por emenda constitucional (art. 60, § 4º, da CRFB). Evidentemente, a

> inconstitucionalidade perdura, mesmo "assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga caso não se realize o fato gerador presumido". De fato, a eventual recomposição do dano não restabelece o primado da segurança jurídica, que, aliás, resta irremediavelmente atropelado só com a tributação de fato que ainda não aconteceu (mesmo que, depois, ele realmente aconteça). De modo que, a tributação antecipada (tanto quanto a tributação por estimativa e outros artifícios largamente empregados para coibir possíveis fraudes) na tributação por via de ICMS não resiste ao teste da constitucionalidade. (CARRAZZA, 1999, p.173).

Na substituição tributária, a lei atribui a terceiro o dever de recolher antecipadamente o tributo que seria devido em operação subsequente. Este terceiro, também denominado substituto, não guarda qualquer relação com o fato gerador tributado pelo regime da substituição, mas se torna contribuinte responsável pelo recolhimento em decorrência de expressa disposição legal. Deve-se ver, entretanto, que o substituído, ou seja, aquele que efetivamente realiza o fato gerador da obrigação, não se torna "responsável pela obrigação" uma vez que não perde sua condição de Contribuinte. No regime de substituição tributária, o contribuinte de direito realiza o fato gerador, mas a obrigação tributária nasce com o substituto, excluindo o substituído da relação jurídico-tributária.

Em virtude disso seria impossível atribuir-se, por responsabilidade, ao contribuinte substituído a obrigação pelo recolhimento do imposto, pela simples razão de que o contribuinte não pode ser responsável *strictu sensu*. A doutrina não tergiversa do acima mencionado, pois como salienta Soares de Melo (2000, p.148), "as relações jurídicas devem ficar adstritas às imposições tributárias, quando ocorre subsunção do fato imponível (situação concreta) à imagem normativa (situação abstrata)". A pretensão do fisco de receber o crédito tributário do substituído afronta o princípio da legalidade, *ex vi* do disposto nos artigos 113, 139 e 141, todos do CTN. Comprove-se com as palavras de Decomain:

> Já o crédito tributário é distinto da própria obrigação. A obrigação tributária principal é o vinculo jurídico entre o sujeito ativo, credor, e o sujeito passivo, devedor. O crédito tributário representa, a seu turno, o próprio objeto desse vínculo jurídico, ou seja, representa a quantia em dinheiro que o sujeito passivo tem o dever de entregar ao sujeito ativo. A obrigação tributária nasce da lei, e surge com a tão-só ocorrência do fato gerador. Já o crédito tributário, porém necessita ser apurado, em cada caso. (DECOMAIN, 2000. p. 532).

Destarte, o contribuinte e o responsável tributário são pessoas completamente diversas. Nesse sentido, válidos são os insuperáveis ensinamentos do mestre tributarista Hugo de Brito Machado:

> O contribuinte é responsável, em sentido amplo, porque se coloca em estado de sujeição. O responsável, em sentido estrito, é aquele QUE NÃO SENDO CONTRIBUINTE, também se coloca nesse estado de sujeição, em virtude de dispositivo legal que lhe atribui responsabilidade tributária. (MACHADO, 1997, p. 112).

Deve-se concluir, pois, que não se pode atribuir, no regime de substituição tributária, a responsabilidade ao contribuinte de direito, precisamente porque este não pode cumular a condição de contribuinte e responsável tributário, tal qual previsto no art. 121, II, do CTN, sendo assim, excluído da obrigação tributária.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Ato complementar nº 34, de 30 de janeiro de 1967.** Estabelece para os Estados e Municípios uma política comum em matéria do imposto de circulação de mercadorias. DOU de 31.1.1967. 146º da Independência a 79º da República. Brasília: 30 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ACP/acp-34-67.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - Atos decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º**. Brasília: 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. **Código Tributário Nacional (CTN).** 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 188 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496301/000958177.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas constitucionais nºs 1/1992 a 95/2016, pelo Decreto legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas constitucionais de revisão nºs 1 a 6/1994. 51. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017. (Série textos básicos; n. 139 PDF). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15261. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. **Constituição de 1946**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 15 out. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. **Convênio ICM 66 de 1988**. Fixa normas para regular provisoriamente o ICMS e dá outras providências. Publicação DOU de 16.12.88. Brasília: Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, 1988. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1988/cv066_88>. Acesso em: Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968.** Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sôbre operações relativas à circulação de mercadorias e sôbre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. DOU de 31.12.1968, retificado em 9.1.1969 e 04.02.1969. 147º da Independência e 80º da República. Brasília: 31 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0406.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965.** Reforma do Sistema Tributário. DOU de 6.12.1965. Brasília: 1º de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc18-65.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993.**
Altera os Arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. DOU de 18.3.1993. Brasília: 17 de março de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 44, de 7 de dezembro de 1983.** Altera o Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, que estabelece normas gerais de Direito tributário, e dá outras providências. DOU de 9.12.1983. 162º da Independência e 95º da República. Brasília: 7 de dezembro de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp44.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.** Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). DOU de 16.9.1996. 175º da Independência e 108º da República. Brasília: 13 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. DOU de 27.10.1966, e retificado em 31.10.1966. 145º da Independência e 78º da República. Brasília: 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Anotações ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos Fundamentais do ICMS**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1997.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O ICMS e a LC 87/96**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1997.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS**: Teoria e Prática. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. Substituição tributária e cobrança antecipada do ICMS. *In:* ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **ICMS** – problemas jurídicos. São Paulo: Dialética, 1996, p.191-193.

GUARDA COMPARTILHADA POR IMPOSIÇÃO LEGAL E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE EM CASO DE DISSOLUÇÃO CONJUGAL CONFLITUOSA: A PROLE COMO MECANISMO DE VINGANÇA PRIVADA ENTRE OS EX-CÔNJUGES/EX-COMPANHEIROS

Jéssica de Fátima Machado de Oliveira Bomfim[13]

1 INTRODUÇÃO

Esse projeto de pesquisa visa à reflexão do instituto da guarda compartilhada, no intuito de garantir que o melhor interesse da criança e do adolescente seja efetivado. Foi criado no Direito Civil um instituto que tem por escopo evitar que, nos casos de dissolução conjugal, a criança ou o adolescente sofram, por exemplo, os efeitos da alienação parental. Trata-se do instituto da guarda que, via de regra, é a compartilhada, salvo se ficar demonstrado o desinteresse ou impossibilidade de um dos pais na cautela do menor ou ainda se comprovar-se algum tipo de maus-tratos a criança ou ao adolescente, ocasião em que o juiz poderá determinar que a guarda seja unilateral.

Como é cediço, os efeitos do divórcio dos pais, interferem diretamente no psicológico e na vida como um todo da criança e do adolescente. Se não for trabalhada a cabeça destes para se defrontar com a nova realidade, os impactos serão, certamente nefastos. Nesta senda, o propósito desse projeto de pesquisa é entender um pouco sobre a família e entender melhor sobre a motivação pela criação da lei da guarda compartilhada, apresentando os pontos positivos e os

[13] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, 9º Período, jessicamachado_bj@hotmail.com;

negativos referentes a aplicação desse instituto, levando em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente.

2 TEMA

Guarda compartilhada por imposição legal e suas implicações para a criança e o adolescente em caso de dissolução conjugal conflituosa: a prole como mecanismo de vingança privada entre os ex-cônjuges/ex-companheiros

3 PROBLEMÁTICA

Quais as implicações para a criança e o adolescente em caso de dissolução conjugal conflituosa?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a guarda compartilhada por imposição legal e suas implicações para a criança e o adolescente em caso de dissolução conjugal conflituosa.

4.2 Objetivos Específicos

- Abordar o contexto histórico de família.
- Analisar os princípios do Direito de Família
- Explicitar o instituto da autoridade parental em análise e o Direito à convivência.

- Avaliar o instituto da guarda compartilhada.

5 HIPÓTESES

Diante do estudo, podem ser encontradas algumas respostas ao questionamento do tema principal, quais sejam:

- Hipótese 01: A dissolução conjugal conflituosa causa danos psicológicos a vida da criança e do adolescente, que por vezes sofrem com os efeitos da alienação parental.

- Hipótese 02: A dissolução conjugal conflituosa interfere na rotina da criança e do adolescente, que antes conviviam sob o mesmo teto dos pais, e posteriormente se ver em lares divididos.

6 JUSTIFICATIVA

O presente tema versado é de grande importância, pois envolve o interesse, direitos e deveres relacionados ao poder familiar em relação aos filhos comuns, tendo em vista que a guarda compartilhada surgiu tanto pelo pai quanto pela mãe de mesmo rompendo a convivência querer compartilhar e participar da educação e criação de seus filhos, sendo estes, mantendo a comunicação com ambos os pais. Por ser a guarda compartilhada um instituto novo, trazido pela Lei 11.698/98, sua percepção, benefícios e aplicabilidade ainda são bem complexos. Esta espécie de guarda garante que a criança e o adolescente se desenvolvam com a assistência de ambos os pais. A guarda compartilhada veio com intuito de melhorias quanto aos outros tipos de guarda, pois, na maioria das vezes, os outros tipos de guarda afeta

diretamente aos filhos, tanto emocionalmente quanto socialmente. Além de afetar aos filhos, pode afetar também aos pais, haja vista que o que fica mais distante do filho por um período de tempo maior, das quais, falta de proximidade pode causar uma diminuição dos laços parentais. Uma das minhas grandes motivações pelo tema abordado foi principalmente pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente quanto a isso. (BARRETO, s.d, s.p)

De acordo com Freitas (2015, s.p), a preferência dos pais a respeito da guarda compartilhada é de suma relevância. Os pais poderão atender melhor as necessidades da criança, pois mesmos os genitores separados, poderão conviver com o filho de forma igual, partilhando além de deveres e obrigações, educação, carinho, amor, afeição de ambos os pais que irão auxiliar para o desenvolvimento do filho, tendo assim o princípio do melhor interesse da criança que se extrai do artigo 227, caput, da Constituição Federal:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Este princípio não surgiu apenas com o artigo 227 da Constituição Federal, pois era predito na Declaração dos Direitos da Criança aplicado pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e retificada pelo Brasil (FREITAS, 2015, s.p). É sabido que, o divórcio dos pais, causa danos psicológicos aos filhos, principalmente se for o caso de divórcio litigioso. Nessa hipótese, a criança, por vezes se enxerga como a causadora da situação. Entretanto, a melhor opção deverá ser escolhida levando em consideração aquilo que for melhor ao menor. Assim,

para os casais que possuem filhos, os deveres mais importantes relacionados ao casamento são as responsabilidades inerentes ao sustento, guarda e educação dos filhos, encargo este que deverá ser dividido entre ambos. No que concerne ao sustento, a divisão deverá ser proporcional aos rendimentos de cada um, conforme disposição do artigo 1568 do Código Civil (ULHOA, 2012, p. 49, *apud* URAGUE, 2016, s.p).

Almeja-se com a guarda compartilhada é impossibilitar que se rompa o vínculo de afetividade entre pais e filhos, pois estes necessitam auxiliar ativamente tudo que acontece com os filhos, a partir de então, se cria um ambiente psicologicamente saudável para ambos. A partir dessa convivência, a criança produzirá seu próprio conceito a respeito de seus genitores. Além disso, pode haver com a dissolução do vínculo conjugal tanto consensual quanto litigiosa é a disputa dos filhos, nesse caso o juiz necessitará analisar o interesse do menor, pois este deverá sempre ser priorizado (HAGGE, 2015, s.p).Consoante leciona Roosevelt Abbad embasado nas estatísticas de US DHHS - Departamento de Saúde e Serviços Humanos – EUA:

> [...] as crianças que crescem com o déficit de convivência paterna são significativamente mais afetadas pelos seguintes riscos (de acordo com estudos de Tyl 2006 e Bacharel 1996): 5 x mais propensos a cometer suicídio, 9 x mais chances de acabar em casa de reeducação, 9 x mais chances de abandonar a escola, 10 x mais propensos a cair na toxicodependência, 14 x mais propensos a cometer estupro, 20 x mais propensos a sofrer de distúrbios comportamentais, 20 x mais chances de acabar na cadeia, 32 x mais propensos a fugir de casa (ABBAD, 2015, s.p.).

Demonstra-se, então, a importância do tema tratado que dispõe a Lei da guarda compartilhada considerando o período de convívio com os filhos que deve

ser de maneira equilibrada entre os pais, além disso, sempre observando melhores condições ao interesse do menor (ABBAD, 2015, s.p).

7 REVISÃO DE LITERATURA

De maneira inicial, é possível afirmar que a família, na contemporaneidade, desempenha especial papel, afigurando-se como entidade central de desenvolvimento humano, além de colaborar, de maneira direta, para a organização social. Neste sentido, ainda em linhas introdutórias, pode-se salientar que a importância da família é refletida no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal Brasileira, alçando-a a condição de célula-base da sociedade. Ao lado disso, é viável, ainda, afirmar que essa perspectiva humanizada e constitucionalizada da entidade "família" encontra amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, pilar fundante da República Federativa Brasileira, conforme expressa o inciso III do artigo 1º: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [*omissis*] III - a dignidade da pessoa humana" (BRASIL, 1988).

Prosseguindo ao exame, a família vai ser considerada como o primeiro núcleo de desenvolvimento humano, caracterizado pela presença de elementos não-jurídicos, mas, concomitantemente, indissociáveis ao desenvolvimento humano, a exemplo do carinho, do afeto e do zelo. Logo, família é a agremiação básica para formação e desenvolvimento de um indivíduo. Em harmonia com as lições de Caio Mário Pereira da Silva (2007, p. 19 *apud* MOTA et al, 2011, s.p.), em um contexto mais genérico e biológico "família" é o aglomerado de pessoas que são descendentes de origem ancestral comum e em sentido estrito, família se delimita a figura formada por pais e filhos.

Por sua vez, Silvio Rodrigues (2004, p. 4 *apud* MOTA et al, 2011, s.p.), de forma mais ampla, diz ser "família" aquelas pessoas que vieram de ascendentes comuns. Em sentido estrito, a família é constituída pelo grupo de pessoas formado pelos pais e sua prole. Em aspecto distinto, Maria Helena Diniz (2007, p. 9 *apud* MOTA *et al*, 2011, s.p.) disserta sobre família em sentido de pessoas ligadas por vínculo de consanguinidade ou afinidade. Em sentido restrito, são pessoas unidas pelo casamento e filiação, portanto, apenas os cônjuges e a prole. Em complemento às ponderações apresentadas, vai lecionar Venosa:

> No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar (VENOSA, 2007, p. 03 *apud* MOURA, 2016, s.p.).

Neste sentido, ao se considerar a evolução da sociedade, denota-se, da mesma maneira, que a entidade "família" sofreu seus influxos, suas remodelações e suas influências, assumindo novos contornos e sentidos. Neste aspecto, Sá e Madrid (s.d.) vão afirmar que a "família", de modo geral, sofreu mutações ao longo dos anos, foi classificada entidade de grande interesse para diversos povos antigos, como Roma e Grécia. Cumpre esclarecer, o que configura o melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de que as ideias posteriormente apresentadas fiquem melhores sedimentadas. Assim, Guilherme Calmon Nogueira da Gama conceitua:

> O melhor interesse da criança e do adolescente se relaciona à dimensão afetivo-antropológica do cuidado, atuando simultaneamente como atitude de preocupação e inquietação pela criança e do adolescente (forma de preocupação), mas também como atitude de desvelo, solicitude, afeição e amor (forma de enternecimento e afeto pela criança). Assim, o vetor a ser observado em matéria de atribuição da guarda

> jurídica (unilateral ou compartilhada) tem como base o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (GAMA, 2008, p. 248).

A Carta Magna consagra a família como a entidade mais importante, garantindo total proteção a ela e criando mecanismos para coibir tudo aquilo que atente contra a mesma. Consoante o que elucida a Constituição Federal de 1988 no artigo 229, primeira parte, é dever dos pais prestar aos filhos, enquanto menores, todo o suporte para que estes se desenvolvam da melhor forma possível, assegurando lhes educação, aconselhamento, moralização, entre outros.

O Código Civil de 2002 veio a reafirmar a determinação constitucional, estabelecendo, por exemplo, no artigo 1634, I 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" (BRASIL, 2002). Nesse mesmo sentido, estabelece o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente que:

> Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes á vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao esporte, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

Desse modo fica claro o interesse do ordenamento jurídico em proteger a família, garantindo um lar estruturado para que, especialmente as crianças e adolescente possam se desenvolver com toda a assistência que lhe é devida e se tornarem pessoas de bem. Segundo Urague (2016, s.p), no que concerne ao instituto da guarda, previsto no Código Civil, vislumbra-se no capítulo XI o denominado "Proteção da Pessoa dos Filhos", onde há disposição sobre as modalidades dessa guarda nos artigos 1.583 e 1.584. Insta salientar que houve

profunda modificação pela lei 13.058/2014, popularmente conhecida por "Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória". Antes da alteração, o artigo 1.583 prenunciava que na dissolução do casamento, o que os genitores decidissem sobre a guarda prevaleceria e, em havendo desacordo, seria fixada a guarda àquele que demonstrasse possuir as melhores condições para exercê-la.

Ainda conforme Uragueue (2016, s.p), com a finalidade de diminuir o impacto do divórcio sobre a vida da criança e do adolescente, nasceu o Projeto de Lei nº 117/2013, que foi apresentado pelo Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá. Este foi o nascedouro da Lei nº 13.058/2014, dispondo que, inexistindo acordo entre os genitores quanto à guarda do filho e sendo os dois aptos a exercer o poder familiar, se aplicará a guarda compartilhada, salvo se, um dos genitores expressamente se manifestar que não deseja a guarda do menor.

É sabido que, o divórcio dos pais, por si só, causa danos psicológicos aos filhos, principalmente se for o caso de divórcio litigioso. Nessa hipótese, a criança, por vezes se enxerga como a causadora da situação. Entretanto, a melhor opção deverá ser escolhida levando em consideração aquilo que for melhor ao menor. Assim, para os casais que possuem filhos, os deveres mais importantes relacionados ao casamento são as responsabilidades inerentes ao sustento, guarda e educação dos filhos, encargo este que deverá ser dividido entre ambos. No que concerne ao sustento, a divisão deverá ser proporcional aos rendimentos de cada um, conforme disposição do artigo 1568 do Código Civil (ULHOA, 2012, p. 49, *apud* URAGUE, 2016, s.p).

Em consonância com Moura (2013, s.p), a aplicabilidade da guarda compartilhada pode trazer muitas vantagens à criança ou adolescente e também aos pais, visto como circunstâncias benéficas, porém possui pontos positivos e

negativos, conforme é aplicada, principalmente quanto aos filhos menores de dezoito anos.

Ainda de acordo com a supracitada autora, a guarda compartilhada tem muitos aspectos positivos, pois gera maiores responsabilidades aos pais para atender as necessidades do filho, os pais terão mais interação no desenvolvimento físico e mental da criança, os pais que são ex-cônjuges terão menos desentendimento, pois juntos devem atender as necessidades que os filhos necessitam. Moura (2013, s.p) aponta que, de acordo com alguns estudos realizados, a guarda compartilhada é bem mais saudável do que a guarda unilateral, pois tanto o pai quanto a mãe terão funções nas mesmas condições, e isso dá uma estabilidade emocional aos filhos. Waldyr Grisard Filho aborda benefícios não apenas aos filhos, mas ao pai e a mãe, de acordo com a Guarda compartilhada, assim sendo:

> [...] além de proporcionar-lhes tomar decisões conjuntas relativas ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos de culpa e frustração por não cuidar dos mesmos, ajuda-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol dos melhores interesses morais e materiais da prole. Compartilhar o cuidado aos filhos significa conceder aos pais mais espaço para suas outras atividades. (GUISARD FILHO, s. d, s.p, *apud* MOURA, 2013, s.p)

Moura (2013, s.p) destaca que, desta forma, a divisão entre os pais conforme a educação e criação dos filhos no divórcio serão mais bem superadas, e para que os filhos continuem a ter um desenvolvimento saudável. Porém não há somente pontos positivos, há pontos negativos também, pois a criança ou adolescente poderá ter uma confusão mental por não ter um lar estável e esse motivo é um dos principais empecilhos para a aceitação da guarda compartilhada, tanto o pai quanto a mãe tem diferentes ensinamentos e isso

pode causar uma discordância com relação a prática dos atos causando novas ações judiciais e retomando uma situação desagradável que poderia ter se resolvido no divórcio.

Existem de julgadores que se apresentam contra a guarda compartilhada, dizendo que "é melhor uma mãe ou um pai presente do que pais ausentes". Em outro sentido rebatendo esse posicionamento que dá o entender que são de pessoas que não tem um estudo adentrado sobre o assunto, utiliza-se a lição de Waldyr Grisard Filho que menciona o seguinte:

> a guarda compartilhada, ao contrário [...], tem como pressuposto uma residência fixa (única e não alternada) do menor, que gera para ele a estabilidade que o Direito e a Psicologia desejam, evitando grandes alterações em sua vida e rotina. [...] O risco de fluidez ambiental, que provocaria confusão na mente do menor, cede ao argumento de que a alternância é uma experiência enriquecedora para ele, porque o expõe a diversidade e o prepara melhor na lida com o futuro. (GUISARD FILHO, 2002, s.p, *apud* MOURA, 2013, s.p)

De acordo com Moura (2013, s.p), a questão é que tanto o pai quanto a mãe desejam a guarda, porém não aceitam dividi-la, sendo assim é necessário o juiz intervir para solucionar o desacordo dos pais. Outro aspecto importante é em caso de crianças ainda bebês, nesse caso não se aconselha esse tipo de guarda, pois conviveriam em ambientes físicos diferentes, um tempo com o pai, um tempo com a mãe, e isso requer muita capacidade para se adaptar. Com isso, apenas o acordo entre os pais não quer dizer que a guarda compartilhada deve ser apropriada. "Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho" (MOURA, 2013, s.p.) De acordo com o entendimento da 4ª turma do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tem-se:

> SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL — GUARDA COMPARTILHADA — INTERESSE DOS MENORES — AJUSTE ENTRE O CASAL — POSSIBILIDADE — Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, e sim o interesse do menor. A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (filho) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia. Não traz ela (guarda compartilhada) maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais. É imprescindível que exista entre eles (pais) uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não existam disputas nem conflitos. (TJMG - AC 1.0024.03.887697-5/001 (1) - 4ª T. - Rel. Des. Hyparco Immesi - DJMG 24.02.2005).

Depreende-se que a guarda compartilhada como regra geral é um grande avanço para a sociedade como um todo, pois tal modalidade visa a participação de ambos os pais nas decisões atinentes ao seu filho, com responsabilidades conjuntas no sustento, educação e tudo o que se refere a sua subsistência. Cabe ao magistrado, no ato do divórcio determinar a respeito da guarda dos filhos, no entanto esse dever não pode ficar adstrito friamente ao que está disposta em legislação, devendo ser determinada a realização de estudo social, psicossocial e todas as medidas existentes para que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente seja atendido.

8 REFERÊNCIAS

ABBAD, Roosevelt. **Guarda compartilhada**. A desigualdade parental gira em torno do poder, não em torno do superior interesse das crianças. Jus Brasil, 2015.Disponívelem:<https://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/169980136/guarda-compartilhada-a-desigualdade-parental-gira-em-torno-do-poder-nao-em-torno-do-superior-interesse-das-criancas>. Acesso em 10 jun. 2017

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre a guarda compartilhada**. Busca Legis, s.d. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28287-28298-1-PB.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 jun. 2017.

FREITAS, Daniele. **Princípio do Melhor Interesse da Criança.** Jus Brasil, 2015. Disponível em: <https://danielecsf.jusbrasil.com.br/artigos/198144998/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>. Acesso em: 11 jun. 2017

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família:** guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 13 jun. 2017.

MOTA, Tércio de Sousa; ROCHA, Rafaele Ferreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. Família – Considerações gerais e historicidade no âmbito jurídico. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 14, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8845>. Acesso em: 30 mai. 2017.

MOURA, Elizana Rodrigues de. Guarda Compartilhada**:** Uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos. **Jusbrasil**: portal eletrônico de notícias, 2013. Disponível em:

<https://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda-compartilhada-uma-visao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos>. Acesso em: 30 mai. 2017.

MOURA, Luciana. O Direito de Família e sua evolução. *In*: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, fev. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46595/o-direito-de-familia-e-a-sua-evolucao >. Acesso em: 30 mai. 2017.

QUEIROZ, Raquel. **Guarda Compartilhada**. Projeto de Monografia, s.d. Disponível em:<http://www.academia.edu/6671665/PROJETO_DE_MONOGRAFIA_Guarda_Compartilhada>. Acesso em: 11 jun. 2017

SÁ, Caroline Silveira; MADRID, Daniela Martins. **Evolução Histórica da Família no Brasil.** Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2008/2149 >. Acesso em: 30 mai. 2017.

SILVA, Denise Maria Perissini da. Guarda compartilhada é o melhor para a criança!. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 15, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11578>. Acesso em: 10 de junho 2017.

SILVA, Fernando Salzer e. Guarda compartilhada – A questão da fixação do domicílio dos filhos. **Migalhas**: portal eletrônico de notícias, 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253966,21048-Guarda+compartilhada+A+questao+da+fixacao+do+domicilio+dos+filhos <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28287-28298-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017

URAGUE, Michele Andressa. A guarda compartilhada obrigatória à luz do princípio do melhor interesse da criança. **Jurídico Certo**: portal eletrônico de notícias, 2016. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/advmicheleurague/artigos/a-guarda-compartilhada-obrigatoria-a-luz-do-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-2328>. Acesso em: 09 jun. 2017.

A COBRANÇA DOS TRIBUTOS NO MUNICÍPIO DE BOM JESUS DO ITABAPOANA: UMA RELEVANTE DEMANDA ADMINISTRATIVA

João Victor Ferreira Viana[14]

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, as prefeituras tem apresentado certa dificuldade na cobrança de seus tributos. A inadimplência reflete nas contas públicas, uma vez que o montante não arrecadado se acumula de ano para ano. No entanto, a manutenção das prefeituras depende essencialmente da arrecadação e quando isso não acontece, o desequilíbrio acaba prejudicando a gestão.

Vale ressaltar, que as contas públicas são analisadas pelo tribunal de contas do estado, e o desequilíbrio dessas contas não é uma opção aos gestores públicos. A legislação, determina que o município deve cobrar seus tributos e prestar contas acerca das providências tomadas em relação a inadimplência. Diante da obrigação de promover a arrecadação, a cobrança judicial dos tributos tem sido um meio muito utilizado nas prefeituras, porém é muito demorado e dispendioso para todos os envolvidos, sejam a Prefeitura, o Município e o Poder Judiciário.

Sendo assim, pretende-se nesse trabalho desenvolver um estudo acerca da cobrança dos Tributos Municipais da Prefeitura de Bom Jesus do Itabapoana RJ, observando quais as formas utilizadas de cobrança, bem como apresentando uma alternativa administrativa de cobrança a partir da gestão por processos. Contudo, para atender às demandas sociais, a gestão pública precisa expandir e inflar seus

[14] Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, 9º Período;

setores já existentes, deve oferecer alternativas de reengenharia ou redesenho das rotinas de trabalho para alcançar melhores resultados.

2 TEMA

A pesquisa será realizada acerca da cobrança dos Tributos Municipais da Prefeitura de Bom Jesus do Itabapoana RJ, utilizando informações da prefeitura e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Fórum de Bom Jesus do Itabapoana setor Dívida Ativa, de onde serão coletados todas as informações necessárias.

3 PROBLEMÁTICA

A cobrança de tributos municipais no Município de Bom Jesus do Itabapoana tem sido um difícil problema a ser resolvido pelos gestores públicos, pois, é uma atividade pouco popular aos olhos dos eleitores e sob o aspecto administrativo, pressupõe comunicação entre os setores de recebimento e de cobrança, acompanhamento adequado das execuções fiscais judiciais e, com o volume da inadimplência e o número de servidores e procuradores, em geral, é um desafio. Diante dessa realidade, como tornar mais eficiente a cobrança dos tributos municipais?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Indicar um conjunto de ações que possam contribuir para a melhoria da eficiência das cobranças de tributos na prefeitura.

4.2 Objetivos Específicos

- Identificar os principais problemas existentes no sistema de cobrança na prefeitura;
- Indicar as vantagens e as possíveis formas da cobrança administrativa, elevando esta condição imprescindível para a proposição judicial;
- Indicar possíveis melhorias no sistema de cadastros do município, possibilitando a eficiência na cobrança administrativa;
- Sugerir melhor acompanhamento na inadimplência dos tributos, promovendo a cobrança já no ano seguinte;
- Sugerir a utilização da gestão por processos na cobrança dos tributos municipais.

5 HIPÓTESES

- Hipótese 01 – A cobrança dos Tributos deve ser valorizada pela gestão pública municipal, pois dispõe sobre parte relevante da receita estimada.

- Hipótese 02 – Uma das chaves para alcançar bons resultados está no cadastro dos contribuintes. Pois muita das vezes o cadastro antigo dos contribuintes não trazem dados importantes como os números de

documentos dos responsáveis e endereços incompletos. Esses dados devem ser exigidos para abertura de novos cadastros, mesmo que a prefeitura não escolha implementar a cobrança administrativa, pois na execução fiscal também é imprescindível o cadastro completo.

6 JUSTIFICATIVA

O presente trabalho é relevante porque aborda um problema que aumenta a cada ano: a demora na cobrança dos tributos municipais.

A obrigação de receber os tributos dos contribuintes inadimplentes é prevista em lei, mas, a forma de executá-la é passível da habilidade do gestor em administrar os setores envolvidos.

No entanto, a escolha do tema foi motivada pela observação direta dos diversos problemas ocorridos na execução fiscal no município de Bom Jesus do Itabapoana RJ. Tais problemas se dão através da execução de valores mínimos, da incorreção, da desatualização de dados, da falta da notificação administrativa e principalmente pelo aumento significativo do valor a ser pago pelo município, devido a cobrança das custas judiciais.

Sabemos o quanto é importante a cobrança no âmbito administrativo, pois possibilita maior rapidez, menor ônus ao município e não infla os cartórios judiciais. O ajuizamento indiscriminado, pode causar prejuízos à prefeitura, ao município e ao judiciário.

Vale ressaltar que a legislação determina que o município busque receber os tributos, promovendo a cobrança dos inadimplentes, para não desequilibrar as contas públicas. A Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000, dispõe sobre a Responsabilidade Fiscal, estabelecendo em seu artigo 13, o Poder Executivo de

desdobrar as receitas em metas bimestrais de arrecadação, especificando as medidas de combate à evasão e a sonegação, a quantidade de ações ajuizadas e a evolução do montante dos créditos tributários passíveis de cobrança administrativa.

Nesse sentido, o Município deve estruturar a sua Administração Tributária Municipal, setor que deve ser responsável pelo lançamento, cobrança, arrecadação e inscrição da dívida ativa para a competente execução fiscal, também obrigação legal de cada ente federado, dos inadimplentes.

A Prefeitura deve estar atenta na melhoria das receitas próprias e na obrigação de arrecadar, investindo e fortalecendo os Setores de Arrecadação ou de Tributos.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Em seu artigo 3°, do Código Tributário Nacional, temos a definição de Tributo: "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Assim, em 1966 os Tributos foram divididos em três espécies: os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria. Embora as três espécies sejam diferentes, as taxas e a contribuição de melhoria possuem certa proximidade que cabe referenciar. Nessas duas espécies o fato que gera a obrigação de pagar relaciona-se com alguma atividade que o estado realiza em direção ao contribuinte. Ou seja, são tributos contraprestacionais, onde o fator gerador está voltado ao contribuinte de quem se exige o tributo. Nesse sentido, Rocha traz:

> São tributos assentados sobre um raciocínio fisiológico, em que o contribuinte é obrigado a pagar ao Estado na medida de alguma atividade que este dirija àquele, tais como a realização de serviços públicos ou atividade de fiscalização (no caso da taxa) ou ainda a realização de obras públicas que acarrete valorização imobiliária (no caso da contribuição de melhoria) (ROCHA, 2013, p. 38).

Por tanto, a taxa e a contribuição de melhoria são inspiradas na noção de justiça retributiva ou comutativa, pois paga-se na medida da atividade estatal absorvida. Em se tratando do imposto, este é totalmente distinto. É um evento econômico, um signo de manifestação de riqueza. Ele se assenta no fundamento da solidariedade social, em que as classes sociais mais favorecidas devem contribuir de forma mais significativa para o bem de todos, objetivo visado pelo estado. O imposto está descrito no artigo 16 do Código Tributário Nacional: "imposto é tributo cujo fato gerador é uma situação que independe de uma contra-prestação estatal específica relativa ao contribuinte" (BRASIL, 1966).

Com a ocorrência do fato gerador, o cidadão passa a ter a obrigação tributária. Sendo assim, o próximo momento passa ser o lançamento tributário, que realizado pela autoridade administrativa competente, eleva a obrigação a crédito tributário. Contudo, não ocorrendo o pagamento, o crédito tributário é inscrito como dívida ativa. No artigo 201 do Código Tributário Nacional define dívida ativa:

> Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular (BRASIL, 1966).

Ela é dita como ativa porque é executável e cobrável. Onde são registrados os valores que a Fazenda Pública tem o direito de exigir judicialmente de alguém.

Ou seja, é passível de cobrança forçada desde o momento em que se esgota seu prazo para o pagamento e até que ocorra a prescrição da ação. No entanto, durante esse tempo, para que seja providenciada a cobrança judicial, ele deve ser inscrito nos cadastros de dívida ativa realizada com eficiência e precisão. Sua execução é regida pela Lei n° 6.830, de 22 de setembro de 1980 pelo Código de Processo Civil.

Vale ressaltar, que caso a Fazenda Pública não esteja atenta a cobrança de tributos, duas consequências poderão ocorrer: a primeira trata-se da decadência podendo ocorrer a perda do direito de efetuar o lançamento tendo transcorrido o prazo de 5 anos. E na segunda consequência se dá pela prescrição, onde ocorre a perda do direito de executar a dívida. Por isso a importância de ser observado as prazos estabelecidos pela Fazenda Pública na cobrança dos Tributos Municipais, podendo causar prejuízos aos cofres públicos. Assim, cabe ao gestor estar atento a todo esse processo, desde a inscrição da dívida até sua execução.

A definição de imposto aparece no artigo 16 do Código Tributário Nacional: "é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte" (BRASIL, 1966). Segundo Braz:

> Imposto é a contribuição, não espontânea, que se paga ao Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em função de suas atividades e não vinculada a serviço determinado. Tem, assim, o imposto o sentido de uma contribuição abstrata, sem vínculo com nenhum benefício específico ao contribuinte. O imposto é um tributo não vinculado a uma posterior atuação do Estado (BRAZ, 2009, p. 68).

Sabemos que a lista de impostos é exaustiva pois os Municípios têm competência para instituir três impostos previstos no art. 156 da CF/1988, quais sejam o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU); o imposto

sobre a transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI); e o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS). Assim, Peixoto (2002, p. 56) diz: "A carta magna originária autoriza o emprego do tributo com funções extrafiscais, permitindo que as alíquotas sejam graduadas, de acordo com os critérios definidos em lei municipal". Diante disso fica claro que não há qualquer possibilidade de os Municípios instituírem quaisquer impostos além dos três que lhes foram deferidos pela Carta Magna.

O IPTU, por sua vez, possui característica predominantemente fiscal, sendo importante fonte de arrecadação municipal, sem prejuízo da sua excepcional utilização extrafiscal. No entanto, para o lançamento do imposto sobre a propriedade predial e a territorial urbana é de extrema importância que o município mantenha um cadastro atualizado sendo ele revisado regularmente.

Para Braz (2009, p. 91): "A atualização do cadastro deve ser permanente, através das licenças para a construção ou reforma de prédios, do imposto de transmissão *inter vivos* e dos serviços de fiscalização do município". Assim, fica claro a importância da atualização do cadastro, contendo todos os dados necessários, como a descrição de limites, área, localização, nome do proprietário, valor e qualidade.

Outro fator importante se dá com a comunicação entre a procuradoria e o Judiciário, ambos devem ser eficazes para que não haja redução no recolhimento dos tributos. O prefeito também precisa estar atualizado sobre o andamento das execuções fiscais. Ele deverá saber se estão dentro do prazo, se estão sendo executadas da forma correta, para assim poder se organizar a respeito do orçamento que será usado.

Sendo assim, para que a execução fiscal aconteça de forma totalmente eficaz, três setores precisam trabalhar juntos; a secretaria da Fazenda,

a procuradoria municipal e o gabinete do prefeito. Pois, com todos trabalhando juntos, eles se tornam mais efetivos e passam a gerar maiores quantidades de receitas para o município.

Os valores arrecadados pela prefeitura através do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), do ITBI (Imposto sobre Transferência de Bens Imóveis) e o ISS (Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza) devem ser aplicados nas melhorias dos espaços públicos e dos serviços prestados à sociedade. Pois, o orçamento de uma prefeitura vem dos impostos, das taxas que os cidadãos pagam e do Estado, que repassa 25% do ICMS (Imposto de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços) e 50% do IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores).

Conclui-se que a dívida ativa acontece quando os contribuintes deixam de pagar os impostos. Quando esse pagamento não acontece todos são prejudicados.

8 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado.** 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Disponível em: <www.planalto.com.br>. Acesso em 15 jul. 2017.

BRAZ, Petrônio. **Tratado de Direito Municipal:** Sistemas Tributário e Financeiro Municipais e Responsabilidade Fiscal. V. 3. São Pualo: Mundo Jurídico, 2009.

MANEIRA, Eduardo. **Direito Tributário**. "O princípio da não-surpresa". Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **IPTU**, Aspectos Jurídicos Relevantes, Coordenação Marcelo Magalhães Peixoto. – São Paulo: Quartier Latin, 2002.

ROCHA, João Marcelo. **Direito Tributário.** 9 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SABBAG, Eduardo**. Manual de direito tributário.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIREITO EDUCACIONAL E SEU NASCIMENTO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E A IMPORTÂNCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS ESTABELECIDAS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM UMA ABORDAGEM JURÍDICA E SOCIAL

Karla Aparecida Vigna Monteiro[15]

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto visa abordar o Direito Educacional, esclarecendo e explanando seu conceito e a posição de autores segundo, este, ser um direito autônomo, e assim trazer a distinção entre o Direito educacional e o direito à Educação e também correlacionar o direito a educação com os Direitos Humanos e o seu nascimento como garantia fundamental, inerente a dignidade da pessoa humana, inserido dentro dos direitos sociais, estes, pertencente a segunda dimensão dos direitos fundamentais.

O trabalho apresentará uma abordagem aos Direitos Humanos em específico a sua evolução destacando em qual das dimensões dos direitos fundamentais surgem os direitos sociais, os quais, o direito à educação faz parte, trazendo, este, como um direito inerente a pessoa humana de caráter inalienável e que o Estado deve o oferecer com a maior qualidade, igualdade e sem discriminações. Os direitos humanos estão relacionados a necessidade de proteção a pessoa humana, sendo estes, há nível internacional, uma disciplina autônoma ao direito internacional público, denominado direito internacional dos direitos humanos, tendo sua finalidade na concretização da plena eficácia dos direitos

[15] Estudante de Direito na Faculdade Metropolitana São Carlos, localizada em Bom Jesus do Itabapoana-RJ. E-mail do autor: karla_vigna@hotmail.com

humanos fundamentais, por meio de normas gerais garantidoras de bens da vida como a dignidade, segurança, saúde, educação, honra, moral entre outros.

Haja vista, a abordagem dos Direitos Humanos, o foco será o Direito a Educação como direito fundamental, sendo que este está previsto na constituição Federal em seu artigo 6° dispõe que a educação é um direito social e explicita dentre do rol de direitos e garantias fundamentais, e também no rol da ordem social o artigo 205 traz o direito a educação como direitos de todos e dever da família e do Estado.

Por fim, abordaremos em um âmbito jurídico e social as Medidas Socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança em seu artigo 112 e também os artigos 53 a 59, pois, estes se equiparam às normas constitucionais, onde o Estado a Família devem garantir o pleno acesso da criança e do adolescente à educação. Sendo que, será analisada a natureza jurídica destas medidas, a fim de esclarecer a função educativa e não a punitiva, de modo que deveriam surtir os efeitos na aprendizagem do adolescente no convívio na sociedade.

2 TEMA

O tema proposto neste trabalho tem por escopo analisar o direito educacional, em fase preliminar abordando, este, em uma visão, didática expondo seu conceito e as ponderações pertinentes a ser um direito autônomo, definir as medidas socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e Adolescente em âmbito jurídico e social e correlacionar os assuntos inerentes ao direito à educação, a inclusão, deste, aos direitos fundamentais na Constituição Federal. O que será necessário fazer uma explanação em qual das dimensões dos direitos humanos surgem o direito a educação como direito fundamental, esclarecendo o porquê tal

direito é importante para formação da pessoa humana e espacialmente na parte da adolescência.

Contudo, o tema incorre em, apontar se as medidas socioeducativas são realmente eficazes ao adolescente que está em conflito com a lei e assim a este foi sugerido o seguinte: O Direito Educacional e seu nascimento em relação aos Direitos Humanos e a importância das Medidas Socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e Adolescentes em uma Abordagem Jurídica e Social.

3 PROBLEMÁTICA

As medidas socioeducativas cumprem sua função educadora aos adolescentes em conflito com a lei, mediante, estas, possuírem natureza jurídica punitiva?

E, ainda, após a internação, em estabelecimento de educacional, o adolescente em conflito com a lei, quando posto em liberdade e matriculado em escola pública de ensino regular, este, terá resultados positivos em relação ao seu comportamento disciplinar?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivos Gerais

- Verificar se as medidas socioeducativas surtem os efeitos desejados ao Direito Educacional, tendo por cenário de pesquisa o Colégio Estadual Governador Roberto Silveira;

- Analisar como as Medida Socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente comportam as leis, bases e diretrizes compostas pelo Direito Educacional.

4.2 Objetivos Específicos

- Mostrar como a evolução do direito humano influência no direito à educação e Caracterizar o direito à educação no âmbito do direito humano;

- Evidenciar as Medidas Socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e Adolescente e sua aplicabilidade diante do direito educacional; e

- Abordar o teor jurídico e social nas medidas socioeducativas e sua aplicação no contexto local escolar.

5 HIPÓTESE

Diante da teoria apresentada em relação ao Direito Educacional e sobre a inclusão do direito a educação aos direitos fundamentais, como também os assuntos pertinentes as Medidas Socioeducativas e sua aplicabilidade, podemos visualizar de forma clara e objetiva o formato que queremos alcançar com as Medidas Socioeducativas para a integração do adolescente infrator a sociedade, contudo percebemos que a na prática os resultados, dessa integração, nem sempre surtem os efeitos desejados, ao que a sociedade espera alcançar, sendo este o desejo de alcançar a ressocialização e que o adolescente não volte a reincidir aos atos infracionais.

- Diante das previsões que as Medidas Socioeducativas tende alcançar, qual seja, a ressocialização do adolescente infrator e a integração deste na sociedade, ao que pese em termos educacionais, há possibilidade do efeito não ser o esperado, devido a indisciplina, a infrequência desse aluno no ensino regular.

- Ainda têm-se a deficiência, das políticas públicas, voltadas a recuperação e deste adolescente em conflito com a lei, que poderá ser entendida como causadoras da reincidência, a atos infracionais.

6 JUSTIFICATIVA

O interesse por esse estudo surgiu mediante a participação na coordenação educacional de uma escola que integra a rede estadual do Estado do Rio de Janeiro, cuja presta atendimento ao adolescente em conflito com a lei. Sendo que, este trabalho visa, esclarecer quando há a aplicação das medidas socioeducativas, quais são os maiores problemas encontrados para ressocialização do adolescente e o que este se revela, após internação em estabelecimento educacional, quanto a voltar ao convívio na sociedade e ao se integrar a escola pública.

Tendo em vista, que as medidas socioeducativas previstas no art.112 do Estatuto da Criança e Adolescente, são aplicadas pelo juiz, aos adolescentes maiores de 12 anos e menores de 18 anos que incidiram a atos infracionais, com o objetivo pedagógico e educacional. Essas medidas tem natureza jurídica repreensiva, visando a não reincidência e a ressocialização, foram criadas para garantir que as políticas públicas protejam estes adolescentes de forma a satisfazer todas as necessidades de direito, o que está previsto no artigo 227 da Constituição

Federal e nos artigos 53 a 59 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais se equiparam as normas constitucionais.

Segundo o ECRIAD em seu artigo 53 "a criança e adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho" (BRASIL,1990). Nesse sentido, a lei assegura a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, direito ao respeito de todos e a ter acesso à escola pública (BRASIL,1990).

As Medidas Socioeducativas prevista no art.112 do ECRIAD podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente com as medidas de proteção, sendo que estas são previstas exclusivamente aos adolescentes que tenham praticado atos infracionais. Ressaltando que o adolescente que esteja cumprindo uma sanção pela prática de qualquer ato infracional, tem seu direito resguardado, a educação e aos seus direitos fundamentais, ou seja, a execução das medidas socioeducativas não pode afetar o tempo escolar, e a matrícula passa a ser compulsória a um estabelecimento educacional da rede pública estadual.

Vale expor, que em visita ao Fórum da comarca de Bom Jesus do Itabapoana, foi informado pelo Comissário de Menores, que, atualmente, 20 adolescentes cumprem medidas socioeducativas. Com dados referentes de Janeiro a Maio de 2017, e na 2° Vara da referida comarca, foi informado que, desses 20 adolescente, 17 cumprem a medida de liberdade assistida e 3 a de prestação de serviço (BOM JESUS DO ITABAPOANA, 2017).

Seguindo com o Direito à Educação que é um direito fundamental inerente ao homem, social e personalíssimo, estando previsto na Constituição Federal em seus artigos 6º, 205, 214 e 227. Foi inserido no conjunto dos direitos sociais, e estes surgiram na segunda dimensão dos direitos humanos, com necessidade do Estado

em agir positivamente para assegurar os direitos das classes exploradas em relação as exploradoras, visando a proteção do indivíduo.

Vale ressaltar que os direitos humanos configuram um direito de cunho universal e assegura a proteção da pessoa humana. No ordenamento jurídico nacional, aludida proteção encontra previsão no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal e no artigo 7º das Disposições Constitucionais Transitórias, cuja finalidade se assenta no respeito à dignidade de todos os seres humanos por meio da proteção e contra o arbítrio do Estado, estabelecendo condições mínimas de vida e desenvolvimento do homem, passando uma ideia de liberdade e igualdade e de todos seres humanos devem agir de forma fraterna. Assim sustenta Vianna que

> [...] a educação, como elemento indissociável do ser humano, é o grande alimento para que o homem possa obter o pleno desenvolvimento de suas faculdades físicas, mentais e intelectuais. Ela assegura ao indivíduo, liberdade e autonomia, dando-lhe ferramentas indispensáveis para a realização de seus objetivos, a fim de que possa prosperar na vida (VIANNA, 2006, p. 136).

Agora tendo em vista o Direito Educacional, é necessário explanar o conceito, o qual será, segundo Elias Oliveira Motta (1997), ante sua sustentação da autonomia Direito Educacional e no que pese a legislação pertinente de acordo com as normas e a estrutura do senador Darcy Ribeiro das Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, que o referido autor cita em sua obra.

Diante do exposto, o objetivo deste trabalho, está em explicar em um contexto teórico o surgimento do direito a educação como direito fundamental, esclarecer algumas previsões sobre o direito educacional e as regras estabelecidas pelas normas pertinentes a este, e assim analisar a aplicabilidade das Medidas Socioeducativas em uma abordagem jurídico e social referente aos efeitos

desejados pela sociedade em relação a ressocialização do adolescente em conflito com a lei e a não reincidência, deste, a atos infracionais.

7 REVISÃO DE LITERATURA

As bases teóricas para este projeto foram os autores Alexandre de Moraes (2000) e Napoleão Filho Casado (2012) sobre os Direitos humanos; Elias de Oliveira Motta (1997) sobre o Direito Educacional; Paulo Freire (1996) e artigos pertinentes ao Direito a Educação, e no que tange opiniões e explanações de Wilson Donizete Liberati, (s.d.) e Elcio Resmini Meneses (2006) pertinentes as Medidas Socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e Adolescente. Tendo em vista, alguns conceitos referentes ao Direito Educacional, a Educação e as Medidas Socioeducativas, serão analisados alguns artigos que tratam destes temas.

7.1Direito à Educação como Direito Fundamental

O direito à educação é personalíssimo, significa dizer, que é inerente a todo ser humano, não podendo ser transmitido e devendo ser exercido pelo titular. É considerado também, um direito fundamental, devido à sua essencialidade, à formação do homem, bem como em relação ao seu conhecimento, ao desenvolvimento cognitivo, a inclusão na sociedade, etc. Vale dizer, mais uma vez, que é um direito inalienável, posto que a liberdade e democracia, bem como o desenvolvimento humano dependem diretamente desse direito. "A educação é um direito humano, um bem público, e a primeira responsabilidade do Estado é garantir esse direito a todos" (ZARCO, 2013, s.p. *apud* PESSANHA, 2013).

Neste sentido, pode-se abarcar que o Direito à Educação além de estar inserido aos Direitos Fundamentais, é parte importante ao e basilar para dignidade da pessoa humana. Nessas condições, considerando-se que o perfeito equilíbrio social depende de uma educação de qualidade, é essencial que a Educação seja percebida, não apenas como o acesso ao conhecimento, mas, sobretudo, como instrumento fundamental na transformação e no desenvolvimento do homem, permitindo-lhe uma formação cidadã e humana (VIANNA,2006). Haja vista, o direito à educação como direito fundamental e inalienável a pessoa humana, Paulo Freire em seu vasto conhecimento afirma que:

> A Educação é uma forma de intervenção no mundo, intervenção, esta, que além do conhecimento dos conteúdos bem ou mal ensinados ou aprendidos implica tanto o esforço de reprodução da ideologia dominante quanto seu desmascaramento (FREIRE,1966, p.38).

Portanto, seguindo estes preceitos, percebe-se que o Direito à Educação torna-se ainda mais fundamental, para que a pessoa humana possa transformar-se e possuir conhecimento necessário, para então poder mudar o meio em que vive. Sendo assim, à Educação prepara e o ser humano, para que este, conheça seus direitos e também seus deveres para conviver em sociedade de forma pacífica.

7.2 Direitos Humanos e Fundamental à Educação

Para melhor compreensão do direito à educação faz-se necessário fazer alguns esclarecimentos sobre direitos humanos e direitos fundamentais, pois estes são utilizados como sinônimos para grande maioria da doutrina e em assuntos reiterados em jurisprudências, neste caso, quando se tratar de garantias inerentes a preservação da dignidade da pessoa humana. Acontece que essas expressões

trazem uma pequena diferença devido ao fato dos direitos humanos serem referentes a valores consagrados em tratados internacionais e os direitos fundamentais são utilizados para referir aos conjuntos de direitos, estes, quando incluídos na constituição. Neste sentido, têm-se o conceito de Casado Filho que diz ser os Direitos Humanos um conjunto de direitos, positivados ou não, cuja finalidade é assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento da igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico (CASADO,2012, p.20).

E em que pese os direitos fundamentais (LURCONVITE, 2007), faz o seguinte apontamento: os direitos fundamentais são também conhecidos como direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas. A Constituição da República de 1988 apresenta diversidade terminológica na abordagem dos direitos fundamentais, utilizando expressões como direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e artigo 5º, parágrafo 1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).

Assim pode-se perceber que a diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais é muito sutil, porém como estamos falando do direito a educação, e este sendo previsto na constituição federal no artigo 6°, vamos referir sempre como direito fundamental, até mesmo porque, o direito a educação insere-se aos direitos sociais que surgem na segunda dimensão dos direitos fundamentais. Em relação à nomenclatura, dimensão dos Direitos Fundamentais, Paulo Bonavides, no desenrolar de seu texto, acaba reconhecendo a proeminência científica do termo "dimensões" em face do termo "gerações", "caso de geração

induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes. (BONAVIDES, 2006, *apud*, DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

7.3 Conceito de Direito Educacional e Direito à Educação

Para prosseguir com maior clareza, mister se faz diferenciar o direito a educação de Direito Educacional, assim Motta explica que:

> Não se confunde o Direito Educacional com o direito à instrução (direito a educação). Este está contido nos direitos humanos, bem como no texto constitucional. O direito à instrução, enunciado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, é o preceito que assegura a todo ser humano instrução gratuita, pelo menos nos graus elementares, em caráter obrigatório, instrução técnico-profissional acessível, e instrução superior baseado no mérito. E o Direito Educacional é o conjunto de normas reguladoras dos relacionamentos entre as partes envolvidas no processo ensino-aprendizagem, a faculdade atribuída a todo ser humano e que se constituí na prerrogativa de aprender, de ensinar e de se aperfeiçoar e o ramo da ciência jurídica especializado na área educacional (MOTTA, 1997, p.51-54).

Assim, pode-se perceber então que o direito a educação visa assegurar a pessoa humana a instrução, tem caráter obrigatório e está inserido nos direitos fundamentais, inspirados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Já o Direito Educacional é parte do direito positivo, compreendendo um conjunto de leis e normas, que regulam a Educação e também a ciência que conceitua os princípios e estuda, sistematiza as normas que regulam as relações na área educacional (MELO FILHO s.d. *apud* FRÁGUAS, s.d.).

Com as sustentações de Elias de Oliveira Motta (1997), quando se refere ao conceito de Direito educacional, ele cita que Renato Alberto Teodoro Di Dio, que este, preconiza uma corrente, que continuada por vários educadores e juristas

brasileiros, onde vê-se o Direito Educacional[16] como ramo autônomo do Direito, devido a sua sistematização e pelo enunciado de alguns princípios fundamentais da educação. Sendo assim, o Direito Educacional é o resultado natural, em primeiro lugar, da evolução da educação na época contemporânea e, em segundo lugar, do desenvolvimento das ciências jurídicas (MOTTA,1997, p.44).

Ainda em consonância com Motta, que considera como um ramo do Direito, ou urna disciplina jurídica autónoma, ele cita o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, que ensina que direito autônomo é aquele que possui um conjunto sistematizado de princípios e normas que o diferenciam das demais ramificações do Direito e que lhe dão identidade própria (MELLO, 1995, *apud* MOTTA, 1997, pág.53). Tendo em vista o Direito Educacional como disciplina autônoma, este, deverá ser tratado não como mera legislação e sim como à luz das diretrizes que lastreiam a educação e os princípios que informam todo o ordenamento jurídico (BOAVENTURA, 1996, *apud* MOTTA, 1997, p.54). Continuando com os conceitos pertinentes ao tema mister se faz, explanar o conceito de Educação e pedagogia, assim Motauri Ciocchetti de Souza que diz:

> A educação é direito de trato contínuo e permanente, não se resumindo ao ensino formal. Começa com o nascimento da criança, momento em que se encontra particularmente afeta à família, prosseguindo durante toda a existência da pessoa humana, sendo posta sob a forma de experiências de vida e transmissão de valores culturais e sociais (SOUZA, 2010, p.09).

Já a Pedagogia pode ser conceituada como um conjunto de técnicas, princípios, métodos e estratégias da educação e do ensino, relacionados à

[16] Vale ressaltar que como disciplina autónoma, o Direito Educacional é muito recente, sendo este livro, Direito Educacional e educação no século XXI: com comentários à nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, um dos primeiros manuais para os cursos de Direito e de Pedagogia, que permite uma real introdução à amplia matéria que ele, apesar de novo, já comporta (MOTTA,1997).

administração de escolas e à condução dos assuntos educacionais em um determinado contexto. Estuda os ideais de educação, segundo uma determinada concepção de vida, e dos processos e técnicas mais eficientes para realizá-los, visando aperfeiçoar e estimular a capacidade das pessoas, seguindo objetivos definidos (SIGNIFICADOS, s.d.).

Como se pode notar, o direito à educação se diferencia do Direito Educacional, no sentido que a educação é garantia fundamental, inerente a dignidade da pessoa humana, que possui direito ao conhecimento e a instrução e o direito educacional dita as normas pertinentes a educação, com a estrutura das leis e diretrizes básicas da educação, com as portarias e os princípios reguladores de direito. E com a evolução dos Direitos Humanos, os quais inspirarão os direitos sociais, estes, tidos como fundamentais, dos quais incluem a educação.

7.4 As Medidas socioeducativas e sua Natureza Jurídica

As Medidas Socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e Adolescente são prevista no artigo 112[17], da referida legislação, seu conteúdo visa a sanção ao adolescente em conflito com a lei, de maneira que está, seja educativa de forma relacionada a ressocialização. Quando se trata de sua natureza jurídica implica na sanção aplicada como punição ou como reparação por uma ação julgada repreensível. Sua execução, no entanto, deve ser instrumento pedagógico

[17] Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
I - advertência;
II - obrigação de reparar o dano;
III - prestação de serviços à comunidade;
IV - liberdade assistida;
V - inserção em regime de semiliberdade;
VI - internação em estabelecimento educacional;

visando ajustar a conduta do infrator à convivência social pacífica, sob o prisma da prevenção especial voltada para o futuro (LIBERATI, s.d.).

Os objetivos das Medidas Socioeducativas no caso de internação tem finalidade de garantir a segurança pessoal do adolescente ou manter a ordem pública. Sendo que os objetivos principais estão pautados principalmente em uma proposta pedagógica, que visa à reinserção social do jovem, partindo da ressignificação de valores e da reflexão interna (DISTRIRO FEDERAL, s.d.).

A Lei nº 8.069/90 instituiu dois grupos de Medidas Socioeducativas as não privativas de liberdade que incluem a advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, as de liberdade assistida que são cumpridas em meio aberto e as privativas de liberdade que são realizadas em face de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, geralmente cumpridas em regime semiaberto ou fechado (LIBERATI, s.d.). As medidas socioeducativas são instituídas em forma disciplinar e de maneira pedagógica de aprendizagem, para a motivação e ressocialização do adolescente.

Ainda, sobre a natureza jurídica das Medidas Socioeducativas Meneses explica que estas, tem caráter do aprender a conviver e se a natureza jurídica somente importar ao sistema de justiça, a pena não educa e a medida não terá nenhuma finalidade educativa, e cita Edgar Morin, e este explana o seguinte:

> A natureza jurídica das medidas socioeducativas é interdisciplinar, da ordem jurídica social e educativa. Cada ciência poderá identificar a natureza da medida, cabendo ao operador do direito a todas reconhecer. Se assim não fizer, sonega a garantia do adolescente, na fase processual, de identificação da medida mais adequada como resposta ao ato infracional (MORIN, s.d. *apud* MENESES, 2006, p.101).

Portanto, em que pese a natureza jurídica das medidas socioeducativas como sancionatórias, estas, podem colidir com o conteúdo estratégico sem atingir

os objetivos que a lei deseja, mas podem compreender que as garantias que precedem a sanção devem anteceder a intenção educativa das medidas (MENESES,2006). Assim em consonância com os autores citados, as medidas socioeducativas, apesar de ser considerada sanção, buscar ao adolescente o aprendizado do convívio na sociedade, ou seja, no saber viver com outros no ambiente social.

8 REFERÊNCIAS

BOM JESUS DO ITABAPOANA (MUNICÍPIO). **Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro:** Segunda Vara da Comarca de Bom Jesus do Itabapoana, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 mai. 2017.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em 09 jun. 2017.

CASADO, Filho Napoleão. **Direitos Humanos e Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: Medidas Socioeducativas.** Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais-e-cartilhas/colecao-conhecendo-a-1a-vij-do-df/medidasSocioeducativas.pdf>. Acesso em 08 de jun. de 2017.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a.15, n. 100, mai. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em 08 jun. 2017.

FRAGUAS, Silvia. **Direito Educacional**. Disponível em: <http://www.educacional.com.br/upload/blogSite/8796/8796123/26290/Direito%20Educacional269201210418.pdf>. Acesso em 15 mai.2017.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes** necessários à pratica educativa. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1966.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Execução de medida socioeducativa em meio aberto:** prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeduca%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf.>. Acesso em 20 mai.2017.

LURCONVITE, Adriano dos Santos. Os Direitos Fundamentais: suas dimensões e sua incidência na constituição. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 10, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528>. Acesso em 15 mai. 2017.

MENESES, Elcio Resmini. **O Ministério Público e as medidas socioeducativas**: uma reflexão jurídico-pedagógico. Porto Alegre: UFRGS, 2006. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/8583/000581682.pdf?sequence=1 >. Acesso em 20 mai. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1° a 5° da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito Educacional e educação no século XXI:** com comentários à nova lei de diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: UNESCO, 1997.

PESSANHA, Vanessa Vieira. **Um panorama do direito fundamental à educação na Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24050/um-panorama-do-direito-fundamental-a-educacao-na-constituicao-federal-de-1988 >. Acesso em 13 abr.2017.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. **Direito Educacional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. Disponível em: <http://editoraverb.dominiotemporario.com/doc/Direito_Educacional__divulgacao.pdf>. Acesso em 15 de mai. 2017.

SIGNIFICADOS. Significado de Pedagogia. Disponível em: <www.significados.com.br/pedagogia >. Acesso em 08 jun. 2017.

VIANNA, Carlos Eduardo Souza. **Evolução histórica do conceito de educação e os objetivos constitucionais da educação brasileira**. Disponível em:< http://www.publicacoes.fatea.br/index.php/janus/article/viewFile/41/44 >. Acesso em 15 mai.2017.

PUBLICIDADE ABUSIVA PARA OS HIPERVULNERÁVEIS À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE CONTEXTUALIZADA DA RESOLUÇÃO 163 DO CONANDA

Lauanne Pereira Monteiro Almeida[18]

1 INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que o marco inicial para a existência do direito do consumidor, como ramo autônomo do Direito, deu-se, no dia 15 de março de 1962, com uma carta que John Fitzgerald *Kennedy*, então Presidente dos Estados Unidos da América, enviou ao Congresso Nacional Norte-Americano. Nessa carta, Kennedy falava que todos os indivíduos são consumidores, porém o consumidor é o único polo não eficazmente organizado na economia, afetando e sendo afetado diariamente. Essa carta foi responsável por estabelecer alguns direitos básicos a serem conferidos aos consumidores. Essa carta gerou grande repercussão, nela o então Presidente mostrou ao Congresso Nacional Norte Americano a importância de se legislar e garantir os direitos básicos do consumidor. Denota-se, a partir do conteúdo apresentado na Carta de Kennedy ao Congresso Norte-Americano, que se reconheceu que o consumidor é fortemente influenciado pela propaganda direcionada a uma categoria específica para aquisição do produto ou do serviço comercializado, posto que se empregam mecanismos de cunho persuasivo.

Nas últimas décadas, houve uma proliferação dos meios de comunicação de massa o que fez todas as pessoas, especialmente as crianças, estarem submetidas a um grande número de publicidade nos dias atuais. O presente

[18] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, lauanne-monteiro@hotmail.com;

projeto tem por objetivo analisar a hipervulnerabilidade da criança como vítima da publicidade abusiva, com fundamento na resolução 163 do CONANDA, abordando a evolução história do Direito do Consumidor, analisando o Direito do Consumidor como direito fundamental e abordando a publicidade abusiva para os hipervulneráveis, tendo a criança como vítima do consumismo. No decorrer do projeto serão abordados alguns conceitos pertinentes e necessários ao tema, tais como consumidor, fornecedores, produtos e serviços, dentre outros.

2 TEMA

As relações de consumo, na contemporaneidade, são responsáveis por fomentar uma cultura imediatista de interesses e anseios a ser atendida, o quê se dá em decorrência de uma publicidade incisiva e apelativa. Neste sentido, o consumido tende a ser uma figura dotada de vulnerabilidade por sua própria essência, eis que se encontra como alvo principal no *marketing* do consumo. Ao se considerar, ainda, o cenário consumerista envolvendo crianças, denota-se que as publicidades e propagandas abusivas tendem a desempenhar papel mais robusto no processo de convencimento de tal grupo de consumidores, os quais, em decorrência da faixa etária combinada com o fato de serem consumidores, são tornados hipervulneráveis. Assim, o tema escolhido para o desenvolvimento do projeto é "Publicidade abusiva para os hipervulneráveis à luz do direito do consumidor: Uma análise contextualizada da resolução 163 do CONANDA".

3 PROBLEMÁTICA

A publicidade para o público infantil aproveita a vulnerabilidade da criança para persuadi-la ao consumo de determinado produto ou serviço?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a hipervulnerabilidade da criança como vítima da publicidade abusiva, com fundamento na resolução 163 do CONANDA.

4.2 Objetivos Específicos

O presente trabalho tem como objetivos específicos:

- Abordar a evolução história do Direito do Consumidor;
- Analisar o Direito do Consumidor como direito fundamental;
- A Abordar a publicidade abusiva para os hipervulneráveis, tendo a criança como vítima do consumismo;
- Analisar a resolução 163 do CONANDA.

5 HIPÓTESES

Diante do estudo, podem ser encontradas algumas respostas ao questionamento do tema principal, quais sejam:

- A propaganda foi criada para estimular o desejo de consumir. As crianças não estão prontas para fazer algumas escolhas sozinhas e são suscetíveis aos apelos da propaganda e as frustrações de não ter o que desejam.

- A criança por ser um indivíduo em desenvolvimento, não tem o senso crítico para assimilar o caráter persuasivo da mensagem publicitária, por esse fato a criança é considerada hipervulnerável na relação consumerista.

6 JUSTIFICATIVA

O tema apresentado possui grande relevância no ordenamento jurídico, tornando imprescindível uma ampla e merecida discussão porque trata de um assunto que envolve criança, um ser totalmente hipervulnerável na relação consumerista. O Direito do consumidor é caracterizado como direito fundamental pelo fato de no artigo 5º, inciso XXXIII[19], da Constituição de 1988 determinar expressamente que na forma da lei o Estado promoverá a defesa do consumidor. Tem-se assentado na doutrina e na jurisprudência brasileira que a localização do preceito constitucional nesse setor privilegiado da Constituição, a rigor, o coloca a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte instituído (MIRAGEM, 2002. p.117).

Segundo Ricardo Henrique Weber, o Direito através da Constituição Federal, firmou a defesa do consumidor como um direito fundamental. Para que o consumidor, não sofra por demais, com a sua sujeição ao mercado. Uma das prerrogativas do direito fundamental é impor limites ao mercado, por intermédio de valores aos quais devem se submeter às partes privilegiadas, no intuito de

[19]BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 mar. 2017. 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: [*omissis*] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

amenizar as desigualdades e a falta de liberdade do agente social e econômico da atualidade (WEBER, 2009, p. 44). Ricardo Henrique Weber, ainda, afirma que:

> A sua formalização no texto constitucional externa a sua legitimação, em vista da necessidade que o ser humano tem de consumir bens e serviços e de ser protegido contra os atentados que podem ser praticados pelo mercado, que visa o lucro e o aumento do capital. Tal direito fundamental tem como objetivo atenuar o desnível de igualdade e de liberdade adstritos à relação de consumo (WEBER, 2009, p.46).

Sabe-se que a propaganda foi criada para despertar o desejo ao consumidor, porém as crianças não estão preparadas para fazer algumas escolhas sozinhas e seriam mais suscetíveis aos apelos da propaganda e às frustrações por não ter o que desejam. Os anunciantes devem realizar o seu trabalho respeitando as regras estabelecidas e também o estágio de desenvolvimento das crianças.

> As crianças não têm, os adolescentes não têm a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto e, portanto, não estão com condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo (FREITAS, s.d, s.p).

Segundo o site criança e consumo, a publicidade infantil comprovadamente se aproveita da vulnerabilidade das crianças para persuadi-las ao consumo de um produto ou serviço, desrespeitando sua condição de indivíduo em desenvolvimento e atentando contra seu direito à inviolabilidade física e psíquica, além de contribuir para o aumento de problemas sociais como obesidade infantil, a violência, a erotização precoce, dentre outros (CRIANÇAECONSUMO, 2014, s.p).

> As crianças são seres humanos em peculiar processo de desenvolvimento emocional, psicológico e social, fato que as tornam

> mais vulneráveis. Por essa razão, não têm condições de compreender a intenção da publicidade, tampouco de avaliar a credibilidade e a adequação às suas necessidades como indivíduo (FREITAS, s.d, s.p).

Portanto, essa publicidade infantil é ilegal, essa ilegalidade advém do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor que proíbe publicidade abusiva, que é aquela que atenta contra valores ambientais, ou que seja, capaz de induzir o consumidor a comportar de forma prejudicial à sua saúde ou segurança, para atuar nesse tema, existe um órgão que possui o dever e a competência constitucionalmente prevista de zelar pela devida e eficiente aplicação das normas de proteção às crianças e adolescentes no Brasil.

O CONANDA criou a resolução 163 que considera abusiva a publicidade e comunicação mercadológicas dirigidas à criança, definindo especificamente as características dessa prática, como o uso de linguagem infantil, de pessoas ou celebridades com apelo ao publico infantil de personagens ou apresentadores infantis, dentre outros. Essa resolução tem força normativa e vinculante, sendo assim, seu cumprimento é integral e obrigatório (CRIANÇAECONSUMO, 2014, s.p).

> [...] ilegalidade da publicidade infantil e sua consequente proibição, explicitada pelo Conanda, fundamentam-se no próprio CDC, especificamente nas disposições do parágrafo 2º do artigo 37, que estabelece – com o uso da expressão "dentre outras" –, um rol exemplificativo de publicidades abusivas, destacando aquela que "*se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*". E a publicidade que se dirige diretamente a criança não se aproveita, sempre, de sua deficiência de julgamento e experiência? (HENRIQUES; HARTUNG, 2014, s.p).

Há quem diga que a resolução 163 do CONANDA não tem força visto que para proibir propagandas é de competência do legislativo, mas é fato que a resolução não contraria isso, visto que ela não cria nova lei sobre a prática de

publicidade, ela simplesmente normatiza, nos limites de sua atribuição, outras práticas abusivas também contemplados pelo artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, formulado e aprovado pelo legislativo que considera ilegal a publicidade que se vai da deficiência do legislativo, percebe-se então, que a competência do legislador não está sendo ignorada ou desrespeitada, ela está apenas sendo enfatizada por essa resolução.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A relação de consumo é a relação entre o consumidor e o fornecedor, onde o consumidor adquire um produto ou serviço do fornecedor. Essa relação é vista como uma relação desigual, por evidenciar maior poder contratual do fornecedor e por causa da vulnerabilidade do consumidor (CABRAL, 2016, p.87). Percebe-se, então, que pelo fato de o consumidor não conhecer as peculiaridades dos produtos ou serviços a serem prestados, prevê então uma superioridade contratual por parte do fornecedor. Tomko, neste sentido, vai sustentar que:

> [...] a relação de consumo se caracteriza por meio do consumidor adquirindo um produto ou serviço colocados no mercado de consumo através da figura do fornecedor, por meio dessa negociação entre ambos (TOMKO, 2015, sp).

O consumidor é todo aquele que adquire mercadorias, independente da natureza que possuam, como particular, e para uso doméstico ou mesmo profissional, sem intuito de revenda (RANGEL, 2013, s.p). A figura do consumidor, para fins jurídicos, está conceituada no *caput* do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (BRASIL, 1990).

> O conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial (LIMA, s.d., s.p).

Segundo o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, público ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990). Ainda nesta esteira, de acordo com Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 80), trata-se de um conceito bastante amplo, não se referindo apenas ao fabricante, mas a todos os intermediários e o comerciante. Denota-se, então, que, para o Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor pode ser tanto pessoa jurídica como pessoa física, desde que desenvolva atividade com habitualidade, pois quem vende de forma eventual não é considerado fornecedor. Em complementação, transcreve-se o escólio de Castro que caminha no sentido que:

> [...] o fornecedor não necessita ser necessariamente uma pessoa jurídica, já que o texto legal traz a figura dos entes despersonalizados, podendo se entender assim por uma interpretação "latu sensu", de que também figuram como fornecedores aqueles que praticam atividades definidas em lei como fornecedor, podendo ser definidos como tais as pessoas que atuam na economia informal, autônomos, etc. (CASTRO, 2014, s.p).

Muito se confunde a vulnerabilidade, com a hipervulnerabilidade. É importante ressaltar que todo consumidor é vulnerável, porém, existem aqueles que são mais vulneráveis na relação consumerista, são os chamados consumidores hipervulneráveis, que são aqueles que, em razão de sua especial condição, como idosos, crianças, deficientes mentais, analfabetos e

semianalfabetos, pessoas sensíveis ao consumo de certos produtos, dentre outros, ficam ainda mais expostos às práticas comerciais, à periculosidade e nocividade de certos produtos, enfim, a toda atividade desempenhada pelos fornecedores no mercado de consumo (GUGLINSKI, 2013,s.p). Ou seja, é aquele que se encontra em situação de fraqueza ou de inferioridade na relação consumerista, estando em desvantagem em relação ao fornecedor, pelo fato de sua falta de condições de produzir as provas em seu favor ou comprovar a veracidade do fato constitutivo de seu direito.

Produtos e serviço são elementos subjetivos da relação de consumo e estão fundamentados no artigo 3º §1º e §2º do Código de Defesa do Consumidor, segundo o referido artigo, produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, já o serviço é qualquer atividade econômica fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Segundo Cavalieri Filho, é aquilo que resulta do processo de produção ou fabricação, em tese, desde que resulte de atividade empresarial em série de transformação econômica (CAVALIERI FILHO, 2014, p.82-83). Ou seja, Produto e serviço são objetos do contrato de consumo entre os elementos objetivos, quais sejam, o consumidor e o fornecedor.

Segundo De Plácido e Silva (1993, p.447), os princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito. No Direito do Consumidor, grande parte dos princípios está regulamentada no artigo 4º do

Código de Defesa do Consumidor[20]. Serão abordados os princípios mais importantes.

> Os princípios devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis. (...) Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o direito em vigor (GUERRA FILHO, 2002, p.17).

O *caput* do referido artigo trata do Princípio da Transparência, que diz que o fornecedor tem o dever de prestar informações claras e corretas sobre o produto a ser vendido e sobre o contrato a ser firmado, refletindo na lealdade e respeito entre as partes da relação de consumo, possibilitando uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidores e fornecedor

[20] BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 30 mar. 2017. 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: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. 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 consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

(OLIVEIRA, 2012, s.p). Isto é, em qualquer informação prestada ao consumidor e em qualquer atividade que incentive o consumo, é necessário que haja clareza.

> Não se pode conceber um ato negocial que demonstre falta de clareza em seu caráter expressivo, pois a capacidade de persuasão do fornecedor para com o consumidor, tendo por referencial o produto ou o serviço, só contemplará o êxito desejado na relação de consumo se aspectos inerentes a sua constituição forem bem explicitados (ROSA, 1995, p. 39).

O inciso I do referido dispositivo trata do Princípio da Vulnerabilidade, em que coloca o consumidor como a parte mais fraca da relação de consumo. Segundo Daniela Maria Paludo, o Código de Defesa do Consumidor pressupõe a vulnerabilidade do consumidor partindo do princípio de que nas relações de consumo existe uma desigualdade fática entre fornecedor e consumidor, razão pela qual, ao estabelecer vantagens e direitos ao consumidor, tenta igualar sua posição jurídica na relação contratual (PALUDO, s.d, p.10). Com o reconhecimento dessa vulnerabilidade, o princípio da isonomia é efetivado como menciona Carvalho:

> Com o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, efetiva-se o princípio constitucional da isonomia, tratando de forma desigual os desiguais, certo que na dúvida, a melhor interpretação e solução a serem dadas ao caso concreto deve ser a proteção do consumidor, parte constitucionalmente reconhecida mais fraca (CARVALHO, 2013, p.12).

Existem três espécies de vulnerabilidade, no que toca ao Direito do Consumidor, tais quais: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica e vulnerabilidade fática. A vulnerabilidade técnica se refere à ausência de informação necessária sobre produtos e serviços para a tomada de uma decisão (SILVA, s.d, p.10). Isto é, o consumidor é vulnerável pelo fato de não deter conhecimento técnico de determinado produto ou serviço, e por essa falta de

conhecimento ele pode ser enganado. A vulnerabilidade jurídica se refere à falta de conhecimentos jurídicos, de contabilidade, de economia, matemática financeira e outros, por exemplo, acerca dos juros cobrados que o consumidor tem (ALEXANDRIDIS, 2012, s.p). Isto é, o consumidor não tem o conhecimento sobre possíveis consequências jurídicas de uma relação de consumo. E, por fim, a vulnerabilidade fática, onde o fornecedor é o detentor do poderio econômico, encontrando-se em posição de supremacia (ALEXANDRIDIS, 2014, s.p). Isto é, pelo fato de o fornecedor deter um maior poder econômico, o consumidor fica em uma posição de desvantagem.

Os incisos II, VI e VII tratam do Princípio do Dever Governamental. Esse princípio apresenta como objetivo a proteção do consumidor, determinando a atuação do Estado para tal, pois o Estado deve intervir no mercado de consumo, pela segurança e qualidade de produtos e serviços, essa proteção se dá pelo meio legislativo e administrativo. Baseando-se nesse princípio, o Estado tem obrigação de atuar nas relações de consumo com a finalidade de proteger a parte mais fraca, a saber, o consumidor. Isto se dá por meio legislativo e administrativo. O objetivo maior é garantir o respeito aos interesses consumeristas (FRANK, 2015, s.p). Barbosa, ainda, vai complementar, dizendo que:

> [...] a participação do Estado é imprescindível para que haja o equilíbrio de condições entre o fornecedor e o consumidor. Para tanto, deve atuar em dois "momentos distintos", inicialmente na elaboração de normas que atendam ao interesse da coletividade e, a posteriori na entrega da efetiva prestação jurisdicional (BARBOSA, 2009, p.06).

O inciso III trata do princípio da boa-fé, que significa que, nas relações de consumo, as partes devem proceder com probidade, lealdade, solidariedade e cooperação na consecução do objeto do negócio jurídico, de forma a manter a equidade nesse tipo de relação (GUGLINSKI, s.d, s.p). Ou seja, agir com

transparência, respeito, veracidade, sinceridade, sem objetivar somente o lucro fácil com o consequente prejuízo ao outro. Percebe-se então, que esse princípio não alcança apenas o fornecedor, mas também o consumidor. Ora, neste contexto, Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva acresce:

> Exige o CDC a boa-fé dos contratantes porque pressupõe o contrato não como síntese de interesses contrapostos ou pretensões antagônicas, mas como instrumento de cooperação entre as partes, que devem comportar-se com lealdade e honestidade, de maneira que não frustrem mutuamente as legítimas expectativas criadas ao redor do negócio jurídico (SILVA, 2003, p. 71).

O inciso IV trata-se do Princípio da Informação e Educação, assim como o artigo 6º, III. Relacionado à informação, deve-se ter esclarecimento dos direitos e deveres dos consumidores e fornecedores, com o intuito de harmonizar a relação de consumo e de tornar ilegal qualquer ato ou procedimento que atente contra o direito à informação do consumidor. Todas as informações devem ser amplas, substanciais, extensivas a todos os aspectos da relação de consumo estabelecida (FRANK, 2014, s.p). A informação é de grande importância para o consumidor, pois somente tendo informações claras e precisas o consumidor poderá tomar uma decisão segura de acordo com seu desejo e necessidade.

> A informação ao consumidor, tem como escopo: 'i) consciencialização crítica dos desejos de consumo e da priorização das preferências que lhes digam respeito; ii) possibilitação de que sejam averiguados, de acordo com critérios técnicos e econômicos acessíveis ao leigo, as qualidades e o preço de cada produto ou de cada serviço; iii) criação e multiplicação de oportunidades para comparar os diversificados produtos; iv) conhecimento das posições jurídicas subjetivas próprias e alheias que se manifestam na contextualidade das séries infindáveis de situações de consumo; v) agilização e efetivação da presença estatal preventiva, mediadora, ou decisória, de conflitos do mercado de consumo (TARTUCE, 2016, p. 73).

Já em relação à educação, segundo Kleyton Proenço de Oliveira, este princípio busca a melhoria no mercado de consumo, visto que a educação possui papel fundamental na formulação da mentalidade do consumidor, pois o consumidor educado tem uma postura consciente diante do ato de consumidor, mesmo sendo a parte mais vulnerável na relação de consumo, educado, tem o poder de escolha sobre os produtos e serviços colocados à sua disposição no mercado (OLIVEIRA, 2012, s.p). E, por fim, o princípio da confiança que é de suma importância na relação consumerista, pois é necessário que o consumidor esteja seguro que o produto ou serviço é adequado para o fim que se destina. Segundo o escólio de Hildeliza Boechat Cabral, esse princípio tutela as expectativas legítimas e razoáveis do consumidor, que espera não sofrer lesão ou prejuízo em função da aquisição. O consumidor espera que o produto não ponha em risco sua saúde e de sua família (CABRAL, 2016, p.116).

A publicidade é um meio de veiculação de oferta e tem o propósito de promover conceitos ou ideias e incentivar a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço (MORAIS, 2011, s.p). O artigo 36 do Código de Defesa do consumidor diz que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, identifique-a como tal. Segundo Camila Nicastro Garcia (s.d, s.p), a publicidade tem um papel importante na relação de consumo, movimentando o mercado para atrair consumidores à utilização de produtos ou serviços veiculados na mídia, no qual o fim precípuo do fornecedor é auferir lucro. Por esse fato, esta deve ser devidamente fiscalizada para que não haja abusos ou enganação, equilibrando a relação aqui demonstrada.

Existem duas modalidades de propagandas indevidas, a propaganda enganosa e a propaganda abusiva como se pode vero conceito de cada no parágrafo 1º e 2º do artigo 37:

> 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
> 2º É abusiva , dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (BRASIL, 1990).

De acordo com a lei 8.069/90, conhecida como ECRIAD, criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, essa lei, reconhece que a criança e o adolescente são pessoas em condição especial de desenvolvimento.

8 REFERÊNCIAS

ALEXANDRIDIS, Georgio. Todo consumidor é vulnerável no mercado de consumo. **Jusbrasil:** portal eletrônico de notícias. Disponível em: <**h**ttps://georgiosalexandridis.jusbrasil.com.br/artigos/112128602/todo-consumidor-e-vulneravel-no-mercado-de-consumo>. Acesso em 30mar. 2017.

BARBOSA, Hugo Leonardo Penna. **Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/24263/23826>. Acesso em: 30 mai. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 31 mai. 2017.

CABRAL, Hildeliza Boechat. **Síntese do Direito do Consumidor**. 2 ed. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016.

CARVALHO, Maldonado. **Princípios Gerais do CDC e Direitos básicos do consumidor.** Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor_9.pdf>. Acesso em 29 mai. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.**7 ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

CASTRO, Ana Carolina Tourinho S. **Definição de relação de consumo e de seus elementos integrantes.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/26875/definicao-de-relacao-de-consumo-e-de-seus-elementos-integrantes > Acesso em 28abr. 2017

CRIANÇAESCONSUMO. **Entenda a resolução que define a abusividade da publicidade infantil**. Disponível em:<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/entenda-a-resolucao-que-define-a-abusividade-da-publicidade-infantil/ > Acesso em 12 mai. 2017.

FRANK, Franciele Aparecida da Silva. Princípios do Direito do Consumidor e direitos básicos do consumidor. *In*: **Revista Jus Navigandi,** Teresina, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42834/principios-do-direito-do-consumidor-e-direitos-basicos-do-consumidor>. Acesso em 30mai. 2017.

FREITAS, Danielli Xavier. Os limites legais da publicidade infantil no direito brasileiro. **Jusbrasil**: portal eletrônico de notícias. Disponível em: <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/138708616/os-limites-legais-da-publicidade-infantil-no-direito-brasileiro>. Acesso em 16 mai. 2017.

GARCIA, Camila Nicastro. Publicidade e direito à informação no Código de Defesa do Consumidor. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 10, n. 45, set 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2268>. Acesso em31 mai. 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/327/r137-02.pdf> Acesso em 29mar. 2017.

GUGLINSKI, Vitor. Princípios nucleares do Direito do Consumidor. **Jusbrasil**: portal eletrônico de notícias. Disponível em: <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/185240334/principios-nucleares-do-direito-do-consumidor>. Acesso em 19 mar. 2017

HENRIQUES, Isabella; HARTUNG, Pedro. Sim, a publicidade voltada às crianças é abusiva e ilegal. **Migalhas:** portal eletrônico de notícias, 25 jun. 2014.Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203254,41046-Sim+a+publicidade+voltada+as+criancas+e+abusiva+e+ilegal > Acesso em: 12 mai. 2017

LIMA, André Luiz V. de Souza. **Consumidor e Fornecedor sob a Ótica do CDC.** Disponível em: **<**http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4400/consumidor_e_fornecedor_sob_a_otica_do_cdc > Acesso em 26 abr. 2017.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como Direito Fundamental –consequências jurídicas de um conceito. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, 2002.

MORAIS, Ezequial. A publicidade e o consumidor - breves considerações. **Migalhas:** portal eletrônico de notícias, 14 jun. 2011.Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI135523,51045-A+publicidade+e+o+consumidor+breves+consideracoes> Acesso em 31 mai. 2017.

OLIVEIRA, Kleyton Proenço. O**s princípios do direito do consumidor** Disponível em<http://www.webartigos.com/artigos/os-principios-do-direito-do-consumidor/91532/>. Acesso em 30 mai. 2017.

PALUDO, Daniela Maria. **Princípios adotados pelo Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.univates.br/media/graduacao/direito/PRINCIPIOS_ADOTADOS_PELO_CODIGO_DO_CONSUMIDOR.pdf>. Acesso em 30mai. 2017.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. A relação de consumo em análise: notas inaugurais à caracterização dos atores da legislação consumerista. *In*: **Revista Jus Navigandi,** Teresina, a. 18, n. 3.579, 19 abr. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24229/a-relacao-de-consumo-em-analise-notas-

inaugurais-a-caracterizacao-dos-atores-da-legislacao-consumerista/1 > Acesso 23abr. 2017

ROSA, Josimar Santos. **Relações de consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores.** São Paulo: Atlas, 1995.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Direito do Consumidor:** Direito Material e Processual.3ed. São Paulo: Método, 2014.

TOMKO, Sarah Seroiska. **Elementos Da Relação De Consumo**. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3998>. Acesso em: 12 mai. 2017

WEBER, Ricardo Henrique. **O Direito Fundamental de defesa do consumidor das relações privadas**. 115f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/22865/RicardoWeber_DisserRevisada.pdf?sequence=1> Acesso em 24 mai. 2017.

DIGNIDADE ANIMAL E PESQUISAS CIENTÍFICAS: ASPECTOS JURÍDICOS E BIOÉTICOS EM PROL DO ALARGAMENTO DA CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE

Laura Gioffi Coelho Moraes[21]

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa possui o tema "dignidade animal e pesquisas científicas: aspectos jurídicos e bióticos em prol do alargamento da concepção de dignidade". Este tema foi escolhido para poder estudar qual é a dignidade do animal que vive em laboratórios e servem de cobaias para experimentos científicos. Este tema é muito discutido devido à escassez de normas, tanto no Brasil quanto em outros Países. No Brasil, o direito é abordado apenas no artigo 225 da Constituição Federal e na Lei Arouca, que visa estabelecer como e quando serão utilizados animais para pesquisas. Como existe uma divergência em relação ao inciso VII do § 1 do artigo 225 da CF, esta Lei veio com o objetivo de regular este inciso e estabelecer procedimentos para o uso científico dos animais.

Tem-se também como meio regularizador o Programa 3Rs, que foi criado na obra chamada *Principles of Humane Experimental Technique*[22], que é usado como fonte inspiradora para muitos outros trabalhos. Os Comitês de Ética Internacional, que são fiscalizadores do uso desses animais em uso científicos, é um exemplo dessa inspiração, pois, ele tem como objetivo diminuir o uso desses animais e,

[21] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana. E-mail: laura_gioffe@hotmal.com;
[22] Tradução: Princípios das Técnicas Experimental Humanas.

principalmente, substitui-los por outros equipamentos científicos. E é exatamente isso que o programa 3Rs diz, que o uso desses animais desse ver reduzido, substituído por meios alternativos e deve haver o aperfeiçoamento dos equipamentos de estudos para que estes animais possam vim a ser substituídos.

Além de leis e programas, existem ONG's que estão em constante luta para conquistar a dignidade desses animais. Além de manifestações pacificas que buscam os direitos desses e procuram fazer com que a população se sentimentalize e passem a se manifestar, para que esses seres deixem de ser tratados como ser sem sentimento.

2 TEMA

O tema desse projeto está relacionado com a dignidade animal e o descaço que o ordenamento jurídico faz, até nos dias atuais, sobre o mesmo. Por isso escolheu-se "dignidade animal e pesquisas científicas: aspectos jurídicos e bioéticos em prol do alargamento da concepção de dignidade" como título para que haja um aprofundamento sobre a dignidade animal que se encontra, atualmente, fora de pauta entre os doutrinadores, o que é de suma preocupação, haja vista os animais estarem cada vez mais sujeitos ao descaço e sofrimento.

3 PROBLEMÁTICA

O ordenamento jurídico está em processo de reconhecimento da dignidade animal?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o reconhecimento, ou não, da dignidade entre as espécies.

4.2 Objetivos Específicos

Caracterizar a bioética:

- Examinar a evolução do tratamento jurídico dispensado ao animal;
- Delimitar o alcance do termo dignidade;
- Abortar o reconhecimento da dignidade animal.

5 HIPÓTESES

Observa-se que o ordenamento jurídico encontra-se altamente escasso em relação ao ser animal, onde estes não possuem o mínimo de dignidade. Ocorre que, o ser humano pouco se preocupa com a vida animal, fazendo de conta que as coisas não acontecem. Fazer de uma determinada espécie uma linhagem de cobaias para proporcionar uma melhor qualidade de vida aos humanos, isso não significa dizer que estão se preocupando com a dignidade do animal.

Atualmente, o ordenamento jurídico encontra-se limitadíssimo em relação ao tema, havendo somente o artigo 225, VII da Constituição Federal de 1988 tratando do assunto. Logo, sabe-se que, se continuar como está, a dignidade do animal demorara para ser reconhecida, ou talvez nem seja reconhecido.

6 JUSTIFICATIVA

Houve a iniciativa da escolha desse tema devido a escassez que o ordenamento jurídico trata do assunto, juntamente com a falta de respeito que o ser humano trata o animal, fazendo desta espécie um meio para melhorar a qualidade de vida do homem, deixando de lado o sentimento do animal. Em 1860, ocorreu um fato que foi decisivo para iniciarem as manifestações para a existência de diretos e limites ao uso dos animais em laboratórios. Segundo Paula Louredo (2005, p.s.), o filosofo francês Claude Bernard declarou que o uso dos animais era indispensável para experimentos e, assim, mantinha em sua casa um laboratório e um biotério. Sua esposa e filha cansadas de ouvirem o dia todo os gritos dos animais sendo torturados, abandonaram-no e fundaram a primeira sociedade francesa em defesa dos animais.

Assim, após essa sociedade, diversas outras começaram a ser fundadas, assim como leis especificas, tudo em prol da dignidade desses animais e a limitação do uso deles em laboratórios. Em 1959, o zoologista William Russell e a microbiologista Rex Burch publicaram um livro onde estabelecem o "programa 3Rs". Recebeu este nome em função das iniciais, em inglês, de seus principais objetivos: redução (*Reduction*), refinamento (*Refinemente*) e substituição (*Replacement*), que significa a redução do número de animais utilizados em pesquisas, uma melhora na condução dos estudos, tendo que reduzir o sofrimento do animal ao mínimo possível, e a busca de métodos alternativos que, por fim, substituem os testes em animais vivos. (CORRÊA, CARARIN, ZAMBRONE, 2004, p. 290).

Para um melhor entendimento, Cesar Coelho (2012, p.s) explica, detalhadamente, sobre o livro Princípios das Técnicas Experimental Humanas, de

onde foi retirada a ideia dos 3Rs. Cesar Coelho (2012) diz que o primeiro erre, Redução, traz a ideia de que deve-se usar sempre o menor número de animais possível, e isso pode ser conseguido pelo desenvolvimento de técnicas genéticas ou de aparelhagem onde permite a geração de animais com menor variabilidade de respostas, reduzindo a necessidade de mais animais para se conseguir resultados confiáveis.

Replacement remete-se ao uso de figuras alternativas para a investigação, como por exemplo, a utilização de gatos ou ratos ao invés de macacos, cultura de células em vez de modelos animais ou modelos computacionais. Conforme afirma Cesar Coelho (2012, p.s.), a reposição do modelo acaba por reduzir o uso de animais, dependendo do objeto experimental.

Refinemnet traz o aperfeiçoamento dos processos envolvidos na experimentação, visando, a redução do uso de animais ou no sofrimento destes. Cesar Coelho (2012, p.s.) cita como exemplo o aperfeiçoamento da aparelhagem dos biotérios e de desenhos experimentais em si, de técnicas que podem proporcionar menos nível de aversão (dor e estresses) possível.

Afirmava, ainda, Willian Russell e Rex Burch, segundo Paula Louredo (2005), que para eles a substituição dos animais em experimentos científicos já teve um ótimo avanço, podendo haver substituições, como, por exemplo, no lugar dos animais serem utilizado culturas de células, simuladores e modelos matemáticos. Eles afirmam também que os experimentos devem ter uma melhor planejamento com melhores condições de instalações, além de pesquisadores capacitados para fazerem pesquisas em animais.

Cesar Coelho (2012, p.s.) afinca que essas diretrizes são ótimas para conduzir experimentos de modo ético, respeitando os diretos dos animais juntamente com os traços conflituosos. De fato, elas são. O problema é, de acordo

com os pesquisadores, os avanços científicos só são possíveis se envolver órgãos públicos maiores. Ai, entram a figura dos órgãos estatais de cada país, definindo e fiscalizando o que de fato é primordial e necessário para uma experimentação animal ética. Assim, foram criando leis e convenções para regularizar o uso dos animais em laboratório, e muitos basearam-se nos 3Rs para a criação do projeto de lei.

Em 1985, a Europa assinou a "Convenção para Proteção dos Animais Vertebrados usados parra Propósitos Experimentais e outros Científicos" (ETS123). Houve várias atualizações na Convenção ETS123, em que dispõem diretriz detalhadas de todos os processos que envolvem animais, sendo listado necessidade de equipamentos, capacitações dos profissionais que manipulam os animais, alternativas de modelos experimentais, modos de anestesia e eutanásia. Essas atualizações ocorreram, a primeira, em 2006 e recebeu o nome de 89/609/ECC, e esta tornou a convenção ainda mais rigorosa. E a segunda ocorreu em 2010, que foi uma revisão e recebeu o nome de Directive 2010/63/EU. (COELHO, 2002, p.s.)

Nos EUA o Conselho Nacional de Pesquisa criou, em 1996, o "Guia para Uso e Cuidados de Animais de Laboratório". E em 2002, criou-se o "Ato do bem estar Animal", foi um programa fora do contexto cientifico, que obtinha a finalidade de observar tudo relacionado aos cuidados dos animais. No Brasil, foi aprovado o projeto de lei, chamado Lei Arouca, proposta em 1995 por Sérgio Arouca. Esta Lei estabelece a criação do Conselho Nacional de Controle em Experimentação Animal (CONCEA), e sua composição seria formada por pessoas vinculadas a entidades que defendem aspectos relevantes relacionados a experimentos com animais. Este órgão define e fiscaliza as diretrizes éticas em experimentos animais, julga e aprova projetos de pesquisas das universidades e

outras instituições. (COELHO, 2002, p.s.). O artigo 225 da Constituição Federal de 1988, de forma superficial, remete-se ao direito do animal. Veja-se:

> 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 preserva-lo para as presentes e futuras gerações.
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988)

Porém, com as diversas interpretações feitas com base neste artigo, ocorreu um debate, conforme explica Atalá Correia (2015), em relação a que espécie este artigo alcança, pois, ao mencionar "submetam os animais a crueldade", não estaria falando de ratos, lagartos, cobras, baratas e aranhas, haja vistas estes não possuírem capacidade para sentir.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Inicia-se o trabalho explicando como surgiu o termo "bioética" e qual seu objetivo quando o assunto é experiência com animais. O termo bioética, segundo as ponderações de Goldim (2006) e Tavares e Franco (2009), advém da junção entre duas palavras, a saber: bio (vida) e éthos (ética) e foi criado por volta da década de 1970, onde tratava somente de assuntos relacionados ao processo de evolução biológica e cultural. Este termo foi criado pelo professor Van Rensselaer Potter, nas obras Bioethics: the science of survival[23] e Bioethics: bridge to the future[24]. Para Potter, de acordo com Tavares e Franco (2009 p. 9), a bioética era analisada como forma de sobrevivência, em razão das distintas ameaças à vida e de um ambiente

[23] Tradução: bioética: a ciência da sobrevivência.
[24] Tradução: bioética: ponte para o futuro.

que coloca em xeque a vida do planeta, nas ponderações dos problemas ambientais no tocante a saúde. Assim, Goldim (2006, p. 86), afirmar que Potter define bioética como a ciência da sobrevivência.

Após 28 anos da delimitação do termo bioética, Potter criou três estágios evolutivos da concepção bioética. Em seu primeiro estágio, que recebeu o nome de "Bioética Pontes", Potter impôs um sentido interdisciplinar relacionando os problemas ambientais as questões de saúde, conforme observa o escólio de Goldim (2003). No segundo estágio, denominou-se o termo "Bioética Global", tendo início em 1988, em que Potter atualizou seus primeiros estudos sobre Bioética, dando-lhe um caráter mais abrangente, englobando todos os temas relacionados à vida e a ecologia. Ocorre que, este termo "abrangente" abriu espaços para que pudessem haver várias interpretações relacionadas ao tema. (GOLDIM, 2003; TAVARES E FRANCO, 2010, p.4-5)

Em seu terceiro estágio houve a denominação do termo "Bioética Profunda", dando a bioética um conceito de ecologia profunda. Conforme esclarece Goldim (2003), o objetivo de Potter seria manter as características fundamentais da bioética, quais sejam, amplitude, abrangência, pluralismo, interdisciplinaridade, abertura e incorporação crítica de novos conhecimentos. Após grandes interpretações e definições, observa-se que determinar um termo para bioética não é algo pratico devido a sua multidisciplinariedade, podendo, hoje, afirma que seu termo está relacionado a ética, saúde e vida humana juntamente com os avanços científicos, biotecnológicos e biomédicos.

Além do termo *bioética*, é importante analisar a dignidade, principalmente a animal, pois será a mais abordada. Ao mencionar dignidade, pensa-se logo no princípio da dignidade da pessoa humana, que está tipificado na Carta Magna de 1988, veja-se:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [omissis]
> III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

Ocorre que, há um debate em relação a quem este princípio alcança. Conforme demostrado por Kumagai e Marta (2017), a dignidade da pessoa humana como direito fundamental evoca uma indagação preliminar: quem são os titulares dos direitos fundamentais. Esta resposta é refletida a luz de diferentes documentos jurídicos. O primeiro é uma declaração da ONU (Organizações das Nações Unidas de 1948) chamada Declaração do Homem e do Cidadão, traz em seu artigo 1º que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidades e direitos." Assim Kumagai e Marta (2017) concluem que para este documentos os titulares desses direitos são somente o homem.

Em contrapartida, Kumagai e Marta (2017) fazem uma comparação com a Constituição Federal, em seu artigo 5º em que estabelece que "todos são iguais perante a lei", assim sendo, a ONU passa o entendimento que "cada um e todos os humanos do planeta, os quais deveram ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos".

Ainda com os apontamentos de Kumagai e Marta (2017), eles remetem aos cristãos o conceito de dignidade. Segundo Kumagai e Marta (2017), Sarlet afirma que o conceito de dignidade oriunda da Bíblia Sagrada, que traz em seu corpo a crença em um valor intrínseco ao ser humano, não podendo este ser transformado em instrumento, sendo a chave mestre do homem seu caráter, "imagem e semelhança de Deus. Esta ideia, retirada da Bíblia, explicaria a origem da dignidade. Deste modo, finaliza-se os conceitos de dignidade trazendo o conceito do Doutrinador Chaves Camargo, segundo Kumagai e Marta (2017):

> [...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser (KUMAGAI; MATA, 2017, p.s.).

Após a conceituação do termo *bioética*, adentra-se na ramificação da bioética animal, e o modo como será fiscalizado o uso de animais em laboratórios e quais as regras para que este animal venha ser utilizado. Como a bioética é um termo que trata da vida no planeta, de um modo geral, criou-se o ramo bioética animal onde irá tratar de assusto somente relacionado a vida animal e seus direitos. Observa-se que, ao longo dos anos, os animais deixaram de ser companheiros dos seres humanos e passaram a servir de auxílio para melhorar a qualidade de vida dos mesmos, acarretando um distanciamento entre o homem e o animal e este passou a servir de auxílio para cumprir as necessidades dos seres humanos, como por exemplo, transporte, proteção do frio e fonte de renda tomando, até chegarem em laboratórios para servirem de "cobaias" de experimentos.

Como os experimentos com animais não parou de crescer, logo iniciou os murmúrios sobre os direitos doa animais, sendo no século XIX, na Inglaterra, as primeiras organizações protetoras dos animais. Assim, após a *Society for the Preservation of Cruelty to Animals*[25], que destinava-se a representar os animais em juízo e fazer cumprir a lei outros Países começaram a aderir a ideia de proteção aos animais. (MACHADO, 2009, p. 5). O Brasil veio a tratar do assunto somente em 1916, com a edição do Código Civil, porém de uma forma muito superficial. Pode-se analisar que em alguns países, como o Brasil, por exemplo, não há legislação que disserte o tema com afinco. Por ter alguns países com tamanha

[25] Tradução: Sociedade para a Preservação da Crueldade com os Animais.

frieza na legislação, criou-se o comitê de ética que obtém a função de fiscalizar o uso de animais em laboratórios tendo por objetivo discutir questões relacionadas ao respeito a vida dos animais, o status moral dos animais, os seres relacionados ao conceito "animal" e tutelados oficialmente pelas regulamentações, entre outras, para ajudar a fundamentar sua ação como um comitê voltado a esta temática. O objetivo maior desse comitê é discutir a moral da vida do animal que está dentro do laboratório, respeitando os limites e estabelecendo fiscalizações. (FEIJO, 2006, p.14/15)

A maior polêmica do comitê de ética institucional a vida animal é, sem dúvida, o uso destes para experimentos, sendo usado como "cobaia de pesquisa" para o ser humano poder usufruir destes benefícios, se o resultado da pesquisa for positivo. Ocorre que, o animal é um ser vivo irracional que não pode falar por si, e seu protetor teria que ser o homem que, mesmo que indiretamente, possui interesses a pesquisas, haja vista estas poderem dar uma melhor qualidade de vida a sociedade, havendo assim um conflito de interesse e, consequentemente, os direitos desses animais ficam entrelinhas, sendo questionado por alguns e esquecido por outros.

Os graduandos Cazarin, Corrêa e Zambrone (2004 p. 290) relatam que o uso de animais em procedimentos científicos voltados para a educação é de mais de 5%, animais estes utilizados principalmente em Universidades, e 25% estão disponíveis para dissecação. Para testes de toxicidade de medicamentos e produtos biológicos são encaminhados 30 a 40%. (STEPHENS, 2001 apud CAZARIN *et al.*, 2004 p. 290).

Segundo os relatos de Cazarin, Corrêa e Zambrone (2004 p. 290) a investigação realizada *pela Research Defence Society*[26] (RDS) demonstra que em 2002

[26] Tradução: Sociedade de Defesa a Pesquisa.

mais de dois milhões e meio de animais foram utilizados na Grã Bretanha para a realização de procedimentos científicos, sendo os *mus musculus* as espécies de maior utilidade. Pode ser observado pela tabela abaixo. (STEPHENS, 2001 apud CAZARIN *et al.*, 2004 p. 290).

TABELA 1 - Porcentagem de animais utilizados na Grã-Bretanha, em procedimentos científicos, no ano de 2002

Espécies	**%**
Ratos e camundongos	84
Peixes, anfíbios, répteis e pássaros	12
Ovelhas, vacas, porcos e outros animais de grande porte	2,3
Pequenos mamíferos e outros roedores(coelho e furão)	1,5
Cães e gatos (espécies de laboratório)	0,3
Macacos	0,15

Fonte: Research Defence Society (RDS)

Importante ressaltar que estes milhões de animais utilizados estão bem pouco em relação aos Estados Unidos da América, onde foi realizada uma pesquisa há mais de 15 anos e pode perceber que são utilizados de 17 a 22 milhões de animais, sendo esta estimativa altamente especulativa.

Afirma Feijó (2006), que os Comitês são particularmente sensíveis aos impactos que os experimentos acarretam aos animais, como, por exemplo, as dores e os stress, sendo estes mais cuidadosos nas investigações. Assim, Feijó (2006) explica que em países como Austrália, por exemplo, ao mencionar os usos de animais para pesquisas, verifica-se se é realmente relevante o experimento para a vida do ser humano. Após ponderar sobre o benefício da pesquisa e o sofrimento do animal é que o comitê irá decidir se poderá ou não realiza-la. Outros países, como a Suécia e Holanda, decidem sobre a realização da pesquisa de acordo com o

grau de sofrimento do animal, usando o sistema classificatório de dor. Nas palavras de Anamaria Feijó:

> Estes sistemas classificatórios vão desde procedimentos que não provocam dor até procedimentos que produzem fortes dores em animais conscientes não anestesiados. Os sistemas classificatórios chamados "escala de dor" podem servir de suporte aos comitês de ética institucionais. (FEIJÓ, 2006, p. 16)

Atualmente, a avaliação e acompanhamento, pelos comitês nos projetos de pesquisas, estão sendo muito respeitados. Nos países em que há legislação específica ao uso de animais, ocorre realização de workshops para os membros dos comitês e membros das associações de bem-estar animal. Nos países em que o uso de animais não está legislado, as funções dos comitês de ética ao uso de animais ampliam-se, pois serão os responsáveis pelo estabelecimento das políticas institucionais que assegurarão a observação de normas éticas ao trabalho com os animais.

A fim de propagar o objetivo do programa 3Rs, foram instituídos e desenvolvidas, internacionalmente, diversas metodologias. Para que estas sejam utilizadas faz-se necessário elaboração de protocolos de estudos, e estes serão publicados quando a nova proposta de ensaio já tiver sido avaliada, validada e aprovada pelos órgãos competentes, estabelecendo assim, sua relevância para implementação e confiabilidade. Para que isso seja possível, é necessário harmonia nos processos de validação, por intermédio dos Comitês Internacionais de ética. (CAZARIN; CORRÊA; E ZAMBRONE. 2004, p. 294).

8 EFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 abr 2017.

CORREIA, Atalá. É Possível Falar em Direitos dos Animais?. **Conjur:** portal eletrônico de notícias, 04 mai. 2015**.** Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2015-mai-04/direito-civil-atual-possivel-falar-direitos-animais-parte>. Acesso em: 15 abr. 2017.

CAZARIN, Karen Cristine Ceroni; CORRÊA, Cristiana Leslie; ZAMBRONE, Flávio Ailton Duque. Redução, refinamento e substituição do uso de animais em estudos toxicológicos: uma abordagem atual. **Revista Brasileira de Ciências Farmacêutica.** V. 40, n. 3, 2004. Disponível em: <http://www.usp.br/bioterio/Artigos/Procedimentos%20experimentais/Alternativa%20toxicologia.pdf>. Acesso em 13 jun. 2017.

COELHO, Cesar A. O. **Ética em Experimentação Animal**: os 3 Rs; **Prisma Científico transparência e dispersão de ideia.** Disponível em: <https://prismacientifico.wordpress.com/2012/06/16/etica-em-experimentacao-animal-parte-2-os-3-rs/>. Acesso em: 12 jun. 2017.

GOLDIM, José Roberto. A Evolução da Definição de Bioética Na Visão de Van Rensselaer Potter 1970 a 1998. **O mundo da saúde**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/bioetev.htm >. Acesso em 14 jun. 2017.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Âmbito Jurídico.** Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830#_ftnref2>. Acesso em: 13 jun. 2017

MORAES, Paula Louredo. "Animais de Laboratório"; **Brasil Escola.** Disponível em <http://brasilescola.uol.com.br/animais/animais-laboratorio.htm>. Acesso em 12 jun. de 2017.

TAVARES, Fernando Horta; FRANCO, Lívia Rosa. Bioética e Biodireito. **Virtuajus,** Belo Horizonte, 2009, p. 1-38. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2009/Docentes/Bioetica%20e%20Biodireito.pdf>. Acesso em 14 jun. 2017.

A EFETIVIDADE DA MEDIDA PROTETIVA NA LEI MARIA DA PENHA, EM BOM JESUS DO ITABAPOANA – RJ, NO PERÍODO DE 2014-2016

Lorena Bomfim da Costa[27]

1 INTRODUÇÃO

Esse projeto de pesquisa tem como foco a reflexão se de fato a medida protetiva aplicada pela Lei Maria da Penha é efetiva ou não. Para tanto, a localidade a ser analisada será o município de Bom Jesus do Itabapoana - RJ, no lapso temporal de 2014 a 2016. O propósito de tal pesquisa é, em um primeiro momento, traçar as linhas históricas sobre o papel na mulher na sociedade ao longo dos anos e compreender a motivação que levou a criação da Lei Maria da Penha. Em um segundo momento, será analisada a Lei Maria da Penha propriamente dita, estabelecendo-se conceitos acerca das espécies de violência que essa lei elenca. Por fim, será realizada uma pesquisa de campo no Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Adjunto Criminal, onde tramitam os processos da Lei Maria da Penha nesta comarca, a fim de constatar por meio entrevistas as vítimas e análises de processos, se a medida protetiva aplicada a lei em comento cumpre seu papel primordial, qual seja: zelar pela integridade da mulher e até de seus dependentes, evitando assim que o agressor os maltrate a seu bel prazer.

[27] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, 9º Período, lorenabomfim16@hotmail.com;

2 TEMA

A Efetividade da Medida Protetiva na Lei Maria da Penha, em Bom Jesus do Itabapoana, no período de 2014-2016.

3 PROBLEMÁTICA

Houve efetividade da medida protetiva na Lei Maria da Penha, em Bom Jesus do Itabapoana, no período de 2014-2016?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a efetividade da medida protetiva na Lei Maria da Penha, em Bom Jesus do Itabapoana – RJ, no período de 2014-2016.

4.2 Objetivos Específicos

- Abordar a evolução histórica da violência doméstica;
- Explicitar as formas de violência que a Lei nº 11.340/2006 elenca;
- Definir o objetivo da medida protetiva aplicada a Lei Maria da Penha;
- Refletir sobre a efetividade da medida protetiva na Lei Maria da Penha.

5 HIPÓTESES

Diante do estudo, podem ser encontradas algumas respostas ao questionamento do tema principal, quais sejam:

- Hipótese 01: A efetividade ou não da medida protetiva na Lei nº 11.340/2006 depende da supervisão dos policiais, que tem em tese, o dever de zelar por seu cumprimento.

- Hipótese 02: A efetividade ou não da medida protetiva na Lei nº 11.340/2006 depende principalmente da vitima, que muitas vezes vai em sede policial requerer a medida protetiva e depois acaba "desistindo" dela, seja por ameaça do agressor, seja porque fez as pazes com ele.

6 JUSTIFICATIVA

A escolha desse tema se deu não somente pelo aspecto pessoal, uma vez que estagio a quase três anos no Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Adjunto Criminal de Bom Jesus do Itabapoana – RJ e vejo de perto essa realidade, mas também porque o tema em questão é de extrema importância e precisa ser discutido, visto que a violência doméstica gera diretamente muitos reflexos não só no modo de viver da mulher, como também interfere no seu comportamento na sociedade. Insta salientar que o fenômeno da violência e dos maus tratos no seio familiar tem como vítima preferencial à mulher. Por intermédio da frieza das estatísticas fica demonstrado que, na maioria dos casos a vítima é ela. Os dados dessa violência são verdadeiramente alarmantes. No Brasil, por exemplo, as estimativas apontam que cinco mulheres são espancadas a cada 2 minutos, sendo o parceiro (marido, namorado ou ex)

responsável por mais de 80% dos casos reportados, segundo a pesquisa Mulheres Brasileiras nos Espaços Público e Privado realizada pela Fundação Perceu Abramo/Sesc, em 2010. (DOSSIÊ VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES, s.d, s.p)

Em outra pesquisa, realizada em 2014 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) a fim de saber a respeito da tolerância social à violência contra as mulheres, constatou-se que, 63% dos entrevistados concordaram, total ou parcialmente, que "os casos de violência doméstica devem ser discutidos somente entre os membros da família", 89% concordaram que "a roupa suja deve ser lavada em casa", enquanto que 82% consideraram que "em briga de marido e mulher não se mete a colher". (DOSSIÊ VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES, s.d, s.p)

De acordo com constatação do ministro do STJ, Og Fernandes, publicada no site do STJ em 2011, "A Lei Maria da Penha chegou tarde, mas chegou." Ele é membro da sexta turma e da terceira seção, que são os órgãos que analisam matérias penais. O ministro afirma que foram várias as tragédias que antecederam a lei, até que ela viesse como uma tentativa de reverter o quadro de impunidade histórica no Brasil com relação à violência doméstica. Ao opinar a respeito, o ministro reconhece a questão como algo que transcende as relações familiares para se transformar em um problema público nacional. Nesse sentido, aduz:

> As estatísticas estão a indicar que a principal causa de homicídio de mulheres é exatamente a prática de violência anterior. Então, mais das vezes, as pessoas, no íntimo das suas relações familiares, não praticam homicídio contra a mulher como primeiro gesto de violência. Começa com a agressão moral. Se ela não é combatida, há uma segunda etapa, que é a violência física, normalmente, em menor proporção. E, finalmente, pode-se chegar a esse tipo de aniquilamento da dignidade humana", conta o ministro. (BRASIL, 2011).

Para enxergar a violência de gênero no ambiente doméstico, é necessário que haja um reconhecimento dessa violência em desfavor da mulher, como uma forma de violação de direitos humanos, visto que tal violência acarreta sérios danos à saúde física e psíquica das vitimas. Portanto, esse problema deve ser encarado como um problema social. Em suma, é fundamental que haja uma desprivatização do conflito de gênero, de modo a tornar evidente a relação de poder imposta no âmbito doméstico, por meio da violência. (SILVA, s.d, s.p)

Nesta senda, nasceu a Lei nº. 11.340/06, conhecida também como "Lei Maria da Penha", que foi resultado de tratados e convenções ratificados pelo Brasil e que funciona como instrumento normativo para oferecer tutela à mulher-vítima de violência doméstica, abarcando não somente diferenciadas medidas de natureza penal e processual penal, como também, medidas protetivas à vítima, seus familiares e eventuais testemunhas, conforme determinam os artigos 18 a 24 da referida lei. No intuito de enfrentar o problema, a lei enumera ainda medidas de cunho preventivo e conscientizador de caráter genérico, como, por exemplo, campanhas educativas e, de modo específico, investe na sensibilização dos operadores do direito, acadêmicos e policiais, de acordo com o que dispõe o artigo 8º. Ademais, no artigo 9º prevê o modo com o qual às vítimas de violência serão assistidas. (SILVA, s.d, s.p)

Insta salientar que o artigo 5º da referida lei prevê o conceito de violência doméstica contra a mulher, porém, esse dispositivo vai muito além da mera descrição de condutas caracterizadoras de violência doméstica. Tal artigo delimitou um contexto a ser analisado quando da tipificação de crimes. Cabe frisar, no entanto que, esse contexto já estava assentado no § 9º do artigo 129 do Código Penal, que traz a qualificação da lesão corporal. A lei, desse modo, cuidou de especificar o âmbito de incidência do dispositivo por meio expressamente

enumerado das diversas formas de violência, de acordo com as previsões do artigo 7º, superando assim, os limites da violência física exigida para a caracterização de crimes contra a pessoa. (SILVA, s.d, s.p)

Há de se salientar o caráter didático com o qual foi trazido o artigo 7º, haja vista que, consoante o que já foi exposto, existe uma dificuldade no enfrentamento deste grave problema social, que consiste em sua "invisibilidade", ou seja, o seu não reconhecimento como um ato de violência. Desse modo, fez-se necessário não somente delimitar como também exemplificar exatamente em que consiste a violência praticada no âmbito doméstico, tendo por objetivo que as próprias vítimas se reconhecessem nesta situação. (SILVA, s.d, s.p)

É importante frisar que, não obstante a lei ter trazido várias inovações, chegaram a questionar a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos. Houve uma seção datada de 09/02/2012, em que, de acordo com os Ministros do Supremo Tribunal Federal que participaram da votação da ADIN nº 4.424, acordaram por julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, assentando a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, nos termos do voto do relator, Ministro Marco Aurélio. (BRASIL, 2010)

O Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, que foi quem requereu a declaração de inconstitucionalidade e explicou que seu pedido nasceu da necessidade de se dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 12, I; 16 e 41 da Lei Maria da Penha. Na ação, ele ressalta que a Lei Maria da Penha "foi uma resposta a um quadro de impunidade de violência doméstica contra a mulher, gerado, fortemente, pela aplicação da Lei 9.099". (BRASIL, 2010)

Ele acrescenta, ainda que, a única interpretação compatível com a Constituição e a finalidade da Lei Maria da Penha é a de se utilizar ao crime cometido contra a mulher a ação penal pública incondicionada, caso contrário, ressalta a ADIN, estaria a utilizar a interpretação que importa em violação ao "princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais da igualdade, à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares". (BRASIL, 2010).

Verifica-se assim que, foi aplicada uma medida isonômica, haja vista que, houve uma equiparação das vítimas de crimes que envolvem violência contra a pessoa, como, por exemplo, as lesões praticadas em contexto de violência doméstica, às vítimas de outros crimes considerados menos gravosos sob a ótica subjetiva, tais como: o furto, o estelionato, a receptação, cuja tutela dos respectivos bens jurídicos fica a cargo do Ministério Público sem qualquer exigência de natureza procedimental. (SILVA, s.d, s.p)

Ressalta-se ainda que, em virtude da elaboração da Lei 11.340/06, houve uma alteração no § 9º do artigo 129 do Código Penal, no sentido de majorarar a pena máxima culminada para o crime de lesão corporal praticado no âmbito doméstico contra a mulher, de 01 (um) para 03 (três) anos de detenção, conforme as previsões do artigo 41. Dessa forma, foi afastada a possibilidade de aplicação da Lei n. 9.099/95 para tal crime e, por conseguinte, tornou-se desnecessária a representação da vítima para que o *dominus litis* (Ministério Público) pudesse dar início à persecução penal em Juízo. Certo é que, a regra geral consubstanciada no artigo 100 do Código Penal, qual seja, a de que a ação penal pública tem natureza incondicionada, assumiu seu lugar na Lei 11.340/2006. (SILVA, s.d, s.p)

No que tange à ação penal pública incondicionada, é preciso esclarecer que, por meio dela se inviabilizarão eventuais desistências, que tão comuns em razão das pressões que as vítimas sofrem após registrarem a ocorrência policial. Há de se reconhecer que, a vítima, dependendo do comportamento do agressor, teme pela publicidade dada ao conflito doméstico, ou melhor, pelas conseqüências jurídicas daí advindas. Assim, muitas dessas mulheres querem desistir da ação, ou ainda, manifestam desinteresse no prosseguimento do feito, certamente por viverem numa situação de absoluta submissão e medo. (SILVA, s.d, s.p)

7 REVISÃO DE LITERATURA

Inicialmente cabe esclarecer que a violência doméstica praticada pelo homem contra a mulher é uma violência baseada no gênero, uma vez que o alicerce dessa violência está atrelado a uma tradição absolutamente patriarcalista, na qual se verifica um histórico de discriminação e o dever de submissão da mulher ao homem, como se ela estivesse em uma posição hierarquicamente inferior a ele na sociedade. (BARROS, 2012, s.p.). Nessa linha de visada, merece destaque a fala de Danuza Ferreira de Galiza:

> A mulher durante séculos foi vítima da opressão e de teorias machistas, no entanto, nenhum obstáculo foi capaz de ofuscar o brilho feminino e impedir o seu desenvolvimento na sociedade. Contudo o processo de emancipação da mulher foi uma tarefa árdua, que perdurou durante séculos até alcançar o status que possui hoje. De sexo frágil, a mulher passou a ser responsável pelo mais novo processo que o mundo vem sofrendo: a revolução feminina, onde as mulheres deixaram de ser apenas donas do lar, para participar efetivamente da construção da história. (GALIZA, 2008, p. 01, *apud* SILVA, 2011, s.p).

Hodiernamente, ainda se vê muito do machismo. Constata-se, por exemplo, que ainda há diversos casos de homens que impedem a esposa, geralmente de baixa renda, de estudar, pois segundo eles a ocupação da mulher se restringe a cuidar da casa e dos filhos. Aliado a essa ideia, ainda perdura em alguns homens o preconceito com relação à capacidade da mulher, acreditando que elas não conseguirão realizar as atividades com o mesmo êxito que eles. Em consequência disso, é imprescindível que haja uma intensificação da conscientização da sociedade de que, independentemente de sexo, raça, religião, idade, nível educacional, condição financeira, orientação sexual, deve haver a igualdade de gênero que a Carta Magna tanto evoca. (BARROS, 2012, s.p.). Traçadas essas diretrizes, é importante esclarecer o conceito de violência contra a mulher. Assim, encontrou-se a explicação de que:

> A própria expressão "violência contra a mulher" foi assim concebida por ser praticada contra pessoa do sexo feminino, apenas e simplesmente pela sua condição de mulher. Essa expressão significa a intimidação da mulher pelo homem, que desempenha o papel de seu agressor, seu dominador e seu disciplinador (TELLES; MELO, 2003, p. 19, *apud* CARNEIRO; FRAGA, 2012, s.p).

No que tange ao disposto no art. 1º do documento da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará), ratificada pelo Brasil em 1995, a violência contra a mulher consiste em "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado" (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994). Alicerçado na alínea "a" do art. 2º desse documento, foi que nasceu a definição de violência doméstica e familiar contra a mulher elucidada na Lei Maria da Penha, definição essa que está assentada no art. 5º da Lei em comento. Nos

moldes do art. 2º do documento da aludida Convenção, "Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

> a. que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual;
> b. que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar, e
> c. que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra." (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994).

Já o caput e os incisos do art. 5º da Lei Maria da Penha determinam que: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial", podendo ser dar essa violência

> I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
> II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
> III- em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente da coabitação." (BRASIL, 2006).

Insta salientar que, a violência doméstica e familiar é uma das formas de violência contra a mulher, sendo certo que, esse tipo de violência fica restrito apenas à violência perpetrada no local que a vítima reside, mas em qualquer lugar,

desde que haja uma relação de afeto ou de convivência familiar entre agressor e mulher, vítima. (LEAL, 2010, s.p *apud* SILVA, 2011, s.p.)

Em consonância com Cunha e Pinto (2008, s.p *apud* SILVA, 2011, s.p) a violência no âmbito da unidade doméstica traduz-se naquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar. A violência praticada no âmbito da família é aquela que acontece entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta ou por afinidade), ou por vontade expressa (adoção). No que tange a agressão em qualquer relação íntima de afeto, pode-se dizer que é aquela inserida em um relacionamento estreito entre duas pessoas, em que existam laços de amor, companheirismo, amizade.

No que diz respeito a Lei nº 11.340/06, verifica-se no artigo 7º, que ela enumera como formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, as seguintes, dentre outras: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. No que tange à violência física prevista no art. 7º, I, segundo Barros (2012, s.p), é aquela que consiste em qualquer agressão que afronte a integridade ou saúde corporal da mulher, por exemplo, empurrar, puxar o cabelo, dar tapas, desferir socos, pontapés, chutes, pauladas, provocar queimaduras, cortes, apunhalar, atirar. Insta salientar que a violência física, ao contrário de que muitos pensam não se dá somente quando se tem dano aparente, podendo causar na vítima um estresse crônico, por exemplo, que resulte numa dor de cabeça.

Segundo as previsões do inciso II do Art. 7º da Lei Maria da Penha, a violência psicológica pode ser definida como condutas que causem à vítima danos emocionais, que lhe diminuam a autoestima, lhe prejudique e cause perturbações no que tange ao seu pleno desenvolvimento, ações que tenham por objetivo a

degradação ou mesmo o controle sobre comportamentos, crenças e decisões. A atuação do agressor se dá mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou ainda qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e de autodeterminação da vítima (BRASIL, 2006).

Já com relação à violência sexual, elencada no inciso III do referido Art. 7º, pode-se afirmar que sua efetivação se dá mediante qualquer conduta que a constranja a vítima a presenciar, a manter ou mesmo a participar de relação sexual não desejada. O agressor se valendo de intimidação, ameaça, coação ou uso da força induz a vítima a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade. Outro desdobramento dessa espécie de violência se perfaz nos casos em que o agressor proíbe a vítima de usar qualquer método contraceptivo ou a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou ainda limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2006).

Quanto à violência psicológica, esta pode ser entendida, de acordo com o inciso IV do citado Art. 7º, como qualquer conduta que diz respeito a reter, subtrair, destruir parcial ou totalmente os objetos da vítima, bem como seus instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades (BRASIL, 2006). Com relação à violência moral, prevista no art. 7º, V da lei supramencionada, pode-se dizer que se concretiza quando o agressor profere contra a vitima palavras de baixo calão que maculam sua honra, traduzindo-se nos crimes calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2006).

A Lei nº 11.340/06 traduz-se em um poderoso instrumento no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. Por conseguinte, para que haja uma resolução mais eficaz do problema em questão, é fundamental que sejam feitas análises profundas da aplicação da citada norma a fim de se identificar e, então, solucionar as dificuldades presentes em sua aplicação. Embora muito discutida, polemizada e, algumas vezes não cumprida, é indiscutível a importância que esta lei possui. (BARROS, 2012, s.p.). Ademais, no ano de 1986 foram criadas as DEAMS (Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher). A partir de setembro de 2001 com a resolução SSP: 476 a atribuição legal das DEAMS foi ampliada. De acordo com as Delegacias de Defesa da Mulher, o ciclo da violência doméstica é composto por três fases:

> 1. A tensão: que se caracteriza por agressões verbais e aparentemente menores, crise de ciúmes, destruição de objetos e ameaças. Nessa fase, a mulher procura acalmar o agressor, procura evitar discussões e vai se tornando cada vez mais submissa e amedrontada. Muitas vezes a mulher sente culpa e se acha responsável pela situação de violência que sofre. As mulheres costumam relacionar ao cansaço e a bebida às atitudes agressivas e violentas praticadas contra elas.
> 2. A explosão: que é marcada por agressões verbais e físicas graves e constantes, provocando ansiedade e medo crescente.
> 3. Lua-de-mel: quando o agressor, após a violência física, se mostra arrependido, sentindo culpa e remorso. O agressor jura nunca mais agir de forma violenta e se mostra muito apaixonado. (CAPRA, s.d, p. 06)

A orientação dada para as mulheres agredidas é que não esperem as três fases acontecerem para buscar ajuda. Como é cediço, é muito difícil para a mulher agredida interromper este ciclo, uma vez que entre ela e o agressor há uma relação afetiva. A mulher, por vezes, tem medo de sofrer uma violência ainda maior, tem vergonha das vizinhas, amigas e familiares, teme por prejudicar o agressor e os filhos. Algumas se sentem culpadas e responsáveis pela violência que sofrem e tem aquelas que sofrem

caladas porque, muitas vezes, não tem condições financeiras para mudar o rumo de suas vidas. (CAPRA, s.d, p. 07)

No que concerne á fase de "lua-de-mel", indubitavelmente é a mais comum em se tratando dos casos de agressão contra a mulher. O agressor, aproveitando-se da extrema sensibilidade da mulher, usa e abusa da mesma para tentar uma reconciliação. O que mais se vê nestes casos é a mulher dizendo que acredita que o agressor vai mudar e que ela resolveu perdoar e dar uma segunda chance em nome do amor, pelos filhos, pelo casamento de muitos anos, etc. As DEAMS apresentam estatísticas que demonstram que a maior parte dos atendimentos realizados refere-se a crimes de lesões corporais e ameaças, praticadas principalmente por maridos, companheiros ou namorados. (CAPRA, s.d, p. 07)

No que tange a figura do agressor, cabe frisar que ele, por vezes, é visto pela vítima como um ser superior, incapaz de sofrer punição. Ao descrevê-lo a vítima demonstra como se sente inferior e dependente. A experiência é tão traumática para a vítima, que ela passa a temer novas agressões. Outrossim, depois de agredida, a vítima precisa aprender a encarar as complexidades do relacionamento íntimo com o agressor, cujo comportamento é até apoiado pela sociedade. A maioria das discriminações e formas de violências praticadas contra as mulheres é incentivada pela complacência e indiferença social frente às atitudes dos agressores e, não obstante aos avanços importantes implementados por intermédio de ação governamental, ainda são vastos os casos em que o Estado mostra-se omisso diante do desrespeito aos direitos das mulheres e, até mesmo, diante da violência contra as mulheres. (CAPRA, s.d, p. 08)

Nessa linha de visada, a violência contra a mulher é considerada um grave problema social, cuja erradicação simboliza um verdadeiro desafio para que seja consolidada uma sociedade democrática. É essencial que a sociedade não compactue com essa violência. Essa conivência só faz aumentar o problema. Os direitos da mulher devem ser respeitados, pois eles são condições indispensáveis para que ela se desenvolva individualmente e para que haja uma sociedade de fato mais justa, solidária e pacífica. (CAPRA, s.d, p. 08)

A violência doméstica, como há exposto, é a violência perpetrada contra a mulher no seio familiar, geralmente pelo namorado, marido, companheiro ou ex. Esse tipo de violência é hoje preocupação não só no Brasil, mas em várias partes do mundo, devido aos danos físicos e psíquicos que provocam na mulher, sem contar os reflexos danosos nos filhos. Essa violência constitui uma afronta aos direitos humanos e para enfrentar esse problema, é de extrema importância que haja a união de esforços por parte dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário). (CAPRA, s.d, p. 08) Nesse sentido, cabe a colocação do disposto no caput e inciso I do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que assim prevê:

> Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;" (BRASIL, 1988).

No tocante a essa questão de igualdade que a Carta Magna determina, há de se reconhecer a vulnerabilidade da mulher, levando em conta sua situação desfavorável em relação ao homem, já que as heranças do patriarcalismo ainda se faz bastante presentes no mundo contemporâneo, na forma de desigualdades culturais, da ideia discriminatória de submissão da mulher ao homem, do próprio preconceito em relação à capacidade da mulher, que ainda é tida como o "sexo frágil". Sabe-se que, via de regra, a força física masculina é maior do que a feminina. Por meio dessa ideia, talvez seja possível explicar os tantos casos de homens, que de forma bastante covarde, hoje em dia ainda apelam para a agressão física contra a mulher. (BARROS, 2012, s.p.). Com fulcro nas inovações trazidas pela Lei nº 11.340/06 pode-se destacar:

- Tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher.

- Estabelece as formas de violência doméstica contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.
- Determina que a violência doméstica contra a mulher independe de sua orientação sexual.
- Determina que a mulher somente poderá retirar a denúncia perante o juiz.
- Ficam proibidas as penas pecuniárias (pagamento de multas ou cestas básicas).
- É vedada a entrega da intimação pela mulher ao agressor.
- A mulher vítima de violência doméstica será notificada dos atos processuais, em especial quando do ingresso e saída da prisão do agressor.
- A mulher deverá estar acompanhada de advogado (a) ou defensor (a) em todos os atos processuais.
- Retira dos juizados especiais criminais (lei 9.099/95) a competência para julgar os crimes de violência doméstica contra a mulher. (VICENTIM, 2010, s.p)

A respeito da autoridade policial, conforme determinações presentes na Lei Maria da Penha:

- Prevê um capítulo específico para o atendimento pela autoridade policial para os casos de violência doméstica contra a mulher.
- Permite a autoridade policial prender o agressor em flagrante sempre que houver qualquer das formas de violência doméstica contra a mulher.
- Registra o boletim de ocorrência e instaura o inquérito policial (composto pelos depoimentos da vítima, do agressor, das testemunhas e de provas documentais e periciais).
- Altera o código de processo penal para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher.
- Altera a lei de execuções penais para permitir o juiz que determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.
- Determina a criação de juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência cível e criminal para abranger as questões de família decorrentes da violência contra a mulher.
- Caso a violência doméstica seja cometida contra mulher com deficiência, a pena será aumentada em 1/3.
- Remete o inquérito policial ao Ministério Público.

- Pode requerer ao juiz, em 48h, que sejam concedidas diversas medidas protetivas de urgência para a mulher em situação de violência.
- Solicita ao juiz a decretação da prisão preventiva com base na nova lei que altera o código de processo penal. (VICENTIM, 2010, s.p)

Sobre o processo judicial dos casos em questão, verifica-se:

- O juiz poderá conceder, no prazo de 48h, medidas protetivas de urgência (suspensão do porte de armas do agressor, afastamento do agressor do lar, distanciamento da vítima, dentre outras), dependendo da situação.
- O juiz do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher terá competência para apreciar o crime e os casos que envolverem questões de família (pensão, separação, guarda de filhos etc.).
- O Ministério Público apresentará denúncia ao juiz e poderá propor penas de 3 meses a 3 anos de detenção, cabendo ao juiz a decisão e a sentença final. (VICENTIM, 2010, s.p)

É perceptível que, dentre todas as contribuições trazidas pela Lei nº 11.340/06, as medidas protetivas de urgência constituem o foco para combater à violência doméstica contra a mulher. Essas medidas interrompem imediatamente as agressões, visto que são concedidas com rapidez, o que é fundamental (BARROS, 2012, s.p). De acordo com o disposto no art. 19 da lei, "As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida".

> § 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público.
> § 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.
> § 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de

> seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público. (BRASIL, 2006).

Insta salientar que, o rol de medidas protetivas de urgência apresentado, na Lei nº 11.340/2006, não é taxativo, e sim exemplificativo. Em consonância com o que prevê o art. 22, podem ser verificadas as medidas que obrigam o agressor e entre elas destaca-se: a suspensão da posse ou a restrição do porte de armas; o banimento do lar, da residência ou do lugar de convivência com a vítima; o afastamento do agressor e/ou o impedimento de qualquer tipo de contato com a agredida, os familiares dela e as testemunhas; a proibição de frequentar certos ambientes, com o intuito de resguardar a integridade física e psicológica da vítima; a limitação ou a interrupção de visitas aos dependentes crianças ou adolescentes; a prestação de alimentos provisionais ou provisórios. É importante ressaltar a importância da determinação pelo juiz do tratamento antidrogas como uma medida protetiva ou como um requisito para a liberdade provisória. (BRASIL, 2006)

No art. 23 da lei vislumbram-se as medidas protetivas quanto à ofendida e como exemplos, podem-se citar: direcionar a agredida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de amparo e de atendimento; estipular o redirecionamento da vítima e de seus dependentes à respectiva residência, após o distanciamento do agressor; definir o afastamento da vítima do lar, sem custo quanto aos direitos referentes a bens, guarda dos filhos e alimentos; estipular a separação de corpos. (BRASIL, 2006)

Nos moldes do art. 24 da lei verificam-se as medidas protetivas para o resguardo patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou dos que são de propriedade particular da ofendida, como, por exemplo: retornar os bens subtraídos da vítima, de forma indevida, pelo agressor; o impedimento

temporário de atos e contratos de compra, venda e locação de bem em comum; a interrupção das procurações conferidas pela agredida ao agressor; prestação de caução provisória, por meio de depósito judicial, por conta de perdas e danos em virtude da prática da violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL, 2006)

É imprescindível mencionar que a fiscalização do cumprimento das medidas protetivas incumbe principalmente a ofendida. Em havendo desobediência do agressor às medidas, cabe a vitima peticionar informando o descumprimento. Para isso, poderá se valer como meios probatórios, por exemplo, de um novo boletim de ocorrência, de exame de corpo delito, de outros exames periciais, de depoimentos de pessoas que comprovem o descumprimento, entre outros. O próprio testemunho da mulher tem enorme peso, até porque, como a violência se dá, principalmente, na residência ou em outro ambiente familiar, a vítima muitas vezes é a única testemunha. O juiz, dependendo do caso concreto, pode determinar, além de novas medidas protetivas, que haja o auxílio da força policial, a fim de garantir a efetividade das medidas protetivas e ainda, é possível que ele determine a prisão preventiva do agressor (BARROS, 2012, s.p.).

8 REFERÊNCIAS

BARROS, Gabriela dos Santos. Análise da violência doméstica e familiar contra a mulher no contexto da aplicação da Lei Maria da Penha. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 15, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12364>. Acesso em: 18 de maio de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. **Lei nº 11.340 de 07 de Agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017

_____. **Lei Maria da Penha é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Supremo Tribunal Federal, 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154237>. Acesso em: 22 mai. de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Violência doméstica:** cinco anos de punição mais rígida para agressores. Jus Brasil, 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2840203/violencia-domestica-cinco-anos-de-punicao-mais-rigida-para-agressores>. Acesso em: 27 mai. 2017.

CARNEIRO, Alessandra Acosta; FRAGA, Cristina Kologeski. **A Lei Maria da Penha e a proteção legal à mulher vítima em São Borja no Rio Grande do Sul: da violência denunciada à violência silenciada**. Plataforma Scielo, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000200008>. Acesso em 23 mai. 2017

CAPRA, Jânia. **Violência Doméstica Contra a Mulher:** Algumas Considerações. UNIVAR, s.d. Disponível em: <http://www.univar.edu.br/revista/downloads/violencia.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2017

DOSSIÊ de Violência contra as Mulheres. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/violencias/violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres/>. Acesso em: 24 mai. 2017

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, "Convenção de Belém do Pará"**. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo

Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em 23 mai. 2017

SILVA, Dayane de Oliveira Ramos. Aplicabilidade da Lei Maria da Penha: Um olhar na vertente do gênero feminino. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2011. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8892>. Acesso em 23 mai. 2017

SILVA, Danielle Martins da. Violência doméstica na Lei Maria da Penha. Reflexos da visibilidade jurídica do conflito familiar de gênero. **Busca Legis**: portal eletrônico, s.d. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18823-18824-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2017

VICENTIM, Aline. A trajetória jurídica internacional até formação da lei brasileira no caso Maria da Penha. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8267>. Acesso em: 24 mai. 2017.

ABORTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL? O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS E AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER À LUZ DO HC 124.306-RJ E O RECENTE POSICIONAMENTO DO STF

Luamary Silveira de Carvalho Spalla Gonçalves[28]

1 INTRODUÇÃO

O aborto é considerado um dos temas mais discutidos da atualidade, visto que este consiste na interrupção da gravidez. Acontece que, recentemente foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em seu Habeas Corpus de número 124.306-RJ, o entendimento de que a mulher poderá escolher entre abortar ou não até o terceiro mês de gestação, não incorrendo esta em delito algum, pelo fato de possuir direitos fundamentais, dentre os quais, o direito de reprodução e de autonomia corporal. O direito à reprodução, não está explícito na Constituição Federal de 1988 (CF/88), mas vem disposto implicitamente em seu artigo 5º, ao tratar do direito à liberdade, em que compreende o direito de escolha da gestante, podendo esta decidir pela continuação ou não da gestação.

Ainda, teria também o direito à privacidade, no que diz respeito à autonomia corporal da mulher, disposto no artigo 5º, inciso X da CF/88. Além do mais, há entendimento doutrinário de que o feto não tenha direito à vida, pois este ainda não chegou a nascer. Assim, no projeto em questão, será abordado o direito fundamental da gestante, bem como o julgado recente do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que a mesma possua o direito de escolha quanto à gestação, discutindo-se a problemática do assunto, os objetivos do referido estudo, a

[28] Graduanda do 9º período do Curso de Direito na Faculdade Metropolitana São Carlos, localizada em Bom Jesus do Itabapoana-RJ. E-mail do autor: luamaryspalla_lua@yahoo.com.br

justificativa da escolha do tema, bem como a revisão de literatura do mesmo, destacando-se os autores principais, dentre outros tópicos relevantes.

2 TEMA

O debate complexo envolvendo, no cenário nacional, coloca em debate visões dissociadas entre a questão do aborto e os direitos sexuais e reprodutivos, os quais, comumente, são vistos como atores em fronteiras opostas. O aborto, em decorrência dos elementos sociais que influenciaram o legislador do Código Penal de 1940, é visto como prática delituosa, cujas possiblidades de permissão ou tolerância são expressamente previstas no ordenamento nacional e em intepretação conforme a Constituição Federal, conferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sua função típica de exercente de papel contramajoritário e promotor de direito das minorias. Os direitos sexuais e reprodutivos, por sua vez, representam o avanço do processo de emancipação feminina, reconhecimento de protagonismo da mulher e a concreção da isonomia material, em razão da dívida histórica reconhecida.

Neste aspecto, buscando estabelecer pontos de convergência entre tais temáticas, sobretudo no que atina ao reconhecimento do aborto como manifestação dos direitos sexuais e reprodutivos que devem transitar nas pautas políticas públicas femininas, exsurge o tema do trabalho de conclusão de curso intitulado: **ABORTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL? O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS E AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER À LUZ DO HC 124.306-RJ E O RECENTE POSICIONAMENTO DO STF.**

3 PROBLEMÁTICA

Estaria o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Habeas Corpus nº 124.306RJ, considerando o aborto como direito fundamental da gestante?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o direito sexual e reprodutivo da mulher como direito fundamental desta escolher entre abortar ou não.

4.2 Objetivos Específicos

- Caracterizar a evolução histórica dos Direitos Humanos como base para a Teoria das Dimensões;
- Explicitar as modalidades de aborto autorizadas por Lei;
- Analisar quais são os Direitos Reprodutivos e Sexuais da mulher;
- Abordar qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o aborto e o reconhecimento deste como direito fundamental;

5 HIPÓTESES

Diante do estudo, podem ser deduzidas algumas respostas ao questionamento do tema principal, que serão, ou não, comprovadas no curso do trabalho monográfico, quais sejam:

- Até o 3º (terceiro) mês de gestação, a mulher pode escolher entre abortar ou não, pois conforme o Habeas Corpus nº 124.306RJ, esta seria possuidora de direitos fundamentais, quais sejam: reprodutivos e sexuais.

- Reconhecer o aborto como direito fundamental da gestante fará com que haja uma diminuição de gravidez "indesejada" e consequentemente, ocasionará uma diminuição de mortes por parte dessas gestantes que procuram clínicas clandestinas para realizarem o aborto, pois em sua grande maioria, perdem a vida por não possuírem recursos para realizarem o procedimento. Além do mais, o aborto ainda é criminalizado no Brasil, mas com o reconhecimento deste como direito fundamental, será passível de alteração, com uma futura descriminalização.

6 JUSTIFICATIVA

A escolha do tema em questão se deu mediante aos diversos acontecimentos acerca do aborto no país, bem como fora dele. Isso porque, recentemente têm-se diversos posicionamentos sobre o assunto em análise, dentre eles, o aqui em estudo, o qual afirma que a gestante é possuidora de direitos fundamentais, quais sejam: direitos sexuais e reprodutivos. Assim, o projeto em estudo possui o objetivo de melhor elucidar os direitos fundamentais da gestante, bem como dispor quais são as espécies de aborto, analisando também, sobre os direitos fundamentais da gestante, bem como o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, especialmente em seu Habeas Corpus nº 124.306-RJ.

O aborto é considerado um dos temas mais complexos na atualidade, visto que consiste em interromper uma gravidez que não se quer levar a diante. Então, podem-se citar diversos fatores sobre a relevância desse tema, em primeiro lugar, pelo fato de muitas mulheres estarem perdendo suas vidas em clinicas clandestinas, visto que na maioria das vezes são mulheres pobres e que não possuem recurso financeiro para realizar o procedimento de maneira segura. Ao contrário do que ocorre com as ricas, pois essas pagam valores exacerbantes para realizarem o procedimento, no qual em muito das vezes, são realizados por profissionais competentes e qualificados para tal (mesmo que se sabe que tal procedimento é ilegal, diante da proibição do Código Penal, que autoriza apenas nos casos de estupro e quando a vida da gestante está em risco).

Em segundo lugar, por questões de ordem econômica, pois ao reconhecer a gestante como possuidora de direitos fundamentais estaria fazendo com que muitas famílias que não possuem condições de ter filhos, optassem pela não continuação da gravidez. Isso porque, ao optar pelo não nascimento do feto, não faria com que o mesmo nascesse e viesse a passar fome dias depois e muito menos, faria com que seus outros filhos tivessem a qualidade de vida reduzida, não tendo o mínimo para subsistência digna. Até porque, presume-se que quando uma pessoa esta disposta a ter um filho é porque possui condição financeira suficiente para oferecer o melhor àquela criança que está por vir e que irá lhe oferecer o mínimo para sobreviver.

Em terceiro lugar, reconhecer os direitos da gestante seria uma forma de proteger as crianças nascidas "indesejadamente", pois levar adiante uma gravidez na qual não se deseja ter um filho faz com que esta ao nascer, seja abandonada pelos pais, passando a viver na rua, abandonadas, maltratadas, estando sujeitas também a traumas psicológicos, emocionais, dentre outros. Ainda, ao serem

expostas às ruas, correm grandes riscos de no futuro tornarem-se marginais, envolvendo-se com tráfico de drogas e condutas ilícitas, podendo até virem a morrer nos grandes centros.

Ademais, é importante destacar a pesquisa realizada pela UnB (Universidade de Brasília) no ano de 2007, em que se constatou que a maioria das mulheres que abortam já são mães, casadas, trabalham fora, são religiosas (muitas são católicas), possuem escolaridade, possuem entre 20 (vinte) e 29 (vinte e nove) anos e decidem pelo abortamento juntamente com seu parceiro. Essa pesquisa mostra que, nem sempre as mulheres que abortam são aquelas sem estrutura familiar, ao contrário, em sua maioria são aquelas que possuem um bom seio familiar, estável, que possuem também alguma religião, veja-se abaixo:

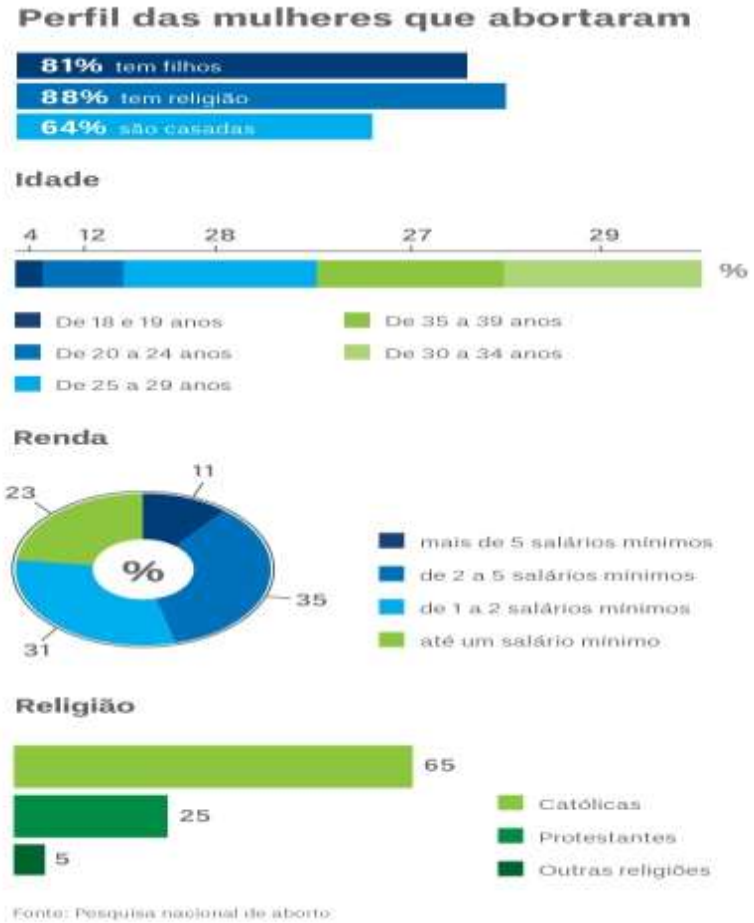


Figura 1. Perfil das mulheres que abortaram. Fonte: UnB, 2010.

Assim, diante do exposto acima, percebe-se o quão relevante é o tema em questão, visto que há diferentes pontos de vista, onde uns afirmam que o feto é possuidor de direitos, qual seja, direito a vida, contrapondo aos que destacam que a gestante é possuidora de direitos fundamentais, pois os adeptos do segundo entendimento inferem que o estado não pode intervir no direito de escolha da gestante, pois essa é possuidora de autonomia corporal sobre, estando resguardada pelo direito à privacidade (artigo 5º, inciso X, da CF/88), como também pelo direito à liberdade (artigo 5º, CF/88), no sentido de que tem direito de escolha, podendo decidir pela continuidade ou não da gestação, possuindo assim, direito à reprodução.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Inicialmente, para melhor compreensão do tema em estudo, necessário se faz conceituar o termo "aborto", consistindo esse na interrupção da gravidez com a consequente morte do produto da concepção (GONÇALVES, 2011, s.p). Para Cunha (2014, p. 106), "o termo inicial para a prática do aborto é o começo da gravidez, que, do ponto de vista da biologia, se dá com a fecundação". Acrescenta que, no ponto de vista jurídico a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado, ou seja, com a sua fixação no útero materno (nidação). Nesse sentido, Capez (2012, s.p), ao tratar do assunto em questão, ensina que a lei não distingue óvulo fecundado, embrião ou feto, ocorrendo o primeiro nas 3 primeiras semanas de gestação, o segundo nos 3 primeiros meses e o último a partir de 3 meses, assim, em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto.

Gonçalves (2011), afirma que há divergências quanto ao momento exato da gravidez, pois, para alguns, dá-se com a fecundação e, para outros, como a

nidação (implantação do óvulo fecundado no útero). Para Masson (2012), "é com a fecundação que se inicia a gravidez. A partir de então já existe uma nova vida em desenvolvimento, merecedora da tutela do Direito Penal". No mesmo raciocínio tem-se Greco (2014), este ao dispor sobre o início da proteção penal leciona que a vida tem início a partir da fecundação, mas para fins de proteção da lei penal, a vida só teria relevância após a nidação. Este ao explicar do que se trata o termo anteriormente mencionado, explica que consiste na implantação do óvulo já fecundado no útero materno, que ocorre 14 (catorze) dias após a fecundação.

Tem-se, por exemplo, o caso da pílula do dia seguinte. Para os que entendem que a gravidez se inicia com a nidação, tal método não é abortivo, mas para os que entendem que se inicia com a fecundação, sim (GONÇALVES, 2011, s.p). Greco (2014), parte do entendimento de que enquanto não houver a nidação não haverá possibilidade de proteção a ser realizada pela lei penal, além do mais, dispõe que o uso de dispositivos considerados abortivos não teria o condão de repercutir juridicamente. Pois, segundo o autor mencionado, não permitem a implantação do óvulo já fecundado no útero materno. Já Masson (2012), exemplifica que para aqueles que entendem que se inicia com a fecundação, mulheres que se valem dos métodos anticoncepcionais cometem o crime de aborto.

A doutrina classifica o aborto em natural, acidental, criminoso, legal ou permitido, miserável ou econômico-social, eugenésico ou eugênico, honoris causa, ovular, embrionário e fetal. Para Cunha (2014, p. 107), o natural é aquele decorrente da interrupção espontânea da gravidez, normalmente causada por problemas de saúde da gestante. Masson (2012, p. 68), cita o exemplo de quando o organismo da mulher, por questões patológicas, elimina o feto. Greco (2014), em consonância com Masson, dispõe que consiste quando o organismo materno se

encarrega de expulsar o produto da concepção. Nesse caso não há crime. O acidental, para Masson (2012, p. 68) consiste na interrupção da gravidez provocada por traumatismos, tais como choques e quedas. Gonçalves (2011) cita exemplos, tais como no caso de queda, colisão de veículos, atropelamento, etc. Aqui novamente, não caracteriza crime, por ausência de dolo.

O criminoso é aquele previsto nos artigos 124 a 127 do Código Penal. Para Masson (2012, 68) é a interrupção dolosa da gravidez. Gonçalves (2011, s.p) acrescenta que para a existência do crime de aborto é necessário que a interrupção da gravidez tenha sido provocada. Legal ou permitido é aquele disposto no artigo 128 do Código Penal. Para Gonçalves (2011, s.p) é aquelas hipóteses que excluem a ilicitude do fato. E ainda agrega Masson (2012, p. 68) que é a interrupção de forma voluntária e aceita por lei. Sendo duas hipóteses: quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e quando resulta de estupro. Aqui, não há crime por expressa previsão legal.

Miserável ou econômico-social, para Cunha (2014, p. 107) é aquele praticado por razões de miséria, incapacidade financeira de sustentar a vida futura (não exime o agente de pena, de acordo com a legislação pátria). Leciona Masson (2012, p. 68) que "mata-se o feto para não agravar a situação de miserabilidade enfrentada pela mãe ou por sua família". E acrescenta que, se trata de modalidade criminosa. Eugenésico ou eugênico é aquele praticado em face dos comprovados riscos de que o feto nasça com graves anomalias psíquicas ou físicas (CUNHA, 2014, p. 107). Acresce Masson (2012, p. 68) que é a interrupção da gravidez para evitar o nascimento da criança com graves deformidades genéticas. Exemplo tem-se os fetos anencefálicos, onde se discute se configura ou não o delito de aborto.

O aborto honoris causa é aquele que ocorre quando se tem uma gestação em um relacionamento extraconjugal (DA SILVA, 2010, s.p). Ainda, segundo o

referido autor, tal modalidade adveio de algumas remotas civilizações, que permitiam o aborto por uma questão de honra, pois o filho esperado não seria do marido da gestante. Então, de acordo com Cunha (2014, s.p) é aquele "realizado para interromper a gravidez *extramatrimonium*". E é considerado crime, segundo a legislação brasileira. O autor anteriormente mencionado distingue aborto ovular, embrionário e fetal da seguinte maneira: o primeiro é praticado até a oitava semana de gestação, o segundo até a décima quinta e o último após a décima quinta semana de gestação.

Segundo Capez (2012, s.p), no aborto, o núcleo/verbo do tipo penal em estudo é o de '*provocar*'. Ou seja, significa dar causa, originar o aborto. Assim, para o referido autor, a ação física deve ser realizada antes do parto, ou seja, deve visar o ovo, embrião ou feto, pois, iniciado o parto, o crime passa a ser outro (homicídio ou infanticídio). Então, a destruição "do feto" até o início do parto configura o aborto, que pode ou não ser criminoso, conforme disposição acima. Após iniciado o parto, a supressão da vida constitui homicídio (BITENCOURT, 2012, s.p). Importante também, ressaltar, que o autor mencionado, ensina que o verbo '*provocar*' possui três variações, que significam causar, promover ou produzir o aborto, as quais serão estudadas em momento oportuno.

Como crime de forma livre, qualquer meio e qualquer forma de comportamento podem ser utilizados na "provocação" do aborto, desde que tenha idoneidade para produzir o resultado (BITENCOURT, 2012, s.p). E assim, como em diversos delitos da seara criminal, o aborto tem os modos de execução - por se tratar de crime de ação livre, conforme anteriormente mencionado -, podendo ser realizado por ação ou até mesmo por omissão (CAPEZ, 2012). Então, a ação provocadora pode se dar através dos meios executivos: meios químicos, psíquicos e físicos. Conforme infere Capez:

> Meios químicos: são substâncias não propriamente abortivas, mas que atuam por via de intoxicação, como o arsênio, fósforo, mercúrio, quinina, estricnina, ópio etc.; Meios psíquicos: são a provocação de susto, terror, sugestão, etc.; Meios físicos: são os mecânicos (p. ex., curetagem); térmicos (p. ex., aplicação de bolsas de água quente e fria no ventre); e elétricos (p. ex., emprego de corrente galvânica ou farádica). (CAPEZ, 2012, s.p).

Ao tratar da omissão, ensina Masson (2012, p. 68) "a omissão, para ser penalmente relevante, depende da existência do dever de agir". Como, no caso da mãe que deixa de alimentar-se adequadamente para que ocorra o aborto. Assim, após conceituar o aborto e exemplificar suas espécies, parte-se para outro assunto, o qual seja: os direitos fundamentais da gestante. A mulher teria então, como direitos fundamentais, o direito à privacidade e o à liberdade. O primeiro então vem disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição federal de 1988, que dispõe "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 1988), então, a mulher teria autonomia sobre seu próprio corpo, no sentido do Estado não intervir na escolha da gestante sobre a interrupção ou não da gestação.

Posto isto, o Estado não deveria se utilizar da lei penal para exigir algum nascimento, gestar e ter filhos deveria de ser, ao menos, uma opção individual (WEIRICH, 2006, s.p). O segundo direito fundamental consiste no direito à liberdade, disposto no artigo 5º da CF/88, que infere "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", assim do direito à reprodução (implícito no artigo em tela), implica dizer que a gestante, teria o direito de escolha, podendo decidir pela continuidade ou não da gestação, seria, como exemplo, o livre

arbítrio, no qual a pessoa possui o direito de decidir e as consequências de sua decisão.

Nesse sentido, tem-se o Habeas Corpus 124.306-RJ da 1º Turma do Supremo Tribunal Federal, que foi reconhecido como uma decisão histórica, pois dispõe que a gestante tem como direito fundamental a escolha de interromper a gravidez durante o primeiro trimestre (a 12ª semana), algo nunca mencionado antes pelo Tribunal. A decisão cria uma prévia para que juízes deem sentenças iguais em outros processos a respeito do aborto, além do mais, determinações que não veem criminalidade no aborto podem ser examinadas por juízes de segunda instância e até pelo próprio STF (DIAS, s.d). Abaixo um trecho do Habeas Corpus 124.306-RJ:

> Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> (...) 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios artigos 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.
> 4. **A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.**
> 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência,

> multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. (...) – grifo nosso –
> (HABEAS CORPUS 124.306 (305); ORIGEM: HC - 290341 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; PROCED: RIO DE JANEIRO RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO).

Diante do pequeno trecho da decisão do STF percebe-se que a mesma possui diversas fundamentações jurídicas, pois se utilizou como esboço os princípios constitucionais, sejam eles, implícitos ou explícitos. Demonstrou-se também, que os direitos das mulheres têm sido reconhecidos, visto que esta não pode ser obrigada a levar uma gestação adiante mesmo não querendo ter o filho, além do mais, o Estado não pode ser parcial, ao contrário, deve ser imparcial, devendo estar ao lado não só da mulher que deseja ter o filho, como aquela que também não o deseja, pois o não aceitamento da gestante com o filho que terá, recairá sobre o Estado, pois essa criança, em muito das vezes, será negada pelos pais, ocasião pela qual o Estado se tornará responsável.

Então, conforme demonstrado acima, para a formação da base teórica do estudo, foram utilizados autores importantes para o feito, como por exemplo, no âmbito penal, têm-se os doutrinadores Victor Eduardo Rios Gonçalves (2011), Rogério Sanches Cunha (2014), Fernando Capez (2012), Cleber Masson (2012), Rogério Greco (2014) e Cezar Roberto Bitencourt (2012), ao estudar sobre os direitos fundamentais, fora utilizada a Constituição Federal de 1988 como base, além de artigo de Prisciana Weirich (2006). E, por fim, ao analisar o Habeas Corpus 124.306, utilizou-se como suporte o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto em exame do mesmo, além do artigo de Ana Paula Dias (2016).

8 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto**. Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. V. 2. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 Jun. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 08 Jun. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal:** Habeas Corpus 124.306 RJ. Julgado em 09 ago. 2016. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+124306%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lzmm97n>. Acesso em 08 de Jun. de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). V. 2 .12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 6 ed. ampl. e atual. Salvador: *Jus* Podivm, 2014.

DIAS, Anna Paula Rodrigues. O direito à vida, enquanto direito fundamental em relação ao aborto voluntário até o terceiro mês de gestação. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 20, n. 156, jan. 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18352>. Acesso em 08 Jun. 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial. v. 2. 11. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte especial. v. 2. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MOURA, Ana Lúcia; BRAGA, Juliana. **Universidade de Brasília:** Pesquisa reacende debate sobre descriminalização do aborto. Disponível em: <http://unb2.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=3404 >. Acesso em 08 Jun. 2017.

SILVA, Edilson Freire da. Vida Humana e o crime de abortamento. In: **Pontifícia Universidade Católica**, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/9015/1/Edilson%20Freire%20da%20Silva.pdf>. Acesso em 08 Jun. 2017.

WEIRICH, Prisciana. O direito da mulher e o aborto. In: **Univates**, Lajeado, ago. 2006. Disponível em: <https://www.univates.br/media/graduacao/direito/O_DIREITO_DA_MULHER_E_O_
ABORTO.pdf>. Acesso em 08 Jun. 2017.

COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":
Qualificação do Projeto de TCC
do Curso de Direito da Faculdade
Metropolitana São Carlos

SITEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS PRINCIPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, VISANDO A JUSTIÇA TRIBUTARIA

Marcela Azevedo Braz [29]

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como finalidade uma análise do Sistema Tributário Nacional observando sua formação desde a constituição de 1934 até a presente data. Será feita uma abordagem das espécies de tributos determinadas pela doutrina e pela Constituição Federal as quais sejam impostos, taxas e contribuições de melhorias.

A fim de enriquecer a pesquisa serão abordadas os impostos a luz da doutrina, que os classifica como impostos diretos, os que consideram a capacidade econômica do contribuinte, ou seja, incide sobre a "riqueza" do contribuinte (IR) e os impostos indiretos que incidem sobre a coisa e não sobre a pessoa do contribuinte, passando por toda a cadeia produtiva super-onerando o consumidor final (ICMS); pessoais os que consideram a pessoalidade do contribuinte e reais os que incidem sobre a matéria tributável; fiscais os que tem intuito meramente arrecadatório (ITBI) e extrafiscais que tem caráter regulador de mercado (IPI); Impostos divididos segundo a classificação imposta pelo CTN que são os Impostos sobre o comércio exterior: II e IE; Impostos sobre o patrimônio e a renda: IR, ITR, IPVA, IPTU, ITBI, ITCMD, ISGF; Impostos sobre a produção e a circulação: ICMS, IPI, IOF e ISS; Impostos especiais: IEG ; Impostos progressivos, a

[29] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, email@email.com;

alíquotas aumenta à medida que cresce o montante de riqueza demonstrada ou a capacidade econômica do contribuinte (IPTU), proporcionais são os que tem uma alíquota invariável incidente sobre uma base de cálculo variável (ICMS) e seletivos, nesse são analisadas a essencialidade da coisa (ICMS).

Serão conceituados os princípios da Isonomia e da capacidade contributiva no âmbito constitucional e tributário e diante dos apontamentos pretende-se verificar como estes princípios se aplicam atualmente na tributação brasileira em cada espécie de tributo. A fim de se verificar qual a melhor maneira de se alcançar a justiça tributária serão analisadas a condição econômica brasileira, no tocante a arrecadação de tributos x custeio de serviços públicos.

2 TEMA

Sistema Tributário Brasileiro frente aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, visando a justiça tributaria

3 PROBLEMÁTICA

É possível uma tributação justa no sistema tributário brasileiro atual, obedecendo aos princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Levantar a hipótese de um sistema tributário mais justo buscando apontar as desigualdades encontradas atualmente no referido sistema.

4.2 Objetivos Específicos

- Analisar o sistema tributário ao longo da história brasileira;
- Demonstrar as desigualdades do sistema tributário brasileiro;
- Discorrer sobre os princípios da isonomia e da capacidade contributiva;
- Definir Justiça tributária e como alcança-la;
- Apontar os principais problemas do sistema tributário nacional;
- Analisar propostas de reformas tributárias nos últimos anos;

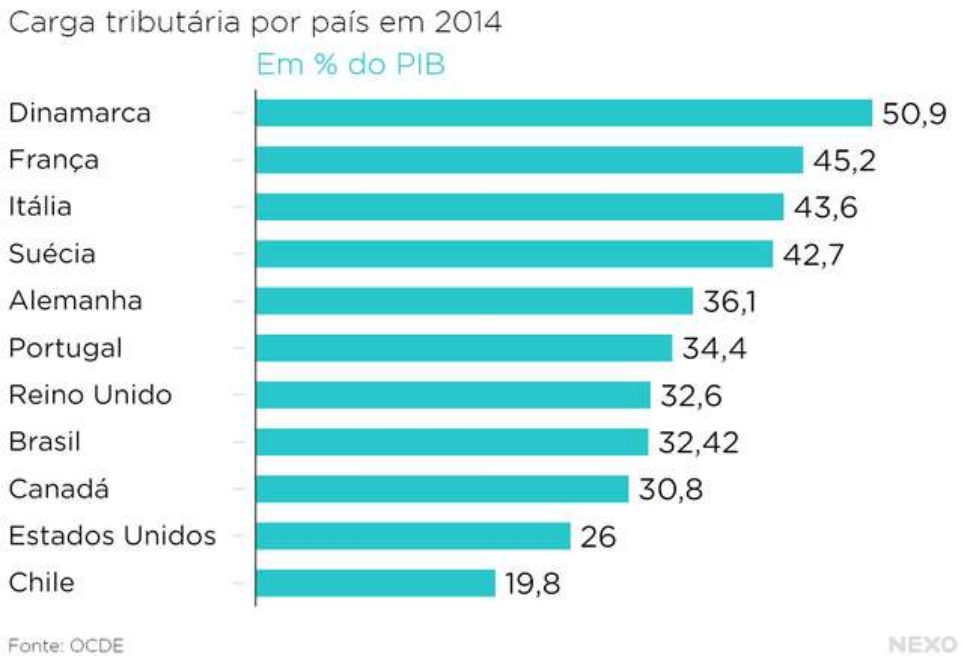
5 HIPÓTESES

- É possível que o sistema tributário nacional, uma vez que obedecendo aos princípios constitucionais seja justo.

- Dentro do cenário atual brasileiro não é possível que haja justiça tributária, pois os princípios não são aplicados da forma que deveriam.

6 JUSTIFICATIVA

Atualmente, o Brasil possui uma das maiores cargas tributárias do mundo ocupando aproximadamente 14º lugar segundo dados da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), entidade internacional composta de 33 países e que leva em consideração a arrecadação tributária comparada com o PIB (Produto Interno Bruto). Com carga tributária de aproximadamente 32,42%, segundo a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) o Brasil está à frente de países como Canadá, Estados Unidos e Chile, como se pode ver no gráfico abaixo:



Fonte: OCDE, 2014.

O Brasil diferencia-se desses países na forma de tributar. O governo brasileiro é um dos que menos cobra impostos sobre a renda e lucro dos contribuintes, por outro lado, o Brasil aparece entre os que mais tributam bens e

serviços. Diante desta realidade busca-se com este projeto analisar os principais fatores que colocam pais nesta colocação. Não se pretende exaurir todos os questionamentos, pois seria impossível, mas busca-se por meio de análise histórica do sistema tributário nacional e dos princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva entender e levantar a possibilidade de um sistema tributário mais justo, com carga tributária menor, com a correta destinação dos tributos em prol da sociedade, de forma que cada membro contribua de acordo com sua capacidade econômica.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A Constituição Federal de 1988 traz um capitulo exclusivamente dedicado ao sistema tributário nacional. Dos artigos 145 a 162, ficam estabelecidos os princípios gerais da tributação brasileira, as competências e limitações tributárias dos entes federativos, bem como a repartição das receitas tributárias arrecadadas. A partir da leitura os artigos mencionados, imagina-se que é o STN seja um sistema justo e eficiente, onde são reduzidas as desigualdades sociais e cada ente federado tem a possibilidade de arrecadar e canalizar recursos para os serviços públicos essenciais.

Mas a realidade da tributação brasileira não é essa, o Brasil atualmente é um dos países que possui a maior carga tributária da América latina, a população é uma das que mais paga tributos e uma das que menos tem serviços públicos de qualidade, ao contrário dos outros países como afirma Sergio Longen, presidente da FIEMS "Ao contrário do Brasil, esses países prestam serviços públicos de qualidade à população sem que ela precise recorrer à iniciativa privada".

É direito do Estado instituir tributos pois é a única fonte de renda que o pais possui, uma vez que optou pela estrutura de Estado Democrático de Direito onde não detém os meios de produção e precisa de recursos financeiros para a concretização das políticas sociais que promovam a igualdade de oportunidades, desenvolvimento econômico sustentável e redistribuição de riquezas.

Este direito gera para a sociedade um dever fundamental, uma vez que está diretamente vinculada à prestação de serviços publico tais com os elencados no artigo 5º da CF, trata-se do dever fundamental de pagar tributos. Neste sentido leciona Ricardo Lobo Torres:

> Transcende o conceito de mera obrigação prevista em lei, posto que assume dimensão constitucional. O dever não é pré-constitucional, como a liberdade, mas se apresenta como obra eminentemente constitucional. O dever fundamental, portanto, como o de pagar tributos, é correspectivo à liberdade e aos direitos fundamentais: é limitado e ao mesmo tempo lhes serve de garantia, sendo por isso o preço da liberdade. Mas direitos e deveres fundamentais não se confundem, em absoluto, pois a liberdade que se transforma em dever perde o seu status negastivus [SIC]. O dever fundamental, por outro lado, integra a estrutura bilateral e correlativa do fenômeno jurídico: gera o direito de o Estado cobrar tributos e, também, o dever de prestar serviços públicos; para o contribuinte cria o direito de exigir os ditos serviços públicos (TORRES, 2005, *apud* ABRAHAM, 2007, p. 64).

A sociedade precisa cumprir com esse dever para que em contra partida possa exigir que o estado cumpra com a obrigação de prestar os serviços sociais aos quais se destina a arrecadação. Mas para que surja o dever de pagar tributos é necessário que o Estado enquanto ente federado os instituía.

Cabe ao Estado instituir meios de arrecadação tributária, e quanto a isso a doutrina diverge de entendimento no sentido de serem duas, três, quatro ou cinco espécies de tributos. Diante destas divergências faz-se necessário que sejam analisadas as espécies elencadas no Código tributário Nacional no art. Art. 5º em

que o legislador determina que "os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria", pois estes são espécies independente de qualquer posição doutrinaria.

Os impostos são tributos sem vinculação, para Paulo de Barros Carvalho, "podemos definir imposto como o tributo que tem por hipótese de incidência um fato alheio a qualquer atuação do Poder Público". Importa dizer que a receita aferida com o pagamento dos impostos visa custear as despesas públicas gerais ou universais, que são as garantias constitucionais (educação, segurança pública, limpeza pública, saúde etc). Os impostos são classificados em a) Impostos diretos e indiretos; (b) Impostos pessoais e reais; (c) Impostos fiscais e extrafiscais; (d) Impostos divididos segundo a classificação imposta pelo CTN; (e) Impostos progressivos, proporcionais e seletivos. (SABBAG, 2016, p.472)

Impostos diretos são aqueles que incidem sobre a capacidade econômica do contribuinte, e indiretos são os impostos que incidem não analisa a capacidade econômica do contribuinte e sim sobre a coisa que o contribuinte "adquiriu" como consumidor final. Neste sentido, José Eduardo Soares de Melo que conceitua como:

> O **imposto direto** é aquele que não repercute, uma vez que a carga econômica é suportada pelo contribuinte, ou seja, por aquele que deu ensejo ao fato imponível (exemplos: IR, IPTU, IPVA, ITBI, ITCMD etc.).
> Por outro lado, o **imposto indireto** é aquele cujo ônus tributário repercute em terceira pessoa, não sendo assumido pelo realizador do fato gerador. Vale dizer que, no âmbito do imposto indireto, transfere -se o ônus para o *contribuinte de fato*, não se onerando o *contribuinte de direito* (exemplos: ICMS e IPI) (MELO, 2012 apud SABBAG, 2016, p.742-743).

Os pessoais são os que levam em consideração as particularidades do contribuinte ao ponto que os impostos reais são os que levam em consideração a matéria tributada. Para Kiyoshi Harada:

> os impostos pessoais levam em conta as qualidades individuais do contribuinte, sua capacidade contributiva para a dosagem do aspecto quantitativo do tributo, enquanto os impostos reais são aqueles decretados sob a consideração única da matéria tributável, com total abstração das condições individuais de cada contribuinte (HARADA, 2015, p. 255-256)

Os classificados como fiscais são os que possuem intuito simplesmente arrecadatório, utilizados para abastecer o Estado de recursos, são exemplos o IR, ITBI, ITCMD, ISS etc, em contra partida os extrafiscais são aqueles com finalidade regulatória de mercado ou da economia de um país como por exemplo II, IE, IPI, IOF etc. Os impostos classificados pelo CTN estão previstos entre os arts.19 a 73 e que segundo Sabbag "que desfruta de pouco prestígio na doutrina e no próprio STF. Note-os: Impostos sobre o comércio exterior: II e IE; Impostos sobre o patrimônio e a renda: IR, ITR, IPVA, IPTU, ITBI, ITCMD, ISGF; Impostos sobre a produção e a circulação: ICMS, IPI, IOF e ISS; Impostos especiais: IEG." Os impostos progressivos na vertente de Baleeiro:

> A progressividade no Direito Tributário, princípio que conduz à elevação de alíquotas à medida que cresce o montante de riqueza demonstrada ou a capacidade econômica do contribuinte, é apenas um instrumento dentre tantos outros à disposição do Estado (Democrático de Direito) para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária (BALEEIRO, 2010, p.871).

Os proporcionais são os que possuem alíquota uniforme e invariável incidente sobre uma base de cálculo variável, para este não há previsão constitucional explicita, porem a doutrina aduz que é um dos mecanismos para a realização do princípio da capacidade contributiva. São exemplos de impostos proporcionais, entre outros: ICMS, IPI, ITBI, ITCMD etc. Os seletivos são aplicados em alguns impostos indiretos, tais como ICMS e do IPI. Neste são analisados as

essencialidade do bem, ou seja, classifica-se a matéria tributária como essencial ou supérfluo. Segundo Eduardo Sabbag:

> Nestes, o postulado da capacidade contributiva será aferível mediante a aplicação da técnica da *seletividade*, uma evidente forma de extrafiscalidade na tributação. Mais do que isso, apresenta -se a seletividade como uma inafastável expressão de *praticabilidade na tributação*, inibitória da regressividade, na medida em que se traduz em meio tendente a tornar simples a execução do comando constitucional, apresentável por meio da fluida expressão "sempre que possível", constante do art. 145, § 1º, CF (SABBAG, 2016, p. 207).

Outra espécie de tributo é a taxa, esta é tributo vinculado à ação do estado, diretamente ligado à atividade pública, e não à ação do particular. Luciano Amaro (2008, p. 31) afirma que "o fato gerador da taxa não é um fato do contribuinte, mas um fato do Estado. O Estado exerce determinada atividade e, por isso, cobra a taxa da pessoa a quem aproveita aquela atividade". Da mesma maneira, a cobrança da contribuição de melhoria está vinculada a anterior prestação de uma atividade estatal, ou seja, é necessário que se realize uma obra pública da qual ocorra a valorização imobiliária para que o ente federado possa instituir tal cobrança.

Todos os tributos anteriormente explicitados devem incidir analisados os princípios constitucionais e tributários, mas dentre tantos princípios faz-se *mister* observar o princípio da isonomia e o princípio da capacidade contributiva, pois estes são tidos como basilares para a tributação justa.

No que diz respeito a isonomia a constituição federal de 1988 traz duas classes, isonomia formal e isonomia material. O artigo 5º da C.F traz a isonomia de maneira genérica, aplicada as normas em geral, esta é a isonomia formal, refere-se a tratar todos igualmente independente das particularidades de cada um, quer seja homem, mulher, rico, pobre, qualquer raça, credo, etc, determina que todos são iguais perante a lei. Segundo Alexandre de Moraes:

> O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (MORAES, 2002, p. 65)

Em se tratando de Direito tributário, avoca-se da isonomia material, o art. 150, II ao definir que é vedado à união, estados, distrito federal e municípios instituir tratamento desigual entre os contribuintes em situação equivalente quer dizer que não pode haver distinção entre os iguais, ou seja, cada um deve ser tratado como igual na medida das suas igualdades e desigual na medida de suas desigualdades.

Roque Carrazza (2013, p. 477) afirma que "isto, não significa, por óbvio, que as leis tributárias devem tratar todas as pessoas da mesma maneira, mas, tão somente, que precisam dispensar o mesmo tratamento jurídico às que se encontrem em situações idênticas". O autor entende que não deve haver uma homogeneidade, visto que os contribuintes não são homogêneos, mas que a desigualdade pode existir quando houver entre as pessoas elementos que a própria lei determine uma diferenciação de tratamento (CARRAZZA, 2013).

Juliana Evangelista Montenegro Barbosa (2005, p. 4427), afirma que "o princípio da isonomia tributária objetiva garantir uma tributação justa, devendo todos serem tratados igualmente, sendo permitido o tratamento desigual quando houver razão suficiente que a permita". Quando o contribuinte encontra-se em condição econômica diferente, por exemplo, tem-se uma razão que justifica a desigualdade, sendo neste caso necessário uma análise da condição econômica, ou seja a capacidade contributiva de cada contribuinte deve ser observada.

Logo, mesmo que o princípio da isonomia tributária possua papel de destaque na constituição, para garantir sua a perfeita aplicação assegurando assim a justiça fiscal, faz-se necessário observar outro princípio tributário trazido pela constituição federal de 1988, tal princípio está descrito no art. 145 §1º:

> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a **capacidade econômica do contribuinte**, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL, 1988).

O princípio da capacidade contributiva visa distinguir os contribuintes tendo analisada a sua capacidade econômica, neste sentido faz-se necessário determinar capacidade econômica como sendo a capacidade que o cidadão tem de arcar com suas necessidades básicas e tendo essas supridas, poder arcar com o ônus tributário e lhe restar quantia livre para poder dela dispor. A capacidade econômica se limita entre não onerar o contribuinte que só possua o mínimo existencial e assegurando a possibilidade de enriquecimento licito livre de confisco. Quanto a isso, Eduardo Sabbag afirma que:

> É importante asseverar que, no momento em que se busca definir o conceito desse mínimo de subsistência intangível, abre -se para o intérprete a possibilidade de aproximação entre a capacidade contributiva e a vedação do confisco (art. 150, IV, CF). Note que o mínimo vital e a vedação ao confisco são limites opostos, dentro dos quais gravitará a tributável capacidade contributiva (SABBAG, 2016, p. 172).

Frisa-se que a única maneira de distinção entre os contribuintes deve ser a capacidade econômica, não podendo o legislador estipular qualquer outra forma de distinção. Victor Uckmar pontua quanto ao assunto:

> [...] único elemento para diferenciar as cargas tributárias entre várias pessoas é a sua capacidade econômica: portanto, não seria consentido estabelecer que os loiros devem pagar mais que os morenos ou que todas as pessoas calvas ou míopes devam, enquanto tais, pagar um tributo (UCKMAR, 1976, p. 69-70)

Uma vez que observado todos os princípios constitucionais e as normas tributarias vislumbra-se um sistema tributário que poderia a luz do legislador constitucional ser justo e eficiente, porem o que acontece é que por mais que a arrecadação tributaria tenha natureza de prestação de serviços a sociedade de direito, de fato tem sido apenas arrecadatória. O que coloca o Brasil bem ranqueado na base nos dados da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) como um dos países com maior carga tributaria é a existência de muitos tributos que incidem sobre consumo e não sobre capacidade econômica, outro fato que pode ter colocado o Brasil nessa colocação é a falta do direcionamento correto dos valores arrecadados, pois uma vez que o contribuinte paga os impostos e não têm as garantias constitucionais disponíveis ele acaba por recorrer à iniciativa privada e paga outro tributo embutido no pagamento do serviço, é duplamente onerado.

8 REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **O Planejamento Tributário e o Direito Privado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 13.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 8 ed. DERZI, Misabel Abreu Machado (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBOSA, Juliana E. M. O Princípio da Isonomia Tributária e sua Aplicabilidade. *In*: **Direito do Estado** – Novas Tendências. Edição Especial. v. 5, n. 7, out. 2005. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2005.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 abr. 2017.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em 10 abr. 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional. Tributário**. 29 ed., rev.. São Paulo: Malheiros, 2013

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2015

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

UCKMAR, Victor. **Princípios comuns de Direito Constitucional Tributário**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1976.

APOSENTADORIA RURAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE EM FACE DAS DISPOSIÇÕES E INOVAÇÕES LEGAIS

Marília de Oliveira Degli Esposti Zanon[30]

1 INTRODUÇÃO

O sistema previdenciário, pela sua importância e popularidade entre os indivíduos da sociedade brasileira, sendo um sistema de grande relevância na vida das pessoas e, qualquer alteração que possa acontecer é de interesse coletivo. O presente trabalho visa o entendimento do que são os benefícios previdenciários em geral com ênfase na aposentadoria rural. Será apresentada a evolução da previdência social e sua origem.

Serão discorridas as formas e peculiaridades de se obter essa espécie de benefício no cenário atual e caso haja a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 287/16), analisando seus benefícios e malefícios.

2 TEMA

Direito previdenciário - Aposentadoria rural no Brasil: Uma análise em face das disposições e inovações legais.

[30] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana – 9º período – IV turma – mariliadegli@hotmail.com

3 PROBLEMÁTICA

Com base nas justificativas do Governo Federal para que haja a Emenda à Constituição, todas as alterações contidas na Proposta no que diz respeito à aposentadoria rural são necessárias?

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo Geral

Entender como funciona a Previdência Social, desde quando se originou, com ênfase na Aposentadoria Rural, mostrando como foi sua evolução e, como será se a Proposta de Emenda à Constituição nº 287/16 for aprovada.

4.2. Objetivos Específicos

- Discorrer sobre os conceitos e origem do benefício de aposentadoria, com ênfase na aposentadoria rural.
- Analisar a Proposta de Emenda à Constituição nº 287/16.
- Apresentar análise diante da justificativa do Governo Federal sobre a necessidade dessa alteração, se a mesma é necessária no total ou só em partes.

5. HIPÓTESES

- A possibilidade de não contribuição do Trabalhador Rural para a Previdência Social é um dos motivos para o aumento do seu déficit.
- A idade inferior para concessão do benefício de aposentadoria rural é justa considerando que se labora em regime de economia familiar.

6. JUSTIFICATIVA

O presente trabalho é de suma importância, visto que é um dos temas mais discutidos na atualidade. É um assunto de grande relevância para a população brasileira. Entende-se por Seguridade Social como uma rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, inclusive os beneficiários dos direitos (IBRAHIM, 2013, p.5), a fim de que esta garanta o sustento dos trabalhadores em geral, para que possa ter um padrão mínimo de vida digna.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 287/16 vem trazendo não somente da aposentadoria rural, mas sim uma atualização em outras as modalidades, porém será dada maior importância à aposentadoria rural, pois muito se é discutido que esta é um dos maiores problemas da Previdência Social, com justificativa de que a mesma traz prejuízos, por não haver contribuição por parte dos trabalhadores rurais e a concessão excessiva deste benefício. (BRASIL, 2016).

Outra proposta é igualar a idade para concessão do benefício de aposentadoria por idade rural com o benefício de aposentadoria por idade urbana, ou seja, aumentar em 5 (cinco) anos, o que possivelmente poderá aumentar a concessão de benefícios de aposentadoria por invalidez de trabalhadores rurais,

tendo em vista o árduo trabalho no campo, não alcançando o objetivo esperado, que é diminuir o déficit. Deve ser então feito uma análise a partir dos argumentos que apoiam a mudança para que eles sejam corroborados ou não.

7. REVISÃO DE LITERATURA

No Brasil, o primeiro registro que prevê o benefício previdenciário, é na Constituição de 1891, onde seu artigo 75 garantia a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos que se tornaram inválidos a serviço da nação (AMADO, 2016, p.36). Desde então, sempre há mudança de acordo com a necessidade.

Porém, os trabalhadores rurais não foram incluídos no sistema de cobertura instituído pela "Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.807/60), que expressamente os excluiu em seu art. 3º", todavia, trouxe pelo art. 166 a possibilidade de extensão de seu regime previdenciário a estes. "Da mesma forma, foram excluídos do âmbito normativo da CLT (art. 7º, b)". (RIBEIRO, 2013, p.1)

Assevera ainda Ribeiro que:

> Posteriormente, as relações de trabalho rural passaram a ser disciplinadas pelo Estatuto do Trabalhador Rural (Lei 4.214/63), que delineou as figuras do trabalhador rural e do empregador rural (arts. 2º e 3º), criou o Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural – FUNRURAL, dispôs sobre a qualidade de segurados obrigatórios dos trabalhadores rurais e instituiu os benefícios e serviços a serem prestados aos segurados do FUNRURAL (a saber: assistência à maternidade, auxílio doença, aposentadoria por invalidez ou velhice, pensão aos beneficiários em caso de morte, assistência médica e auxílio funeral), sujeitando todos (empregador rural, empregado rural e agricultor familiar) à mesma regulamentação (artigos 159, 160 e 164). (RIBEIRO, 2013, p.2)

Segundo Zenilda Paida (2012):

> No Brasil, em 1963, praticamente surgiu uma mini CLT rural, por meio da Lei 4.214/1963, denominada de Estatuto Rural, que tratou dos direitos individuais, coletivos, processuais, previdenciários e fiscalização trabalhista no campo rural. Referida lei aproximou os direitos do trabalhador rural aos direitos do trabalhador urbano. No entanto, esta lei, embora tenha sido bastante intencionada, não foi na pratica, em muitos artigos aplicada, haja vista a falta de condição de fiscalização e a falta de atuação do poder judiciário adequado, onde não existe várias especializadas (vara do trabalho) adequada. (PAIDA, 2012,p. 2)

Com a publicação da Constituição Federal de 1988, os trabalhadores rurais começaram a fazer parte de forma integral da Previdência Social. Deste modo, a partir do Diploma Legal de 1988, pela legislação previdenciária, ficou confirmado quem incluía como segurados rurais; sua forma de custeio pela Previdência Social Rural e quais os benefícios previdenciários seriam de direito desses trabalhadores.

Ao se falar em aposentadoria do Trabalhador Rural, de acordo com a lei em vigência nº8213/91, basta que o trabalhador rural comprove 15 (quinze) anos de trabalho rural por meio de prova material, corroborado por prova testemunhal, poderá se aposentar pela aposentadoria especial, sem que haja contribuição (BRASIL, 1991), algo que também deve ser analisado, do ponto de vista do trabalhador rural e da parte financeira do governo.

A justificativa da não contribuição por parte dos trabalhadores rural seria a atividade desgastante por o que eles passam (ZAMBITTE, 2013, p. 612), porém devemos perceber que não é somente esta atividade que é desgastante, por exemplo, a diarista tem um trabalho árduo e nem por isso a mesma deixa de contribuir.

Outro fator que é proposto na mudança é a idade mínima para aposentadoria, aumentando em 5 (cinco) anos, igualando as demais categorias. (BRASIL, 2016, s.p.). Hoje, diante da lei nº 11.718/08, artigo nº 48 § 1º, temos a

informação de que a aposentadoria por idade rural, é reduzida em 5 (cinco) anos da idade normal, ou seja, 60 (sessenta) anos para homem e 55 (cinquenta e cinco) para as mulheres. Ainda nessa mesma lei, em seu artigo 106, temos as formas de comprovação da atividade rural para que possam obter o benefício.

> Art. 106. A comprovação do exercício de atividade rural será feita, alternativamente, por meio de:
> I – contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social;
> II – contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural;
> III – declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS;
> IV – comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar;
> V – bloco de notas do produtor rural;
> VI – notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor;
> VII – documentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante;
> VIII – comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção;
> IX – cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou
> X – licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra." (NR) (BRASIL, 2008)

É de importante destaque que a previdência social é um direito de 2ª geração, devido à proteção individual que proporciona aos beneficiários (IBRAHIN, 2013, p. 78), devendo ser analisado a Seguridade como direito humano.

Ratificando todo o exposto acima, deve-se embasar nestes conceitos para que possa chegar a uma conclusão de que se a nova proposta atingirá ou não os direitos dos cidadãos.

Novamente volta-se a frisar que a redução de cinco anos para a aposentadoria do trabalhador rural está devidamente positivada na CF/88 (art. 202, inciso I) e ainda respaldada pela edição da Lei nº 8.213/91, no qual apenas os trabalhadores rurais encaixilhados nas categorias de segurado empregado, trabalhador eventual, trabalhador avulso e segurado especial ficam resguardados pela diminuição de cinco anos na idade para a aposentadoria.

Os autores Castro e Lazzari (2015), assinalam que o também faz juz à aposentadoria por idade, o pescador Artesanal, ainda que não tenha tido recolhimento de contribuição previdenciária uma vez que este se acha igualado ao trabalhador rural na categoria de segurado especial.

No Regime Geral de Previdência Social (RGPS), cujo trabalhador rural que está inserido como segurado obrigatório, nas categorias positivadas do art. 11, alínea a, inciso I, ou do inciso IV ou VII, da lei em discussão, pode solicitar aposentadoria por idade (um salário mínimo), considerando que durante quinze anos, computados do início vigente da Lei, na medida em que tenha provas do exercício de atividade rural, ainda que descontinuamente, no período que segue anterior ao requerimento do benefício, em número de meses igual à carência do referido benefício. (Art. 143. Com redação da Lei nº 11.718, de 2008).

Também Ribeiro (2013) a respeito do assunto, doutrina que, devido ao prazo de validade do art. 143 que se findou em 01/01/2011, em substituição da carência, deixou de ser possível a prova simples da atividade de quem vive no campo. Não obstante, com vistas à compensação de eventuais prejuízos provenientes da informalidade, a Lei nº 11.718/08, dois momentos nos quais as contribuições recolhidas foram estabelecidas. Um com validade para fins de carência que vai de 01/01/2011 a 31/12/2015 e em dobro, de 01/01/2016 a 31/12/2020, o que insinua expor que a continuação do vínculo empregatício se dá

em um primeiro instante por três e depois por dois meses a cada comprovação do recolhimento. Não se pode olvidar que, essa regra aplica-se somente ao segurado empregado.

8 REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. 4ª Edição. Revista ampliada e atualizada. JusPodivm, 2015.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil; Texto constitucional** promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nos. 1/92 a 62/2009, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de revisão nos. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

_____, 2008. **Lei 11.718 de 20 de junho de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11718.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____, 1991. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____, 2016. **Projeto de Emenda à Constituição nº 287,16**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881>. Acesso em: 11 jun. 2017.

CASTRO, Carlos Alberto P. de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 18 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário** - 18. ed. – Rio de janeiro: Impetus, 2013.

PAIDA, Zenilda. Trabalhador Rural. **Conteúdo Jurídico**, Brasilia-DF: 24 abr. 2012. Disponivel em:

<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36550&seo=1>. Acesso em: 14 jun. 2017.

RIBEIRO, Alexandre Lopes. Aposentadoria por idade a segurados rurais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3492, 22 jan. 2013. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/23512/aposentadoria-por-idade-a-segurados-rurais.> Acesso em: 13 jun. 2017.

POLÍTICA NACIONAL DE MOBILIDADE URBANA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL AO TRANSPORTE: DESAFIOS DE IMPLEMENTAÇÃO NO MUNICÍPIO DE BOM JESUS DO ITABAPOANA-RJ

Maxmiliano Cerqueira da Silva[31]

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa visa, sobretudo, apontar parâmetros com vistas a aclarar e analisar situações que envolvem, especialmente a implementação da Política de Mobilidade Urbana no município de Bom Jesus do Itabapoana. Para que se torne transparente o objetivo do tema sob análise, se faz necessário entender o núcleo de aplicabilidade dessa política, a cidade, ou urbe, ou ainda, meio ambiente artificial. Entende-se como cidade o lugar onde se concentra o núcleo populacional. Em outras palavras onde está concentrada a vida cotidiana das pessoas, onde há interação de veículos, pedestres e ciclistas em meio a edificações e equipamentos públicos.

No entanto, a vivência nesse ambiente necessita de serviços básicos necessários, como por exemplo: saneamento básico, água, educação, saúde e transporte de qualidade. A partir desses elementos básicos começa-se a trilhar o caminho para se alcançar a sustentabilidade das cidades, e nada mais sustentável que a promoção do transporte de qualidade, o incentivo pelo transporte público ao particular, a utilização de veículos de propulsão humana, bem como a adequação do ambiente urbano para sua realização.

[2] Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, 9º Período, maxtstbji@gmail.com;

Visando essas necessidades e principalmente o transporte e tudo que envolve a mobilidade urbana, é que serão analisados Dispositivos Legais como a Política Nacional de Mobilidade Urbana, bem como o Estatuto das Cidades, tendo como parâmetro basilar a Constituição Federal de 1988, visto que o transporte foi incluído em seu artigo 6º, tornando-se parte do rol de direitos fundamentais de origem social, encorpando ainda mais os direitos fundamentais ditos como de segunda geração e ainda enaltecendo a poesia do artigo 225 da Magna Carta, pois este estabelece que toda pessoa tem direito de usufruir de um ambiente saldável e ecologicamente equilibrado.

2 TEMA

Política Nacional de Mobilidade Urbana como instrumento de concretização do direito social ao transporte: desafios de implementação no município de Bom Jesus do Itabapoana-RJ.

3 PROBLEMÁTICA

Quais são os desafios para a eficácia da Política Nacional de Mobilidade Urbana como instrumento de concretização do direito social ao transporte no município de Bom Jesus do Itabapoana?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a proposta de Política Nacional de Mobilidade Urbana como instrumento de concretização do direito social ao transporte e sua eficácia no Município de Bom Jesus do Itabapoana.

4.2 Objetivos Específicos

- Discorrer de forma esclarecedora a evolução histórica dos direitos humanos e suas gerações.
- Analisar as características do ambiente como meio de desenvolvimento urbano.
- Verificar a função social da cidade em relação ao cidadão.
- Destacar o transporte como direito social e sua efetivação no município de Bom Jesus do Itabapoana.

5 HIPÓTESES

- Um dos principais desafios que os municípios enfrentam para a efetivação na política de desenvolvimento urbano é o alto investimento. E em Bom Jesus do Itabapoana não é diferente, pois a verba repassada para o município é insuficiente.

- O fator que obsta a aplicação da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano é a falta de iniciativa do poder executivo das cidades e municípios, o desinteresse de tornar a cidade um local acessível a todos os cidadãos, principalmente os que residem na zona rural.

6 JUSTIFICATIVA

O tema abordado no presente estudo é de interesse público e de enorme relevância, visto que não atinge tão somente os direitos individuais do homem quanto cidadão, mas sim o direito difuso, pois se estende a toda sociedade. O assunto em pauta tem sido foco de muitos debates há muito tempo, tendo em vista que a mobilidade urbana no Brasil e, sobretudo no Município de Bom Jesus do Itabapoana, o qual é objeto de estudos e núcleo motivacional para a presente pesquisa, tem sido afetada devido ao crescimento acelerado de veículos particulares nas vias públicas, resultando em congestionamentos, maior tempo de deslocamento, dificuldade no trânsito de pedestres e ciclistas, conflitando com os direitos fundamentais e sociais versados no Texto Maior de 1988, como por exemplo, o direito de ir e vir.

Em virtude dos problemas apresentados, medidas passaram a ser desenvolvidas como forma de minimizar o caos instalado na maior parte do país quando se trata de mobilidade urbana. Exemplos disso foi a criação da Lei 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade e ainda a Lei 12.587/12, Lei de Mobilidade Urbana, com objetivo primordial de regulamentar o dispositivo dos artigos 182 e 183 da Magna Carta de 1988, os quais versam sobre a função social da cidade. Tanto no Estatuto das cidades, quanto na Lei De Mobilidade Urbana que preveem em seu arcabouço que todo município com mais de 20.000 (vinte mil)

habitantes, estabeleçam um plano diretor objetivando a melhoria nos recursos urbanos, atendendo a população na forma que as garantias fundamentais dos indivíduos não sejam afetadas, prevendo para isso, planos específicos no que tange ao transporte coletivo, ciclovias e incentivo a educação para o trânsito.

Parte da motivação é exatamente essa, visto que o plano diretor da cidade de Bom Jesus do Itabapoana encontra-se ultrapassado, pois deveria ter sido renovado em 2016. Em levantamento feito junto ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2016), de acordo com senso realizado em 2016, o município de Bom Jesus do Itabapoana-RJ possui aproximadamente 36.000 (trinta e seis mil) habitantes e uma frota veicular de 12.639 (doze mil seiscentos e trinta e nove) veículos que pode ser somada a frota da cidade vizinha, Bom Jesus do Norte-ES, 11.855 (onze mil oitocentos e cinquenta e cinco) veículos, visto que, entre os municípios ocorre o fenômeno da conurbação.

Esse fenômeno se dá através da junção de dois municípios ou cidades, utilizando assim, a mesma malha urbana. A soma da frota de veículos de ambos os municípios, resulta num total de 24.494 (vinte e quatro mil quatrocentos e noventa e quatro) veículos, ou seja, pouco menos que a quantidade de habitantes residentes na cidade, o que gera grande transtorno principalmente no centro da cidade, dificultando a fluidez de veículos, ciclistas e pedestres, desta feita, cabe mencionar que tal situação colide com o artigo 6º da Magna Carta, ferindo o direito ao transporte, e ainda o aludido no artigo 2º, I da Lei 10.257/01, Estatuto das Cidades:

> Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
> I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura

> urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (BRASIL,2001)

É mister salientar, que o direito ao transporte foi incluído no rol de direitos fundamentais do Texto Constitucional em seu artigo 6º, no ano de 2015 através da Emenda Constitucional 90/15, com iniciativa da deputada Luiza Herundina. Cabe ainda ressaltar, que o direito mencionado é tido como direito meio, sendo essencial para o acesso aos outros direitos fundamentais, como não é difícil perceber que todos os cidadãos necessitam da mobilidade urbana, em especial, de um meio de transporte, para que possam alcançar os demais direitos constitucionais e fundamentais na vida cotidiana de cada pessoa.

Um município com transporte público de qualidade possibilita às pessoas acesso mais rápido ao local de trabalho, aos hospitais, às escolas e porque não, ao lazer? Importante frisar, que todos esses são direitos garantidos na Constituição Federal de 1988; saúde, educação, trabalho, moradia e ainda o direito de ir e vir, já mencionado anteriormente. Daí se extrai a ideia de "direito meio", do direito ao transporte. No sentido de reforçar a importância de se obter uma politica de mobilidade urbana, a Cartilha de Mobilidade Urbana criada pelo Ministério das Cidades em novembro de 2005 discorre que:

> Ter uma política de mobilidade urbana significa ter um conjunto de princípios e diretrizes que orientem as ações públicas de mobilidade urbana e as reivindicações da população. Trata-se, por exemplo, de pensar e propor como será o deslocamento de pessoas e bens na cidade.
> Quando não existe uma política de mobilidade urbana, ou quando ela não funciona bem, as pessoas deslocam-se como podem. Cada um busca a solução individual de seu problema, sem que exista um planejamento público eficiente. Isso não é bom porque acaba atendendo os interesses de poucos, normalmente, de quem tem mais recursos, e a maioria sofre com as dificuldades que têm para se locomover na cidade. (BRASIL, 2005).

Verifica-se, então, a importância do tema arrazoado, pois se trata de matéria contemporânea que afeta a todos de alguma maneira, pois todos, sem exceção, estão inseridos no contexto da mobilidade urbana, mobilidade que deve ser no mínimo democrática, atendendo a necessidade de todos.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Para se fazer uma análise clara da importância e do conceito de mobilidade urbana, bem como o transporte nas cidades brasileiras, é necessário se ter o mínimo de compreensão sobre as dimensões dos direitos humanos. O marco principal tido como nascedouro das dimensões dos direitos humanos, nas palavras de Norberto Bobbio (1992), dá-se com o advento Revolução Francesa, no final do século XIX. Ali surgiam os chamados direitos de "primeira geração". Esses direitos tem relação direta com a liberdade, contra da opressão de governos absolutos e arbitrários, tendo por escopo a preservação da liberdade e a igualdade entre todo cidadão independente de classe social.

Aqui, lutava-se contra uma atuação negativa por parte do Estado, a imposição absoluta. Por sua vez, os direitos de "segunda geração", buscavam perante o Estado um agir positivo, onde este não apenas deixaria de oprimir o povo, mas também que buscasse promover meios com vistas à qualidade de vida e garantias fundamentais, como; trabalho, educação, saúde e moradia. Fundamentos basilares na vida de qualquer pessoa, essenciais ao pleno gozo de vida sadia, vida digna.

Já no final do século XX, Bobbio (1992) traz, ainda, uma "terceira geração" dos direitos humanos. Esses, voltados à preservação do meio ambiente. O direito de viver em um ambiente saldável é enaltecido por esta geração. Abrangendo os

direitos fundamentais, o que se pode chamar de direitos difusos, ou seja, que compreende todo ser humano. De forma mais contemporânea, Bobbio (1992) apresenta ainda os direitos de "quarta geração", os quais aludem sobre a proteção do patrimônio genético de cada indivíduo, a preocupação com a bioética, ou seja, com os avanços da biomedicina em geral. Já Bonavides, referindo-se ainda aos direitos de quarta geração, salienta que:

> São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão da máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.
> A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. (BONAVIDES, 2012, p.590)

Diante das palavras de Bonavides (2012), percebe-se, então, um posicionamento diferente ao de Norberto Bobbio (1992), algo particular de cada um, mas ambos têm sua parcela de contribuição, pois são posicionamentos que se enquadram no contexto vivido na realidade atual, motivados na defesa da dignidade da pessoa humana contra intervenções abusivas de particulares ou por parte do Estado. Na mesma obra, Paulo Bonavides (2012) refere-se, ainda, a uma "quinta geração" dos direitos humanos, o direito a paz. Expõe que todo ser humano, independente de raça, religião ou sexo tem o direito latente de viver em paz.

A importância de se detalhar as gerações acima mencionadas se dá, pelo fato, do direito ao transporte ter se tornado um direito fundamental, constando no Texto Constitucional desde 2015, em seu artigo 6º, com a seguinte narrativa:

"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". (BRASIL,1988).

Ainda sob esse mesmo prisma, cuida ressaltar que o direito ao transporte, como já vimos anteriormente está inserido nos direito de segunda geração, sendo compreendido como direitos sociais, como nos afirma Norberto Bobbio (1992). Nesta mesma toada, Flavia Bahia (2017, p. 104), assevera sobre a positivação dos direitos sociais dentro da Constituição de 1988: "direitos sociais, reguladores das relações sociais e culturais, dividindo se em direitos sociais propriamente ditos (art. 6") e direitos trabalhistas (arts. 7o a 11)".

Desta feita, não resta dúvidas quanto à importância do direito ao transporte. O direito ao transporte faz parte do mínimo existencial que cada individuo necessita. Sob esse diapasão Luciano Dutra, explica que:

> Com efeito, o mínimo existencial é um conjunto de bens e direitos vitais básicos indispensáveis a uma vida humana digna, intrinsecamente ligado ao fundamento da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º, III. É o direito a um nível de vida suficiente para assegurar a saúde, o bem-estar próprio e da família, especialmente no que tange à alimentação, ao vestuário, à moradia, à assistência médica e outros serviços sociais imprescindíveis. (DUTRA, 2016. p. 137).

Diante das informações apresentadas e conceitos legais elucidados até aqui, se faz oportuno o momento para aclarar os conceitos de mobilidade urbana, na qual é o centro orbital do presente projeto. Para se chegar a esse conceito é importante conceituar mobilidade. De acordo com o Dicio (2017), mobilidade é: "Qualidade daquilo que se move, do que se consegue movimentar.

Locomobilidade; capacidade de se mudar, de ir a outro lugar com rapidez: mobilidade de pessoas."

Resta necessário ainda, conceituar a palavra urbana, uma variável feminina de urbano. Como descreve o site Significados Online, a palavra urbano, tem sua origem no Latim "*urbanus*", que por sua vez faz referência a tudo aquilo que pertence à cidade, ou que esteja inserida nesse contexto. Desta feita, podemos enfim conceituar mobilidade urbana. Nas palavras de Rodolfo Alves Pena (s.d., s.p.): "mobilidade urbana refere-se às condições de deslocamento da população no espaço geográfico das cidades".

E, ainda, completando o raciocínio supracitado, nos versos aludidos pelo Ministério das Cidades, em sua na cartilha "Mobilidade Urbana é Desenvolvimento Urbano", vai definir que:

> A mobilidade urbana é um atributo das cidades e se refere à facilidade de deslocamentos de pessoas e bens no espaço urbano. Tais deslocamentos são feitos através de veículos, vias e toda a infra-estrutura (vias, calçadas, etc) que possibilitam esse ir e vir cotidiano. Isso significa que a mobilidade urbana é mais do que o que chamamos de transporte urbano, ou seja, mais do que o conjunto de serviços e meios de deslocamento de pessoas e bens. É o resultado da interação entre os deslocamentos de pessoas e bens com a cidade. (BRASIL, 2005. p.3)

Colocando em pauta o Texto Maior de 1988, insta salientar a influência do artigo 182, que dispõem sobre a função social da cidade, como elucida a seu texto:

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes.

> § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.
> § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.
> § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.
> § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:
> I - parcelamento ou edificação compulsórios;
> II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
> III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (BRASIL, 1988).

O aludido no artigo acima deu origem a Lei 10.257 de 2001, conhecida como Estatuto da cidade. A referida lei visa regulamentar o disposto nos artigos 182 e 183 da Magna Carta, estabelecendo políticas gerais e diretrizes urbanas, Além de princípios basilares, como em versa seu artigo 1º caput e parágrafo único:

> Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.
> Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. (BRASIL, 2001).

Destaca-se, ainda, o conceito que diz:

> O Estatuto abarca um conjunto de princípios – no qual está expressa uma concepção de cidade e de planejamento e gestão urbanos – e uma série de instrumentos que, como a própria denominação define, são meios para atingir as finalidades desejadas. (BRASIL, 2012, p. 21)

Além dos artigos 182 e 183, é extremamente necessário aludir sobre o artigo 225 deste mesmo diploma legal que diz:

> 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. (BRASIL, 1988).

Neste conceito, pode-se dizer que qualidade de vida passa por acessibilidade e sustentabilidade. Sob esse enfoque, Flavia Maria de Paula Vital, elucida que:

> A cidade acessível é aquela onde seus espaços de uso comum, sejam eles da iniciativa privada ou pertencentes ao Poder Público, permitem o uso com qualidade por qualquer indivíduo da sociedade. Um uso com autonomia, segurança e equiparação de oportunidade.
> A acessibilidade no ambiente urbano, quer seja na escala da vizinhança ou bairro, quer seja na escala territorial da cidade será garantida se houver uma ação conjunta e complementar entre técnicos, políticos e sociedade em geral. A cidade é um produto de todas estas forças e seus interlocutores. (VITAL, 2017, s.p.).

Sobre a sustentabilidade, cabe aludir o que explica Celso Antônio Pacheco Fiorillo, que a respeito do assunto diz:

> O uso da propriedade está condicionado ao ambiente cultural, meio ambiente do trabalho e meio ambiente natural da mesma maneira que está, diretamente por força do Estatuto da Cidade, ao meio ambiente artificial, fundamento da lei n. 10.257/2001. Sendo a mais importante norma regulamentadora do meio ambiente artificial, o Estatuto da Cidade, ao ter como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade e da propriedade urbana, mediante algumas diretrizes gerais, criou a garantia do direito a cidade sustentável. (FIORILLO, 2009, p. 354)

Dentro desse mesmo parâmetro, Silva Junior, complementa os aludidos acima, discorrendo sobre o meio ambiente artificial e ressaltando sua função de proporcionar sadia qualidade de vida a seus habitantes, defendendo a ideia de que:

> Sendo o meio ambiente artificial espaço físico aonde a pessoa humana reside e circula o seu equilíbrio importa na *sadia qualidade de vida de seus habitantes*, ou seja, o exercício ou respeito da função social da cidade garante a eficácia *imediata* do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a veiculação do Estatuto da Cidade trouxe a obrigação das cidades sustentáveis, com intuito de preservar a qualidade de vida dos habitantes, mas com objetivo primordial de consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana. (SILVA JUNIOR, 2009).

Sob esse prisma, com intuito de encorpar ainda mais as buscas por um ambiente artificial mais acessível, mas com seu norte voltado inteiramente para a mobilidade urbana, foi criada a Lei 12.587 de 2012, conhecida como Política Nacional de Mobilidade Urbana. No artigo 1º e 2º desse diploma legal temos o conceito e o objetivo principal de sua criação:

> Art. 1º: A Política Nacional de Mobilidade Urbana é instrumento da política de desenvolvimento urbano de que tratam o inciso XX do art. 21 e o art. 182 da Constituição Federal, objetivando a integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no território do Município.
> Art. 2o A Política Nacional de Mobilidade Urbana tem por objetivo contribuir para o acesso universal à cidade, o fomento e a concretização das condições que contribuam para a efetivação dos princípios, objetivos e diretrizes da política de desenvolvimento urbano, por meio do planejamento e da gestão democrática do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana. (BRASIL, 2012).

De acordo com a Cartilha de Mobilidade Urbana, criada pelo Ministério das Cidades, a mobilidade urbana bem planejada e a instauração de sistemas

integrados e sustentáveis elevam a qualidade de vida da população. Ainda sob esse mesmo prisma, a referida cartilha salienta que:

> Na Lei, são definidos e classificados os modos e serviços de transporte, além de exemplificadas infraestruturas de mobilidade urbana que compõem o Sistema Nacional de Mobilidade Urbana. Estas infraestruturas devem sempre estar inter-relacionadas com um planejamento sistêmico para que produzam benefícios efetivos e proporcionais aos recursos empregados, pois apenas aumentar o investimento em infraestrutura não garante a melhoria da mobilidade urbana.
> Importante observar que os princípios, diretrizes e objetivos estabelecidos pela Lei devem orientar a elaboração de normas municipais, além de procedimentos para que os municípios implementem suas políticas e planejamentos em consonância com a União e com os Estados Federados e Distrito Federal. (BRASIL, 2013, p. 5).

As políticas urbanas acima mencionadas estabelecem a criação do Plano Diretor por aquelas cidades com número de habitantes superior a 20.000 (vinte mil). Mas o que é Plano Diretor? Em resposta a essa pergunta, tem-se uma definição criada logo após a criação do Estatuto da Cidade: "O Plano Diretor pode ser definido como um conjunto de princípios e regras orientadoras da ação dos agentes que constroem e utilizam o espaço urbano." (BRASIL, 2002, p. 40).

Essa definição além de objetiva e direta permite uma rápida compreensão quanto ao objetivo final do Plano Diretor, que deve ser sempre a busca por meios que possibilitem a melhor utilização da urbe. Cuida ressaltar, que os princípios e diretrizes incutidas no arcabouço legal dos referidos diplomas referidos neste projeto, devem ser observados e colocados em prática para que os municípios possam ter segurança jurídica para priorizar, por exemplo, o transporte alternativo, objetivando em um maior benefício, elevando a qualidade de vida e o

bem-estar da população, transformando a mobilidade urbana em um ambiente democrático e ágil e seguro. (BRASIL, 2013, p.7).

8 REFERÊNCIAS

BAHIA, Flavia. **Coleção Descomplicando - Direito Constitucional**. 3 ed. Recife: Armador, 2017.

BOBBIO, Norberto, **A Era dos Direitos Humanos.** São Paulo: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 jun. 2017.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/v4/brasil/rj/bom-jesus-do-itabapoana/pesquisa/22/28120?detalhes=true>. Acesso em 06 jun. 2017.

_____. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. **Lei nº 12.587 de 03 de janeiro de 2012.** Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nos 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e das Leis nos 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm . Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. **Estatuto da Cidade:** guia para implementação pelos municípios e cidadãos. 2 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

_____. **Política Nacional de Mobilidade Urbana.** Brasília: Ministério das Cidades, 2013.

_____. **Mobilidade Urbana é Desenvolvimento Urbano.** Brasília: Ministério das Cidades, 2005.

DICIO, **Dicionário On-line de Português**. Disponível em: https://www.dicio.com.br/mobilidade/. Acesso em 11 jun. 2017.

DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PENA, Rodolfo F. Alves. Mobilidade urbana no Brasil. **Brasil Escola:** portal eletrônico de notícias. Disponível em http://brasilescola.uol.com.br/geografia/mobilidade-urbana-no-brasil.htm. Acesso em 11 jun. 2017.

SIGNIFICADOS ONLINE. Disponível em: https://www.significadosbr.com.br/urbano. Acesso em 11 jun. 2017.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. O meio ambiente artificial e a tutela jurídica das cidades como bem ambiental no direito ambiental brasileiro. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 71, dez 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7020. Acesso em 12 jun., 2017.

VITAL, Flavia Maria de Paula. **Mobilidade Urbana Sustentável e Inclusiva**. Bengala Legal. Disponível em http://www.bengalalegal.com/mobilidade. Acesso em 11 jun. 2017.

MEDIAÇÃO E DIREITO FRATERNO: DO RECONHECIMENTO DA CULTURA DO DIÁLOGO E DO EMPODERAMENTO DOS ENVOLVIDOS COMO PARADIGMA PARA AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Natalia Dutra Mendes[32]

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em pensar o Direito sob a luz da fraternidade. Sabe-se que a discussão sobre o direito fraterno é recente. Elígio Resta, seu principal teórico, inicia esta reflexão a partir dos anos 80. O Direito Fraterno propõe uma nova e velha análise dos rumos, dos limites e das possibilidades do sistema do direito na sociedade atual. Todo o pensamento apresentado por Resta tem um grande valor científico, o qual se configura em uma abordagem científica do e para o direito atual.

O tema pretende desmistificar a visão distorcida a respeito do Direito Fraterno e ressaltar sua importância dentro do contexto jurídico e auxiliar na mediação de conflitos. Pois, sabe-se que o Princípio da Fraternidade e Direito não se excluem, pelo contrário, se completam com objetivo de reconhecer a igualdade entre todos os seres humanos objetivando a dignidade da pessoa humana.

Será realizada ainda uma breve discussão a respeito da solidariedade e dignidade da pessoa humana levando em consideração alguns apontamentos no decorrer do texto. O princípio da solidariedade juntamente com o princípio da dignidade humana, constitui o núcleo fundante da estrutura organizacional

[32] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, e-mail: nata_dutra@yahoo.com.br

socioeconômica, política, cultural e jurídica. Como se sabe a dignidade é um atributo que todo ser humano tem, independentemente de qualquer condição. Porém, a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, consagra a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana não é apenas mais um fundamento, mas sim um valor supremo em nosso ordenamento jurídico, uma vez que, em uma avaliação com outros princípios e valores, ela terá um peso maior, não podendo, no entanto, ser considerada regra jurídica suprema.

Ocorre que existem outros valores selecionados pela Constituição Federal de 1988 como sendo valores essenciais, entre a qual, a solidariedade, também será abordada neste trabalho juntamente com a dignidade da pessoa humana, valores estes considerados essenciais em prol da realização do Gênero Humano. A Constituição Federal de 1988 é um sistema jurídico que alcunha determinados valores como essenciais, como por exemplo: a solidariedade e a dignidade da pessoa humana. Daí dizer que ambas constituem os princípios constitucionais.

2 TEMA

Mediação e Direito Fraterno: do reconhecimento da cultura do diálogo e do empoderamento dos envolvidos como paradigma para afirmação da dignidade da pessoa humana.

3 PROBLEMÁTICA

A Mediação e o Direito Fraterno servem como pressupostos para a efetivação da dignidade da pessoa humana e de escopo para resolução de conflitos?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar Mediação de conflito e sua efetividade como meio estruturante da sociedade, assim como, o Direito Fraterno em prol da concretização da Dignidade da Pessoa Humana.

4.2 Objetivos Específicos

- Discorrer sobre o processo histórico de construção dos Direitos Humanos e abordar sobre as três dimensões;
- Demonstrar como se iniciou o histórico da mediação e como ocorreu a sua implementação, assim como, seus princípios e características norteadores;
- Analisar a ideia de fraternidade anunciada na Declaração Universal dos Direitos do Homem na composição de conflitos;
- Identificar o caráter inclusivo e transdisciplinar do Direito Fraterno;

5 HIPÓTESES

Acredita-se que a mediação, a partir do direito fraterno, contribui para a efetivação da dignidade da pessoa humana, sendo esta considerada essencial em prol da realização do gênero humano, pois um indivíduo, somente pelo fato de integrar o gênero humano, já é detentor de dignidade. Este é o atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana. A mediação, de certa maneira, é a forma de humanização, tendo em vista seu caráter harmônico e defensor da dignidade. Espera-se, também, que a mediação e o direito fraterno sirvam de escopo para a solução de conflitos, não obstante, a mediação é importante para a solidificação e criação de uma sociedade fraterna trazendo um novo paradigma capaz de humanizar e solucionar os conflitos.

6 JUSTIFICATIVA

A escolha do presente estudo se deu a partir da reflexão sobre como resolver conflitos extrajudiciais utilizando o direito fraterno. Como defende o filósofo Elígio Resta, deve-se pensar o futuro do direito enquanto direito fraterno. Pois, a sociedade demanda por uma justiça mais célere, acessível, econômica, e consequentemente, mais humana diante de uma sociedade tão intolerante e desumana. Assim sendo, o estudo sobre Mediação e Direito Fraterno pretende fornecer uma nova proposição de análise do direito, fundamentada em pressupostos relacionados à amizade, à paz e ao cosmopolitismo.

O objeto deste estudo visa analisar as causas reais que levam aos conflitos extrajudiciais, buscando meios de analisar, trabalhar e reestruturar a sociedade propiciando um ambiente com qualidade de vida, com a efetivação da dignidade

da pessoa humana e o direito à preservação dos mediandos na resolução dos conflitos. E, para auxiliar este trabalho foram reunidas algumas bibliografias / obras básicas de referência para este estudo como: Elígio Resta, Norberto Bobbio, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Miguel Reale etc. Espera-se que a conclusão deste trabalho colabore para ampliação efetiva do conhecimento acadêmico e do público em geral diante de um tema tão relevante para a sociedade.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Atualmente, é importante questionar sobre a necessidade de falar em fraternidade. Entretanto, a capacidade de relacionar fraternidade à teoria e a prática da política se perdeu. Porquanto, estudar as relações entre fraternidade e política nunca foi considerado um tema atrativo. A liberdade e a igualdade aparecem com frequência em debates, mas a fraternidade sempre resta esquecida. Compreende-se que a Fraternidade é considerada um Princípio Revolucionário por ter sido um dos ideais das Revoluções Francesa que passou a existir com o objetivo de combater as desigualdades sociais, proteger os direitos da pessoa humana para que tenham condições de alcançar o bem-estar social. (SALMEIRÃO, 2013, s.p.)

Ainda nesta seara, Salmeirão (2013) diz que a ideia de Fraternidade estabelece que o homem, enquanto animal político, faz uma escolha consciente pela vida em sociedade e para tal estabelece com seus semelhantes uma relação de igualdade, visto que em essência, em sua natureza, não há nada que hierarquicamente os diferencie, pois são considerados como irmãos, ou seja, fraternos. A Revolução Francesa e seus partícipes, que produziram a tríade "liberdade, igualdade e fraternidade" (princípios universais de caráter político),

aos poucos expurgaram a fraternidade de seu contexto voltando os olhos somente para as duas primeiras. É nesse sentido que a fraternidade passou a ser encarada como "a parente pobre, a prima do interior" conforme define Resta, assumindo aos poucos, outras conotações: religiosa, consanguínea, ou então na forma de "ligações sectárias, no âmbito de organizações secretas [...]". (GHISLENE; SPLINGLER, 2011, p. 8)

O termo fraternidade, sabe-se, não é contemporâneo. Destinou-se, contudo, maior atenção a ele a partir da Revolução Francesa, como mencionado acima. O Direito Fraterno, segundo Vial (2016), prima pela análise transdisciplinar dos fenômenos sociais. A transdisciplinaridade significa, antes de tudo, transgredir e, ao mesmo tempo, integrar [...]". Desse modo, a partir do entendimento de Pozzoli e Hurtado (2011), entende-se que o Direito Fraterno seria:

> Uma modalidade do direito que ainda não está consolidado como paradigma e/ou teoria, mas como abordagem. Abordagem esta que propõe uma nova forma de análise do direito atual, mas do que isto, propõe uma reestruturação de todas as políticas públicas que pretendam uma inclusão universal. (POZZOLI; HURTADO, 2011, p. 287)

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em sua redação no artigo 1º, destaca a fraternidade com o sentido de responsabilidade, pois menciona: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Sendo beneficiadas de razão e consciência e devem atuar em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Contudo, não se localiza a fraternidade somente na redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, este princípio pode ser observado na redação do Preâmbulo da Constituição Federal brasileira, de 5 de outubro de 1988, que expressa:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988)

Aqui, mostra o texto integral, materializado em persuasiva invocação, embora a fraternidade não se encontra na forma tradicional de um Direito posto no ordenamento jurídico, ela se encontra no Preâmbulo da Carta Constitucional, configurando a proposta de se construir uma sociedade fraterna.

O direito fraterno é desvinculado da obsessão da identidade e de espaços territoriais, que determinam quem é cidadão e quem não o é. Ele não se fundamenta em um "ethnos" que inclui e exclui, mas em uma comunidade, na qual as pessoas compartilham sem diferenças, porque respeitam todas as diferenças. Por isso, é um direito inclusivo, razão pela qual faz sentido estudar o paradoxo da inclusão/exclusão, fundamentado no compartilhar, no cosmopolitismo. Por não se basear em etnocentrismos, o Direito Fraterno é cosmopolita. Ele tutela e vale para todos não porque pertencem a um grupo, a um território ou a uma classificação, mas porque são seres humanos. Nesse ponto, estabelece-se a grande diferença entre "ser humano e ter humanidade". Ter humanidade é respeitar o outro e ser humano é partilhar da mesma natureza: a humanidade. Esta é uma atitude que requer responsabilidade e comprometimento. (STURZA; ROCHA, s.d, p.7)

O Direito Fraterno não é violento, não crê em uma violência legítima, a qual confere ao Estado o poder de ser violento; destitui o código do amigo-inimigo, pelo qual o inimigo deve ser afastado, coercitivamente; acredita em uma jurisdição

mínima, apostando em formas menos violentas de solução de conflitos, como por exemplo: a mediação. O Direito Fraterno busca resgatar um certo iluminismo, centrado na fraternidade. Esta nova proposta, na verdade, aponta para um novo rumo, uma nova possibilidade de integração entre povos e nações, integração esta fundamentada no cosmopolitismo, onde as necessidades vitais são suprimidas pelo pacto jurado conjuntamente. (STURZA; ROCHA, s.d, p.8)

O Direito Fraterno, conforme alude Salmeirão (2013), causa acalorados debates entre os membros da sociedade, em que alguns consideram uma escolha de como se deve viver em sociedade: uns com um preceito religioso, e outros, em sua minoria como um princípio jurídico que além de servir como base para a criação das regras constitucionais deve estar presente obrigatoriamente em todos os atos do operador do Direito, da vida em comunidade e do Administrador Público. Ressaltou ainda, em seu texto, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada na Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, que a Fraternidade alcançou a universalidade necessária passando a ser entendida como uma regra em face da necessidade de efetivar os Direitos Humanos e não apenas como um referencial de boa conduta e doutrina religiosa.

Ao estabelecer a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais do Estado, a Constituição Federal de 1988 elencou, claramente, o valor solidariedade como um dos valores que compõem o relacionamento entre os seres humanos, juntamente com outros valores como é o caso da liberdade e da justiça social. Isto quer dizer que a Constituição Federal equiparou a solidariedade à condição de princípio constitucional, conforme se pode verificar em seu artigo 3º, inciso I: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

De acordo com Koeke (2013, p.12), o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária trazida pelo artigo 3º, inciso I, representa uma busca constante de todos pela realização do bem comum visto que todos são responsáveis pelo próprio bem-estar social, assim como, de seus semelhantes. Como já foi demonstrado acima, o princípio da solidariedade encontra-se expressamente no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, mas, na verdade, a partir da análise dos demais incisos, percebe-se que estes também, ainda que implicitamente, tratam do tema.

Ao analisar os demais incisos do mencionado artigo 3º da Constituição Federal, nota-se que, para se atingir o desenvolvimento nacional, para a erradicação da pobreza e da marginalização, é preciso que todos disponham de uma ação solidária marcada pelo comprometimento recíproco dos indivíduos / ajuda mútua. Além da ideia de ajuda mútua, deve-se ainda relacionar ao conceito de solidariedade a ideia de aceitação da diversidade, não sendo possível imaginar uma sociedade solidária que não seja uma sociedade plural, ou seja, culturas diferenciadas. Entende-se, no entanto, por solidariedade o compromisso recíproco entre as pessoas e a disponibilidade imediata de ajuda ao próximo.

Ainda para o mesmo autor, uma sociedade apenas pode ser considerada solidária se houver uma divisão de responsabilidades e problemas comuns a seus membros na busca do reconhecimento e aceitação de suas diferenças e a harmonia. (KOEKE, 2013, p.12). Insta mencionar que "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", conforme previsto no inciso IV, do artigo 3º, da Constituição

Federal de 1988, é a mais pura explicitação do princípio da solidariedade. Sendo assim, Guilherme Machado Casali pondera que:

> A promoção do "bem de todos" incorpora os sentidos de responsabilidade recíproca entre as pessoas; prontidão para ajudar os menos favorecidos; elemento que, através da mediação jurídica, transforma súditos em cidadãos; e associada à comunicação transforma pessoas em povos, formando fator de identidade entre os indivíduos, referidos anteriormente, ademais ao estabelecer que esta promoção se dará sem preconceitos e outras formas de discriminação, estabelece também a outra noção inserta no conceito de solidariedade já proposto, qual seja, o reconhecimento e aceitação da diversidade e da pluralidade social, facilitando a democracia, ampliando o processo de comunicação (CASALI, 2006, s.p).

Sarlet (2006, p.58), ao falar sobre as diferentes dimensões dos direitos fundamentais, afirma que o direito de solidariedade, enquanto direito de terceira dimensão, visa a proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Depois desta breve análise sobre a solidariedade, passa-se à discussão sobre a dignidade da pessoa humana como valor fundante de proteção do ser humano.

No século XIX, a noção de solidariedade, ainda derivada da fraternidade – vetor que aproxima a liberdade (*liberté*) à igualdade (*egalité*), inspirou o movimento denominado Solidarismo. A dignidade da pessoa humana, após a segunda guerra mundial, tornou-se um dos consensos éticos mais influentes no mundo, servindo como fundamento para o surgimento de uma cultura baseada na centralidade dos direitos humanos. Tanto é verdade que progressivamente foi sendo incorporada às declarações internacionais de direitos e também às Constituições democráticas. (KOEKE, 2013, p.6). Um indivíduo, somente pelo fato de integrar o gênero humano, já é detentor de dignidade. Este é o atributo inerente

a todos os homens, decorrente da própria condição humana. De acordo com Luís Roberto Barroso (2013), a dignidade humana se tornou um consenso ético essencial no mundo ocidental, reforçando a rejeição moral ao desastre representado pelo nazi-fascismo.

Nessa seara, Barroso (2013, p.13) defende que a dignidade da pessoa humana estava associada a status, posição social ou a determinada função pública, ou seja, seu significado tinha uma conotação de poder em razão do regime aristocrático marcado pela condição superior de certas pessoas ou dos ocupantes de determinados cargos. Como exemplo, podemos citar a utilização do termo para se referir à supremacia dos poderes da coroa ou da pessoa do soberano, gerando uma obrigação geral de respeito, honra e deferência. Como se vê, num conceito pré-moderno, a dignidade estava relacionada à nobreza, que era detentora de tratamento diferenciado com direitos que lhes eram exclusivos e com diversos privilégios.

Conforme o tempo passava, o contexto histórico se modificava assim como a ideia de dignidade, que passou de uma ideia de superioridade de cargos, ocupações e posições públicas (tratamento discriminatório) a uma ideia de liberdade e igualdade (tratamento igualitário). Entretanto, não se pode afirmar que a ideia moderna de dignidade foi substituída pelas ideias anteriormente predominantes. Isto porque o momento histórico e cultural, bem como a sociedade se mostram diferentes com o decorrer do tempo. Barroso (2013, p.328), em seu escólio, sugere que, hoje, se deve voltar ao sentido original da dignidade da pessoa humana, ou seja, a dignidade da pessoa humana deve ocupar uma posição de destaque, mas não como antes, quando se valorizavam as discriminações, os preconceitos e os privilégios de poucos. Isto é, a dignidade deve ser digna de uma

diferenciação em relação aos demais valores e também em relação aos direitos comuns à generalidade das pessoas.

Depois desta breve discussão sobre o significado original da dignidade da pessoa humana, passamos à análise de seu conceito, destacando, mais uma vez, que se trata de um conceito histórico que foi sendo construído ao decorrer do tempo. Pois, a dignidade da pessoa humana é considerada a origem dos direitos humanos. A dignidade pressupõe, portanto, a igualdade entre os seres humanos.

Rizzatto Nunes (2008, p. 48 *apud* KOEKE, 2013, p. 8), ao falar sobre a dignidade da pessoa humana, contribui afirmando que a dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica. A dignidade da pessoa humana é um valor que se refere a todo e qualquer ser humano que tem o direito de ser respeitado pelos demais membros do habitat, bem como, o dever de resguardar seus semelhantes. Esse valor é tão importante para a ordem jurídica, que funciona como fundamento para os direitos humanos e representa uma condição prévia para o reconhecimento dos demais direitos previstos neste ordenamento. Ou seja, cada ser humano possui uma posição especial no universo.

Para afirmar o contexto acima, Barroso (2013, p. 326) diz que: a dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados Democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico. A dignidade humana identifica: o valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como, a autonomia de cada indivíduo; e limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou

interesses estatais (valor comunitário). Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como:

> A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 62 *apud* KOEKE, 2013, p. 9).

Destaca-se que, a alusão acima, permite-se afirmar que a dignidade da pessoa humana pode ser considerada um "princípio instrumental" posto que pode ser utilizada para a interpretação de outros princípios, atuando como uma verdadeira norma para estabelecer a estrutura hermenêutica de outras normas. Como por exemplo, pode-se trazer o caput do artigo 5º da Constituição Federal quando este utiliza a expressão garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, de acordo com uma interpretação literal, aplicar-se-ia esse dispositivo aos brasileiros, natos ou naturalizados, e estrangeiros, desde que residentes no país. No entanto, o Supremo Tribunal Federal estende a possibilidade de assumir os direitos desse dispositivo aos brasileiros não residentes no país. E, é exatamente por meio da dignidade da pessoa humana que esses direitos podem ser estendidos aos brasileiros não residentes. (KOEKE, 2013, p. 10)

8 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Brasileiro.** A construção de um Conceito Jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado>.htm. Acesso em 13 de abr. 2017.

CASALI, Guilherme Machado**.** O princípio da solidariedade e o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política.** Itajaí, v. 1, n. 1, 3 quadr. 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 15 abr. 2017.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do direito fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. Disponível em: file:///C:/Users/Pessoal/Downloads/266cd05467f3ca931949c874596262fb.pdf. Acesso em 23 de abr. de 2017.

KOEKE, Andreza Franzoi. A dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a tolerância como valores essenciais de proteção aos refugiados**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** (UNIFAFIBE), v. 1, n 2, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Pessoal/Desktop/A%20DIGNIDADE%20DA%20PESSOA%20HUMANA,%20A%20SOLIDARIEDADE%20E%20A%20TOLER%C3%82NCIA%20COMO%20VALORES%20ESSENCIAIS%20DE%20PROTE%C3%87%C3%83O%20AOS%20REFUGIADOS%20_%20Koeke%20_%20Revista%20Direitos%20Sociais%20e%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20(UNIFAFIBE).html>. Acesso em 13 abr. 2017.

POZZOLI, Lafayette; HURTADO, André Watanabe. O princípio da fraternidade na prática jurídica. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 27, p. 287, jan/2011.

SALMEIRÃO, Cristiano. O princípio da fraternidade e sua efetivação através da decisão monocrática do relator: combate das desigualdades sociais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 16, n. 111, abr. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13090>. Acesso em abr. 2017.

SARLET, Ingo Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STURZA, Janaína Machado; ROCHA, Claudine Rodembusch. **Direito e fraternidade:** paradigmas para a construção de uma nova sociedade. Disponível em: http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=601c6bc71c748001. Acesso em: 24 abr. 2017.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul.-dez. 2006. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18207/Direito_Fraterno_na_Sociedade_Cosmopolita.pdf. Acesso em 22 abr. 2017.

O PRINCIPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO DE FORMA OBJETIVA COM FOCO A EVITAR A VINGANÇA PRIVADA NO CRIME DE FURTO

Northon Dutra Tardin [33]

1 INTRODUÇÃO

Em considerações preliminares a respeito do tema, visto que será analisado a teoria de crime e seus elementos caracterizadores, devemos expor seu conceito. Crime é toda conduta classificada como típica, ilícita e culpável, que cause lesão ou risco de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Entretanto, a doutrina mais recente deixa entender que essa concepção do mero juízo formal da tipicidade está ultrapassada. Desta forma, busca-se hoje restringir a área de abrangência do Direito Penal como forma de controle dos conflitos sociais, consequência do seu caráter subsidiário e fragmentário.

Conforme preconiza Prestes (2003), em virtude do caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, ele só deve atuar frente o fracasso e ineficácia dos demais ramos do Direito. Se há outros ramos do Direito suficientes e eficazes, o Direito Penal não deve incidir, vez que só deve atuar quando absolutamente necessário. Neste mesmo sentido entende Greco (2004), veja-se

> É dever do Direito Penal tutelar bens jurídicos, no entanto, não é todo e qualquer bem jurídico que necessita da proteção do Direito Penal, mas apenas aqueles considerados mais relevantes para a sociedade. Desta forma, a lesão ao bem juridicamente protegido deve ser significante, pois é desproporcional incidir a repressão penal em um fato mínimo. (GRECO, 2004, p. 53).

Sob essa percepção, a orientação jurisprudencial e doutrinária construiu ao longo dos anos o Princípio da Insignificância como medida de política-criminal, na medida em

[33] Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, 9º Período;

que funciona como vetor interpretativo restritivo do tipo penal, objetivando a exclusão da incidência do Direito Penal perante as situações que resultem em ínfima lesão ao bem jurídico tutelado.

Nessa esteira, atualmente o Supremo Tribunal Federal ditou critérios para aplicação do princípio da insignificância a saber: a mínima ofensividade da conduta, a inexistência de periculosidade social do ato, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão provocada. *In verbis:*

> Para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada, assim a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; a inexpressividade da lesão jurídica causada (BRASILIA, 2004).

Atendendo o exposto, de acordo com o Prof. Luiz Flávio Gomes, veja-se:

> A linha jurisprudencial mais correta reconhece o princípio da insignificância levando em conta (unicamente) o desvalor do resultado ou o desvalor da ação, é dizer, é suficiente (para a atipicidade) que o nível da lesão (ao bem jurídico) ou do perigo concreto verificado seja ínfimo ou ainda que a conduta do agente não tenha tido relevância "penal" (séria) para a produção do resultado. (GOMES, 2010, s/p).

Nota-se que a forma de aplicação do referido princípio e totalmente subjetiva, ainda que definida objetivamente pelos tribunais. Coadunando está afirmação, SILVA (2009), esclarece que os critérios para aplicação das condutas insignificantes são puramente subjetivos e acabam sendo aplicados baseados nas ideologias e princípios pessoais de cada juiz, que são condicionados por conceitos particulares e empíricos do que seja crime insignificante. Isto é, talvez casos semelhantes podem ser descidos de forma distinta, uma vez que o princípio pode ser relativizado de um magistrado para o outro, causando muitas vezes uma frustração da vítima, pois a ofensividade, a periculosidade e a inexpressividade sempre será relevante para quem sofreu a lesão.

Deste modo, ressalte-se que para aplicação do supramencionado princípio, deve-se analisar não apenas o valor patrimonial do bem, mas, conjuntamente, o valor sentimental do mesmo, a condição econômica da vítima, as condições pessoais do agente, as circunstâncias e as consequências do delito de modo a garantir o anseio social, evitando que a população queira posteriormente exercer o direito de punir do Estado, e fazer justiça com as próprias mãos.

2 TEMA

O Direito Penal tem por finalidade tutelar bens jurídicos. Porém, não é todo bem jurídico que merece a proteção do Direito Penal, mas apenas aqueles bens jurídicos mais importantes para a proteção e manutenção da sociedade. Os crimes de menor potencial ofensivo são denominados de bagatela por serem incidentes penais que provocam ínfima lesão ao bem jurídico protegido, não merecendo, pois, ser objeto da tutela jurídico-penal, afastando, portanto, a tipicidade material, cabendo a outros ramos do Direito disciplinar a conduta oriunda da infração.

Nesse sentido, o presente trabalho cuida da análise acerca do princípio da insignificância penal, sua aplicação no mundo fático e os limites da amplitude do aspecto subjetivo de sua valoração, tendo como finco buscar o uso de critérios objetivos para evitar a distorção do seu fim, bem como afastar a insegurança advinda de sua aplicação desregrada, de modo a evitar a vingança privada.

3 PROBLEMÁTICA

Devido à recente manifestação do STF entorno da aplicação do princípio em voga, a determinação de que a ação é insignificante depende de um juízo de valor do operador do direito, que deve analisar o caso concreto e o grau de ofensividade da conduta. Decorre deste fato a crítica de que o princípio poderia abrir espaço para a arbitrariedade do

intérprete, ou seja, a valoração do grau de insignificância estaria submetida à subjetividade de cada operador do direito, assim, sujeito à instauração da insegurança jurídica e eventual sentimento de impunidade já que o fato não estaria sendo punível na seara criminal.

Sob este aspecto, sobressaem as seguintes retóricas: até onde vai a subjetividade das decisões que afastam a tipicidade material do delito? Os critérios adotados realmente estão sendo apreciados de forma correta, ou existem decisões que são contraditórias? Qual a importância de se combater pequenos atos violentos e de desordem, que são ignorados e não reprimidos por causa do princípio da insignificância, só pelo fato de que não se pode ocupar o ordenamento penal com delitos pequenos?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a necessidade da aplicação do princípio da insignificância em todos os delitos ditos pequenos e o impacto se sua aplicação demasiada que gera na sociedade o sentimento de vingança.

4.2 Objetivos Específicos

- Revisar a gênese do principio da insignificância;
- Analisar o princípio da insignificância no direito penal;
- Analisar o princípio da insignificância em contraponto a teoria das janelas quebradas;
- Revisar a expressão vingança privada e sua origem;
- Estudar a vingança privada na atualidade brasileira;
- Coletar a jurisprudência nos tribunais do Brasil sobre o tema.

5 HIPÓTESES

- Hipótese 01: É necessária a aplicação do principio da insignificância para que o judiciário não se sobrecarregue de ações cujo objeto ou a ação do acusado sejam irrelevantes;
- Hipótese 02: A justa análise do magistrado no julgamento, para não frustrar a sociedade que espera por justiça.

6 JUSTIFICATIVA

Tendo em vista a relevância deste tema no âmbito doutrinário e jurisprudencial frente a dúvidas e repercussões gerais após manifestação do STF pela adoção de critérios objetivos para aplicação do princípio da insignificância ante a fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal, o que distancia a penalização na seara criminal de fatos considerados ínfimos, e muita das vezes gera nos particulares, em especial na própria vítima o sentimento de impunidade, esta pesquisa tem o propósito de estudar o supracitado princípio, sobretudo, no que concerne aos critérios necessários para sua aplicação, como forma de auxiliar o universo jurídico e acadêmico, afim de evitar tomada de decisões de cunho totalmente subjetivos.

7 REVISÃO DE LITERATURA

O princípio da insignificância, com essa denominação, foi criado por Claus Roxin em 1964, logo após a segunda guerra mundial devido à escassez de emprego e alimentos o que na época ocasionou em grande quantidade pequenos furtos. Segundo Roxin (apud BRUTTI, 2010) esses pequenos furtos não devem ocupar o Direito Penal, mostrando ser desproporcional punir fatos irrisórios como o furto de uma caneta. Ainda segundo autor

"o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas a bens jurídicos". Propunha-se uma análise restritiva dos tipos penais, excluindo-se a conduta do tipo a partir da insignificante importância das lesões ou danos aos interesses sociais.

Entende-se da leitura de Andrade (2011), que tal princípio, desenvolvido pelo criminalista alemão Claus Roxin, objetiva facilitar ao aplicador da lei penal a exclusão do âmbito de incidência do Direito Penal em casos definidos como bagatelares. Em complemento, veja-se a definição de Luiz Flávio Gomes sobre o crime de bagatela:

> Infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante (GOMES, 2010, p. 21).

Como visto, crime de bagatela é assim denominado por sua insignificância no campo criminal. São incidentes criminais cuja conduta não tem o condão de lesar o bem jurídico tutelado, bem como, não causar risco a sua vitaliciedade, não devendo a matéria criminal ocupar-se com estes fatos de modo a não se sobrecarregar com matérias que outros ramos do Direito tem a possibilidade de disciplinar.

O princípio da insignificância não está regulado por nenhuma lei, nem mesmo foi expressamente previsto pela Constituição Federal, mas é uma construção jurídica e doutrinária, muito comum à sua utilização no ordenado penal, sobretudo nos casos de pequena potencialidade ofensiva. Ressalta Carvalho Neto (2011) que o princípio da insignificância extingue a tipicidade material da conduta, e é muito frequente o seu requerimento pelos membros do Ministério Público e por advogados para a extinção do processo.

Os tribunais de todo Estado, por muitas vezes têm permitido o uso do princípio da insignificância nas infrações patrimoniais, desde que sem violência. Afastando a sua incidência em outros tipos de condutas. Como Andrade em síntese esclarece:

> A aplicação de tal princípio não poderá ocorrer em toda e qualquer infração penal, tudo dependendo da análise do caso concreto, contribuindo em demasia, para tanto, a formação humanista e mesmo filosófica do responsável pela aplicação da norma penal, quem seja o juiz, quando da elaboração da sentença criminal em processos de sua competência. (ANDRADE, 2011)

Para uma melhor compreensão do princípio, AGUIAR (2004) assevera ser imprescindível avaliar, a tipicidade material. O crime pode ser definido como fato típico, antijurídico e culpável. O fato típico é dividido em tipicidade formal, que é o amoldamento do fato à norma, e a tipicidade material que é a conduta que provoca um prejuízo ou ameaça de lesão intolerável ao bem jurídico protegido. No entanto, se a conduta, ainda que tipicamente formal, atinge de maneira superficial o bem jurídico tutelado, não há que se mencionar a tipicidade material, transformando o comportamento em atípico, ou seja, indiferente ao Direito Penal e incapaz de gerar condenação ou mesmo de dar início à persecução penal. Para Luiz Flavio Gomes:

> O referido princípio terá aplicação no caso de puro desvalor da ação ou puro desvalor do resultado ou a combinação de ambos. É nesse sentido que se deve entender a jurisprudência atual, notadamente a do Supremo Tribunal Federal. Contudo, não é bem definida a incidência desses critérios na jurisprudência, posicionando-se, muitas vezes, de maneira confusa (GOMES, 2010, p. 23).

Em tom de arremate, Carvalho Neto (2011) dispõe que no Brasil, uma das justificativas mais recorrentes para o uso do princípio da insignificância está no excesso de processos que tumultuam o judiciário, se recomendando não ocupar o referido poder com delitos insignificantes. Contudo, tem se olvidado que as infrações mais graves surgem em

vários casos em virtude do descaso à repressão dos crimes menores, gerando a sensação de impunidade e o sentimento de fazer justiça por si mesmo.

A ilustrar a situação, pode-se nesse momento citar o noticiário que ocorreu nesta semana do mês de junho de 2017. Um jovem, após tentar furtar uma bicicleta, foi surpreendido por dois agentes que conheciam a vítima e impediu que acontece o resultado do crime. Como forma de punir o ato praticado, os dois agentes tatuaram na testa do autor da tentativa de furto os seguintes termos "eu sou ladrão e vacilão". Um crime supercialmente irrelevante de furto, tendo em vista não ter informação que permitam a conclusão sobre a condição da vítima, mas que foi punido arbitrariamente por civis, grife-se de forma totalmente extensiva, optando fazer justiça por vias particulares, o que é defeso no ordenamento jurídico.

8 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O princípio da insignificância e os crimes contra o sistema financeiro nacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 255, 19 mar. 2004. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/5000/o-principio-da-insignificancia-e-os-crimes-contra-o-sistema-financeiro-nacional >. Acesso em: 14 abr. 2017.

ANDRADE, Fábio Coutinho de. "Broken windows theory" ou teoria das janelas quebradas**. Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2811, 13 mar. 2011. Disponível em:< http://jus.uol.com.br/revista/ texto/18690/broken-windows-theory-ou-teoria-das-janelasquebradas>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRUTTI, Roger Spode. **O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do delegado de polícia.** Disponível em: <http://www.delegados.com.br/roger-spode-brutti/o-principio-dainsignificancia-frente-ao-poder-discricionario-do-delegado-depolicia.html>. Acesso em: 14 abr. 2017.

CARVALHO NETO, José Augusto de**.** A teoria da janela quebrada e a política da tolerância zero face aos princípios da insignificância e da intervenção mínima no direito brasileiro. **Boletim Conteúdo Jurídico**, Brasília, ano III, n. 143, 29 mai. 2011.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-da-janela-quebrada-e-a-politica-da-tolerancia-zero-face-aos-principios-da-insignificancia-e-da-interv,32244.html>. Acesso em: 14 abr. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Critérios determinantes do princípio da insignificância**. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em 17 jul. 2017.

_____. Funções da pena no direito penal brasileiro**. Jus Navigandi,** Teresina, a. 10, n. 1037, 4 mai. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8334>.Acesso em: 14 abr. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GUIMARÃES, Tiessa Rocha Ribeiro. O princípio da insignificância e a teoria das janelas quebradas: realidade brasileira**. Revista do Ministério Público de Goiás**, s/d. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_1/O%20principio%20da%20insignificancia%20e%20a%20teoria%20das%20janelas%20quebradas.pdf >. Acesso em: 14 abr. 2017.

HC 84.412, 2ª T., Celso de Mello, DJ 19.11.04. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3537037&tipoApp=RTF>.Acesso em: 14 abr. 2017.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no direito penal.** 1 ed., 3 reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

PRESTES, Cássio Vinicius D.C.V. Lazarri. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal.** São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

ENTRE O IDEAL E A PRATICA: UMA ANALISE DO PRINCIPIO DA CELERIDADE E SUA (IN) EFICIÊNCIA NO JUIZADO ESPECIAL CIVEL DE BOM JESUS DO ITABAPOANA -RJ

Otavio Pimentel Gomes[34]

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.099/95 dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, estes foram instituídos com o objetivo de alcançar um procedimento mais rápido, simples, econômico e sem inúmeras formalidades que a justiça comum tem. Visando satisfazer o direito de ação nos litígios sendo competente apenas nos casos de menor complexidade. Os juizados vieram para facilitar o acesso à justiça aos cidadãos que anteriormente não o tinham. Assim como todas as normas jurídicas, os juizados possuem princípios norteadores, dentre eles oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade e a auto composição, a presente pesquisa busca enfoque no princípio da celeridade, que como todos os outros está previsto no art. 2º da Lei 9.099/95.

O objetivo deste princípio é que os processos fluam com mais rapidez, tal princípio é um dos mais importantes dentro dos juizados especiais cíveis visto que busca satisfazer os interesses da forma mais rápida possível. O princípio da celeridade é eficaz por meio de algumas medidas como instauração imediata da audiência de conciliação, audiência única, não possibilidade de intervenção de terceiros, entre outros que impossibilitam condutas protelatórias.

[34] Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana;

O art. 5º, inciso LXXVIII, busca afastar toda e qualquer tentativa de paralização dos processos por muito tempo, visa garantir a todos que seus processos se concluam o mais rápido possível, buscando sempre a satisfação do interesse. Em analise fiel a redação dada pelo legislador, fica clara a instituição do princípio da celeridade, devendo ser obedecido de modo geral. Ao editar a lei 9.099/95 o legislador quis garantir a facilidade de acesso ao judiciário, e neste dispositivo legal ele deixa claro mais uma vez que tem como objetivo principal que os processos corram.

A celeridade é decorrente da competência de processar e julgar causas que tenham valores que não ultrapassem 40 e 60 salários mínimos para os Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais, respectivamente, e também para causas de menor complexidade, além de o rito sumaríssimo, ter trazido algumas inovações que validam a eficácia da celeridade processual, tais como a possibilidade de em determinadas causas o autor apresentar – se em juízo sem a presença de um advogado (causas com menos de 20 salários mínimos), não intervenção de terceiros, não possibilidade recursal das decisões interlocutórias, a concentração dos atos e a audiência una de conciliação, instrução e julgamento, entre outras inovações consoantes à Lei 9.099/95, a qual efetivou a real intenção do legislador constitucional ao instituir o artigo 98, inciso I, da Lei Maior.

Resta claro que a celeridade é importantíssima para combater a morosidade processual e como foi de extrema importância a criação dos Juizados Cíveis. O princípio vai além de ser uma simples regra, estabelece limitações, fornece diretrizes que fundamentam uma ciência e visam à correta compreensão e interpretação.

Muito se ouve falar que a justiça é lenta, que dependendo da situação não vale a pena reivindicar um direito, mas os Juizados Especiais tem por finalidade

auxiliar a justiça comum buscando por meio de um procedimento mais simples solucionar conflitos menos complexos em menos tempo do que normalmente se leva. Os procedimentos nos juizados especiais são menos formais, em determinados casos a parte pode requerer sem mesmo a presença de um advogado, podendo muitas vezes ser resolvido um conflito apenas com uma conciliação entre as partes.

O que se busca na pesquisa é saber se de fato o princípio da celeridade é uma ferramenta utilizada no Juizado Especial Cível de Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e se todos os cidadãos tem acesso à justiça de forma rápida e pratica, abordando a situação atual do juizado Especial Civil do município.

Pretende-se analisar as chamadas "ondas Capellettianas" e o que o autor diz sobre o acesso à justiça e sua fundamentalidade no processo histórico. Entender como se dá aproximação entre poder judiciário e a sociedade, um estudo sobre *Small Courts* e a Lei de Pequenas Causas, os antecedentes dos juizados especiais. Abordar o Juizado Especial como garantia constitucional, os critérios norteadores dos juizados e uma diferenciação entre a cultura acordista e conciliação. Será feita uma análise de campo para fim de conhecer o critério da Celeridade utilizado no período de 2014 – 2016 e verificar por fim qual a realidade do JEC de Bom Jesus do Itabapoana/RJ.

2 TEMA

É fato que a cultura processual brasileira é tradicionalmente adversarial, ou seja, pauta-se no ideal da prolação de sentença como um instrumento apto a resolver, em termos formais, a dinâmica conflituosa social. ocorre, porém, que o pronunciamento sentencial, por vezes, é incapaz de, factualmente, promover a

cidadania, o empoderamento e o amadurecimento dos envolvidos no litígio acerca do ponto intermediário capaz de resolver a lide. Neste aspecto, o Juizado Especial Cível, desde sua gênese, ambiciona, por meio do diálogo e do empoderamento dos indivíduos, assegurar a superação do conflito, a partir de critérios peculiares, atingindo parcela considerável da sociedade, dentre os quais: celeridade, oralidade e simplicidade. Desta feita, edifica-se como tema: **ENTRE O IDEAL E A PRATICA: UMA ANALISE DO PRINCIPIO DA CELERIDADE E SUA (IN) EFICIÊNCIA NO JUIZADO ESPECIAL CIVEL DE BOM JESUS DO ITABAPOANA –RJ**

3 PROBLEMÁTICA

No Juizado Especial Cível de Bom Jesus do Itabapoana-RJ o princípio da Celeridade é aplicado de forma que todos os cidadãos tenham acesso à justiça de forma rápida, prática e eficiente?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Abordar a situação atual do Juizado Especial Cível de Bom Jesus do Itabapoana-RJ diante do princípio da celeridade.

4.2 Objetivos Específicos

- Analisar o que dispõem a Lei nº 9099/95, como instrumento de efetivação do acesso à Justiça, sobre os juizados especiais cíveis;

- Discorrer sobre o princípio da celeridade no microssistema dos Juizados Especiais Cíveis;
- Verificar a eficiência do princípio da celeridade na realidade do Juizado Especial Cível bom-jesuense;
- Comparar os fatos apontados com a legislação em vigor e delinear a (in)eficiência na promoção do acesso à justiça.

5 HIPÓTESE

- O princípio da celeridade tornou-se ineficaz diante da grande demanda da cidade, mas tem-se tentado ao máximo atender a todos os cidadãos que necessitam dessa ferramenta.

6 JUSTIFICATIVA

Os juizados especiais foram criados para assegurar maior fluxo de tramitação de processos no Poder Judiciário que a cada dia vem sendo mais procurado. Com a finalidade de trazer mais celeridade aos processos que são menos complexos, o legislador instituiu a lei 9099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, visando satisfazer o direito de ação nos litígios. Neste sentido, os Juizados Especiais se apresentam como instrumentos proporcionadores de acesso à justiça a parcela considerável da população, tendo em vista assegurar um ambiente democrático, de linguagem, em teoria, desprovida do hermetismo jurídico tradicional e isenção de custas durante a tramitação perante o 1º grau de jurisdição.

Neste ambiente, a ideia de um processo que se desenvolve sob a flâmula da celeridade se apresenta como *conditio sine qua non* para se alcançar a *mens legis* da Lei instituidora do Juizado Especial Cível (JEC). Ora, os processos que tramitam em tal microssistema reclamam uma dinâmica peculiar, pautada na figura conciliação, ou seja, no diálogo como agente de promoção primordial para amadurecimento e responsabilização dos envolvidos na demanda. Trata-se, portanto, de mecanismo que exaspera a rigidez jurisdicional tradicional pautada na figura do juiz. Nesta linha, pensar o JEC é pensar mecanismos mais contemporâneos de condução do conflito, voltando-se para a necessidade de se refletir sobre a presença da sentença como instrumento capaz de resolver, de fato, a lide, o problema, a celeuma, com maior rapidez e com prestação jurisdicional de qualidade.

A presente pesquisa tem como fim entender como funcionam os trâmites nos juizados especiais, o que torna este mais rápido, se realmente são mais rápidos, como pode um cidadão de pouco conhecimento jurídico chegar ao juizado e se diante da realidade social bom-jesuense todos tem o mesmo acesso ao judiciário.

7 REVISÃO DE LITERATURA

No que se refere a acesso a Justiça, Cappelletti e Bryant trazem o seguinte conceito em sua obra Acesso à Justiça de 1988:

> O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais "Burgueses" dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos

> direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um "direito natural", os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros [...] (CAPPELLETTI; BRYANT, 1988, p.9).

A partir desse conceito, pode-se afirmar que é e sempre foi necessário o reconhecimento de tal direito como Direito Fundamental, nestes termos, para o efetivo reconhecimento do acesso à justiça serão analisadas as "ondas Cappellettianas". Verifica-se que o acesso à justiça é ponto que deve ser tratado de modo eficaz, a julgar por dever ser concebido de forma efetiva e material perante as pessoas. Os autores mencionados determinam que houve um despertar de interesse em torno do acesso efetivo à justiça, resultando em cronológicas mudanças em "3 ondas" tendo início em 1965.

A primeira onda é voltada para a assistência jurídica prestada aos pobres. Razoes como o elevado valor das custas processuais, falta de informação sobre o que é direito da pessoa e falta de um advogado que represente dificultam o acesso dos menos afortunados ao judiciário. Sob esta ótica Cappelletti a existência de três modelos jurídicos importantes referentes a assistência jurídica aos que não possuem muitos recursos financeiros.

O primeiro modelo é denominado "Sistema judicare". Segundo ele foi a maior reforma voltada a assistência gratuita, teve início na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.35), consiste na contratação de advogados pelo Estado para prestar serviço de assistência jurídica aos pobres. Tem como objetivo conceder a mesma qualidade jurídica aos cidadãos que não podem arcar com o ônus de um advogado, diante deste método surge uma crítica no sentido de que não é extensiva a todos os

tribunais especiais e principalmente à pretensão dos direitos de terceira dimensão, quais sejam, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, muito embora tenha alcançado um bom número de indivíduos de baixa renda ao longo dos anos.

Cappelletti, ainda dentro da primeira onda, estabelece um segundo modelo, referente ao "advogado remunerado pelos cofres públicos" (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.39-43). Nesse sistema escritórios localizados nas proximidades das comunidades necessitadas, prestavam assistência jurídica ultrapassando os limites do sistema anterior, vez que objetiva atender as demandas de modo que a comunidade se conscientize a respeito dos seus direitos, atuando em nome da comunidade enquanto classe. Uma desvantagem desse sistema é a possível perda dos atendimentos individuais posto que se prestava o serviço em nome da comunidade por meio de casos-teste, outra grande incongruência é o fato dos serviços dos escritório serem financiados pelo governo e grande parte das demandas combaterem várias políticas estatais. Países como Suécia e a Província Canadense de Quebeque optaram por aplicar os dois modelos o que contribui para o aperfeiçoamento dos sistemas de acesso à justiça. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.43-47)

A segunda onda é de singular importância visto que tem foco na representação dos interesses difusos e de grupos, ao contrário da primeira onda que tinha foco na assistência aos pobres. O caráter individualista do processo limitava muito a representação dos interesses dos grupos por falta de adequados instrumentos jurídicos. Criou-se então um mecanismo para viabilizar os direitos difusos de maneira que os processos acompanhassem uma linha de coletividade que envolvem uma camada maior de sujeitos tutelados numa mesma ação. Esta onda, da mesma maneira que a primeira encontrou dificuldades, de um lado o

Estado estava despido de legislação que fosse voltada para a garantia dos interesses difusos e de outro o Ministério Público não estava preparado para lidar com o grande aumento de tais conflitos. A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

A "terceira onda", mais recente, busca dar enfoque à efetivação desse acesso, busca-se agora formas alternativas e uma maior desburocratização do acesso ao judiciário criando novas formas de resolução de conflitos. Através dela é incluído os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, pois representa a tentativa de desobstruir as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Uma das principais linhas desta terceira onda está em disponibilizar representação para todos os tipos de direitos, quer sejam individuais, coletivos, difusos, privados, públicos ou de tutelas de urgência, suprimindo todas as lacunas até então existentes. Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, essa visão:

> [...] encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicia (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.67).

O Brasil passou pelo processo de reconhecimento do acesso à justiça com a instituição da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 que estabelece as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados e, mais de quarenta anos após, com a instituição da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos

Territórios, por meio da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994. Atualmente, a Constituição Federal de 1988, determina a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos conforme texto que está inserido no catálogo dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente nos incisos LXXIV e LXXVII do artigo 5.º.

No mesmo dispositivo legal a Defensoria Pública foi consagrada no artigo 134 da Constituição como "instituição essencial à função jurisdicional do Estado" e, por ser uma garantia institucional, não pode ser suprimida do ordenamento jurídico. Com o advento da Lei 9.099/95 foi reafirmado pelo legislador, que ora tinha determinado o acesso à justiça como direito fundamental do cidadão no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que todos tem direito ao acesso ao judiciário de maneira rápida e prática. Tendo os processos como orientação os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. (art. 2 da Lei nº 9099/95)

Nos Juizados Especiais Cíveis é possível a visualização do intuito do legislador em possibilitar processos mais céleres em comparação ao procedimento comum. Isso pode ser melhor visto, dentre tantos outros, na possibilidade de conversão da sessão de conciliação em audiência de instrução e julgamento, na diminuição de alguns prazos processuais como na interposição de recursos, no registro do pedido podendo ser de forma oral na Secretaria dos Juizados, ocasião em que já será designada audiência de conciliação; e na dispensa do relatório na sentença; na tutela antecipada que, conquanto não seja prevista na Lei, é cabível no processo dos Juizados Especiais Cíveis, vez que se trata de mecanismo de aceleração da entrega da prestação jurisdicional (CÂMARA, 2008).

A existência de microssistemas jurídicos, como os juizados especiais que objetivam aproximação do Judiciário com a população por meio de procedimentos informais, rápidos e com custos mais baixos para a solução de conflitos sociais, indica a possibilidade de incrementar, acima de tudo, a democracia (CUNHA, 2008). É claro que não é a solução para todos os problemas sociais, mas visa atenuar as desigualdades profundamente injustas que caracterizam a estrutura econômica da sociedade brasileira, viabilizando a efetividade ao acesso do cidadão à justiça.

Visando verificar a efetividade dos Juizados Especiais em Bom Jesus do Itabapoana/RJ será analisado o critério da Celeridade, pois este é tido como pilar dos Juizados Especiais. Esse princípio traz a característica fundamental dos atos instituídos neste procedimento. Elpídio Donizetti define o Princípio da Celeridade da seguinte forma:

> Celeridade significa que o Processo deve ser rápido, e terminar no menor tempo possível, por envolver demandas economicamente simples e de nenhuma complexidade jurídica, a fim de permitir ao autor a satisfação quase imediata do seu Direito. (DONIZETTI, 2012, p. 448)

Para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, vale dizer que a importância deste princípio vai além:

> Celeridade e concentração significam na prática a mesma coisa, e da primeira cumpre dizer que tem dupla importância no sistema criado pela Lei das Pequenas Causas.[...], é um importante fator para o pleno funcionamento do Processo oral, sem distâncias entre os atos do procedimento e aproveitando-se ao vivo as impressões que a imediatidade entre Juiz, partes e testemunhas grava no espírito do julgador.[...], a Celeridade é indispensável para o eficaz cumprimento da missão pacificadora do Poder Judiciário e do escopo de dirimir litígios, que justifica a própria jurisdição em mãos do Estado. Importa eliminar com a maior rapidez possível os conflitos envolvendo pessoas na

> sociedade, que constituem fermento de insatisfação individual e instabilidade social. Essa idéia, aliás, está ligada à própria justificação do Juizado e do Processo das pequenas causas, instituídos com a finalidade de absorver todos os conflitos que perturbam a vida social e dar-lhes rápida solução. (CARNEIRO, 2000, p. 68).

As características acima mencionadas fundamentam o emprenho do legislador em impedir que os prazos sejam dilatados, impedindo assim que sejam cabíveis qualquer meio de incidentes que protelem o julgamento, garantindo a todos a duração razoável do processo e neste sentido em tempo hábil e de maneira eficaz e segura. Não basta apenas saber o direito, é necessários a resolução de conflitos em tempo hábil para que o exercício do direito seja eficaz. A ideia de um processo com menos procedimentos e menos complexo é para que ao final da demanda o resultado seja útil.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. **Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.** Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária dos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244impressao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. **Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984.** Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244impressao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas, **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais:** Uma Abordagem Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. NORTHFLEET, Ellen Gracie (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. **Acesso à Justiça**. NORTHFLEET, Ellen Gracie (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. **Acesso a Justiça:** juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira, **Juizados Especial Criação, Instalação, Funcionamento e a Democratização do Acesso à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SOB A ESPADA DE DÁMOCLES: UMA ANÁLISE DO LIVRE CONSENTIMENTO CONTIDO NO ART. 4º DA LEI Nº 9.434/97 X O ART. 14 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Pâmella do Carmo Silva[35]

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa pretende abordar o conflito de legalidade acerca da legitimidade para a concessão ou recusa do consentimento nas doações de órgãos e/ou tecidos quando o indivíduo já veio a óbito. Entretanto, para tanto, será abordado questões básicas inerentes ao campo da Bioética, assim como do Biodireito, uma vez a temática proposta se relaciona com estas áreas, além da observação do Código Civil, especificamente o artigo 14, dos preceitos constitucionais relativos básicos e da própria lei especial nº 9.434/97.

Feita a abordagem dos conceitos básicos necessários, analisar-se-á a lei especial supracitada sob o prisma dos preceitos bioéticos e do biodireito, relacionando-os aos direitos fundamentais. Por derradeiro, após a construção dos conceitos necessários para que se enfrente a problemática, analisar-se-á o próprio conflito, tema desta pesquisa, a fim de que se possa responder a questão proposta, se possível.

[35]Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, 9º Período, pamellacs@outlook.com;

2 TEMA

O tema escolhido para a confecção desta pesquisa é derivado da relação entre o Código Civil, a Constituição Federal, a Lei infraconstitucional de nº 9.434/97 e a Bioética. A importância da doação de órgãos e tecidos é inegável, contudo a legitimidade para a doação *pos-mortem* é legalmente conflitante, desta senda, será abordado a questão de legitimidade para consentir nas doações de órgãos e tecidos após a morte.

3 PROBLEMÁTICA

A problemática que norteia esta pesquisa e que se pretende responder, versa sobre a própria legitimidade. Sendo assim, esta se exprime como: Quem é o legítimo para consentir ou não a doação de órgãos e/ou tecidos após a morte, a família ou o próprio *de cujus*?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

O objetivo geral desta pesquisa é:

Analisar o conflito de legitimidade para consentir nas doações de órgãos e/ou tecidos que difere do art. 4º do Código Civil de 2002 para a Lei especial nº 9.434/97; e Enfrentar o mérito do conflito de legitimidade na tentativa de obtenção de resposta para a problemática proposta..

4.2 Objetivos Específicos

Os objetivos específicos se desdobram em:

- Analisar conceitos básicos sobre Bioética;
- Abordar preceitos básicos sobre Biodireito;
- Revisar o consentimento da Lei nº 9.434/97 em relação aos preceitos Bioéticos e do Biodireito;
- Enfrentar a questão do conflito legal de legitimidade para consentir a partir da construção de ideias propostas pelos argumentos anteriores.

5 HIPÓTESES

As hipóteses encontradas acerca da problemática em tela se dividem em duas, sendo as estas:

- Hipótese 01: O consentimento da família possui caráter suplementar, ou seja, caso o *de cujus* não deixe manifestação de vontade sobre uma possível doação de órgãos e/ou tecidos, a família será legitimada para consentir ou não.

- Hipótese 02: O consentimento por ser direito personalíssimo, é inerente ao próprio indivíduo, portanto, não cabe a família qualquer forma de intervenção independente de manifestação deixado pelo possível doador ou não.

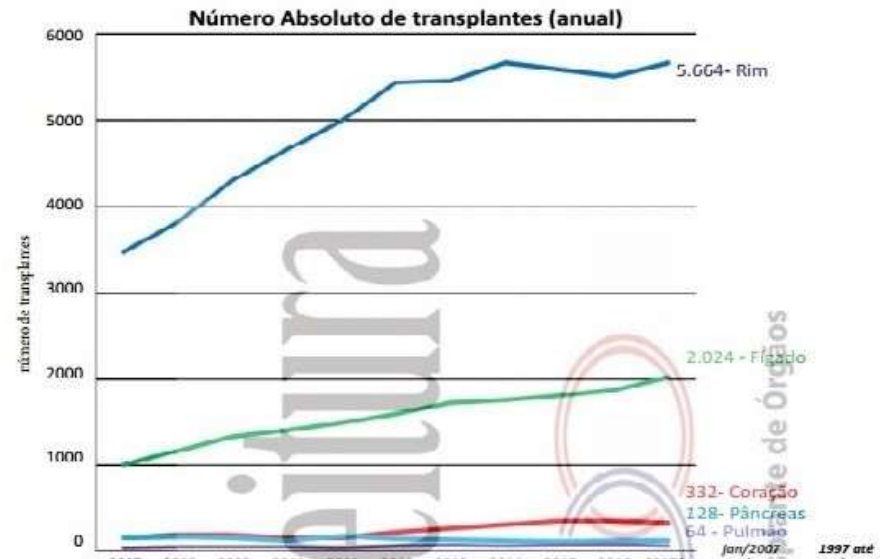
6 JUSTIFICATIVA

A questão de transplante de órgãos e/ou tecidos é algo evidentemente benéfico ao ser humano, contudo ainda pouco compreendido pelas pessoas. A doação de órgãos ou tecidos pode prolongar e muito a vida de uma pessoa que sofre de determinadas debilidades, aumentando sua qualidade de vida. Contudo, esta prática é ainda pouco adotada pela população, sendo que nas últimas décadas o número de doadores e de transplantes realizados têm subido. Nesta linha de visada, em 2016 o número de doadores efetivos cresceu para 2.983 doadores, representado por uma taxa de 14,6 PMP (por milhão da população), sendo 5% maior que em 2015 (PORTAL BRASIL, 2017). Insta salientar, ainda, que houve significativo crescimento na doação de órgãos, conforme explicação a seguir:

> Entre 2010 e 2016, houve aumento de 19% no número geral de transplantes, com destaque para quatro órgãos, além do coração: rim (aumento de 18%, passando de 4.660 para 5.492 transplantes); fígado (aumento de 34%, passando de 1.404 para 1.880); medula óssea (crescimento de 39%, saltando de 1.695 para 2.362); e pulmão (crescimento de 53%, passando de 60 para 92). (PORTAL BRASIL, 2017, s.p.)

Segundo dados estatísticos da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO), é claro este crescimento. Principalmente em relação à doação de órgãos como o coração, o fígado e o rim. O número de transplantes destes órgãos aumento desde 2007 até 2016, respectivamente, de 161 a 357, de 1.008 à 1.881, de 3.475 à 5.512, conforme dados estatísticos fornecidos pela ABTO, a seguir:

Número anual de Transplantes de 2007 até março/2017



	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017*	jan/2007 mar/2017	1997 até mar/2017
Coração	161	201	201	166	160	228	271	311	353	357	83	2.492	4.158
Fígado	1008	1177	1334	1413	1496	1600	1722	1757	1809	1881	506	15.703	22.442
Pâncreas	163	174	160	133	181	153	143	128	120	134	32	1.521	2.747
Pulmão	46	53	59	61	49	69	80	67	74	92	16	566	1.051
Rim	3475	3823	4298	4662	4993	5435	5464	5657	5590	5512	1.416	50.325	83.334

2017* gráfico com projeção anual

Fonte: Portal Brasil, 2017.

Contudo, apesar do crescimento do número de doadores e de transplantes, nos casos em que o doador já faleceu são mais complexos. Segundo Guilherme Justino (2016), o consentimento pertence a família, o que, as vezes, obsta uma doação, portanto independentemente de ser definida pelo doador, deverá ser encargo da família decidir. Justino (2016, s.p.) ainda explica que "em meio ao sofrimento da perda, permitir à equipe médica que retire partes do corpo, como coração, pulmão e fígado, pode ser difícil. Por isso, é importante que quem pretende ser doador na morte informe seu desejo aos familiares".

Partindo desta premissa, Pessoa, Schirmer e Roza (2013) defendem que o que motiva a negativa familiar quanto ao consentimento para transplante *post mortem* se referem ao fato de não compreenderem o diagnóstico da morte

encefálica, devido a questões religiosas ou do despreparo do profissional que realizou a entrevista. Segundo Flávia Villela (2017), o ministro da saúde Ricardo Barros disse que 40% das famílias se recusam a fazer doação de órgãos ou tecidos de parentes falecidos, então, para que se reduza a fila de espera são feitas campanhas de conscientização para que as família autorizem a doação de órgãos, facilitando a regulação da legislação desta questão. Desta senda, segundo Justino (2016), Valter Duro Garcia, coordenador de transplante da Santa Casa de Porto Alegre, critica a falta de um registro válido:

> A decisão é da família após a morte. É isso o que diz a nossa legislação sobre o transplante. No mundo, trabalha-se com o consentimento informado, como é aqui no Brasil, e o consentimento presumido, em que há um registro de não doadores. Mas mesmo países que adotam um sistema como o nosso poderiam se beneficiar de um registro de doadores que tenha validade. Porque, aí, a decisão passa a ser da pessoa, em vida (BARROS, s.d., s.p. *apud* JUSTINO, 2016, s.p.)

Desta feita, a taxa de aceitação familiar quanto a doação de órgãos foi de 56% no primeiro semestre de 2016, logo, 44% das famílias, ou seja, quase metade, ainda rejeita a doação de órgãos de uma pessoa com morte encefálica (PORTAL BRASIL, 2016). Contudo, ainda assim, o Brasil é o país com menor taxa de recusa familiar entre os maiores transplantadores da América do Sul, quais são: Argentina (49%), Uruguai (47%) e Chile (52%) (PORTAL BRASIL, 2016). Em outras palavras, apesar dos números de doadores e, consequentemente, doações, aumentarem, estes poderiam ser ainda maiores se as famílias fossem mais adeptas da prática do transplante de órgãos ou tecidos e consentissem esta doação.

Decerto, é relevante a questão do consentimento familiar nas doações de órgãos e/ou tecidos após a morte, visto que, segundo argumentos supracitados, este serve, muitas vezes, como óbice a autorização para doação mesmo em casos

nos quais o doador, ora falecido, se manifestou em vida a favor da doação e, mesmo assim, a família decide por não consentir desrespeitando sua vontade e a sua autonomia ao dispor do seu próprio corpo.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Para que se alcance a compreensão do tema proposto, bem como se encontre respostas a problemática em questão, faz-se necessário a construção de conceitos básicos fundamentais ao entendimento das questões incidentais relativas ao consentimento, transplante de órgãos e/ou tecidos, assim como as disciplinas a estes referentes. Desta feita, será abordado a seguir os conceitos básicos segundo doutrinadores respeitados na área.

Inicialmente, deve-se conceituar transplante. Segundo Lima (2012, p. 28), o transplante "pressupõe a extração de órgãos 'vivos' de corpos humanos sem vida (doador). No caso dos indivíduos em morte encefálica, seus órgãos substituirão os órgãos ineficientes de outra pessoa (receptor)". Contudo, Maria Helena Diniz (2009, p.326) define transplante como "a amputação ou ablação de órgão, com função própria, de um organismo para ser instalado em outro e exercer as mesmas funções". Em outras palavras, o transplante nada mais é que a extração de um órgão ou tecido de um organismo, vivo ou morto, e sua implantação em outro organismo, ou seja, em outro indivíduo, para que exerça as funções que lhe cabem de maneira a prolongar a vida deste.

Contudo, para que a doação e, consequentemente, o transplante, seja possível, se deve obter o consentimento da pessoa legitimada para tal. O ato de consentir se exterioriza através do consentimento informado, este sendo princípio bioético. Por isso, insta salientar que GOLDIM (2006, p. 91) define Bioética como

"Bioética é uma reflexão compartilhada, complexa e interdisciplinar sobre a adequação das ações que envolvem a vida e o viver". Ainda nesta mesma linha de visada, Bioética é conceituada por Barchifontaine como súplica por uma recuperação específica, sendo esta:

> [...] a recuperação da dignidade da pessoa humana em face aos progressos técnico-científicos na área da saúde, bem como em face às condições de vida socioeconômico-políticas, através de um diálogo multiprofissional, multidisciplinar e pluralista. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1996, p.164)

Logo, a Bioética nada mais é que "o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar" (ENCICLOPÉDIA DE BIOÉTICA, 1995, XXI *apud* DINIZ, 2008, p.10). Desta senda, vislumbra-se que essa se preocupa em discutir as questões complexas da área da saúde com debates multidisciplinares preocupando-se com a moral e a ética humanas. Partindo desta premissa, é sabido que a Bioética possui como princípios básicos a tríade bioética, sendo esta composta pelos princípios da autonomia da vontade, beneficência (e não-maleficência) e justiça, havendo, ainda o princípio do consentimento informado, sendo este de relevância indubitável para este projeto, devendo, portanto, ser explanado.

Consentimento, segundo o Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa (AURÉLIO, 2017, s.p.), define-se como "1 - Dar licença; 2 – Permitir; 3 – Tolerar; 4 – Admitir; 5 - Dar consentimento; 6 – Concordar; 7 – Anuir". Neste sentido, o consentimento se subdivide em consentimento presumido e informado. O primeiro parte da presunção de que toda pessoa é doadora, salvo manifestação contrária em documento de identificação, sendo que esta "abordagem possibilita

que as equipes de saúde retirem os órgãos de cadáveres, no momento da morte, aumentando, assim, as chances de sucesso no transplante" (GOLDIM, 2001, s.p.). Esta modalidade de consentimento foi adotada pelo Brasil na primeira edição da Lei nº 9.434/97, legislação especial sobre transplantes e doação de órgãos, sendo fortemente criticada por juristas por violar os direitos da personalidade, bem como o princípio maior da dignidade da pessoa humana. Isto posto, Thais Gomes (2015, s.p.) explana que:

> Em fevereiro de 1997 foi aprovada a Lei 9.434, que revogou a anterior (8.489/92), ocasionando uma grande polêmica, porque se a pessoa não manifestasse em seus documentos que não era doador, após a morte, subentendia-se que se tratava de um doador, então órgãos e partes do corpo poderiam ser extraídos. Levando-se em consideração que uma parte da população não tem acesso a essas informações é notável a falha nessa lei. (GOMES, 2015, s. p.)

Por conseguinte, como forma de se solucionar a contradição desta legislação específica com princípios constitucionais, esta foi alterada posteriormente, e, atualmente, se adota o consentimento informado como modalidade de consentimento relacionada as doações e transplantes de órgãos e/ou tecidos (GOMES, 2015). Sendo assim, conforme preceitua Luiz Henrique Magacho Volu, Clarisvan do Couto Gonçalves, Mariana Fabiano Moura Volu e Stela Marcia da Silva Carlos e Camilo (2015, s. p.), o consentimento informado se trata "de uma manifestação do paciente de que compreende o tratamento a ser realizado, seus riscos e possibilidades e consente com sua efetivação". Em outras palavras, Clotet (2006) leciona que esta forma de consentimento não seria apenas uma doutrina legal, bem como uma espécie de direito moral dos pacientes que imputa obrigações também morais aos médicos responsáveis. Destarte, insta salientar que esta transição jurídica do consentimento presumido para o informado se deu em

conformidade com novas áreas de estudo, conforme defende Thais Gomes, a saber:

> Deve-se perceber que tal mudança no quadro jurídico, onde antes presumia-se que todos eram doadores caso não houvesse manifestação contrária, para o quadro em que hoje nos encontramos, onde a família deve autorizar a retirada dos órgãos, deve-se à evolução da bioética e do biodireito, onde tal mudança ocorre para garantir o cumprimento de seus princípios, nesse caso em questão, o consentimento da família veio para garantir principalmente o princípio da autonomia, onde o profissional deverá respeitar a vontade do paciente e de seus representantes. (GOMES, 2015, s. p.)

Em vista disso, deve-se abordar, também, a conceituação de Biodireito, ramo este recente no Direito Brasileiro. Dessarte, Barboza (2000, p. 212) traz a definição a qual "o Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina". Ainda nesta mesma linha de raciocínio, Tavares e Franco (2010) conceituam Biodireito como um ramo jurídico responsável por regular as questões vinculadas as práticas medicinais e científicas relacionadas a existência humana. Um dos princípios norteadores do Biodireito, e o mais importante dentre eles, é o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso na Carta Magna no art. 1º, inciso III. André Gustavo Corrêa de Andrade caracteriza a dignidade da pessoa humana como:

> Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades sócio-culturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais. A dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção. (ANDRADE, s. d.)

Então, a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar do Estado Brasileiro Democrático de Direito, servindo como parâmetro para os demais princípios constitucionais ou infraconstitucionais, fundamentando-se na premissa de que a dignidade é valor universal, não podendo ser precificada, mesmo mediante as diferenças físicas, psicológicas, econômicas, culturais dentre outras, por ser inerente a natureza humana, vez que possuem as mesmas necessidades (SILVA; SANTOS, 2016, s. p.). Portanto, a dignidade da pessoa humana engloba os direitos da personalidade, vez que mantém estreita relação com requisitos subjetivos inerentes ao próprio sujeito de direitos.

Decerto, Júlio Morales Oliveira (2013, s. p.) expõe que "os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa humana capazes de garantir um mínimo necessário e fundamental à uma vida com dignidade", ou seja, são direitos inerentes a própria pessoa que visam garantir o mínimo essencial para uma vida com dignidade. Contudo, Daniela Vasconcelos Gomes (2010, s. p.) alude alegando que o objetivo destes é salvaguardar direitos imprescindíveis à integridade e dignidade da pessoa. Assim, Pontes de Miranda leciona (MIRANDA, 2000, p. 216 *apud* GOMES, 2010, s. p.) sobre a temática: "o direito de personalidade, os direitos, as pretensões e ações que dele se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis. São direitos irradiados dele os de vida, liberdade, saúde (integridade física e psíquica), honra, igualdade". Por conseguinte, tanto os direitos da personalidade, como o próprio princípio da dignidade da pessoa humana são parâmetros para o Biodireito, e consequentemente, para a concessão ou não de consentimento em relação a doação de órgãos e/ou tecidos, bem como a definição dos legitimados para tal.

Por derradeiro, deve-se ressaltar que os direitos da personalidade se extinguem com a morte, logo, não devem ser confundidos com o direito funerário,

ou seja, direito do cadáver. Este pode ser caracterizado como o conjunto de normas esparsas que visam regular as consequências jurídicas provenientes do fato jurídico morte. Então, estes direitos se iniciam no velório e se estendem, conforme induz Jeferson Botelho Pereira, a saber:

> Espalham-se as normas regulando direitos sobre o cadáver, sepulturas e cemitérios, sepultamento e cremação de cadáveres, remoção e trasladação de corpos, legislação municipal sobre cemitérios, crimes contra o sentimento de respeito aos mortos, serviços funerários, registros de óbitos e outros correlatos. São normas de direito civil, administrativo, tributário, penal, processo penal, medicina legal, saúde pública, todas atuando sem a sintonia necessária para se estabelecer a tão sonhada segurança jurídica. (PEREIRA, 2011, s. p.)

Entretanto, quando se fala sobre direitos no âmbito das doações e transplantes de órgãos, devem-se considerar os direitos de personalidade e não do cadáver. Assim sendo, se os direitos da personalidade são inerentes ao próprio sujeito, como pode outro indivíduo dispor do corpo de uma pessoa? Assim se dá o consentimento para doação de órgãos após a morte. Todavia, Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira explica a fundamentação para a possibilidade de extensão desta disponibilidade aos familiares do *de cujus*:

> É no conceito de morte civil dado por Gomes que encontramos a legitimidade da família para manifestar em nome de seu familiar falecido. No contexto atual, no qual cintila a dignidade da pessoa humana, deve ser compreendida como uma metáfora que se designa a perda ou a impossibilidade jurídica de se exercer direitos por parte de quem tenha cometido certos atos. A despeito de a pessoa ficar impossibilitada de exercê-los, não perde sua personalidade para os demais atos da vida civil. (GOMES, 2006). Diante do exposto é perceptível que a morte traz somente o fim da pessoa e não de seus direitos. Consecutivamente, em prol da efetivação da dignidade da pessoa humana, são estendidos à família todos os atos que digam respeito ao de cujus (OLIVEIRA, 2013, s.p.).

Desta forma, os familiares serão os legitimados para consentirem a respeito da doação de órgãos e/ou tecidos não devendo a manifestação de vontade ser entendida como deliberação do próprio indivíduo, mas sim em prol deste a fim de que seja preservado sua honra e dignidade (OLIVEIRA, 2013, s. p.). Leônidas Oliveira (2013) ainda salienta que a legitimação da família para concessão de autorização ou recusa frente a doação de órgãos e/ou tecidos está em pleno acordo com os ditames da legislação civil pátria, com a ordem pública e bons costumes de modo que extingui-la do ordenamento jurídico brasileiro poderia resultar no risco de comercialização, o que contraria a Lei Maior de 1988. Ante ao exposto, induz-se que a questão da legitimação para consentir em doações de órgãos e/ou tecidos após a morte é complexa, sendo ainda controversa no âmbito doutrinário e conflitante até mesmo dentro do próprio ordenamento jurídico vigente, merecendo destaque.

8 REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O Princípio Fundamental da Dignidade 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: 11 jun 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. **Registro Brasileiro de Transplantes**, a. 23, n. 1, 2017, p. 01-30. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2017/2017_leitura_1T.pdf>. Acesso em: 11 jun 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. **Rev. Bioética**, s. l., v. 8, n. 2, p. 209-216, 2000. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276> Acesso em: 13 fev. 2017.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e Reprodução Medicamente Assistida**.** In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996. p. 164-176.

BRASIL. **Portal Brasil:** Apenas a família pode autorizar a doação de órgãos de parente (2016). Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2016/09/apenas-a-familia-pode-autorizar-a-doacao-de-orgaos-de-parente>. Acesso em: 11 jun 2017.

_____. **Portal Brasil**: Número de brasileiros doadores de órgãos bate recorde em 2016 (2017). Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2017/03/numero-de-brasileiros-doadores-de-orgaos-bate-recorde-em-2016>. Acesso em: 11 jun 2017.

CLOTET, Joaquim. **Bioética**: Uma aproximação, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=OZdSHB-5vI4C&pg=PA96&lpg=PA96&dq=n%C3%A3o+%C3%A9+apenas+uma+doutrina+legal,+mas+%C3%A9+um+direito+moral+dos+pacientes,+que+gera+obriga%C3%A7%C3%B5es+morais+para+os+m%C3%A9dicos&source=bl&ots=BTnB-Hs-8g&sig=IMNfOO2sl99bgGawIXZcZAatVgM&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwig5Pi9j7rUAhWJUZAKHezZAoYQ6AEIPjAF#v=onepage&q=n%C3%A3o%20%C3%A9%20apenas%20uma%20doutrina%20legal%2C%20mas%20%C3%A9%20um%20direito%20moral%20dos%20pacientes%2C%20que%20gera%20obriga%C3%A7%C3%B5es%20morais&f=false>. Acesso em: 11 jun 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O Estado atual do Biodireito**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOLDIM, José Roberto. Bioética: Origens e Complexidade. **Rev. HCPA**, v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006. Disponível em: <http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/origens%20e%20complexidades.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. **Consentimento presumido para doação de órgãos**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/trancpre.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Algumas considerações sobre os direitos da personalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 80, set 2010. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8264>. Acesso em 11 jun. 2017.

GOMES, Thais. Doação e transplante de órgãos: A interpretação jurídica da lista de espera à luz dos princípios da bioética. **Jusbrasil:** portal eletrônico de notícias, 2015. Disponível em: <https://thaitaa.jusbrasil.com.br/artigos/186156152/doacao-e-transplante-de-orgaos>. Acesso em: 11 jun 2017.

JUSTINO, Guilherme. **Entenda a importância da doação de órgãos**. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/vida/noticia/2016/11/entenda-a-importancia-da-doacao-de-orgaos-gesto-que-pode-salvar-vidas-8252198.html>. Acesso em: 11 jun 2017.

LIMA, Adriana Aparecida de Faria. Doação de órgãos para transplante: conflitos éticos na percepção do profissional. **Rev. O Mundo da Saúde**, São Paulo, v. 36, n. 1, p. 27-33, 2012. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/artigos/mundo_saude/doacao_orgaos_transplante_conflitos_eticos.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2017.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. Direitos da personalidade, bioética e biodireito: Uma breve introdução. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 14, n. 111, abr. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13089&revista_caderno=6>. Acesso em jun 2017.

OLIVEIRA, Leônidas Meireles Mansur Muniz de. Autonomia da vontade e a doação de órgãos: uma discussão acerca da classificação da doação post-mortem. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 18, n. 3.716, 3 set. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25212/autonomia-da-vontade-e-a-doacao-de-orgaos>. Acesso em: 11 jun. 2017.

PEREIRA, Jeferson Botelho. Aspectos Gerais sobre o Direito funerário: necessidade de codificação em prol da segurança jurídica. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 16, n. 2.887, 28 mai. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19204/aspectos-gerais-sobre-direito-funerario>. Acesso em: 11 jun 2017.

PESSOA, João Luis Erbs; SCHIRMER, Janine; ROZA, Bartira de Aguiar. Avaliação das causas de recusa familiar a doação de órgãos e tecidos. **Rev. Acta Paulista de**

Enfermagem (versão online), São Paulo, v. 26, n. 4, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002013000400005>. Acesso em: 11 jun. 2017.

SCHNEIDER, Giselda Siqueira da Silva. A bioética latino-americana: história e distinções ante a diversidade cultural e a religiosidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 17, n. 126, jul. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15020>. Acesso em jun 2017.

SIGNIFICADO de Consentimento. **Dicionário do Aurélio Online**. 2017. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/consentimento> Acesso em: 13 fev. 2017.

SILVA, Matheus Passos; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. **O papel do Direito na solução das demandas contemporâneas.** Brasília: Vestnik, 2016. Disponível em:<https://books.google.com.br/books?id=4QjMCwAAQBAJ&pg=PT117&dq=a+dignidade+%C3%A9+valor+universal,+mesmo+com+diferen%C3%A7as+f%C3%Adsicas,+sociais,+culturais&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjCpsaAvLrUAhUK7CYKHUEPAbUQ6AEIJjAA#v=onepage&q=a%20dignidade%20%C3%A9%20valor%20universal%2C%20mesmo%20com%20diferen%C3%A7as%20f%C3%Adsicas%2C%20sociais%2C%20culturais&f=false>. Acesso em: 11 jun 2017.

TAVARES, Fernando Horta; FRANCO, Lívia Rosa. **Bioética e Biodireito**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2009/Docentes/Bioetica%20e%20Biodireito.pdf>. Acesso em 11 jun 2017.

VILLELA, Flávia. Número de Transplantes cresce 5%, mas recusa de doação por famílias ainda é alta. **Agência Brasil**: portal eletrônico de notícias, 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/numero-de-transplantes-cresce-5-mas-recusa-de-doacao-por-familias-ainda-e-alta>. Acesso em: 11 jun 2017.

VOLU, Luiz Henrique Magacho et al. Direito médico e o consentimento informado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 17, n. 142, nov 2015. Disponível em: <http://ambito-

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15817>. Acesso em 11 jun 2017.

"DA AFETIVAÇÃO FAMILIAR": DA DESBIOLOGIZAÇÃO E DO RECONHECIMENTO DO AFETO POR PARES HOMOAFETIVOS A LUZ DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Rafael Guimarães de Oliveira[36]

1 INTRODUÇÃO

A família é célula estruturante de uma sociedade e que, através da convivência, tem o importante papel de criar e educar o filho, preparando-o para sua vida adulta. Atualmente, seu conceito é amplo e tal pluralidade familiar tem se refletido no meio jurídico fazendo com que o judiciário amplie seus debates normativos para que se possa julgar com efetividade os casos pertinentes ao Direito de Família. Dessa feita, surge a paternidade responsável que deve ser desempenhada pelos condões da afetividade, pois só por meio desta é capaz de alcançar os preceitos da dignidade humana. Assim, a afetividade será vista como o cumprimento do dever familiar constitucionalizado.

Outrossim, diante da nova concepção da família, será excursionada outra modalidade de convivência que ainda apresenta um definitivo escopo legal no modelo pátrio, a família homossexual ou homoafetiva, que vem singrando os mares do preconceito buscando reconhecimento legal. Claro é que o estabelecimento de vínculos familiares, independentemente da identidade de gênero e orientação sexual, é uma preocupação atual, e pode ser entendido tanto como um direito personalíssimo de integridade psíquica como um direito humano a ser reconhecido.

[36] Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, raphaelgo18@hotmaill.com;

Assim, o estabelecimento de uma visão panorâmica do surgimento e evolução dos direitos humanos e sua perspectiva de gênero, enfatizando a posição do homossexual na sociedade, é imperativo para a formação da família na atualidade. De tal forma, a abordagem teórica, jurídica e analítica da legislação pátria sobre o tema é também imperativo do estudo em tela, uma vez que fomentam a formação familiar em seu sentido mais amplo. Demais disso, pretende-se demostrar em breve histórico a evolução familiar, além de definições e caracterizações acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas, e, buscando ainda demostrar o gradativo avanço jurídico que envolve essa seara.

2 TEMA

"Da afetivação familiar": Da desbiologização e do reconhecimento do afeto por pares homoafetivos a luz do melhor interesse do menor.

3 PROBLEMÁTICA

Quais argumentos atualmente utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na concessão de guarda e/ou adoção a pares homoafetivos?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a desbiologização da entidade familiar voltada ao interesse da criança e adolescente, sob o prisma das uniões homoafetivas.

4.2 Objetivos Específicos

- Explorar a delimitação conceitual do vocábulo "família";
- Examinar o instituto denominado "adoção";
- Analisar o entendimento jurisprudencial sobre a adoção por pares homoafetivos, tendo como fundamento o melhor interesse da criança.

5 HIPÓTESE

- O instituto da adoção está plenamente equiparado em conceder os cuidados de uma criança aos pares homoafetivos, eis que comprovadamente capazes para tal atribuição, assim, atribuindo tal poder, estaria resguardando o melhor interesse do infante e fazendo valer o Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana.

- O Superior Tribunal de Justiça pacificou a temática sobre a concessão de guarda e adoção aos pares homoafetivos, contudo, paira no Poder Judiciário questionamentos sobre tal, eis que argumentações contrárias buscam demostrar ser prejudicial ao pleno desenvolvimento de uma criança ou adolescente se colocada em interação com tal entidade familiar.

6 JUSTIFICATIVA

Inicialmente, cuida reconhecer a árdua tarefa de se estabelecer um conceito acerca do vocábulo "família". Haja vista que, de acordo com o lecionar de Donizetti e Quintela (2012, p. 883), decorre das periculosidades que oscilam de época para época, de sociedade para a sociedade, sem olvidar esquecer que,

preambularmente, "família" se refere a um agrupamento de indivíduos. Em complemento, Cunha (2010, s. p.) vai afirmar que "família" pode ser considerada como a unidade social antiga, fazendo alusão antes mesmo do homem se organizar em comunidades sedentárias, constituindo-se em um grupo de pessoas relacionadas a partir de um ancestral comum ou por meio de matrimônio.

Assim, com a constante mutação da entidade familiar, tem-se a possibilidade de uma nova estrutura, em sendo a formada por pares homoafetivos, e, que como todas as outras famílias, essa em tela buscou garantir igualdade para com a filiação, de modo a ter garantido o direito de adotar e constituir laços afetivos. Tratando do instituto da adoção, o mesmo significa mais do que a busca de uma família para uma criança e adolescente. A finalidade da adoção, já agora passou a ser a demonstração do melhor interesse da criança.

De tal modo, discutir família, adoção, homossexualidade e a atuação do Poder Judiciário, é dar vigor ao campo do Direito, visto que são temas controversos quando aliados à homoafetividade. Lado outro, como já dito em linhas supra, o conceito de família vem se modificando ao longo do dos anos. O aumento das famílias sem um casamento formal põe em questão a compreensão tradicional de estabilidade familiar, pois dificulta a constatação das rupturas nas outras formas de união. De tal modo, o casamento deixou de ser a entidade padrão para formação familiar, novos modelos de família constituem a realidade, mesmo que pouco absorvido pelos profissionais da justiça e da sociedade civil como um todo.

Entre esses novos tipos de famílias, os compostos por pares homoafetivos são os mais controversos, embora a educação de crianças por casais homossexuais não seja novidade. Em arrimo na pesquisa realizada pelo IBGE (2010, online),

mulheres lideram como maioria das famílias homoafetivas somando 60mil, o que corresponde a 53,8% dos lares homoafetivos no Brasil.

Ainda assim, diante de tais estatísticas, o conceito de família à primeira vista parece estar limitado aos pares binários pai e mãe, ou seja, homem e mulher, e o princípio do melhor interesse da criança quando da avaliação de sua colocação em um lar que a acolha integralmente, sem discriminação, tal como vem sendo utilizado, parece não reconhecer valor à família homoparental. O maior empecilho na adoção por casais homossexuais é, sem dúvida alguma, o preconceito ou a falta de informação sobre o assunto (SILVA, 2014, s. p.). O ministro João Otávio de Noronha ao julgar sobre referido tema do reconhecimento de união estável formado por pares homoafetivos decidiu:

> CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA.
> 1. "A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas".
> 2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido.
> 3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo.
> 4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.
> 5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual.
> 6. Recurso especial desprovido.

(REsp 827.962/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011).

Desse modo, as relações formadas por casais homoafetivos ganham amparo, com isso têm-se estatísticas de que no ano de 2014 foram registrados no Brasil 4.854 casamentos entre cônjuges do mesmo sexo, um aumento de 31,2% em relação a 2013, ano em que uma resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou que os cartórios realizassem a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Em números absolutos de acordo com dados reais do IBGE, foram 4.854 registros, totalizando 1.153 uniões homoafetivas a mais que no ano anterior, segundo dados das Estatísticas do Registro Civil (QUAIANO, 2015). Imperioso, ainda, tratar que do total acima referenciado, 50,3% foram entre mulheres e 49,7%, entre homens, patamar quase empatados. Porém, em 2013, os casamentos entre mulheres registraram uma maioria mais acentuada -52% contra 48% de casamentos entre homens (QUAIANO, 2015, s. p.).

7 REVISÃO DE LITERATURA

Ante o delineado sobre a entidade familiar, Noronha e Parron (s. d, p. 03), em especial quando sublinham que "a origem da família está diretamente ligada à história da civilização, uma vez que surgiu como um fenômeno natural, fruto da necessidade do ser humano em estabelecer relações afetivas de forma estável". Verifica-se, assim, que o vocábulo "família" traz diversos conceitos e formas (CUNHA, 2010, s. p.). Diante de tais afirmações, denota-se, em um primeiro contato, que o argumento justificador da origem da "família" encontra substrato na própria necessidade premente de existência e subsistência humana.

Assim, buscando demostrar a evolução histórica da entidade familiar, que delineada em breves linhas alhures, o Direito de Família sofreu com o advento da Carta Magna de 1988, a ponto de ser defendido em prevalência de um Direito de Família Constitucional. No caminho inverso do Código Civil de 1916, formado no espírito da patrimonialização e matrimonialização das relações familiares, onde o atual texto civil está fincado no desenvolvimento da pessoa humana, princípio basilar da Carta Política vigente (MADALENO, 2017, p. 39).

Em lecionar do mesmo autor, à família foi reconhecida a completa paridade entre os cônjuges, desaparecendo a hipocrisia de o marido exercer a chefia da sociedade conjugal e de a mulher ser sua mera colaboradora, e de o marido fixar o domicílio conjugal, ou de autorizar o casamento de seus filhos menores (MADALENO, 2017, p. 40). Demais disso, Caio Mário Pereira (1979, p.29, *apud.* DINIZ, 2015, p.39) reverbera que a família está passando por profundas modificações, mas como organismo natural ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização; logo não há desagregação ou crise.

É evidente, assim, que a Carta Magna foi revolucionária ao expandir o conceito oficial de família e permitir o reconhecimento de outros modelos de relação familiar que não fossem obrigatoriamente ligados ao casamento, e diante dessa realidade estender à união estável e à família monoparental o mesmo braço protetor destinado ao matrimônio, com isso, não é possível desconsiderar a pluralidade familiar e de cujo extenso leque o Estatuto da Criança e do Adolescente, com incorporação dessa filosofia pluralista, reuniu em texto escrito o reconhecimento oficial de diferentes modelos de núcleos familiares, ao exemplo da família natural, a família ampliada e a família substituta (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 63. *apud.* MADALENO, 2017, p. 5).

Dito isso, como enfoque ao Princípio da afetividade, o qual é mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana (MADALENO, 2017, p. 94-95). Corolário de todas as transformações e princípios foi o reconhecimento de que, acima de uma realidade formal, a família deve cumprir uma função social, permitindo a plena realização de seus membros, em prol de toda a sociedade.

Dessa maneira, percebe-se como a função social da família influencia e justifica as normas reguladoras neste campo. Nessa toada, a evolução do Direito de Família é verificada como reflexo da própria evolução da sociedade, revelando-se claro o redirecionamento das relações familiares no sentido de preservar o que há de mais importante nas famílias: o sentimento afetivo, a solidariedade, a proteção mútua, o respeito, a consideração. De modo que, ao analisar a nova tendência da família moderna, marcada pela individualidade, pela busca do bem estar de cada um, isoladamente, Michelle Perrot questiona: "Isso significa que a família está morta?". Sua resposta é esclarecedora:

> Certamente não. Para começar, de uns anos para cá, dá sinais de estabilização. Além disso, a crise econômica, de um lado, e a Aids, de outro, são fatores de consolidação das famílias e dos casais. Não é família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho (PERROT, 1993, s. p.).

Ora, a casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que se busca é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus

componentes, menos sujeitas as regras e mais ao desejo. Nesse contexto, o que se pretenderia conservar da família são seus aspectos positivos, em sendo: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor (PERROT, 1993. s. p.).

De tal forma, o projeto familiar se vincula indissoluvelmente à noção de função social da família, e quanto melhor for observado à luz dos valores e princípios constitucionais efetivamente, ter-se-á o cumprimento dos preceitos do Estado Democrático de Direito (LEVY, 2010, s. p.). Em sede de complemento, Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel (2008) leciona que a família, já agora, está livre, destinada a um desenvolvimento pleno por todos os sujeitos que a compõe, dando ênfase, assim, aos direitos fundamentais. Em mesma linha, rompe-se com o perfil patriarcal e hierarquizado do passado, perdendo espaço a função de procriação da família e seu papel exclusivamente econômico. Lado outro, emergem outras funções a serem desemprenhadas pelo grupo familiar, que tem por finalidade proporcionar às partes uma verdadeira comunhão de vida, marcada pelo afeto e pela solidariedade (GURGEL, 2008, p. 12).

Entrementes, tracejado a evolução e estrutura da entidade familiar, imperioso, ainda, abordar a pluralidade das famílias, que se alavanca como Princípio. O qual cuida disseminar a hegemonia da entidade familiar onde apenas o homem e mulher podiam constituir um laço matrimonial, eis que a realidade já é outra, onde pouco a pouco, as relações homoafetivas vem ganhando visibilidade social e jurídica.

Com isso, a Suprema Corte veio a chancelar o que já acontecia nos tribunais inferiores, equiparando as uniões estáveis entre homossexuais e heterossexuais. Destarte, nasce a ADPF 132 e ADI 4277, manifestando-se com a finalidade de reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares e aplicando à

mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1723 do Código de Processo Civil Brasileiro. Com isso, talvez nunca se tenha visto a Suprema Corte com um posicionamento tão homogêneo e consensual, ao mesmo no que diz respeito ao resultado, ao considerar que a união homoafetiva é, sim, um modelo familiar e a necessidade de repressão a todo e qualquer tipo de discriminação. Destarte, fica clarividente que o ser humano se identifica no agrupamento social que vive, desde a sua célula mais elementar: a família.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09 jun. 2017.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em 09 jun. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil**.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em 09 jun. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=casamento+homossexual&b=ACOR&p=true&l=10&i=1.>. Acesso em 09 jun. 2017.

CUNHA, Anna Mayara Oliveira. Adoção por casais homoafetivos: Do preconceito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 79, ago. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8165>. Acesso em 04 jun. 2017.

CUNHA, Matheus Antonio da. O conceito de família e sua evolução histórica. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis, 27 set. 2010. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332>. Acesso em: 04 jun. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. v. 5. 30 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2012.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. 272f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8093/1/Fernanda%20Pessanha%20do%20Amaral%20Gurgel.pdf>. Acesso em 09 jun. 2017.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Família Constitucional, sob um olhar da afetividade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7438>. Acesso em 07 jun. 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7 ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NORONHA, Maressa Maelly Soares; PARRON, Stênio Ferreira. **A evolução do conceito de família.** Disponível em: <http://faculdadefinan.com.br/pitagoras/downloads/numero3/a-evolucao-do-conceito.pdf>. Acesso em 03 jun. 2017.

QUAIANO, Lilian. Casamentos gays aumentam 31,2% em 2014 no Brasil, diz IBGE. **G1:** portal eletrônico de notícias, 30 nov. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/11/casamentos-gays-aumentam-312-em-2014-no-brasil-diz-ibge.html>. Acesso em 10 jun. 2017.

PERROT, Michelle. **Reflexões para o futuro**: o nó e o ninho. 1993. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/Advogadassqn/o-n-e-o-ninho-michelle-perrot>. Acesso em 09 jun. 2017.

SILVA, Katia Regina Marinho da. Adoção por casais homoafetivos: a formação de um novo tipo familiar. **Portal Educação:** portal eletrônico de notícias, 2014. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/adocao-por-casais-homoafetivos-a-formacao-de-um-novo-tipo-familiar/56438>. Acesso em 04 jun. 2017.

COLETÂNEA DO PROJETO "QUALIFICA":
Qualificação do Projeto de TCC
do Curso de Direito da Faculdade
Metropolitana São Carlos

O VALOR DA MONOGAMIA *VERSUS* O PRINCÍPIO DA BUSCA PELA FELICIDADE: CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES ESTÁVEIS PLÚRIMAS

Rauleane Kelly Raposo[37]

1 INTRODUÇÃO

A família é uma entidade social que adquire características variadas no tempo, no espaço e no ambiente sobre a qual é analisada. Sua formação se alterou ao longo dos séculos e já não tem as mesmas características e finalidades de antigamente. Por isso, é conveniente que se faça um breve histórico antes de tratar da família que se conhece na atualidade, destacando-se, assim os pontos principais da evolução desta entidade social, para propiciar uma melhor compreensão do atual estágio do direito de família brasileiro e do tema apresentado. No Brasil, há lei que regulamenta o princípio da monogamia para os institutos familiares constituídos pelos laços do casamento ou pela mera vida em comum o chamado em latim *more uxorio*, que quer dizer concubinato em que os concubinos convivem como se casados fossem, ou união estável.

Entretanto, nos últimos tempos, os Tribunais brasileiros têm deparado com casos de uniões estáveis plúrimas, que é um casamento ou uma suposta união estável, porém de instituições familiares que convergem com uma ou mais uniões paralelas, formadas por um dos cônjuges ou dos companheiros, ou mesmo, por ambos. São as famílias simultâneas, que talvez sempre tenham existido, mas que só agora começam a aparecer para o mundo jurídico, para

[37] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, 9º Período - rauleaneraposo@yahoo.com.br

obter proteção estatal. Tem o estudo como objeto, o de estabelecer parâmetros entre família monogâmica e as uniões estáveis plúrimas, para que se observem as controvérsias jurídicas, constatando então, se as duas gozam da mesma medida de proteção estatal.

2 TEMA

Tem o estudo como objeto, o de estabelecer parâmetros entre família monogâmica e as uniões estáveis plúrimas, para que se observem as controvérsias jurídicas, constatando então, se as duas gozam da mesma medida de proteção estatal. Assim, tem-se como tema "O VALOR DA MONOGAMIA *VERSUS* O PRINCÍPIO DA BUSCA PELA FELICIDADE: CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS PARA O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES ESTÁVEIS PLÚRIMAS".

3 PROBLEMÁTICA

Atualmente a família adquiriu uma ampla visão ampla. Outras formas são reconhecidas para a constituição da instituição familiar, onde filhos convivem concomitantemente em duas ou mais famílias, em virtude do término da união de seus pais, e assim, os laços de afetividade que em algumas situações, justapõem os laços de sangue.

Nesta problemática, as relações de igualdade e respeito mútuo em uma visão abrangente das entidades familiares, buscando a origem dos relacionamentos na afetividade de cada relação, e não em sua composição. Contudo, é preciso proteger e regular sem excessos.

Então, pergunta-se: Os institutos familiares são exclusivamente os elencados em nosso ordenamento jurídico, ou têm outros por meio de interpretação dos princípios constitucionais que não estão mencionados claramente, mas que, além disso, carecem de amparo legal?

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

- Discorrer a respeito da inadmissibilidade do reconhecimento da união estável paralela por afrontar o requisito fundamental da fidelidade, bem como, por desmantelar uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia.

4.2 Objetivos Específicos

- Abordar a evolução histórica experimentada pelo Direito de Família, tendo como marco inicial o período de dominação romana, do direito canônico e da família patrimonializada no cenário brasileiro pelo Código Civil de 1916, demonstrado pela evolução dos conceitos e a transformação do modelo de família até os dias atuais e tendo como referencial a produção legislativa anterior à Constituição de 1988 e a família após a promulgação do Texto Constitucional;
- Refletir sobre o princípio da pluralidade de famílias na constituição de 1988 e os arranjos familiares contemporâneos, com ressignificação do vocábulo

"Família", embasados na dignidade da pessoa e na busca pela felicidade, como um novo paradigma familiar;

- Enfatizar as uniões estáveis plúrimas como uma entidade familiar, caracterizando-as como uma nova realidade, à luz do entendimento jurisprudencial do supremo tribunal da justiça.

5. HIPÓTESES

Considerando-se que a família é a célula básica de toda e qualquer sociedade, pois ela desperta interesses de todos os povos em todos os tempos, pois sendo uma vez compreendida, significa resguardar a continuidade do Estado, suas diferentes composições merecem a mesma proteção jurisdicional. Considerando também os diversos arranjos familiares da atualidade, levantam-se as seguintes hipóteses:

- O valor da monogamia *versus* o princípio da busca pela felicidade gera controvérsias jurídicas para o reconhecimento das uniões estáveis plúrimas.
- A união estável plúrima pode ser considerada uma verdadeira a entidade familiar, segundo a descrição constitucional.

6 JUSTIFICATIVA

Para o direito brasileiro e a sociedade de outrora, a ideia tradicional de família, era a que se constituía por pais e filhos unidos pelo casamento regular proposto pelo Estado. Contudo, essa concepção mudou ao longo do tempo,

reconhecendo as relações de união estável, as homoafetivas e outros diversos modelos de famílias, como entidade familiar.

Assim, incitado pela evolução da sociedade e ainda por necessidade de ordem jurídica, o direito passou a proteger todos esses modelos considerando que as uniões sustentadas fora do casamento não são tanto estranhas ao dia-a-dia da sociedade, como fazia parecer à lei, essas relações na verdade, estavam inseridas por muitos séculos na rotina dos relacionamentos. Vista como algo normal por algumas vezes, em outras, como relacionamentos ocultos à sociedade, ainda que o Estado tivesse começado a intervir nas relações familiares, a fim de proteger as famílias.

Entretanto, ressalta-se que sempre se fizeram presentes, pois no início não se estabelecia fidelidade obrigatória, sendo visto em vários casos na história a concomitância de relações. Não se atribui a mesma importância ao matrimônio atualmente, como única forma de reconhecimento da família como transcorridas nas épocas passadas. O casamento em uma sociedade formada por um patriarca era pela égide do Código Civil de 1916, as raízes do cristianismo que tinham como núcleo social a proteção do ordenamento jurídico, como uma instituição independente das pessoas que o integravam.

Com a Constituição de 1988, consagra-se o conceito de família pelo sustentáculo emocional individual, atribuindo-lhe afetividade. Assim, tem-se uma visão abrangente das entidades familiares, buscando a origem dos relacionamentos na afetividade de cada relação, e não em sua composição.

O Código Civil de 2002 em relação ao concubinato apenas determinou no artigo 1.727, não disciplinando seus efeitos jurídicos. No entanto, a omissão do Código Civil, não expressa uma inexistência de relações concubinárias, tornando-

se imprescindível em suas especificidades o conhecimento de modo a lidar com os problemas que são passados ao Judiciário devido ao fim desses relacionamentos.

Neste sentido, o concubinato tem natureza jurídica de instituto familiar, quando preencher os requisitos da afetividade, ostensibilidade e estabilidade, avaliados em caso concreto. Faz-se necessário então, como justificativa para o presente estudo, uma análise mais objetiva do assunto, isto por ser um tema tão antigo e igualmente, tão atual, uma vez que na sociedade brasileira tem-se um núcleo familiar, independente de que modo ele seja.

Em um primeiro momento, deve-se para tanto, avaliar os institutos familiares, delineando seus conceitos e características, em um contexto social, religioso, econômico, moral e cultural, no âmbito das relações familiares, de maneira que, na atualidade, represente uma visão estreita sobre a família, em um enfoque exclusivamente jurídico, sobre o tema "Direito de Família".

7. REVISÃO DE LITERATURA

A existência de famílias simultâneas põe em confronto a monogamia, que é um dos componentes centrais na tradição do Direito, de modo a aferir uma atitude característica. Apesar da legislação brasileira não mencionar a palavra monogamia, vários juristas do Direito de Família defendem que o sistema jurídico brasileiro está regido por um princípio da monogamia. Esta seria um pré-requisito imprescindível para se verificar o caráter familiar em um relacionamento.

Embasada a partir de sua importância moral, a necessidade da monogamia enquanto um valor compartilhado também é indispensável ao Direito, apesar dessa indispensabilidade não se justifique de maneira tão decisiva

quanto à certeza da conclusão pela impossibilidade jurídica da convivência afetiva.

O doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira (2004), utilizando-se de uma argumentação interdisciplinar com a psicanálise, afiança que a conservação da vida em sociedade exige a obrigação de restrições ao instinto e ao desejo, declarando que tanto a monogamia como a poligamia cumpre essa função. Ainda reconhece que até mesmo a poligamia não constitui ausência de regras; não obstante, ainda assim, persiste em afirmar que é a monogamia o modelo correto a ser adotado pela sociedade ocidental. Neste sentido, assegura que:

> O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. Se fosse mera regra moral teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários Estados não adotam a monogamia. (PEREIRA, 2004, p. 26)

No Brasil há lei que regulamenta o princípio da monogamia para os institutos familiares constituídos pelo casamento ou pela vida em comum o chamado em latim more uxorio, que quer dizer concubinato em que os concubinos convivem como se casados fossem, ou união estável. Entretanto, nos últimos tempos, os Tribunais brasileiros têm deparado com casos de uniões estáveis plúrimas, que é um casamento ou uma suposta união estável, porém de instituições familiares que convergem com uma ou mais uniões conjuntas, formadas por um dos cônjuges ou dos companheiros, ou até mesmo, por ambos.

São as famílias simultâneas, que possivelmente sempre existiram, mas que só agora aparecem para o mundo jurídico, para conseguir proteção estatal.

Inicialmente, antes de adentrar no ponto central do estudo, faz-se necessário pontuar que, contemporaneamente, a família é encarada como célula-base imprescindível para o desenvolvimento humano, conforme preceitua, inclusive, o Texto Constitucional, de maneira expressa, em seu artigo 226 (BRASIL, 1988). Contudo, essa percepção é mais atualizada, posto que, historicamente, a "família" nem sempre foi vista como mencionada célula-base, mas sim mecanismo de concentração de propriedade, afirmação religiosa e confirmação da figura masculina como cabeça de chefia.

Assim sendo, a família é uma entidade social que tem particularidades variadas no tempo, no espaço e no ambiente sobre a qual é analisada. Sua formação se alterou ao longo dos séculos e já não tem as mesmas características e finalidades de antigamente. Por isso, é conveniente que se faça um breve histórico antes de tratar da família que se conhece na atualidade, destacando-se, assim os pontos principais da evolução desta entidade social, para propiciar uma melhor compreensão do atual estágio do direito de família brasileiro e do tema apresentado.

Ora, antes de adentrar na evolução histórica, convém pontuar que o vocábulo "família" decorre do latim *famulus*, cujo sentido, em uma tradução etimológica, se aproxima da ideia de "escravo doméstico". De acordo com Barreto (2013, p. 206), "este termo nasceu do latim *famulus*, que significa 'escravo doméstico' e foi criado nade base para designação de grupos que eram submetidos à escravidão agrícola". Verifica-se, portanto, que o vocábulo em destaque traz uma conotação tradicionalmente de subserviência, na qual, em um contexto bem delineado, coloca a figura masculina como centro das relações familiares.

Barreto (2013), ainda, em complemento ao que foi apresentado, vai ponderar que a família teve sua estruturação no patriarcado, ou seja, um sistema caracterizado pela subordinação das mulheres, dos filhos e dos servos ao poder repressor desempenhado pela figura masculina do pai, o qual assumiu a direção da entidade, bem como do acervo patrimonial. Denota-se, portanto, que a família, enquanto organização é fruto do empoderamento masculino sobre a sujeição dos demais componentes, os quais desempenhavam papel menor naquela entidade.

Ainda, pode-se mencionar que a figura masculina, denominada *pater f*amílias, o pai, tinha total e irrestrito poder sobre os seus filhos, netos, sua esposa, a esposa de seus filhos e de seus netos. Ao lado disso, era a figura detentora do pátrio poder, ou seja, além da gestão da própria família, era responsável pelas finanças e pelo patrimônio, já que, em decorrência dessa figura fortalecida, os demais entes não possuíam patrimônio individualizado (VIRGÍLIO; GONÇALVES, 2013). A partir da centralidade desempenhada pela figura masculina, no início da constituição familiar, e a evolução histórica que conferiu remodelagem, adaptação e readequação àquela entidade, o presente vai abordar a família em quatro contextos distintos: a família no Direito Romano, durante a Idade Antiga; a família no Direito Canônico, durante a Idade Média; a família patrimonializada no cenário brasileiro, tendo como referencial a produção legislativa anterior à Constituição de 1988; e a família após a promulgação do Texto Constitucional de 1916.

Na antiga Roma, a família sob uma organização voltada para o princípio da autoridade, o pai tinha toda autoridade sobre o filho, inclusive com direito de morte e de vida, e ainda, de vendê-lo como escravo e de aplicar-lhe castigos corporais. Na verdade, o pai, denominava-se *pater* e era o responsável por dirigir todos os trabalhos do lar, enquanto que a mulher era somente uma figura

dependente do marido. (PEREIRA, 1991). Caio Mário da Silva Pereira relata sobre este tema que:

> O pater, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comanda, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia in *loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu maritari*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida *por capitis demintuio pérpetua* que se justificava *propter sexus infirmitatem et ingnoratiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido. (PEREIRA, 1997, p.31)

Com o desenvolvimento de sociedades mais complexas, se ganha valor a expressão família natural, na qual os vínculos sanguíneos eram mais e mais diluídos. Assim, a família natural romana, formada somente pelo casal e seus filhos, diferente dos clãs, formados por uma relação de parentesco com um ancestral comum, dava-se origem a uma relação jurídica, o casamento. Importante ressaltar que a união duradoura entre esposo e esposa, uma vez embasados no grupo familiar da Roma antiga, era regulada pelos costumes e pela moral, então, o matrimônio diferenciava-se dos direitos dele decorrentes ou a ele ligados. Este no direito romano era avaliado não como uma relação jurídica, e sim, como um fato social, que, provocavam consequências jurídicas variadas.

Como organismo político, a família romana compunha a parte mais alta da ideologia do Estado, cuja função era difundir as ideias dominantes no meio da sociedade, pois deste modo, estaria politizando outras camadas sociais, no que se referia aos interesses aristocráticos da época e, igualmente, suprimir e paralisar os pontos de vista ideológicos contrários ao da aristocracia, despolitizando as outras classes em relação aos seus próprios interesses de classe.

Com a decorrente supressão de uma ordem estável iniciada no século V, e que se manteve durante séculos, houve uma mudança do poder de Roma que passou para as mãos do chefe da Igreja Católica Romana, o qual desenvolveu o Direito Canônico com estruturação fundamentada em um conjunto normativo dualista, ou seja, laico e religioso, que se manteve até o século XX.

Na Idade Média, consequentemente o Direito, foi confundido com a justiça, sendo ditado pela Religião, que possuía autoridade e poder, e se pronunciava intérprete de Deus na terra. Os defensores do Canonismo defendiam a não dissolução do casamento por apreenderem que não podiam os homens anular a união realizada por Deus e, deste modo um sacramento. (CORRÊA, 1999). Em virtude da colonização portuguesa no Brasil, a família patrimonializada instituída formadas nos normas da Igreja Católica Apostólica Romana, o que se refletia no direito vigente no país, pelas Ordenações Filipinas, de 1595.

> A única entidade familiar reconhecida pelas Ordenações Filipinas era a formada pelo casamento, que poderia se dar de forma solene, realizado na Igreja e atrelado à conjunção carnal entre os nubentes, e o casamento decorrente do trato público e da fama, chamado de casamento com marido conhecido, modalidade não reconhecida pelo direito canônico. (WALD, 2004, p. 20).

Entretanto, a doutrina Católica, especialmente, o Sagrado Concílio Tridentino de 1564, mesmo discordando da forma de casamento não solene, ambas as formas presumidas na legislação filipina necessitariam respeitar aos preceitos católicos, como a indissolubilidade.

> No Brasil, por muito tempo, a Igreja Católica foi titular quase que absoluta dos direitos matrimoniais; pelo Decreto de 3 de novembro de 1827 os princípios do direito canônico regiam todo e qualquer ato nupcial, com base nas disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia. (DINIZ, 2004, p.51).

O casamento, como única entidade familiar juridicamente reconhecida, foi sustentado na época do império, pelas suas legislações, sendo, distendido, além disso, aos não católicos, reconhecendo-se em 1861 "como casamento civil as demais uniões religiosas". [...] Não oponente, os demais preceitos canônicos foram conservados até 1890, quando o Decreto nº 181, de autoria de Rui Barbosa, transpôs como "único casamento válido aquele realizado pelas autoridades civis e relativizou a indissolubilidade do matrimônio, permitindo a separação de corpos". (WALD, 2004, p.20-21). Ressalva ainda deve-se ao fato de que, foi atribuído "qualquer valor jurídico ao matrimônio religioso". (DINIZ, 2004, p.52). Assim,

> O referido decreto vigorou até a promulgação do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16), em que se mantém o patriarcalismo, no qual o homem é o chefe da família, incluindo a mulher casada no rol dos indivíduos relativamente incapazes. A legislação civil consagra o casamento como o único instituto jurídico formador da família, dificultando, outrossim, a adoção e permitindo o reconhecimento de filhos apenas quando não adulterinos ou incestuosos. (DINIZ, 2004, p.22).

Denota-se que somente ocorreu regulamentação do exposto acima, por meio da Lei nº 3.133/57, como reconhecimento da adoção como instrumento formador de relação de parentesco. No campo do direito de família, elaborado o seu anteprojeto ao final do século XIX e vigendo a lei no início do século XX, pelo Código Civil de 1916, a família seria formada pelo pai, mãe e seus filhos comunitários, antes o que regulamentavam os artigos 229 e 233 do sobredito diploma legal, eram esses pais, legalmente casados entre si. Por conseguinte, apresentava como família o convívio entre pessoas constituídas matrimonialmente, com família constituída como decorrente de casamento válido entre marido e esposa, indissolúvel pela vontade dos seus integrantes, e com clara vinculação aos mandamentos cristãos. Nesta visão, do Código Civil de 1916:

> A finalidade essencial da família era a continuidade. Emprestava-se juridicidade apenas ao relacionamento matrimonial, afastadas quaisquer outras formas de relações afetivas. Expungia-se a filiação espúria e proibiam-se doações extraconjugais. (FUGIE, 2002, p. 133).

Deste modo, as uniões de caráter convivencial, de companheirismo, foram totalmente ignoradas pelo Código Civil de 1916, não possibilitando nenhum direito às uniões que não fossem constituídas por meio do casamento, como o concubinato e a união estável, como hoje são reconhecidos a união legítima, sem a celebração de matrimônio. Alguns princípios estão ligados intimamente às disciplinas tratadas pelo direito, os nomeados princípios gerais, assim como, que outros se dedicam a regular matéria específica, no que tange ao direito das famílias, orientando as várias questões que permeiam as relações familiares. Assim sendo, no estudo destacar-se-ão os princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e do pluralismo das entidades familiares, que influenciam diretamente na compreensão atual da família.

Considerado como alicerce de todo o nosso ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana segundo Piovesan (2005) faz com que, a partir dele, floresçam os demais, visto que produz efeitos sobre todas as relações jurídicas que permeiam a sociedade. Do mesmo modo que, um pensamento centralizado de que somente o casamento deveria ser reconhecido, por efetivamente caracterizar uma entidade familiar, foi superado, considerando pelas modificações sociais constantes, costumes e conceitos foram alargados, sendo constitucionalmente reconhecidas novas formas de família, pelo art.226, §§ 3º e 4º, Constituição Federal. (BRASIL, 1988). Desta forma, mediante o princípio do pluralismo, diversas organizações familiares ao se constituírem a partir do vínculo da afetividade, passar a existir de forma intensamente no meio social; fato este que não pode ser ignorado tanto pela sociedade quanto pelo legislador.

8 REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano – Vol. 1**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARRETO, Luciano Silva. Evolução Histórica e Legislativa da Família. In: **10 Anos do Código Civil**: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. 2 v. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 13). Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 14 jun. 2017

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 14 jun. 2017

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania**. Ijuí: Unijuí, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família - Vol. 5. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FUGIE, Érika Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 15, out./dez. 2002.

GALLIANO, A. Guilherme. **O Método Científico**: Teoria e Prática. São Paulo: Harbra, 1979.

PEREIRA, Aurea Pimentel. **A nova Constituição e o Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a organização jurídica da Família**. 2004. 157. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**. v. 833/41-53. São Paulo: RT, mar. 2005.

SILVA, Daiana Santos. Relações de Direito de Família. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, n. 183. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/ doutrina/texto.asp?id=1347> Acesso em:04 mai.2017.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais dos Direitos de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO MODALIDADE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA

Ruth Roeles de Campos[38]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará sobre alguns princípios e direitos constitucionais que podem acarretar conflitos de interesses entre o individual e a coletividade. A Constituição da Republica Federativa do Brasil, anuncia os direitos tidos como primordiais para o convívio harmônico de uma sociedade, estabelecidos no artigo 5º, os direitos fundamentais asseguram o exercício de direitos sociais e individuais direcionados a todo membro.

Dentre os direitos taxados no artigo 5º, encontra-se o direito à propriedade, que assegura a todo cidadão o direito de exercer o domínio sobre um bem por ele conquistado, no entanto, a Carta Magna condiciona essa garantia à observância do principio da função social da propriedade assim como a obediência ao principio da supremacia do interesse público, não podendo o proprietário prejudicar o interesse de toda a sociedade em nome de seu interesse individual.

Não sendo observadas tais obrigações o Poder Público mediante o poder de policia restringira o direito à propriedade em varias modalidades de intervenção estatal, sendo uma delas a limitação administrativa, sendo estabelecida por leis especiais ou atos normativos instituídos por qualquer dos entes federados. O trabalho foi dividido em três capítulos, em um primeiro momento será definido o direito à propriedade promulgado pela Constituição Federal e especificado pelo

[38] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana – 9º período – IV turma - ruthroeles@gmail.com;

Código civil de 2002, analisando o direito de domínio sobre o bem individualmente. No segundo capitulo evidenciará a relevância da intervenção do Poder Público para que o bem-estar comum seja atingido. Por fim, indicará as características e formas de aplicação da limitação administrativa pelo poder de polícia.

2 TEMA

A limitação administrativa, como modalidade de intervenção do Estado sobre o domínio particular da propriedade privada urbana, tendo como finalidade satisfazer o interesse coletivo.

3 PROBLEMÁTICA

Até que ponto se faz necessária a intervenção do Poder Público na propriedade privada urbana, para atingir o interesse coletivo?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a relevância das restrições administrativas do Poder Público sobre o direito a propriedade privada, para melhor atender ao bem-estar social.

4.2 Objetivos Específicos

- Descrever o direito fundamental de propriedade assegurada ao cidadão, constitucional e civilmente.

- Evidenciar a importância da intervenção do Poder Público na propriedade privada urbana na busca pela supremacia do interesse público.
- Indicar os requisitos da limitação administrativa como exercício da intervenção do Estado

5 HIPÓTESES

- O direito de propriedade é um dos direitos fundamentais do ser humano estabelecido no artigo 5º, XXII da Constituição Federal, garantindo ao proprietário a autonomia de exercer suas realizações pessoais sobre o bem;

- Admite-se restrição ao direito fundamental de propriedade, em vista de atender o principio da supremacia do interesse público sobre o privado e pelo fato de coexistir interesses de outros membros da sociedade de igual natureza.

6 JUSTIFICATIVA

O Código Civil Brasileiro de 2002 estabelece em seu artigo 1.228 direito à propriedade privada, que assegura ao titular o poder de usar, gozar e dispor de um bem, de modo parcial ou até mesmo absoluto. Para haver direito a propriedade deve ser observado todos os elementos citados no artigo, do contrário não pode ser exercido sobre o bem tal direito. E mesmo existindo todos os elementos supracitados, o direito adquirido de propriedade não pode ser ilimitado, pois, interfere nos interesses de outros indivíduos da sociedade. Na Constituição Federal a propriedade é tratada como um dos direitos fundamentais

determinados pelo seu artigo 5º, que diferente do Código Civil relaciona esse direito ao conteúdo econômico e patrimonial e que transfere a tutela ao Estado, no entanto, a consideração de propriedade como um dos direitos fundamentais, sofreu uma grande contestação entre os doutrinadores, fazendo com que vários textos constitucionais passassem a dispor sobre a função social da propriedade.

> 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: [omissis]
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
> XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;
> XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; (BRASIL,1988)

É de competência do Estado, restringir o domínio do particular sobre a sua propriedade privada, com a finalidade de proteger o bem-estar social, podendo exercer essa atividade restritivas dentro das normas disponibilizadas pela lei, em nome da supremacia do interesse coletivo. O bem-estar social é o bem comum e geral de toda a população ao redor de tal propriedade privada. É de suma relevância o poder de limitação do Estado sobre a liberdade de uso da propriedade privada, tendo em vista a necessidade de toda uma coletividade na utilização de tal propriedade com a finalidade de atender alguma carência básica de toda a comunidade.

> As limitações podem, portanto, ser definidas como medidas de caráter geral, impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de

> condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social. (PIETRO, 2006, p.145)

Ao se questionar a necessidade da intervenção do Estado para um melhor desenvolvimento social, nos deparamos com alguns princípios constitucionais homogeneizados no exercício do Poder público, primeiramente o princípio da função social da propriedade sendo este, um fundamento constitucional para a imposição coativa ao proprietário de exercer seu direito de propriedade em consonância com as diretrizes de proteção ao interesse e bem estar comum, em seguida o princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista o não cumprimento da função social da propriedade privada o Estado limita o poder de uso desse bem em uma utilização em beneficio a toda a comunidade, fortalecendo a supremacia do interesse público.

O principio da função social foi estabelecido pela constituição federal como forma de condicionar o direito fundamental de propriedade, alguns autores defendem que a obediência ao princípio da função social, vai descaracterizando de maneira fundamental a natureza privada e individual do direito a propriedade, aproximando-o do direito público. Outros autores, no entanto, consideram que a propriedade é assegurada por si mesma e que há uma prioridade a ser atingida que são os interesses sociais pelo exercício normal dos interesses individuais. A função social serviria, assim, para coibir qualquer prática que imponha apenas o interesse individual do proprietário, sendo assim a função social um conjunto de normas constitucionais que visa recolocar a propriedade no exercício de sua finalidade.

> Assim, embora o inciso XXII do art. 5° afirme peremptoriamente que "é garantido o direito de propriedade", sem conter nenhuma cláusula do tipo "nos termos da lei", a própria Constituição, em outros dispositivos,

> aduz os elementos que permitem afirmar que a norma é de eficácia contida. Por exemplo, ao estatuir que "a propriedade atenderá a sua função social" (art. 5º XXIII), a Constituição utiliza um conceito jurídico de larga difusão no direito público - "função social" - que autoriza a imposição, pelo Poder Público, de restrições(...)". (ALEXANDRINO, 2017, p.147)

O princípio da supremacia do interesse público é utilizado como pressuposto para a imposição da ordem social, no sentido de que a Administração Pública deve assegurar a proteção aos interesses públicos, bem como porque a manifestação de vontade do Estado tem em como objetivo a predominância do interesse geral, como expressão do interesse do todo social. A existência desse princípio se fundamenta na obrigação do Estado em atingir uma série de finalidades, determinadas pela Constituição e pelas leis complementares.

> Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais.* Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente *exigibilidade,* traduzida na previsão *legal* de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. (MELLO, 2015, 99)

A intervenção do Poder Público é um dos mecanismos que o Estado se utiliza para prevalecer o direito do interesse público sobre o particular quando necessário para atender ao bem estar comum se o proprietário não respeitar a função social, o Estado detém o poder jurídico de nela intervir e até de suprimi-la, se esta providência se necessário for para ajustá-la aos fins constitucionais assegurados. Alguns doutrinadores trazem a idéia de que o poder de polícia existe sobre três aspectos, onde o proprietário tem obrigações a ser cumpridas, a saber: As obrigações positivas, podem ser exemplificadas pela imposição da limpeza de terreno. A obrigação negativa pode ser o caso de construir além de determinado nº

de pavimentos. E a obrigação permissiva são aquelas em que o proprietário tem que tolerar a ação administrativa, como o ingresso de agentes da vigilância sanitária.

> Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.
> As limitações administrativas são preceitos de ordem pública. Derivam, comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer). No primeiro caso, o particular fica obrigado a realizar o que a Administração lhe impõe; no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade. (MEIRELLES, 2006, p.601)

Evidencia-se, assim, a importância da Intervenção do Estado na Propriedade Privada, exercendo a limitação administrativa, restringindo o poder privativo dos proprietários particulares sobre seus bens, na aplicação da supremacia do interesse público, com a finalidade de aderir à necessidade e o bem comum da sociedade.

7 REVISÃO DE LITERATURA

As palavras chaves do trabalho apresentado serão: Propriedade, Supremacia do interesse público, intervenção do estado e limitação administrativa. O Código Civil brasileiro em seu artigo 1.228, caput e § 1º, enumera direitos ao proprietário, no entanto esses poderes não são absolutos, devendo ser obedecidas algumas obrigações estipuladas em lei.

> Artigo 1228 - O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que a possua ou detenha.

> § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam presenados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002)

Segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves considerando o dispositivo citado acima, propriedade pode ser definida como:

> Considerando-se apenas os seus elementos essenciais, enunciados no art.1.228 retrotranscrito, pode-se definir o direito de propriedade como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha. (GONÇALVES, 2012, p.194)

O doutrinador Pontes de Miranda traz um conceito mais remoto sobre o direito de propriedade:

> É o domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito desborda o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas. Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, é só do domínio. (MIRANDA, 1958, p.9)

Consoante o entendimento da doutrinadora Maria Helena Diniz o conceito a propriedade é "o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar, dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha" (DINIZ, 2007, p. 114).

Em um sentido amplo ao conceito, Álvaro Villaça Azevedo afirma que "a propriedade é, assim, o estado da coisa, que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa, encontrando-se em seu patrimônio e à sua disposição. (…). O direito de propriedade é a sujeição do bem à vontade do

proprietário, seu titular" (AZEVEDO, 2014 p. 39-38). Flavio Tartuce defende o pensamento de que a propriedade está relacionada com quatro atributos facultativos estabelecidos no artigo 1.228 do Código Civil:

> O primeiro atributo é derivado do verbo gozar ou fruir a coisa, consubstanciada na possibilidade de retirar os frutos da coisa, que podem ser naturais, industriais ou civis (...). A segunda faculdade é a de usar a coisa, de acordo com as normas que regem o ordenamento jurídico (...). Obviamente, essa possibilidade de uso encontra limites em lei, caso da Constituição Federal, do Código Civil e em leis específicas, como o Estatuto da Cidade. Como terceira faculdade, há a viabilidade de disposição da coisa, seja por atos inter vivos ou mortis causa. Entre os primeiros, podem ser citados os contratos de compra e venda e doação; entre os últimos, o testamento. Por fim, o art. 1.228, caput, do CC/2002 faz referência ao direito de reivindicar a coisa contra quem injustamente a possua ou detenha, visando retoma-la, quando terceira pessoa, de forma injustificada, a tenha, dizendo-se dono. (TARTUCE, 2017, p. 80)

O Estado estabelece normas e limites, para o uso e o gozo dos bens e riquezas particulares, intervém na propriedade através de atos que visam satisfazer o bem de uma coletividade e reprimir as condutas individuais do particular. Essa intervenção do Poder Público é instituída pela Constituição e regulada por leis federais que regulamentam as medidas intervenção e determinam o procedimento e condições para a sua execução, estipulando o atendimento do interesse público, mas respeitando as garantias constitucionais do proprietário particular. A Constituição Federal, em seu artigo 170, prevê e protege a propriedade privada e a livre empresa e condicionam o uso destas ao bem-estar social.

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

II - propriedade privada;
III - função social da propriedade; (BRASIL, 1988)

O autor Gustavo Tepedino o direito a propriedade consiste em "um direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam no artigo 1.228 do Código Civil de 2002." (TEPEDINO, 2004, s.p.). Segundo a doutrina de Flávia Bahia, "não há propriedade privada, com poderes ilimitados de uso e fruição do bem, tendo em vista que o direito foi remodelado em razão da função social da propriedade." (BAHIA, 2017, p. 144). Nesse sentido de poder limitado do proprietário, onde esse deve esse exercer seu direito nos limites impostos pela lei, como a observância do o princípio constitucional da função social da coisa, Flavio Tartuce traz em sua obra a previsão implícita no Código Civil sobre esse princípio:

> O Código Civil de 2002 foi além de prever essa função social, pois ainda trata da sua função socioambiental. Há tanto uma preocupação com o ambiente natural, como com o ambiente cultural. (...), o proprietário de um imóvel, deve ter o devido cuidado para não causar danos a um prédio vizinho que seja tombado, sobre o qual há interesse de toda a humanidade. (TARTUCE, 2017, p.634)

Como afirma Maria Helena Diniz (DINIZ, 2004, p. 251), "o direito de propriedade não tem um caráter absoluto porque sofre limitações impostas pela vida em comum". Assim, com isso o Poder Público exerce atividades restritivas ao domínio particular, no intuito de preservar o interesse coletivo. Embora, todo e qualquer cidadão tenha direito ao uso e gozo de sua propriedade particular, o Estado pode intervir no domínio dessa propriedade em nome do interesse popular, reprimindo assim o direito individual do proprietário, em relação à intervenção, José dos Santos Carvalho Filho, defende o seguinte entendimento:

> De forma sintética, podemos considerar intervenção do Estado na propriedade toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada. Extrai-se dessa noção que qualquer ataque à propriedade, que não tenha esse objetivo, estará contaminado de irretorquível ilegalidade. Trata-se, pois, de pressuposto constitucional do qual não pode afastar-se a Administração (CARVALHO FILHO, 2014, p.813)

O exercício das atividades restritivas do Poder Público na busca pelo interesse popular encontra fundamentação no princípio administrativo da Supremacia do interesse público sobre o particular Celso Antônio Bandeiras de Mello delimita esse princípio como:

> O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência(...). Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5u, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. (MELLO, 2015, p.98)

Consoante o entendimento de Mário Sergio dos Santos (2012, p. 741) a supremacia do interesse público "é princípio indicador, que a Administração deverá atuar todas as vezes que algum direito individual entrar em rota de colisão com o interesse público, fazendo prevalecer, por certo, o direito de maior alcance social". Rafael Carvalho Rezende de Oliveira divide o interesse público em duas categorias demostrando que o Poder Público objetiva atender ao interesse público primário:

> a) interesse público primário: relaciona-se com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar) por

> meio do desempenho de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica); e
> b) interesse público secundário: é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário, implementado por meio de atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento, aos agentes público e ao patrimônio público. (OLIVEIRA, 2017, s. p.)

A limitação administrativa é uma das modalidades de intervenção do Estado, que no exercício de sua soberania, intervém na propriedade privada, visando o bem-estar social. Di Pietro define limitação administrativa como o seguinte:

> As limitações podem, portanto, ser definidas como medidas de caráter geral, impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social. (PIETRO, 2006, p.145)

A limitação administrativa pode atingir qualquer tipo de bem particular que tenha envolvimento no bem-estar comum da sociedade. Hely Lopes Meirelles apresenta o conceito de limitação administrativa como:

> Toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social. Derivam do poder de polícia e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (permitir fazer) (MEIRELLES, 2006, p. 601)

Uma característica significativa da limitação administrativa é a gratuidade, e nesse sentido apresenta Carvalho Filho (2014, p.813): "Sendo imposições de caráter geral, as limitações administrativas não rendem ensejo à indenização em favor dos proprietários. [...] Não há sacrifícios individualizados, mas sacrifícios

gerais a que se devem obrigar os membros da coletividade em favor desta". A limitação administrativa é uma das modalidades utilizadas pelo Estado, em nome de sua Soberania interna na intervenção da propriedade e nas atividades particulares. Helly Lopes de Meirelles conceitua limitação administrativa como:

> Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.
> As limitações administrativas são preceitos de ordem pública. Derivam, comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer). No primeiro caso, o particular fica obrigado a realizar o que a Administração lhe impõe; no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade. (MEIRELLES, 2006, p.601)

As obrigações positivas podem ser exemplificadas pela imposição da limpeza de terreno. A obrigação negativa pode ser o caso de construir além de determinado nº de pavimentos. E a obrigação permissiva são aquelas em que o proprietário tem que tolerar a ação administrativa, como o ingresso de agentes da vigilância sanitária. Marcelo Alexandrino (2017, p.1128) comenta sobre a competência na estipulação da restrição das atividades individuais sobre a propriedade ao afirmar que "as limitações administrativas ao uso da propriedade particular podem ser expressas em lei ou regulamento de qualquer das três entidades estatais, por se tratar de matéria de Direito Público, da competência federal, estadual e municipal". Reforçando a competência na imposição da limitação, o doutrinador Mário Sergio dos Santos, trata da seguinte maneira:

> As limitações administrativas podem ser instituídas por qualquer das pessoas federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a depender do rol de competências constitucionais de cada uma delas, mas

> sempre através de lei ou ato normativo de caráter geral. Assim, se houver uma limitação administrativa no Plano Diretor de determinado Município, todos os imóveis situados na área urbana do referido Município deverão observar a limitação legal, inclusive aqueles pertencentes às demais pessoas políticas. (SANTOS, 2012, p.755)

Mário Sergio dos Santos (2012, p.756) demonstra em sua obra as principais características das limitações administrativas, "as limitações administrativas são instituídas através de leis ou atos normativos de caráter geral; têm caráter de definitividade; o motivo das limitações administrativas é constituído por interesses públicos abstratos; ausência de indenizabilidade".

8 REFERÊNCIA

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; 2017.

_____, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**. Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2014.

BAHIA, Flavia. **Descomplicando o Direito Constitucional**. 3 ed.,Recife: Armador, 2017

BRASIL. **Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 05 jun. 2017.

_____**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 05 jun. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

_____. **Manual de Direito Administrativo.** 27 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Coisas. v. 04. 20 ed., rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito Civil Brasileiro**: Direito das Coisas. v. 4. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas.** 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed.. São Paulo : Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeiras. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. rev.at. São Paulo- SP: Malheiros, 2015.

MIRANDA, Pontes de, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte especial. Tomo XI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2012,.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Coisas. v. 4. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos da propriedade privada**: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ABORTO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE: UMA ANÁLISE DO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS FEMININOS À LUZ DO HC Nº 124.306 – RJ

Samila Ferreira Teixeira[39]

1 INTRODUÇÃO

A interrupção da gravidez, seja ela espontânea ou provocada, é designada de aborto. Sendo esta interrupção espontânea ou provocada por motivos humanitários ou de necessidade, as implicações não chegam a possuir, na regra geral, efeitos na área jurídica criminal. Entretanto, o contrário acontece quando a ação é provocada fora das situações citadas, uma vez que dessa maneira incidem sanções legais.

Desde os primórdios da humanidade o aborto vem sendo realizado por gestantes muitas vezes não desejam dar continuidade a uma gravidez, tanto é que tal ato passou a ser considerado crime. Porém, o aumento progressivo dessa prática resultou em um problema de saúde pública, necessitando de medidas eficazes por parte das autoridades governamentais.

A legalização do aborto no Brasil tem sido motivo de discussões e controvérsias, onde de um lado existe os que se colocam contra, principalmente por parte de grupos de religiosos os quais demonstram sua força no Congresso Nacional e de outro estão as conferências nacionais e internacionais de políticas em defesa das mulheres, exigindo que haja uma revisão da legislação em relação ao aborto.

[39] Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana/RJ, email: samila15ferreira@gmail.com

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, recentemente julgou o *Habeas Corpus* 124.306./2016, onde realizou interpretação conforme para considerar atípico o aborto realizado até o terceiro mês de gestação, decidindo que a partir daí é que começa a vida, baseando-se a uma das várias correntes das ciências médicas que discrepam sobre o início da vida.

Dessa maneira, o estudo terá como objetivo, realizar uma análise do processo de construção dos direitos sexuais femininos considerando o aborto como um problema de política pública de saúde.

2 TEMA

Aborto como política pública de saúde: uma análise do processo de construção dos direitos sexuais femininos à luz do HC nº 124.306 – RJ.

3 PROBLEMÁTICA

De que maneira o processo de construção dos direitos sexuais femininos podem influenciar a política pública de saúde e os programas do governo baseados no controle quantitativo e qualitativo das realizações dos procedimentos abortivos a partir do HC nº 124.306 – RJ?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar o processo de construção dos direitos sexuais femininos

4.2 Objetivos Específicos

- Revisar a bibliografia em Direitos Humanos e Direito Penal sobre aborto;
- Analisar os direitos humanos sexuais e reprodutivos;
- Examinar a partir do HC 124.306 – RJ, os direitos sexuais femininos.

5 HIPÓTESES

- A garantia e o respeito aos direitos sexuais femininos proporcionaria consequências positivas à saúde da mulher e por tanto à saúde pública, uma vez que ocorreria a diminuição dos procedimentos realizados de forma clandestina, pois os mesmos seriam realizados na rede pública de saúde diminuindo as sequelas do procedimento nas mulheres inclusive o risco de morte.

- Seria possível obter um controle estatal, direto, do número de procedimentos abortivos realizados nas instituições públicas e nas clínicas particulares.

6 JUSTIFICATIVA

A busca das mulheres por seus direitos decorre de décadas atrás, dentre estes direitos reivindicados, estão o acesso aos serviços e ações de saúde qualificada, fato que não acontece efetivamente no país, mesmo posterior implementação de políticas públicas que envolvem a saúde sexual e reprodutiva das mulheres.

Em várias partes do mundo, os movimentos feministas foram responsáveis por publicar temáticas relacionadas com questões enfrentadas por mulheres, como campanhas pelo direito à sua autonomia e à integridade de seu corpo, por direitos legais, ao aborto e aos direitos reprodutivos, à proteção contra violência doméstica, o estupro e o assédio sexual.

Em relação à questão do aborto, é reivindicada a necessidade de integralidade da atenção às mulheres, ao acesso a métodos contraceptivos, objetivando reduzir a ocorrência de abortos, desvinculando a questão religiosa, a fim de que o estado adote uma posição laica a respeito disso.

Um dos problemas ligados ao aborto, que surge como uma questão de saúde pública é à maneira de como o mesmo é realizado, ocorrendo em sua maioria de forma insegura e clandestina, provocando inúmeras complicações tanto psicológicas como físicas à mulher. Ademais, realizar o aborto em condições adversas à saúde confere uma violação aos diretos humanos.

Diante do exposto, justifica-se a realização deste estudo, que está direcionado na discussão do aborto, o qual deve ser considerado como uma questão de política pública de saúde no Brasil.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Direitos humanos são os direitos do homem, e possuem como objetivo proteger a igualdade, liberdade, solidariedade, fraternidade e a dignidade humana. Tais direitos são fundamentais em todas as Constituições, e apresentam como garantia, o desenvolvimento da personalidade humana e o respeito à dignidade. São considerados como fundamentais, pois sem eles não há como a pessoa se desenvolver e participar da vida. Alguns exemplos podem ser citados

como: direito à vida, à saúde, à alimentação, à moradia, à educação, ao afeto e à livre expressão da sexualidade (BENDITO, GARCIA, 2010, p. 5)

Direitos sexuais e reprodutivos se encontram dentro dos direitos humanos e envolvem essencialmente a contracepção autodecidida, a maternidade voluntária e o exercício da vivência da sexualidade sem constrangimento. Os direitos sexuais surgiram a partir dos movimentos gays e lésbicos voltados para a anulação da estigmatização das sexualidades alternativas envolvendo principalmente das práticas sexuais sem discriminação ou constrangimento, o exercício da vivência da sexualidade e da livre escolha de parceiros. Enquanto que os direitos reprodutivos são definidos como a capacidade de se reproduzir e o livre arbítrio de decidir com que frequência e quando se reproduzir (LEMOS, 2014, p. 245).

No Cairo, em 1994 na Conferência Mundial de População e Desenvolvimento das Nações Unidas foi realizada a inclusão da saúde e dos direitos sexuais no Programa de Ação da Conferência do Cairo, onde esse modelo foi definido e incorporado dentro da definição de saúde reprodutiva e sexual, reconhecendo que os direitos reprodutivos se norteiam no direito básico de decidir livremente em relação ao espaçamento, ao número e a oportunidade de ter filhos. Também nesta Conferência, o tema aborto foi discutido como uma questão de saúde pública sem ser considerado crime. (WICHTERICH, 2015 p. 12; PITANGUY, ANO, p.1).

A partir do momento em que foi introduzida a perspectiva de direitos sexuais e reprodutivos no campo da saúde reprodutiva, onde é inserida a questão do abortamento, estabeleceu, além de novos de horizontes, novos desafios para os debates acerca deste tema (PITANGUY, ANO, p.1). O aborto, prática que vem sendo muito discutida ultimamente, é também um tema antigo e comum em

muitas culturas. Tal ato, já era documentado e discutido em sociedades arcaicas, quando as mulheres devido a algum problema de saúde não poderiam seguir com a gravidez ou quando as mesmas se deparavam com uma gravidez indesejada, uma vez que naquela época não existiam métodos contraceptivos, essa era a solução mais ágil encontrada (OLIVEIRA, 2015, p.1).

Esse cenário foi se transformando com o passar dos séculos e com o surgimento dos métodos contraceptivos, porém esse tema sempre percorre por questões legais, religiosas e morais, as quais perduram aos dias atuais (OLIVEIRA, 2015, p. 2). Com o passar do tempo, o reconhecimento do direito das mulheres realizarem escolhas em sua vida reprodutiva assim como o fato de que se realizado de maneira clandestina, o aborto apresenta de saúde pública, levou o debate sobre a interrupção de maneira voluntária da gravidez a um novo patamar ético, o qual poderá trazer mudanças na legislação expandindo as circunstâncias onde o mesmo será uma prática legal, incluindo na política de saúde pública relativa a interrupção voluntária da gravidez, que quando realizada em uma sociedade secular, seja guiada por princípios éticos de respeito pelo próximo (PITANGUY, p. 1).

Por se submeterem à clandestinidade, milhares de mulheres, sobretudo as de classe menos favorecida, morrem por todo o mundo por se submeterem a pratica de aborto ilegais ou por tomarem remédios que não sabem ao certo a procedência e sua forma de uso. De acordo com uma pesquisa realizada pela Organização das Nações Unidas – ONU, por ano pelo menos 70 mil mulheres perdem a vida devido a abortos realizados em condições precárias (OLIVEIRA, 2015, p.4).

Diante da possibilidade da legalização do aborto em qualquer estágio da gravidez, surge o conflito de dois princípios sendo eles o direito a vida do

nascituro e a autonomia da vontade da mulher. Por isso, a legalização do aborto tem sido motivo de controvérsias e discussões, onde de um lado existe o aumento de posições conservadoras, principalmente lideradas por grupos religiosos, que possuem grande força política sendo uma forte oposição no que se diz respeito à questão do aborto; por outro, a recomendação para que seja revista a legislação sobre o aborto, introduzindo o tema na seara dos direitos sexuais e reprodutivos (CARVALHO; CARVALHO, 2012, p. 83-84).

O país possui uma legislação bastante rígida quando se trata do assunto é aborto, o qual somente não é considerado crime em duas circunstâncias: quando a gravidez é resultante de estupro e quando não existe outro meio de salvar a vida da gestante. Muitas vezes, a lei e a ética se combinam e outras vezes se opõem. O exercício de uma ação legal não é necessariamente ético, dessa maneira, a política de estado não pode ser eticamente explicada somente por sua legitimidade. Se na lei o aborto é considerado um crime, pode-se questionar se é ético prender uma mulher, pois ela em um momento de sua vida realizou um aborto (PITANGUY, p.1).

É clara a classificação e as punições do Código penal Brasileiro em relação ao aborto provocado, nos artigos 124 até ao 127 é demonstrado que ocorrerá punição quando o mesmo for provocado pela própria gestante ou por terceiros, com aceitação ou não da gestante (OLIVEIRA, 2015, p.2).

A criminalização do aborto não resguarda a vida da gestante e é a quarta causa de óbito materno no Brasil, sendo considerado como uma grave problema de saúde pública. De acordo com estimativa da Organização Mundial da Saúde (OMS), em torno de 31% das gestações no Brasil acabam em abortamento, sendo que por ano ocorrem aproximadamente 1,4 milhão de abortamentos inseguros e

espontâneos, com uma taxa de 3,7 abortos para cada 100 mulheres com a faixa etária entre 15 e 49 anos (MORAIS, 2008, p.5).

Encarar o aborto como uma questão de saúde pública é entendê-lo não como um ato de infração moral de mulheres consideradas imprudentes e sim como uma questão de cuidados em saúde. Neste sentido, compreender o aborto como uma questão de saúde pública dentro de um Estado plural e laico significa ter um novo caminho de argumentações, onde essa questão no Brasil gera relevantes e complexas evidências para o debate (ANJOS, et, al., 2013, p. 509; DINIZ, 2007, p. 1992).

Esse assunto precisa ser encarado na perspectiva dos direitos sexuais e reprodutivos, sendo imprescindível reconhecer que penalizar as mulheres que realizam o aborto com a prisão, como define o Código Penal, talvez não seja o melhor caminho, uma vez que criminalizar o aborto significa penalizar as mulheres, sobretudo, as de classes menos favorecidas (ANJOS, et. al.,2013, p. 510).

A realização do aborto pode gerar sequelas à saúde mental, física e reprodutiva da mulher, dentre estas complicações destacam-se as infecções, hemorragias, infertilidade e muitas vezes perfurações de órgãos, somados aos transtornos pessoais, ao "carregar" a carga de uma escolha inegavelmente difícil em um torno de um contexto de culpa e penalização do aborto (ANJOS, et. al., 2013, p.8)

Perante a gama de aspectos que englobam não somente questões políticas, éticas e sociais, mas também questões psicológicas, econômicas e principalmente saúde pública, colocando o aborto como uma problemática onde a existência não pode ser desprezada, faz-se necessário que haja uma ampla discussão social e novas diretrizes para tratar esse tema (VIANA, 2012, p. 33).

Diante do exposto pode-se observar que o aborto praticado no Brasil traz, na maioria das vezes, consequências por todas as classes sociais, seja em condições de higiene ou não e em todas as faixas etárias e que para que esse problema seja ao menos amenizado, faz-se necessário buscar uma solução urgente, por meio de novas leis, para uma política social e de saúde, que atenda as necessidades da população, a implementação ações pra que ocorra o planejamento familiar, o controle de natalidade, a qualidade de vida da mulher e de sua saúde reprodutiva (VIANA, 2012, p. 33).

8 REFERÊNCIAS

ANJOS, K. F.; SANTOS, V. C.; SOUZAS, R.; EUGÊNIO, B. G. **Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos.** Saúde em Debate • Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, p. 504-515, jul/set 2013.

BENITO, K. C; GARCIA, B.S. **Breves exposições sobre os direitos humanos.** Rio Grande: Universidade Federal do Rio Grande, 2010.

CARVALHO, J. M. S. M.; CARVALHO, V. S. **Direitos humanos e autonomia da vontade da mulher: a liberdade sexual e reprodutiva e a problemática do aborto.** Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa – a. 3, n. 6, p.82 - 110 jul/dez., 2012.

DINIZ, D. **Aborto e saúde pública no Brasil.** Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 23, n. 9, p, 1992-1993. set. 2007.

LEMOS, Adriana. **Direitos sexuais e reprodutivos: percepção dos profissionais da atenção primária em saúde.** Saúde em debate, Rio de Janeiro, v. 38, n. 101, 2014.

MORAIS, L. R. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher.** Senatus, Brasília, v. 6, n. 1, p. 50-58, maio 2008.

OLIVEIRA, R. B. **Aborto e direitos humanos, um cenário conflitante.** VIII Mostra Acadêmica da FAMES. nov. 2015.

PITANGUY, J. **Ética e Lei: Aborto e o Direito das Mulheres.** Disponível em: < http://www.fundodireitoshumanos.org.br/etica-e-lei-aborto-e-o-direito-das-mulhers/> Acesso em Junho de 2017.

VIANA, A. C. N. **Aborto.** 2012. 38 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Barbacena, 2012

WICHTERICH, Christa. **Direitos Sexuais e Reprodutivos.** v. 11. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, 2015.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE À LUZ DOS ARGUMENTOS DO HABEAS CORPUS 12.292/SP

Samira Moreira dos Santos[40]

1 INTRODUÇÃO

O estudo apresentado, inicialmente traça pontos importantes para análise do Direito Penal, assim expõe sua finalidade que é alicerçar e possibilitar o convívio social. Para isso, o Estado detém o poder de legislar e as aplicar leis, assim qualquer violação a ordem social será repreendida. No âmbito penal, utilizando da pena ou até mesmo de medidas de segurança. Todavia, quando diante de um Estado Democrático de Direito é inaceitável que tal poder seja ilimitado, por esse motivo os princípios são os limites impostos ao legislado e aplicador da lei. Assim, os atos repreensão estatal serão permeados pelos princípios básicos do Direito Penal.

Objetivando trazer reflexões sobre a (in) constitucionalidade da execução provisória da pena no Código de Processo Penal. Para isso, aborda conceitos inerentes ao Direito Processual Penal, mais precisamente no que se refere à aplicabilidade do princípio da presunção de inocência, diante da execução provisória da pena. Visto que, atualmente, o posicionamento que parecia estar pacificado, tornou a ser alvo debates, vez que, depois o Supremo Tribunal Federal decidiu no habeas corpus nº 12.292SP, que não há inconstitucionalidade na execução provisória da pena desde que garantido o duplo grau de jurisdição.

[40] Graduanda do 9º período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, sanmymoreira@gmail.com.

Elucidando que tal mediada consagra a efetivação da justiça e evita recursos protelatórios. Assim, foram conceituados: Direito Penal, pena, processo penal, culpabilidade, princípio, princípio do devido processo legal e por princípio da presunção de inocência.

2 TEMA

A (in) constitucionalidade de execução provisória da pena no Código de Processo Penal: Uma análise à luz dos argumentos do Habeas Corpus 12.292/SP

3 PROBLEMÁTICA

A execução provisória da pena está dentro dos parâmetros constitucionais?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Examinar o instituto da execução provisória da pena no Código de Processo Penal.

4.2 Objetivos Específicos

- Abordar o histórico da aplicação da pena;
- Caracterizar pena, execução provisória e constitucionalidade;
- Analisar o acordão proferido no Habeas Corpus 12.292/SP.

5 HIPÓTESES

- É constitucional a execução provisória da pena;
- É inconstitucional a execução provisória da pena.

6 JUSTIFICATIVA

Debater o presente tema é de suma importância, porquanto o Supremo Tribunal Federal (STF) exerce o papel de guardião da Constituição Federal, assim seus entendimentos e posicionamentos tem caráter orientador aos demais tribunais, no que toca à intepretação do Texto Constitucional. É notório, que, mesmo sem natureza vinculatória, os juízes das instâncias inferiores tende a ser influenciados por seus julgados. Sob esse aspecto, ao elucidar que não há incompatibilidade entre a execução provisória da pena e o princípio da inocência, o STF abre a possibilidade de os Tribunais, em acórdão ou decisão monocrática, desde já, expedirem o mandado de prisão para aplicação imediata da pena.

Outro ponto que demonstra sua relevância, é o conflito de entendimento no ordenamento jurídico nacional acerca no momento da plena da efetivação do princípio da inocência, isso por que o STF tem demonstrando uma instabilidade ao interpretar o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, onde encontra-se esculpido o princípio da não culpabilidade. Recentemente, o STF retomou o entendimento antecedente a promulgação da Carta Magna de 1988, qual seja, que a presunção de inocência se efetivava com o duplo grau de jurisdição, afirmando que não há inconstitucionalidade na execução provisória da pena. Antes desse entendimento, o STF no Habeas Corpus 84.078(2009), expões que diante de tal

princípio o estado de inocência poderia perdurar até o trânsito em julgado, ou seja, enquanto houvesse recurso não caberia a execução da pena.

Segundo o atual entendimento, esse princípio conserva-se até a confirmação da condenação em 2ª instância, assim permite a execução imediata da pena, a fim evitar recursos protelatórios, por consequência a prescrição da pretensão punitiva estatal, contemplando a efetividade da justiça. Esse posicionamento causou estranheza no mundo jurídico porquanto em julgado por que o STF tinha firmado entendimento antagônico àquele dizendo ser inconstitucional a execução provisória da pena.

Cabe salientar que o princípio da presunção de inocência, também chamado, de princípio da inocência, da não culpabilidade, da presunção de não culpabilidade ou do estado de inocência. Para tanto, primordialmente deve ser definido o que é culpabilidade singela, pois conforme afirma Hamssermer (1984, *apud* CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 36) "o conceito de culpabilidade representa um grave inconveniente, visto que constitui... um dos instrumentos mais difíceis e obscuro do sistema jurídico penal". Assim como outros conceitos do direito, concepção de culpabilidade se aperfeiçoa, Greco (2010, p.368) elucida que "A culpabilidade, em suma, significava o vínculo psicológico que ligava o agente ao fato ilícito por ele cometido, razão pela qual essa teoria passou a ser reconhecida como uma teoria psicológica da culpabilidade. Posteriormente, recebeu a denominação de sistema clássico"

No ordenamento jurídico penal contemporâneo, Roig (2015, p.93) explica que "a mais corrente concepção da culpabilidade funda-se a partir de um juízo de reprovabilidade sobre o individuo que, não obstante poder agir de modo diverso, optou pala perpetração de um injusto". O brilhante e renomado Welzel preconiza (1993, *apud* CARVALHO; CARVALHO, 2004, p.39), que a culpabilidade

fundamenta a reprovabilidade pessoal contra o autor de um injusto penal, no sentido de que não omitiu a ação ilícita quando podia fazê-lo.

Dada à concepção bem ampla de culpabilidade, permite-se adentrar no princípio da presunção de inocência. Este princípio foi positiva na Declaração de dos Direito do Homem e do Cidadão de 1789, mais precisamente no artigo 9º, estabelecendo que "Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei" (MPF, 1789). Mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, adotada na Organização das Nações Unidas (ONU), preconizou que art. 11 da "todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa" (ONU, 1948).

Márcio Geraldo Britto Arantes Filho (2010, p 32.) explica que o princípio da inocência foi positivado em âmbito internacional por diversas vezes, além dos diplomas acima mencionados, foi instituído na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, como também, na Convenção Americana de Direitos Humanos. No Brasil, foi consagrado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal que aduz "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988) .

O Texto Constitucional é cristalino ao dizer que nenhuma pessoa poderá ser submetida a tratamento que os considere culpado sem que haja condenação transitada em julgado. Assim, para Moraes (2004, p.133), "há necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio Estatal". A partir

desse ponto, surgem diversas indagações como: Haverá vagas no sistema prisional para todas essas pessoas? Iniciado o cumprimento da pena, e posteriormente vir a ocorrer a absolvição, como poderia ser reparado tal dano? A execução imediata da pena é a extinção do princípio da presunção de inocência? Qual limite para interpretação do Supremo Tribunal Federal? Quais os reflexos do atual posicionamento? São essas e outras questões que cercam o mundo jurídico penal atual.

7 REVISÃO DE LITERATURA

É cediço que o Direito Penal exsurgiu como uma forma de organização e fortalecimento social, considerando a necessidade humana de viver em grupo. Assim têm objetivos próprios, que para Nilo Batista (2005, p.19) vão além de uma "simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais", cumprindo "a função do direito de estruturar e garantir determinada ordem econômica e social, à qual estamos nos referindo, é habitualmente chamada de função "conservadora" ou de "controle social". (BATISTA, 2005, p.21). O notório jurista Miguel Reale, revela a natureza deste ramo do Direito:

> Pode-se mesmo dizer que é da natureza do Direito essa possibilidade de infração, a qual, quando se reveste de gravidade, por atentar a valores considerados necessários à ordem social, provoca uma reação por parte do Poder Público, que prevê *sanções penais* aos transgressores. (REALE, 2002, p. 245)

Nesse sentido, o Direito Penal prima pela manutenção da ordem pública, e, para isso, consoante Busato e Huapaya (2007, p. 4), o Estado é o legitimado para zelar pela regularidade social, esclarecendo "o papel legitimador que corresponde

ao Estado (*jus puniendi)* e o de preservar essa ordem social e, para tanto no caso da criminalidade". Assim, é considerado por Reale (2002, p. 245) como "sistema de princípios e regras mediante os quais se tipificam as formas de conduta consideradas criminosas" para quais estabelecidas "de maneira precisa e prévia, penas ou medidas de segurança, visando a objetivos determinados". (REALE, 2002, p.245).

Sob esse aspecto, é certo que o Estado tem em suas mãos o direito-dever de repelir condutas que atentem contra a organização da sociedade. Por isso cria e aplica as legislações denominadas por Busato e Huapaya (2007, p. 4) de criminalização primária e criminalização secundária respectivamente. Para isso, "em *ultima ratio*, empregar o instrumento coativo mais de que dispõe, que é a pena ou a medida de segurança" (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 4), dessa forma como meio de proteção aos bens essenciais da sociedade, pode o Estado adotar uma medida de segurança ou aplicar uma pena àquele que por intermédio de sua conduta ponha em risco a estruturação da sociedade.

A esse respeito, "as penas são cominadas em função do dano causado à sociedade; em outras palavras: de acordo com a gravidade da violação cometida contra o contrato social" (BABINI, 2009, p. 53). Logo, a aplicação da pena é a resposta estatal para a violação que implique em dano a convivência social, na medida da gravidade da ação delituosa. Sendo claro, a função da pena, vale lembrar "que o Estado não é absolutamente livre para fazer uso deste poder de castigar, através do emprego da lei". (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 4).

Dessarte, o *jus puniendi* não pode servir como meio de manipulação da sociedade ou instrumento para viabilizar o autoritarismo estatal, por esse motivo o Estado Democrático de Direito se direciona por princípios básicos, almejando evitar que possíveis excessos sejam cometidos em nome da lei ou de interesses

próprios. Esses princípios são os delimitadores do poder estatal, logo, garantias para toda sociedade, Ferrajoli (2002, *apud* GRECO, 2010, p.8) às denomina de "garantias secundárias" explicando que "são diversas as formas de reparação - a anulabilidade dos atos inválidos e a responsabilidade pelos atos ilícitos".

As garantias secundárias, para Ferrajoli (2002, *apud* GRECO, 2010, p.8) é "subsequentes às violações das garantias primárias", que por sua vez tratam de "proibições e obrigações, formais e substanciais – impostos, na tutela dos direitos, ao exercício de qualquer poder". Como dito antes, a finalidade do Direito Penal é "proteção dos bens essenciais ao convívio da sociedade" (GRECO, 2010, p.4). Porém, o Direito Penal, para Greco (2010, p.4), pela concepção garantista ultrapassa a mera tutela desses bens jurídicos impedindo que o legislador "com uma suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos, violando direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana".

Insta mencionar, que a instituição dos princípios basilares e o anseio para sua plena efetivação, são frutos de uma evolução social marcada pela luta da massa para se desvencilhar das atrocidades autoritaristas. Esses princípios podem ser ditos os limitadores da interpretação da lei penal formadores de novas premissas teóricas e práticas (ROIG, 2015, p.57). Merece destaque, o princípio do devido processo legal, que no mundo jurídico nacional está disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV, e impõe que todos os procedimentos previstos em lei sejam observados pelos operadores do direito, assim como todos os princípios que rodeiam o processo. Norberto Avena explica que:

> O devido processo legal, originado da cláusula do *due processo of law* do direito anglo-americano, está consagrado na Constituição Federal no art. 5º, LIV e LV, estabelecendo que ninguém será privado de sua liberdade

> ou de seus bens sem que haja um processo prévio, no qual assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.(AVENA, 2017, p.47)

Ainda sob esse prisma, parece pertinente expor um breve conceito de processo penal, porquanto é por este instrumento que se efetiva o devido processo legal. A referida ferramenta é uma serie de procedimentos concatenados pelos os quais viabilizam o exercício do direito do Estado de manter a ordem pública, através do *jus puniendi.* Assim, para Norberto Avena (2017, p. 47), o processo penal é "como instrumento destinado à realização do *jus puniendi* do Estado e cujo desenvolvimento será regido por um conjunto de normas, preceitos e princípios que compõe o direito processual".

É imprescindível definir o que é princípio uma vez que compõe outros conceitos como o de Direito Penal e processo penal, além disso, diante do contexto pós-positivista, é impossível pensar em aplicação da lei, sem agregar valores que contemplam os direitos humanos, de modo, a se desvincular da interpretação literal, e sensibilizar o aplicador da lei, para a união de legislação e valores de modo equilibrado. Desse modo Eugênio Pacelli entende que:

> [...] os *princípios constitucionais* como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado, seja em face de si mesmos, deve-se assinalar, ao menos como referência distintiva em relação às *regras jurídicas*, uma certa amplitude de suas vinculações normativas. E isso ocorre pela maior abstração de seus comandos, o que torna necessário o estabelecimento de critérios minimamente seguros que possam resolver possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais. (PACELLI, 2017, p.33)

Ademais, é possível dizer que o Direito contemporâneo, em todos os seus ramos não permite o afastamento dos caminhos que perfaz os princípios constitucionais. Após ter sido expostos os principais conceitos que rodeiam o

tema, a partir deste ponto, cabe uma breve explanação acerca do princípio da inocência.

> Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada. (PACELLI,2017,p.39)

Assim, via de regra, o princípio da inocência pode ser observado sob duas óticas, a primeira quanto ao tratamento, são inaceitáveis atos durante o processo que trate o réu como culpado, de maneira a restringir seus direitos. Lado outro, com relação ao dever de provar a culpabilidade do acusado, o qual é legitimado apenas a acusação. Capez apresenta outro aspecto sob o qual pode ser considerado o referido princípio:

> O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.(CAPEZ, 2012, p.83)

Norberto Avena complementa:

> Na medida em que a Constituição Federal dispôs expressamente acerca desse princípio, incumbe aos Poderes do Estado torná-lo efetivo – o *Legislativo*, criando normas que visem a equilibrar o interesse do Estado

> na satisfação de sua pretensão punitiva com o direito à liberdade do acusado; o *Executivo*, sancionando essas normas; e o *Judiciário*, deixando de aplicar no caso concreto (controle difuso da constitucionalidade) ou afastando do mundo jurídico (controle concentrado da constitucionalidade) disposições que não se coadunem com a ordem constitucional vigente. (AVENA,2017, p. 49)

Logo, recai sobre os poderes viabilizarem sua efetivação cada qual em seu âmbito, o Legislativo deve se preocupar em instituir regras que torne combatível o direto do Estado e o direito do acusado. Ao Executivo cabe sanciona-las, ao Judiciário exercer o controle difuso da constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade. Posto o modo pelo qual cada poder deverá efetivar o princípio exporto, insta salientar que há em curso as ações de declaratória de constitucionalidade de nº 43 e 44, que versar sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena, o que poderá mudar a interpretação do princípio da presunção de inocência.

8 REFERÊNCIAS

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. **IBCCRIM:** portal eletrônico. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/52-ARTIGO>. Acesso em 08 abr. 2017.

AVENA, Norberto. **Processo Penal.** 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forence; Método,2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Ed. Ravan, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 abr. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 12.292/SP. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.Sjsp?docTP=TP&docID=10964246> . Acesso em 08 abr. 2017.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito:** fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de Carvalho. **Aplicação da pena e Garantismo**. 3 ed, ampl. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

FERRARI, Rafael. O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 15, n. 101, jun. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829> Acesso em: 08 abr. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> acesso: 08 abr. 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2004.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Direito Penal.** 21 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo. Ed. Atlas, 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27 ed., 11 tir. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

ROING, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena, limites, princípios e novos parâmetros**. 2 ed, rev. e ampl. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

A FUNÇÃO DA CIDADE EM PAUTA: UMA ANÁLISE DO PLANO DIRETOR DE BOM JESUS DO ITABAPOANA

Susane Costa Soares Guimarães[41]

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabelece, no artigo 182, da Constituição Federal que: "a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade para proporcionar o bem-estar de seus habitantes" (BRASIL, 1988). Segundo o supracitado artigo, deve haver uma política de desenvolvimento urbano que ordene o desenvolvimento das funções sócias da cidade. Apesar de instituir tais funções, não esclarece quais são, nem tampouco encontra-se tal resposta no texto constitucional.

Foi criada a Lei nº 10.257/2001 que institui o Estatuto da Cidade, segundo previsão nos arts. 21, inciso XX; 182 e 183, CF/88 buscando assegurar o desenvolvimento das funções sociais da cidade, com a criação de políticas urbanas, garantindo o bem-estar da população e sua dignidade, propiciando moradia, habitação, circulação, lazer e trabalho. Ainda´, apesar da criação da política de desenvolvimento urbano de que trata o artigo 182, as funções sociais da cidade não foram elencadas na referida lei, restando necessária a análise de outros documentos, para tanto. Diante desta problemática o presente trabalho tem por objetivo: (I) investigar a evolução do desenvolvimento urbano ao longo da história e das normas; (II) demonstrar as funções sociais das cidades contemporâneas

[41] Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, susanecsg@gmail.com;

2 TEMA

A Função Social Da Cidade Em Pauta: Uma Análise do Plano Diretor de Bom Jesus do Itabapoana

3 PROBLEMÁTICA

Quais são as funções sociais da cidade em uma ordem urbanística que preconiza o direito às cidades sustentáveis e todas as atribuições a ela inerentes?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a evolução conceitual das funções sociais da cidade, com enfoque no plano diretor da cidade de Bom Jesus do Itabapoana.

4.2 Objetivos Específicos

- Definir conceito de Cidade;
- Apontar e caracterizar as funções sociais da cidade, a que se refere o Art.182 da Constituição Federal;
- Analisar o Plano Diretor de Bom Jesus do Itabapoana;
- Concluir se o direito a segurança, como função social da cidade é efetivamente aplicado na cidade de Bom Jesus do Itabapoana.

5 HIPÓTESES

- As funções Sociais da Cidade são definidas através de uma análise das Cartas de Atenas, do Estatuto da Cidade, da literatura doutrinária e outros documentos;

- As Funções Sociais da Cidade não são efetivamente desempenhadas no município de Bom Jesus do Itabapoana como previsto no Plano Diretor.

6 JUSTIFICATIVA

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 182 que "a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade para proporcionar o bem-estar de seus habitantes." (BRASIL 1988) O referido tema de pesquisa é relevante, pois se propõe a investigar a evolução do desenvolvimento urbano ao longo da história e das normas, abordar conceitos básicos de Cidade, Município e Direito Urbanístico, apontar que há um conceito de função social que deve ser desempenhada pela cidade segundo o artigo 182 da Constituição Federal e demonstrar, quais são tais funções a que se destinam as cidades, já que o texto constitucional se limita apenas a instituir que deve haver uma política de desenvolvimento urbano que o desenvolvimento dessas funções e não as caracteriza, restando necessário análise de documentos internacionais, tais como as Carta de Atenas.

A lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001, que institui o Estatuto da Cidade foi criada em obediência ao artigo 182 da Constituição com finalidade de

ordenar o desenvolvimento da função social da cidade, visando o bem estar coletivo, a segurança, e manutenção do equilíbrio ambiental. O Estatuto da Cidade oferece diretrizes gerais para fixação da política urbana e estabelece que a política pública do desenvolvimento urbano, foi definido o Plano Diretor "como principal instrumento de implementação de uma política de desenvolvimento e expansão urbana" (DALLARI; FERRAZ, 2010). O presente tema, ainda, é importante, pois se destina a analisar o Plano Diretor do Município de Bom Jesus do Itabapoana e através de uma análise também de pesquisa de campo, concluir se de fato têm se cumprido as funções sócias da cidade, conforme previsto no Plano Diretor.

7 REVISÃO DE LITERATURA

A Constituição Federal estabelece (caput do artigo 182 e no §1º) que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade para proporcionar o bem-estar de seus habitantes. Apesar de tratar das funções sociais da cidade, não esclarece quais são essas funções. Diante desta problemática o presente trabalho tem por objetivo: (I) investigar a evolução do desenvolvimento urbano ao longo da história e das normas; (II) demonstrar as funções sociais das cidades contemporâneas; (III) estabelecer relação entre tais funções e o Direito Ambiental.

Desde os primórdios, as terras sempre foram elementos de ambição e disputas humanas. Primeiramente, as ocupações ocorreram de modo primitivo e desorganizado, porém essa situação foi modificando com a consequência natural da tendência dominadora do homem e também com o aumento e expansão populacional (COSTA, 2009). Conforme Rolnik (2010, p. 08) as cidades nascem com o processo de "sedentarização e seu aparecimento delimita uma nova relação

homem/natureza: para fixar-se em um ponto para plantar é preciso garantir o domínio permanente de um território". Assim, atrelada com essa relação homem/natureza, está também, a organização da vida social. Segundo Silva (2010) o urbanismo é uma técnica e ciência que se ocupa do fenômeno urbano, tratando-o a partir de seus preceitos e parâmetros.

Logo, o urbanismo é o "conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade". (MEIRELLES, 2009, p. 522). O fenômeno da urbanização gerou graves problemas, desde a degradação do ambiente urbano até a desorganização social como a falta de moradias, empregos e outros. Assim, a intervenção do Poder Público tornou-se fundamental para orientar novas formas urbanas para utilização do solo. Nesta perspectiva, surgiram as regras urbanísticas com a finalidade de ordenar o uso e ocupação do solo urbano.

Nos primórdios, o processo de urbanização e as relações urbanas se norteavam através de costumes e ordenamentos jurídicos simples. Contudo, por meio das leis de desapropriação, ocorreu uma importante iniciação urbanística, interferindo diretamente na propriedade privada. No período da Primeira República (1889 a 1930), com a entrada em vigor o Código Civil de 1916, surgiram regramentos urbanísticos restringindo o direito de construir (Art. 572). Segundo (BRASIL, 1988), tais normas se tornaram mais expressivas com a Constituição de 1988, em seu Art. 24 que institui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, de legislar, entre outros, sobre o direito urbanístico. E aos municípios, Art. 30, VIII, compete promover ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Ainda a Constituição de 88 estabelece nos Arts. 182 e 183, de acordo com a Lei 10.257/01, diretrizes para a política de desenvolvimento urbano, sendo o

executor o Poder Público municipal, propiciando o bem-estar da população e o desenvolvimento das funções sociais. No Direito Urbanístico os princípios que o norteiam são, segundo Silva (2010, p. 44-45): 1º Princípio do urbanismo como função pública (visando o interesse coletivo); 2º Princípio da conformação da propriedade urbana às normas de ordenação urbanística; 3º Princípio da coesão dinâmica das normas urbanísticas (procedimentos); 4º Princípio da afetação das mais valias ao custo da urbanificação (compensação pelas melhorias de edificabilidade e gastos da urbanificação por parte dos proprietários de terrenos).

Tornou-se necessária a elaboração da Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, segundo previsão nos arts. 21, inciso XX; 182 e 183, CF/88 buscando assegurar o desenvolvimento das funções sociais da cidade, com a criação de políticas urbanas, garantindo o bem-estar da população e sua dignidade, propiciando moradia, habitação, circulação, lazer e trabalho. Esta lei tem como finalidade ordenar o desenvolvimento da função social da cidade e da propriedade urbana, visando o bem coletivo, a segurança, o bem-estar da população e, não menos importante, o equilíbrio ambiental.

A Constituição de 1988 afirma, em seu artigo 182, que "a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade" (BRASIL, 1988), mas não discorre sobre estas funções sociais. Podemos buscar na Carta de Atenas (documentos internacionais conhecidos como "*Carta de Atenas*" escritos na década de 1930) estas funções sociais da cidade, que são quatro: habitação, trabalho, circulação e recreação. As cidades modernas sofreram influência marcante desses modelos de funções para estruturação e planejamento de seu espaço físico-territorial por um longo tempo, inclusive no Brasil. Através do Conselho Europeu de Urbanistas (CEU), que reúne diversos países, propôs em 1998 uma Nova Carta de Atenas analisando a cidade

contemporânea, suas funções, propondo um novo futuro para as cidades do século XXI, com o compromisso de ser revista de quatro em quatro anos. Esta Nova Carta propôs uma de rede de cidades que deseje:

> conservar a riqueza cultural e diversidade, construída ao longo da história; conectar-se através de uma variedade de redes funcionais; manter uma fecunda competitividade, porém esforçando-se para a colaboração e cooperação e contribuir para o bem-estar de seus habitantes e usuários (PORTO, 1998).

Esta função estabelece a prevalência do interesse comum em detrimento do interesse individual. Visa a democratização do espaço urbano, tanto de poder, produção e de cultura, com justiça social, de forma sustentável, para que os cidadãos façam uso e se apropriem do território. A função social da cidade se deriva da função social da propriedade, devendo ser instituída pelos municípios. Através da implementação de mecanismos descritos no Estatuto da Cidade, será possível atender a função social da propriedade urbana.

Vale ressaltar que a Carta de Atenas de 1933, aponta as funções da cidade, quais sejam: habitação, trabalho, circulação e recreação, mas com as constantes mudanças das cidades essas funções se tornaram mais abrangentes, buscando: a conservação da riqueza cultural e diversidade, manutenção de fecunda competitividade, mas com esforço para colaboração e cooperação na contribuição do bem-estar de seus habitantes e usuários. As funções sociais das cidades podem ser classificadas de acordo com o quadro abaixo:

FUNÇÕES URBANÍSTICAS	**FUNÇÕES DE CIDADANIA**	**FUNÇÕES DE GESTÃO**
Habitação	Educação	Prestação de Serviços
Trabalho	Saúde	Planejamento

Lazer	Segurança	Preservação do Patrimônio Cultural e Natural
Mobilidade	Proteção	Sustentabilidade Urbana

Quadro 1 – Funções Sociais Das Cidades

Este quadro demonstra a classificação das funções da cidade em três grandes grupos. No primeiro, as funções urbanísticas influenciaram o planejamento, política e legislação urbana; no segundo, as funções de cidadania, que são formadas por direitos sociais; e no terceiro as funções de gestão, que indicam as práticas para alcance e garantia do bem-estar dos habitantes no meio urbano.

Desde os primórdios, o fenômeno da urbanização gerou graves problemas, desde a degradação do ambiente urbano até a desorganização social. Assim, a intervenção do Poder Público tornou-se fundamental para orientar novas formas urbanas de utilização do solo. O Estatuto das cidades surgiu em obediência a Constituição Federal (Arts. 182 e 183), com finalidade de ordenar o desenvolvimento da função social da cidade, visando o bem estar coletivo, a segurança, e manutenção do equilíbrio ambiental. A Carta de Atenas de 1933 aponta as funções da cidade, quais sejam: habitação, trabalho, circulação e recreação, mas com as constantes mudanças das cidades essas funções se tornaram mais abrangentes, buscando: a conservação da riqueza cultural e diversidade, manutenção de fecunda competitividade, mas com esforço para colaboração e cooperação na contribuição do bem-estar de seus habitantes e usuários.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 abr. 2017.

COSTA, C. M. M. da. **Direito Urbanístico comparado: planejamento urbano – das constituições aos tribunais luso-brasileiros.** Curitiba: Juruá, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade:** Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GARCIAS, Carlos Mello; BERNARDI, Jorge Luiz. As funções sociais da cidade. *In*: **Revista Direitos Fundamentais & Democracia,** v. 4, 2008. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/48/47>. Acesso em: 15 abr. 2017.

MEIRELLES, Henrique Lopes. **Direito de construir.** 9 ed. São Paulo, Malheiros, 2005

PEREIRA, Deborah Marques; PEREIRA, Anete Marília; LEITE, Marcos Esdras. Considerações teóricas do direito urbanístico contemporâneo e a função social da cidade. **Revista Conteúdo Jurídico,** Brasília. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.consideracoes-teoricas-do-direito-urbanistico-contemporaneo-e-a-funcao-social-da-cidade,46817.html>. Acesso em: 15 abr. 2017.

ROLNIK, R. **O que é cidade.** 7 ed. São Paulo: Brasiliense, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro.** 6 ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

DA SOLIDARIEDADE E O DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS À CONCUBINA

Thatiana Almeida da Silva[42]

1 INTRODUÇÃO

Esse trabalho faz uma breve reflexão a respeito de um grande avanço no direito de família com a aclamação da força normativa dos princípios constitucionais implícitos e explícitos e a obrigação de alimentar entre concubinos. A história do direito de família brasileiro, no decorrer do tempo, sofreu grandes alterações, devido à pluralização da família, que mesmo a despeito do que diz a norma sempre existiu. A busca é que o direito de família se encaixe a realidade e bramido da sociedade. Por muito tempo, o direito de família se aplicou de modo exclusivo aos modelos tradicionais de família, resguardando apenas famílias que seguiam os moldes matrimoniais e patriarcais, deixando a margem aquelas que eram constituídas informalmente.

Com a evolução da família, é notória a diferença entre os antepassados e a família atual, visto que as razões para a constituição de família não são os mesmos, como a religião a qual era o centro da entidade familiar e era cultuado como algo sagrado entre aqueles que faziam parte do grupo.

O concubinato teve uma grande expansão no Brasil, não existindo o divórcio, deste modo às pessoas acabavam por se separar e não podendo casar novamente vinham a constituir novas famílias, estas marginalizadas pelo nosso

[42] Graduanda do curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, e-mail: thatianasuwanst@hotmail.com

ordenamento, outro motivo decisivo para a expansão do concubinato era a de que muitos casais acabavam por casar somente em cerimônias religiosas.

Diante desse problema, busca-se promover uma reflexão acerca das dificuldades relacionadas ao dever de prestar alimentos à concubina.

2 TEMA

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de alimentar diante de uma relação de concubinato, com a seguinte proposta de título: DA SOLIDARIEDADE E O DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS À CONCUBINA.

3 PROBLEMÁTICA

Com base no julgamento do Recurso Especial n. 1.185.337 - RS (2010/0048151-3), do Superior Tribunal de Justiça e à luz da doutrina brasileira contemporânea, a concubina será reconhecida com o direito a alimentos?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Analisar a possibilidade jurídica da prestação dos alimentos para concubina com base na decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no RE sp n. 1.185.337 - RS (2010/0048151-3), no qual foi invocado princípios constitucionais e legais voltados ao direito de família.

4.2 Objetivos Específicos

- Abordar o conceito de família em um cotejo histórico e contemporâneo.
- Examinar os institutos dos alimentos.
- Analisar o princípio da Solidariedade à luz do Direito da Família.
- Verificar a possibilidade de haver o direito aos alimentos em favor da concubina.

5 HIPÓTESES

Em razão do reconhecimento da solidariedade familiar e o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar da concubina está em uma relação clandestina, quando comprovados os requisitos específicos (dependência econômica, convívio duradouro e não eventual) fará jus ao percebimento de verba alimentar, caso não tenha condições para se manter.

6 JUSTIFICATIVA

O tema deve ser estudado porque, a multiplicidade e as variedades de fatores que é encontrado hoje nos diversos tipos de entidades familiares não nos permitem fixar um padrão, muito menos um conceito de família correto. Quando o Direito reconhece uma situação fática normatizando-a, ele rompe com preconceitos, convivendo com ela, não podendo mais negar-lhe direitos. A família tem uma grande relevância para o desenvolvimento da dignidade humana, promovendo a integração do indivíduo dentro da sociedade, caso contrário, gerando uma estagnação e infelicidade desses (DINIZ, 2010, p. 589-590).

O princípio da solidariedade familiar e a dignidade da pessoa humana são o Norte desta obrigação alimentícia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou provimento a recurso interposto por um homem contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que o condenou a pagar alimentos no valor equivalente a 2,5 (dois e meio) salários mínimos mensais para a mulher que conviveu com ele em relacionamento paralelo ao casamento durante 40 anos, pois essas singularidades demonstram a incidência simultânea dos princípios no caso concreto, o da preservação da família da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal, ao consagrar os princípios da igualdade e da liberdade, não permite discriminações e preconceitos com relação à significativa parcela da população por ter condição sexual de incidência minoritária. A diferença não pode ser fator de exclusão, pois o Supremo Tribunal Federal atua como defensor dos direitos da minoria. Deve, isso sim, servir para justificar a adoção de ações afirmativas como mecanismos protetivos. Afinal, o maior dever do Estado é o de cuidar e proteger seus cidadãos, cada um deles, pois todos têm o direito constitucional à felicidade, que só pode ser alcançada quando assegurado o direito de amar. E é devido ao princípio da solidariedade, que significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social.

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros ou conviventes, principalmente quanto à assistência moral e material. Um princípio que reconhece o afeto como núcleo de toda a família, que se norteia o princípio da pluralidade familiar, passando a reconhecer

as mais variadas formas familiares que busquem um objetivo de vida em comum, um não reconhecimento delas acarretaria em um descumprimento desses princípios.

A solidariedade familiar é o fundamento originário da obrigação alimentícia. Além dos deveres no âmbito patrimonial, a solidariedade também deve ser afetiva e psicológica. Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na caritas. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural (GONÇALVES, 2005, p. 441).

Conforme bem lembra Lôbo (2002, p. 46), o princípio da afetividade tem fundamento constitucional: não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou provimento a recurso interposto por um homem contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que o condenou a pagar alimentos no valor equivalente a 2,5 (dois e meio) salários mínimos mensais para a mulher que conviveu com ele em relacionamento paralelo ao casamento durante 40 anos. A mulher, já idosa, desistiu de sua atividade profissional ainda na juventude, para dedicar-se ao homem; este, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso paralelo ao casamento, proveu espontaneamente o sustento da mulher. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que "se o réu optou por sustentá-la, desde quando ainda era jovem, bonita e saudável, muito mais o deve agora, quando surgem os

problemas de saúde em decorrência da idade avançada, sendo impossível o ingresso no mercado de trabalho" (RIO GRANDE DO SUL, 2010)

No Recurso Especial que tramitou no STJ, a parte recorrente sustentou a violação do artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil, visto que o TJRS não emitiu nenhum pronunciamento sobre a alegada inexistência de amparo para a condenação à prestação de alimentos à parte recorrida, tendo em vista o reconhecimento de caracterização apenas de concubinato impuro, e não de união estável; afronta aos artigos 1.694, caput e o parágrafo 1º, 1.695 e 1.727 do Código Civil, pois não se pode atribuir consequências idênticas ao concubinato impuro e à união estável e, ainda, dissídio jurisprudencial.

Segundo o ministro relator, João Otávio de Noronha, de regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos à concubina, "pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo". No entanto, dada a peculiaridade do caso e considerando os princípios da dignidade e solidariedade humanas, o ministro reconheceu que deve ser mantida a obrigação de prestação de alimentos à concubina idosa, que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, principalmente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. O ministro não reconheceu o dissídio jurisprudencial e afastou a ofensa ao artigo 535 do CPC.

No que concerne à alegada contrariedade aos artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil, o homem argumentou que ela decorreria do fato de ter sido reconhecida a existência de concubinato entre as partes, já desfeito, e que os referidos dispositivos só fazem menção ao direito alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros. Para João Otávio de Noronha, a questão alimentar não está restrita a dois dispositivos isolados do Código Civil; há várias outras

referências ao tema, por exemplo, no capítulo que trata da responsabilidade civil (art. 948, II) e no que dispõe sobre os atos unilaterais/gestão de negócios (art. 871). "Está claro que o direito alimentar é muito mais amplo do que supõe o recorrente, exigindo cautela por parte do julgador, que deve encontrar o ponto exato de equilíbrio, seja para fixar, seja para afastar o dever de alimentar ou o de prover o sustento de determinada pessoa", João Otávio de Noronha (2015) disse o ministro considerou que as peculiaridades tornam o caso excepcionalíssimo e que, portanto, não se tratada aplicação da letra pura e simples da Lei, pois essas singularidades demonstram a incidência simultânea de mais de um princípio no caso concreto, o da preservação da família da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, que devem ser avaliados para se verificar qual deve reger o caso concreto.

Concubinato ou união estável? - Euclides de Oliveira (ano) explica que a decisão tratou o caso como concubinato, e não como uma união estável paralela ao casamento, porque se tratava de relacionamento fora de um casamento preservado, na figuração típica de um triângulo amoroso (ligação ilícita, ménage a trois). O homem era casado e mantinha ao mesmo tempo um relacionamento com outra mulher. Uniões que andam lado a lado ao casamento só existe quando os casados estão separados de fato (art. 1.723, § 1º, do CC), ainda que não sejam divorciados nem separados judicialmente. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Segundo o ministro, a resposta às suas indagações surge claramente dos autos. Ficou claro, com o tempo, a falta de risco à desestruturação da família do recorrente, bem como a de exposição da idosa a total desamparo financeiro, já que, foi o próprio recorrente quem proveu o sustento, o que vale dizer que foi ele quem deu ensejo a essa situação e não pode, agora, favorecer-se dos próprios atos. É

evidente que, no caso específico, há um encontro de princípios, de modo que é preciso conciliá-los para aplicar aqueles adequados para apoiar a decisão, a saber, os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, pelas razões já exaustivamente expostas. (BRASIL, 2010).

7 REVISÃO DE LITERATURA

Como alerta Hironaka (1999, p. 8) não importa a posição que o indivíduo ocupe na família ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence, o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

A multiplicidade e as variedades de fatores que encontramos hoje nos diversos tipos de entidades familiares não nos permitem fixar um padrão, muito menos um conceito de família correto. Quando o Direito reconhece uma situação fática normatizando-a, ele rompe com preconceitos, conivindo com ela, não podendo mais negar-lhe direitos (MENDES, 2010, p. 50). Segundo manifesta Edgard de Moura Bittencourt :

> A família é um fato natural. Não cria o homem, mas a natureza. Quando um homem e uma mulher se reúnem sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, ali está uma família. Passou por lá o juiz com sua lei, ou o padre com seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força de apagar o fato natural. (BITTENCOURT, 2005, p. 887).

A família tem uma grande relevância para o desenvolvimento da dignidade humana, promovendo a integração do indivíduo dentro da sociedade, caso contrário, gerando uma estagnação e infelicidade desses. E é em razão da essência do princípio da solidariedade, que reconhece o afeto como núcleo de toda a

família, que se norteia o princípio da pluralidade familiar, passando a reconhecer as mais variadas formas familiares que busquem um objetivo de vida em comum, um não reconhecimento delas acarretaria em um descumprimento desses princípios. (GOECKS, 2008, p. 120-135)

Atualmente, a expressão "concubinato" é utilizada para caracterizar o relacionamento de pessoas que mantêm mais de uma união de fato, ou seja, que possuem uma família reconhecida pela sociedade e consagrada pelo Direito e outra que emana de uma realidade sociológica, ficando assim, a margem da lei. O Código Civil de 2002 em seu art. 1.727, ainda apresenta um conceito impróprio do instituto em análise, veja-se: "Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato" (BRASIL, 2002).

É importante destacar que nem toda relação onde um dos companheiros é impedido de casar caracteriza o concubinato, pois um deles pode estar separado de fato ou separado judicialmente e ter constituído uma nova família, restando configurada a união estável e não o concubinato. O Código Civil Brasileiro de 1916 não legislava sobre a família ilegítima que era aquela família constituída através do concubinato, ou seja, o legislador de 1916 fez poucas referências a esta família, assim ficando claro que o legislador preferia ignorar a existência destas famílias marginalizadas, do que vir a regulamentá-las (RODRIGUES, 2004, p. 13). Mas com veio ocorrendo mudanças de pensamentos na sociedade o direito de família de 1916 veio a evoluir por meio de jurisprudências, estas que vieram a proporcionar mais proteção ao concubinato, por começar pela legislação trabalhista e previdenciária que reconheceu direitos a companheira que antes somente eram reconhecidos a esposa (RODRIGUES, 2004, p. 12).

O concubinato é uma situação com enorme potencial para geração de direitos e deveres, a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988

tutela a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, privilegia o ser humano, que deve ter um mínimo de garantias asseguradas para a concretização dessa dignidade. Em face de todos esses ônus, é a família considerada a base da sociedade e merecedora de especial proteção. No entanto, esse tratamento diferenciado se consubstancia na imposição de obrigações a seus membros: deveres conjugais, poder familiar e solidariedade parental.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 abr. 2017.

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar frente aos princípios constitucionais aplicáveis. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 9, n. 45, p. 120-135, dez.-jan., 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Direito de Família. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e Casamento em Evolução in **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, Síntese. 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares** Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família,** Porto Alegre, v. 12. Síntese/IBDFAM. 2002.

MENDES, Yasmine de Castro Silva Mendes. **Entidades Familiares concomitantes ou relações paralelas?** O poliamorismo como relevante fenômeno jurídico e social. Disponível em: www.adrianopinto.adv.br. Acesso em 05/10/2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família:** Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: **direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DO RECONHECIMENTO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO À LUZ DO PARADIGMA BIOCÊNTRICO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vitor Pimentel Oliveira[43]

1 INTRODUÇÃO

A partir de metade do século XX, um dos principais objetos de interesse mundial passou a ser o meio ambiente, de forma mais específica as questões ambientais resultantes da relação entre o ser humano e o meio ambiente. A problemática ambiental não se restringe ao tratamento da natureza, cuida de um conceito mais amplo, a ideia de meio ambiente. Tal relação é complexa e multifacetária, uma vez que diversos desdobramentos surgem a partir da perspectiva adotada. Essa relação entre ser humano e meio ambiente pode ser observada nas diversas etapas de evolução e transformação sofridas pela sociedade moderna. O avanço da tecnologia empregada na produção industrial e no ramo comercial figuram como responsáveis, não exclusivos, dos problemas ambientais que a humanidade não só testemunha, mas é também, ao mesmo tempo, agente e vítima.

Nessa esteira, o ser humano não possui apenas um papel. Em verdade, mesmo que diante de uma ação causadora de um problema ambiental, o agente, concomitantemente, figura como vítima, recaindo ainda, sobre toda a humanidade as consequências da ação danosa. Essa peculiaridade advém da intrínseca ligação existente entre os seres humanos, os demais seres vivos e o ambiente onde se

[43] Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana. Técnico em Informática pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Fluminense.

situam. Existe, pois, uma harmonia, um equilíbrio entre os diferentes níveis de interações, englobando, além dos elementos vivos, os demais elementos inanimados componentes do meio ambiente. Logo, qualquer ação praticada capaz de ensejar uma mudança nessas interações acarreta, conforme o tipo de ação, em um desequilíbrio maior ou menor desse complexo sistema, ameaçando toda as formas de vida e elementos integrantes de referido sistema.

As ações provocadas pelos seres humanos ao longo do processo de evolução das sociedades culminaram no crescente aumento da preocupação para com o meio ambiente nas últimas décadas. As consequências do acelerado avanço produtivo e tecnológico, somado a diversos outros fatores que, a título exemplificativo, estão relacionados ao consumo, extração, exploração, poluição e desmatamento, podem ser constatadas diante dos notórios problemas ambientais existentes. O aquecimento global, a escassez de recursos hídricos, as mudanças climáticas e tantos outros poderiam ser citados.

Por ser assunto de interesse de todos os seres humanos, a mobilização internacional tem buscado, através de encontros e acordos minimizar, ou quando possível, reverter alguns quadros de problemas ambientais. O debate é ponto fundamental na busca por caminhos e alternativas para enfrentar o problema, mas não é, por si só, suficiente para combater o atual panorama. Medidas efetivas devem ser tomadas para o alcance dessa finalidade, bem como evolução em conceitos estruturais.

Nesse ínterim, o meio ambiente, como um direito do ser humano, passou a ocupar espaço de destaque, sendo, inclusive, incorporado por diversos ordenamentos jurídicos, como no caso brasileiro, em que a Carta Fundamental acolheu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ora, diante de tamanha importância, como instigação acadêmica, é válido ponderar a

possibilidade de uma revolução, alicerçada no grau de importância do meio ambiente, discutindo suas implicações.

Ao levar em consideração a importância do direito ao meio ambiente, e tomando como premissa a sua fundamentalidade na vida não apenas humana, exsurge a necessidade de ponderar sobre a influência que o meio ambiente pode exercer sobre a estruturação de uma nova forma de Estado. Assim como em eras passadas a organização do Estado sofreu modificações estruturais em razão de eventos históricos significativos, no atual estágio de desenvolvimento da sociedade moderna a preocupação com o meio ambiente poderia ensejar um novo modelo de Estado.

Para ser capaz de promover uma reformulação nas bases do Estado, o fundamento para atingir tal objetivo precisa, necessariamente, de um alcance vertical e horizontal extenso, com vistas a colocar em pauta um novo projeto de Estado, aperfeiçoado e evoluído, atento para as novas demandas da sociedade. Para que isso ocorra não basta a apresentação de um fundamento qualquer, deve o fundamento trazer consigo uma série de elementos que explicitem a necessidade de mudar o *statu quo ante*, a importância de elaborar um novo molde de Estado.

Considerando o atual modelo, de um Estado Democrático de Direito, em que a Constituição da República Federativa do Brasil, ao consagrar em seu texto diversas disposições referentes a direitos de liberdade e sociais, demonstra que o atual modelo engloba, de forma melhorada, aquilo que o Estado Liberal e o Estado Social outrora cuidaram. Ao trazer uma forma de Estado que se preocupa com os direitos e liberdades individuais e sociais sob a égide de um regime democrático e amparado pelo Direito, é possível observar como os acontecimentos históricos mundiais e nacionais influenciaram na construção de um Estado que mais atende aos anseios da sociedade. Ao colocar o meio ambiente como fundamento para tal

reestruturação, o almejado é alçar a preocupação com tal direito a um nível equivalente a sua importância.

O meio ambiente é questão pertinente a todos, tendo seus desdobramentos efeitos em diversas áreas. O tratamento adequado do lixo doméstico diz respeito ao indivíduo e sua família no âmbito de sua residência. A destinação do lixo e resíduos industriais concerne aos proprietários e responsáveis pelo empreendimento. O lixo das cidades e seu local de armazenamento e tratamento depende da atuação do Estado. Apenas uma das questões cotidianas, o lixo, envolve todos os setores da sociedade, incluindo o Estado e, independentemente, qualquer um desses atores que venha a destinar o lixo de forma inadequada, todos serão atingidos pelas consequências, mesmo que de forma indireta. Não obstante, há que se ressaltar, ainda, aqueles que em razão de sua condição social e econômica residem, trabalham ou convivem com os perigos diretos provenientes dessa inadequada destinação. O lixo é só um dos geradores de problemas ambientais, inúmeros ainda poderiam ser pontados. O objetivo dessa exemplificação é justamente demonstrar que, em termos ambientais, o problema concerne a todos.

Não há mais qualquer limitação espacial ou temporal. As gerações atuais colhem os resultados dos processos de destruição do meio ambiente ocasionados pelas gerações passadas. Contudo, apesar disso, tais processos continuam, até em maior escala, ameaçando as gerações vindouras. O futuro do planeta e de seus habitantes, humanos ou não, também é colocado em debate, objetivando a conservação do meio ambiente e, na medida do possível, seu reestabelecimento, assegurando um presente e futuro dignos.

Parece razoável, nesse momento, considerar a relevância de se pensar uma nova estrutura de Estado a partir dos conceitos pertinentes ao meio ambiente,

tendo como pano de fundo a íntima relação entre o ser humano e o meio ambiente, as consequências dos problemas ambientais. Pensar esse novo modelo de Estado é caminhar rumo à inserção de questões tão importantes em diversos níveis de atuação, chamando todas as figuras atuantes nesse processo, todos os indivíduos integrantes de uma sociedade.

2 TEMA

O tema proposto para o desenvolvimento do projeto de pesquisa a título de Trabalho de Conclusão de Curso é "DO RECONHECIMENTO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO À LUZ DO PARADIGMA BIOCÊNTRICO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL".

3 PROBLEMÁTICA

A problemática está centrada na possibilidade de reconhecer um Estado Socioambiental de Direito com base na análise dos julgamentos de competência do Supremo Tribunal Federal, buscando responder ao seguinte questionamento: "É possível, em sede dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, identificar a existência de um paradigma biocêntrico no sentido de reconhecer a existência de Estado Socioambiental de Direito na República Federativa do Brasil?".

4 OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GERAL

Analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para verificar a incidência da visão biocêntrica e sua relação no sentido de reconhecer ou não a existência de um Estado Socioambiental de Direito.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Constituem objetivos específicos do presente projeto de pesquisa:

- Reconhecer a fundamentalidade do direito ao meio ambiente;
- Analisar as transformações históricas nos modelos de Estado;
- Analisar as escolas ambientais;
- Examinar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;

5 HIPÓTESES

O projeto de pesquisa conta com as seguintes hipóteses:

- Com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é possível identificar um paradigma biocêntrico no sentido de reconhecer um Estado Socioambiental de Direito;
- Com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é possível identificar um paradigma biocêntrico no sentido de reconhecer um Estado Socioambiental de Direito.

6 JUSTIFICATIVA

A relevância de ver reconhecido um molde de Estado na qual a tutela ambiental ocupa destaque de forma a compor sua estrutura leva em consideração uma série de aspectos, que abrangem um extenso conteúdo, não se limitando a uma área específica, conforme será apresentado na sequência. Faz-se pertinente um esclarecimento quanto aos termos empregados na redação do projeto de pesquisa, pois, a depender do autor, a denominação dessa estrutura de Estado pode sofrer variações, logo, a adoção de mais de uma terminologia não acarretará prejuízo ou qualquer discrepância no conteúdo desenvolvido ao longo do projeto de pesquisa, todavia, em respeito aos autores, preferiu-se adotar os mesmos termos usados em suas respectivas obras, sendo o Estado de Direito Ambiental extraído da obra de José Rubens Morato Leite (2015) e Estado Socioambiental de Direito, da obra de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2014).

Destarte, há que se destacar o trabalho elaborado por José Rubens Morato Leite (2015, p. 177-178) quando, ao cuidar da teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck, apresenta, em determinado momento, um Estado de Direito do Ambiente como uma construção teórica, cuja projeção se dá no mundo real, devendo, para fins de compreensão, ser visto a partir das exigências oriundas da sociedade moderna, de forma especial quando considerada a crise ambiental e seu perene agravamento, consistindo em conceito abrangente, requerendo em sua análise, matérias que estão além do campo do Direito, como Sociedade e Política. A teoria da sociedade de risco pode ser compreendida, em linhas gerais, tomando como largada a consideração de uma ruptura no interior da modernidade, surgindo, dos contornos da sociedade industrial clássica, uma nova sociedade, essa última denominada de sociedade (industrial) de risco (BECK, 2011, p. 12).

Por seu turno, o Estado Socioambiental de Direito adota tal denominação justificando que o adjetivo socioambiental é resultado de uma convergência de agendas, tanto a social quanto a ambiental, em prol do desenvolvimento humano, coexistindo, pois, em um mesmo projeto jurídico-político (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 117). A relevância dos estudos em torno dessa estrutura de Estado está umbilicalmente atrelada às dimensões apresentadas pela dignidade da pessoa humana, que se desdobra em uma dimensão social e outra ecológica (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 120). Discutir um molde de Estado que considere o meio ambiente em sua estrutura, como no caso do Estado de Direito do Ambiente é, também de importância ímpar, não importando sua abstratividade em causa apta a afastar tal importância mas, justamente na busca pela delimitação dos pressupostos dessa forma de Estado, é que encontrará o caminho a ser seguido (LEITE, 2015, p. 180).

A construção de um Estado de Direito Ambiental não é tarefa fácil, uma vez que figura entre os recursos ambientais e a produção de capital e consumo, um cenário de antagonismo, principalmente em um planeta notadamente marcado por desigualdades sociais e degradação (LEITE, 2015, p. 178). Há que se observar, nesse ponto, a lógica da distribuição de riquezas e de riscos diante de um quadro de modernização tardia, em relação às ameaças e riscos produzidos em seu processo, bem como no adequado tratamento em relação a essas ameaças e riscos, de forma a não comprometer o processo de modernização e os limites aceitáveis da perspectiva ecológica, medicinal, psicológica ou social (BECK, 2011, p. 23-24).

O papel desempenhado pelo texto constitucional já é importante passo na consideração de uma estrutura de Estado que em seus fundamentos se preocupa com a temática ambiental, pois, ao caracterizar o meio ambiente por uma Constituição, é possível identificar ou não a existência de postulados de uma

forma de Estado Constitucional do Ambiente, além de seu alcance no plano teórico-jurídico (LEITE, 2015, p. 179). Não diferente, a Constituição Federal de 1988 coloca como objetivo fundamental do estado brasileiro a proteção ambiental, sendo, ao mesmo tempo, além de direito e dever fundamental, um objetivo e tarefa atribuída ao Estado (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 113-114).

O campo a ser realizado o trabalho proposto é o Supremo Tribunal Federal, responsável pela guarda da Constituição Federal de 1988. Por ter, no âmago de seu texto constitucional, abraçado a tutela ambiental, o referido Tribunal por vezes é chamado para se manifestar quanto a questões pertinentes ao meio ambiente, e as suas decisões geram repercussão em todo ordenamento jurídico brasileiro. É diante desse escopo de atuação que serão colhidos julgamentos e examinados os entendimentos neles exarados, a fim de encontrar uma resposta para a problemática proposta.

O presente projeto propõe a busca pelo reconhecimento dessa nova forma de Estado, tomando como paradigma o afastamento da tradicional visão antropocêntrica existente nas questões ambientais, e a incorporação das ideias e noções biocêntricas, por meio do entendimento exarado no âmbito da Suprema Corte Brasileira, o guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, com vistas a analisar se essa nova estrutura de Estado pode ser vislumbrada no contexto brasileiro.

7 REVISÃO DE LITERATURA

Os termos que correspondem às palavras-chave da pesquisa foram selecionados com base no critério de melhor indicar os pontos essenciais trabalhados no projeto de pesquisa. Desse modo, os termos eleitos são: Meio

Ambiente; Direito Fundamental; Biocentrismo; Estado Socioambiental; Supremo Tribunal Federal. Esses cinco termos compõe o núcleo do trabalho desenvolvido e, de forma progressiva, indicam o caminho a ser percorrido, inciando com a delimitação das noções de meio ambiente e sua fundamentalidade, passando pelo estudo das escolas ambientais, recortando o biocentrismo, que figura como possível paradigma de reestruturação da forma de Estado, sob a luz norteadora do Supremo Tribunal Federal.

Preliminarmente, estabelecer os limites em torno do conceito de meio ambiente é a escolha mais apropriada. Nas palavras de Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2008, p. 20), "[…] é unitário o conceito de meio ambiente, porquanto todo este é regido por inúmeros princípios diretrizes e objetivos que compõe a Política Nacional do Meio Ambiente […]". Pode, contudo, ser dividido conforme seus aspectos, tais como o meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho (FIORILLO, 2008, p. 20). De arremate, "[…] o meio ambiente é tudo o que nos envolve e com o que interagimos. É um universo de certa forma intangível […]", conforme as palavras de Édis Milaré (2016, p. 6).

Natural é o meio ambiente que engloba os seres vivos e o meio em que vivem, os elementos da biosfera, atmosfera, fauna, flora etc. (FIORILLO, 2008, p. 20). No ordenamento jurídico brasileiro, o meio ambiente possui uma definição trazida por um instrumento legal, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei Número 6.938 de 1981, que assim dispõe, em seu artigo 3º, inciso I, definindo meio ambiente:

> Art. 3º – Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
> I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas […] (BRASIL, 1981).

O meio ambiente artificial é o espaço urbano construído, composto pelos edifícios e equipamentos públicos, atrelado ao conceito de cidade (FIORILLO, 2008, p. 21). O aspecto cultural do meio ambiente dialoga com a história, formação e cultura de um povo, os elementos que ensejam a sua identificação (FIORILLO, 2008, p. 22). Por fim, o meio ambiente do trabalho se relaciona com o local de trabalho e do exercício de atividades do indivíduo, em que as questões relevantes estão atreladas à salubridade do meio, a fim de "[…] salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador no ambiente onde desenvolve suas atividades […]" (FIORILLO, 2008, p. 23). Mas, é na Constituição Federal de 1988, que o meio ambiente recebeu o tratamento mais importante, pois, sob a alcunha de meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Carta Fundamental dispõe 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 […] (BRASIL, 1988).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado e reconhecido de forma geral pela doutrina como um direito fundamental, cumprindo mencionar: principalmente nos países que, após a realização da Conferência de Estocolmo de 1972, alteraram suas Constituições (BENJAMIN, 2015, p. 122-123). Eis que, pela combinação do artigo 225, *caput*; e do artigo 5º, §2º; ambos da Constituição Federal de 1988, à proteção ambiental é atribuída o nível de direito fundamental, em harmonia com a ampla posição adotada pela doutrina e jurisprudência, sendo direito do indivíduo e da coletividade (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 113-114). Na esteira de comentário sobre o meio

ambiente ecologicamente equilibrado constituir direito fundamental, Antônio Herman Benjamin destaca:

> […] A fundamentalização de direitos dessa natureza – conectados a beneficiários fragmentários (a difusidade dos sujeitos-titulares atuais), futuros (as gerações futuras), ou destituídos de voz ou estatura processual próprias (os seres vivos e os processos ecológicos essenciais) – traz consigo a presunção absoluta de que a sua existência ou afirmação independe da permanente e imediata revolta das vítimas contra as violações eventualmente praticadas. A falta de zelo dos beneficiários na sua fiscalização e defesa não afeta sua validade e eficácia, pois são verdadeiramente direitos atemporais, vacinados contra os efeitos jurídicos decorrentes, como regra, da inação das vítimas diante de prepotência dos degradadores. São direitos que se mantém direitos, não obstante o comportamento dos seus titulares, individualmente considerados, nessa ou naquela direção (BENJAMIN, 2015, p. 124-125).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em termos topográficos, está localizado ao lado de outros direitos na Constituição Federal de 1988, que são a seguridade social, saúde e educação, além dos direitos à cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, atenção para com a família, a criança, o adolescente e o idoso, e também os índios, em título cuja denominação é "Da Ordem Social", sendo, portanto, no contexto brasileiro, alçado ao nível de direito fundamental (BENJAMIN, 2015, p. 127-128). A proteção ambiental não fica restrita ao capítulo próprio inserido da Constituição Federal de 1988, mas pode ser visualizado também em outros dispositivos, relacionados também a outros temas de alta relevância no contexto constitucional (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 113). Por derradeiro, cabe ainda ressaltar: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é explícito e primário, uma vez que outros direitos fundamentais instrumentais surgem a partir dele (BENJAMIN, 2015, p. 129).

Superado o momento de delimitação do conceito de meio ambiente e seu encaixe nos moldes de direito fundamental, o próximo ponto a ser abordado se

apresenta ainda em aberto debate, pois há importantes nomes no Direito Ambiental que ainda divergem sobre a destinação desse direito. Essa divergência está no alcance do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para Antônio Herman Benjamin (2015, p. 132), a Constituição Federal de 1988, ao trazer o vocábulo "todos" em seu artigo 225, proporciona o questionamento de quem seriam esses destinatórios, se estariam os demais seres vivos, além dos seres humanos, também incluídos como sujeitos de direito na norma esculpida na Carta Magna.

Há que se reconhecer que, pela leitura e interpretação com base no método literal, a proteção tratada pela Constituição Federal de 1988 fica restrita aos seres humanos, pois, o próprio texto constitucional, em outros dispositivos, também emprega o vocábulo "todos", contudo, esses outros direitos fundamentais são possuem conexão, ou pelo menos, não a necessidade de se conectarem a outros seres vivos que não os humanos (BENJAMIN, 2015, p. 132). A ordem constitucional, no entender de Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2008, p. 15), adotou, de forma explícita, a visão antropocêntrica e, dessa forma, "[…] o direito ao meio ambiente é voltado para a *satisfação das necessidades humanas* […]".

Apesar disso, retornando ao que leciona Antônio Herman Benjamin, é importante destacar:

> […] Mas como a interpretação da norma reflete muito do que se colhe da realidade cultural, incubadora dos nossos valores éticos, quem sabe um dia se verá no "todos" do art. 225, *caput*, uma categoria mais ampla e menos solitária do que apenas os próprios seres humanos. Também é importante salientar […] que a negação de titularidade de direito a outros seres vivos não implica, automática e inevitavelmente, negação de reconhecimento de seu valor intrínseco (BENJAMIN, 2015, p. 132).

No patamar constitucional, ainda não ocorreu a superação da visão antropocêntrica reducionista, contudo, ao menos, um abrandamento pela incorporação, mesmo que de forma mitigada, do biocentrismo (BENJAMIN, 2015, p. 133). Por seu turno, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensteseifer (2014, p. 44-45), trazem uma "abordagem jurídica antropocêntrica ecológica", em que é apontado como melhor caminho, em termos jurídicos, a mescla de fundamentos antropocêntricos e ecocêntricos em determinados momentos. Ao analisar a vida em todas as suas formas como destinatária do direito ambiental, Celso Antônio Pacheco Fiorillo trata da seguinte forma:

> De acordo com essa posição, os *animais* assumiriam papel de destaque em face da proteção ambiental, enquanto *destinatários diretos do direito ambiental brasileiro*. Todavia, não nos parece razoável a idéia [sic] do animal, da fauna, da vida em geral dissociada da relação com o homem. Isso importa uma vez mais reiterar que a proteção do meio ambiente existe, antes de tudo, para *favorecer o próprio homem* e, senão por via reflexa e quase simbiótica, proteger as demais espécies. De qualquer maneira, para aqueles que advogam a idéia [sic] antes debatida, o alcance constitucional do termo *todos*, fixado no art. 225 da Carta Magna, seria infinitamente maior, o que resultaria na revolução dos critérios de interpretar o direito positivo em vigor (FIORILLO, 2008, p. 18-19).

É ponderado, por Antônio Herman Benjamin (2015, p. 136), a possibilidade de vislumbrar um "hibridismo constitucional", pois a Constituição Federal de 1988, em seu texto normativo, acolheu aspectos antropocêntricos e biocêntricos, em que o constituinte teria estabelecido "[…] um regime de direitos de filiação antropocêntrica temporalmente mitigada […]", ultrapassando a humanidade em termos de beneficiários e, senão pela via direta, foi reconhecida na natureza um valor intrínseco, em que, do sujeito-humano, serão estabelecidos e exigidos deveres em favor tanto dos elementos bióticos quanto abióticos, componentes basilares da vida.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou a existência de uma proibição de tratamento cruel aos animais, no âmbito de manifestações culturais, o que possibilita um novo olhar sobre a tutela ambiental, conforme pode ser extraído do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de ementário a seguir transcrito.

> COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação do Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda a prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi". (BRASIL, 1998).
>
> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE "BRIGAS DE GALO". A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de Inconstitucionalidade julgado procedente (BRASIL, 2005).
>
> **INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. *"Rinhas"* ou *"Brigas de galo"*. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, §1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes.** É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas *"rinhas"* ou *"brigas de galo"*. (BRASIL, 2007).
>
> **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** – *BRIGA DE GALOS* (**LEI FLUMINENSE** Nº 2.895/98) – **LEGISLAÇÃO ESTADUAL** QUE, *PERTINENTE* A EXPOSIÇÕES **E** A COMPETIÇÕES **ENTRE** AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, **FAVORECE** *ESSA PRÁTICA CRIMINOSA* – **DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA** O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA *GALOS DE BRIGA* – **CRIME AMBIENTAL** (**LEI Nº 9.605/98**, ART. 32) – **MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO** DE SUA INTEGRIDADE

> (**CF**, ART. 225) – **PRERROGATIVA QUALIFICADA** *POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE* – **DIREITO** *DE TERCEIRA* GERAÇÃO (**OU** DE *NOVÍSSIMA* DIMENSÃO) **QUE CONSAGRA** O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – **PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL** DA FAUNA (**CF**, ART. 225, § 1º, VII) – **DESCARACTERIZAÇÃO** DA *BRIGA DE GALO* **COMO** MANIFESTAÇÃO CULTURAL – **RECONHECIMENTO DA INCONSTITUIONALIDADE** DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - *AÇÃO DIRETA PROCEDENTE*. (BRASIL, 2011).

Diante dos julgados acima colacionados, merece destacar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856 Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em vinte e seis (26) de maio (05) de dois mil e onze (2011), que o relator, em seu voto, coloca como clara a existência de uma conexão íntima entre dois lados, sendo o primeiro correspondente ao dever ético-jurídico de preservar a fauna, o que, no caso concreto, dizia respeito à prática de atos cruéis contra os animais, e o segundo lado, corresponde à subsistência do gênero humano em um contexto do meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 2011).

Após essas necessárias colocações, em que o horizonte do conceito de meio ambiente e a posição de destaque que é dada pela ordem constitucional vigente e uma visão tradicional antropocêntrica parece sofrer cada vez mais abrandamento, o próximo passo é tecer algumas considerações sobre o Estado Socioambiental de Direito, analisando e comparando, a todo momento, o objeto do presente projeto de pesquisa. Cumpre analisar a construção de um novo modelo de Estado, no qual a dignidade da pessoa humana, dentro em seu complexo normativo de direitos e deveres fundamentais, abrange a proteção ambiental, bem como dos demais princípios que estruturam o denominado Estado Socioambiental de Direito (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p 112). Ao adotar o denominado marco jurídico-constitucional socioambiental, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, apontam, tal marco, como resultado

> […] da convergência necessária da tutela dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis, inclusive pela perspectiva da noção ampliada e integrada dos *direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais* (DESCA) (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 113).

A proteção ambiental é consagrada pela Constituição Federal de 1988 como objetivo do Estado de Direito brasileiro, configurando uma situação em que existe uma dupla funcionalidade em matéria de proteção ambiental, consistindo em objetivo e tarefa do Estado ao mesmo tempo que é um direito e dever de caráter fundamental do indivíduo e da coletividade (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 113-114).

Ao analisar as formas de Estado, o estudo dos direitos humanos e fundamentais atrelados a cada momento histórico ocorre de forma concomitante. Para tato, a obra "A era dos direitos" de Norberto Bobbio (2004) é de ímpar importância na configuração dos referidos direitos, aumentando o arcabouço teórico do projeto de pesquisa.

No que diz respeito ao estudo das visões antropocêntrica e biocêntrica, importante ressaltar a possibilidade de incluir entre a bibliografia selecionada, o autor Carlos Alberto Molinaro (2010, p. 155-172), em sua obra "Têm os animais direitos? Um breve percurso sobre a proteção dos animais no direito alemão", pois, para uma adequada estruturação desse ponto do projeto, a análise de forma comparativa entre o ordenamento jurídico pátrio e um estrangeiro possui especial valor acadêmico e científico, possibilitando uma melhor compreensão da temática, estando, em todo caso, presente a atenção necessária para a diferença de contextos sociais entre os países comparados.

Há que se ressaltar, ainda, a obra de Ulrich Beck (2011), "Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade", citada de forma recorrente entre os

ambientalistas, principalmente pelas noções conceituais em torno da sociedade de risco, além do conteúdo de seu trabalho possuir certo grau de relevância para o projeto de pesquisa, contribuindo para o aperfeiçoamento dos conceitos fundamentais em torno da importância do tema objeto de discussão em tempos modernos.

8 REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed., São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6 ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. COUTINHO, Carlos Nelson (trad.). Apresentação de Celso Lafer. Nova ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. **Lei N. 6.938 de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. DOU de 2.9.1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal:** Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856 Rio de Janeiro. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Dje 14.10.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal:** Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.514-7 Santa Catarina. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. D.J. 09.12.2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal:** Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.776-5 Rio Grande do Norte. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. D.J. 29.06.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal:** Recurso Extraordinário N. 153.531-8 Santa Catarina. Segunda Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. D.J. 13.03.1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6 ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2015.

MILARÉ, Édis. **Reação jurídica à danosidade ambiental**: contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade. Doutorado em Direito, PUC-SP, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%C3%89dis%20Milar%C3%A9.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2017.

MOLINARO, Carlos Alberto. Têm os animais direitos? Um breve percurso sobre a proteção dos animais no direito alemão. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 4 ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TRABALHO TERCEIRIZADO NO BRASIL: EXECUÇÃO DAS ATIVIDADES-MEIO DE UMA EMPRESA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Winston de Souza Silva[44]

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto tem por objetivo abordar a temática envolvida à cerca do trabalho terceirizado, sua origem, aplicação e execução no Brasil, como também seu impacto nas relações jurídico-trabalhistas e seus efeitos na vida do empregado, como a questão do desemprego, precarização de direitos trabalhistas adquiridos ao longo dos anos.

Serão apontados tópicos como: a implantação e execução do trabalho terceirizado no Brasil; as consequências do trabalho terceirizado, executando as atividades-meio de uma empresa no país; e evidenciar os dispositivos legais que regulam a modalidade de trabalho terceirizado executando as atividades-meio de uma empresa no Brasil.

2 TEMA

Trabalho terceirizado no Brasil: execução das atividades-meio de uma empresa e suas consequências nas relações de trabalho.

[44] Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, winsws@gmail.com;

3 PROBLEMÁTICA

A modalidade de trabalho terceirizado, executando as atividades-meio de uma empresa, modifica as relações jurídicas trabalhistas dos empregados no Brasil?

4 OBJETIVOS

4.1 Objetivo Geral

Apresentar a modalidade de trabalho terceirizado, executando a atividade-meio de uma empresa, e como ela é exercida no Brasil.

4.2 Objetivos Específicos

- Demonstrar como se deu a implantação do trabalho terceirizado no Brasil;
- Caracterizar a execução do trabalho terceirizado no Brasil;
- Definir as consequências do trabalho terceirizado, executando as atividades-meio de uma empresa no Brasil;
- Analisar se o trabalho terceirizado tem relação com desemprego no Brasil;
- Identificar os dispositivos legais que regulam a modalidade de trabalho terceirizado executando as atividades-meio de uma empresa no Brasil.

5 HIPÓTESES

Diante do estudo, podem ser encontrada alguma resposta ao questionamento do tema principal, qual seja:

- A Terceirização das atividades-meio de uma empresa, modifica as relações jurídico-trabalhistas em prejuízo aos empregados, suprimindo direitos trabalhistas conquistados no Brasil.

6 JUSTIFICATIVA

No atual cenário político, vemos reformas trabalhistas sendo elaboradas, votadas e postas em vigor, sem que a população de fato tenha conhecimento pleno do impacto que essas novas leis acarretarão no desempenho do seu trabalho, principalmente a perda de direitos e garantias já estabelecidas. A modalidade de trabalho terceirizado também é alvo dessas mudanças, e suas implicações afetarão diretamente direitos trabalhistas importantes, que garantem o mínimo de dignidade do trabalhador no Brasil.

De fato, o trabalho terceirizado já é exercido no país, e na execução das atividades-meio (é aquela que não é inerente ao objetivo principal da empresa, trata-se de serviço necessário, mas que não tem relação direta com a atividade principal da empresa, ou seja, é um serviço não essencial) ocorre a precarização dos direitos trabalhistas, gerando prejuízos ao trabalhadores. Nas palavras de Nascimento (s.d., p. 53), a terceirização, conforme já relatado, consiste na saída encontrada pelos empresários para, de maneira menos dispendiosa, reformular suas relações de produção a fim de superar os efeitos advindos da chamada "globalização".

Enquanto fenômeno econômico, a terceirização traz uma série de mudanças, seja em maior ou menor grau, para os contratos de trabalho. Segundo Cássio Mesquita de Barros, a principal destas alterações é a flexibilização do Direito do Trabalho, que consiste na possibilidade de oferecer mecanismos jurídicos que permitam a empresa ajuste a sua produção, emprego e condições de trabalho às flutuações rápidas e contínuas do sistema econômico. Flexibilização esta, que pode ser classificada sob diversos aspectos: flexibilidade da remuneração; flexibilização da força de trabalho; e flexibilidade em relação à estabilidade no tempo de duração do contrato de trabalho.

Geralmente, dada a flexibilidade do Direito do Trabalho frente a terceirização, a longa listagem dos malefícios incidirão sobre os trabalhadores, parte hipossuficiente da relação empregatícia. Entretanto, a dinamização da produção necessita ser implementada, para acompanhar os avanços tecnológicos e vencer a competição no mercado de trabalho, sob pena de se instalar o caos econômico-social, com o fechamento em massa de grandes empresas e indústrias nacionais, que empregam milhares de pais de família.

Nesta seara, o processo de desconcentração produtiva torna-se um tanto espinhoso. Como conciliar Desenvolvimento Econômico e Direito do Trabalho dentro de um país subdesenvolvido, mas que possui uma rígida legislação trabalhista de proteção a parte hipossuficiente? (NASCIMENTO, s.d., p. 53). Para encontrar a solução para o problema exposto, tem-se a necessidade de conhecer, primeiramente, as vantagens e desvantagens da terceirização. Portanto, passemos ao seu estudo:

Sob o aspecto administrativo, os doutrinadores, de modo geral, identificam as seguintes vantagens para a utilização do processo de terceirização: (i) aceleração na capacidade de produção da empresa sem a necessidade de novos

investimentos de capitais; (ii) melhoramento na qualidade do produto ou serviço vendido, através da concentração de recursos e esforços por parte da empresa na sua própria área produtiva; (iii) desburocratização da estrutura organizacional da empresa, com a concentração na atividade-fim da empresa; (iv) diminuição nos encargos trabalhistas e previdenciários, uma vez que a relação jurídico-trabalhista será firmada não entre a empresa tomadora e o trabalhador, mas entre este e a empresa terceirizada; (v) racionalização da produção, com a redução, inclusive, de perdas no processo produtivo e diminuição em setores completamente ociosos; (vi) diminuição dos riscos financeiros, com redução dos custos fixos, transformando também os custos fixos em variáveis e aumentando os lucros da empresa, gerando eficácia e eficiência nas ações desta, além de economia em escala; (vii) facilitação na administração e gerenciamento da empresa, dada a redução interna de funcionários; (viii) melhoria nas condições de segurança e saúde, em virtude da diminuição de aglomeração de pessoas num mesmo local, reduzindo acidentes de trabalho e, por consequência, trazendo um mecanismo de proteção ao próprio trabalhador;

Sob o ponto de vista social, identifica-se uma única vantagem, qual seja, a terceirização se apresenta como meio de incremento de emprego, quando se utiliza mão-de-obra desqualificada e ociosa para a prestação de certos serviços (vigia, faxineiro, etc.), nem país em que, segundo estatísticas confiáveis, o número de trabalhadores desempregados ultrapassa os sete milhões.

Segundo Sérgio Pinto Martins, para o trabalhador é possível apontar as seguintes vantagens implementação do sonho de adquirir e trabalhar no seu próprio negócio, deixando de ser empregado para ser patrão; independência na prestação dos serviços, que não tinha quando era empregado, e estava sujeito a ordens de serviço; maior motivação para produzir, pois o negócio é seu;

desenvolve no trabalhador o seu lado empreendedor, de produzir alguma coisa por sua própria conta.

Em síntese, a maior parte das vantagens apresentadas, que advém do próprio conceito de terceirização beneficiam tão-somente os empresários, isto porque o processo terceirizante trata-se de um fenômeno econômico, destinado a reorganização da estrutura empresarial, tendo em vista a competitividade do mercado. Dessa forma, vantagens como: especialização nos serviços, redução nos custos, diminuição de funcionários, melhoria na qualidade do produto, aumento da produtividade e lucro, refletem a nova forma de gerenciamento (desconcentrado) praticada pelas empresas como alternativa para a tentativa de superação da crise econômica instalada no país, que, pouco a pouco, acarretaria o fechamento de tais estabelecimentos.

São inúmeras as desvantagens, sob o aspecto social, do processo de desconcentração produtiva, principalmente aos trabalhadores. Dentre tais desvantagens, aponta-se: (i) precarização das condições de trabalho, com a eliminação de benefícios sociais diretos (decorrentes do contrato de trabalho) e indiretos (decorrentes de normas coletivas); (ii) redução salarial. Em virtude da chamada "Lei da Oferta e da Procura", os trabalhadores se submetem a prestar seus serviços sob pagamentos salariais aquém da média destinada a sanar suas necessidades mínimas vitais; (iii) insegurança no emprego, dada a ocorrência da ampliação da rotatividade de mão-de-obra; (iv) aviltamento das relações trabalhistas, pois os empregados terceirizados perdem as possibilidades de acesso à carreira e ao salário da categoria, situação que se agrava quando os trabalhadores exercem suas atividades nas mesmas condições e ao lado de empregados do quadro (NASCIMENTO, s.d., p. 54, 55); (v) permite a degradação do ambiente de trabalho e das condições de segurança e higiene, já que as

subcontratadas geralmente não têm a estrutura das empresas contratantes; (vi) enfraquecimento dos sindicatos e desestruturação da categoria, dada a dificuldade de filiação da categoria subcontratada; (vii) fragmentação da classe trabalhadora, com perda de sua identidade e, consequentemente, do poder organizativo dos trabalhadores; (viii) gera o paradoxo de existir dois patrões a comandar o processo, ou, em certos casos, de inexistir patrão definido; (ix) tendência de individualização das profissionais;

Sob o ponto de vista administrativo, algumas desvantagens também poderá ocorrer para a empresa contratante, tais como: (i) dependência total da empresa prestadora de serviços para o desenvolvimento de certas atividades; (ii) possibilidade de queda da qualidade dos serviços que ficam a cargo da empresa terceirizada;

Em síntese, as desvantagens que a utilização do processo terceirizante são incontáveis. Acarretam, sem margem de dúvida, malefícios enormes ao trabalhador terceirizado. Sob a prerrogativa de redução de custos, as empresas utilizam a terceirização como meio para o achatamento de salários e demais direitos dos trabalhadores. Entretanto, estes empreendedores não se atentam para o fato de que somente a camada da população com poder aquisitivo é que poderá consumir os produtos ali fabricados, com alta qualidade (NASCIMENTO, s.d., p. 56).

7 REVISÃO DE LITERATURA

Inicialmente, apresenta-se a necessidade de seu surgimento e sua utilização nas empresas, bem como os interesses por trás de sua disseminação. Em seguida, é apresentada sua aplicabilidade nos demais países do mundo, no Brasil, e a

evolução legislativa sobre o tema. O importante é destacarmos que a terceirização é um fenômeno global utilizado na maioria dos países do mundo, embora no Brasil, muitas vezes, seja utilizada de forma desregrada, razão pela qual é sinônimo de precarização e é combatida pelos órgãos de fiscalização, Ministério Público e Juízes do Trabalho. O ponto principal do trabalho é defender a necessidade de sua Regulamentação pelo Congresso Nacional, visto que a terceirização é disciplinada apenas pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, e é objeto de imensuráveis discussões no Judiciário Trabalhista. No entanto, as regras que estão sendo postas pelo Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.330/04, que irá regulamentar a terceirização e que, depois de aprovada recebeu o número PLC nº 30/2015 e se encontra neste momento aguardando a votação pelo Senado Federal, é objeto de muita discussão e críticas por parte dos Sindicatos dos Trabalhadores e órgãos do Poder Judiciário, por acreditarem que, da forma que estão redigidas, as novas regras da terceirização trarão uma enorme precarização e redução de direitos fundamentais para os trabalhadores (OLIVEIRA, 2016).

Terceirização é a transferência a terceiros de uma obrigação e um direito que naturalmente seriam exercitáveis no âmbito do contrato originário, contudo, com a terceirização essas responsabilidades são transferidas no âmbito de um contrato derivado, em que as empresas tomadoras e prestadoras de serviços possuem entre si um contrato de prestação de serviços.

Nesse sentido, se faz necessária a análise da terceirização sob o aspecto da segurança e da garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores, insculpidos nos artigos 5º e 7º da Constituição Federal, sendo certo que a sociedade empresária, entidades sindicais, poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem estar cientes de que o fenômeno da Terceirização não pode acarretar riscos e

prejuízos à saúde e segurança dos trabalhadores, muitos menos subtrair garantias constitucionais a eles conferidas.

Inicialmente, um fator que enfatizou a necessidade frequente da terceirização foi o desemprego e a concorrência, onde o empresário foi obrigado a diminuir seus custos, principalmente com a mão de obra, embora a principal origem da terceirização deveria ser direcionada para a qualificação do trabalho realizado. A propagação da terceirização traz um acirramento e competitividade entre as empresas, sendo que, neste momento, questões de saúde, segurança, direitos fundamentais são deixados de lado (OLIVEIRA, 2016, p. 10). A terceirização deve ser encarada como uma evolução do mundo moderno corporativo, porém, a supressão de qualquer direito social mínimo deve ser combatida e não pode ser objeto de negociação.

A terceirização, desde que aplicada com segurança e disciplina, pode se revelar forma inteligente e necessária de organização dos fatores de produção, com a finalidade de descentralizar atividades e racionalizar custos, contudo, devemos nos atentar aos limites e aos impactos que podem causar nos direitos fundamentais e sociais do trabalhador, bem como das responsabilidades das empresas e do Estado (OLIVEIRA, 2016, p. 11).

Com a terceirização o desemprego aumenta. Basta dizer que um trabalhador terceirizado trabalha em média três horas a mais. Isso significa que menos funcionários são necessários: há redução nas contratações e prováveis demissões. Hoje o mercado formal de trabalho tem 50 milhões de pessoas com carteira assinada. Dessas, 12 milhões são terceirizadas. No Brasil, o trabalhador terceirizado recebe 30% menos do que aquele diretamente contratado.

O presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, magistrado Paulo Schmidt lembra que um dos problemas da

terceirização é a falta de isonomia de salários e de condições de trabalho entre empregado direto e o terceirizado "basta comparar o nível remuneratório de dois trabalhadores, um empregado direto e um terceirizado na mesma empresa. A diferença é de, no mínimo, um terço. Isso é comprometer direitos e precarizar relações".

Com o avanço das terceirizações, o Estado naturalmente arrecadará menos. O recolhimento de PIS, COFINS e do FGTS também vão reduzir porque as terceirizadas no Brasil são reconhecidas por recolher do trabalhador mas não repassar para a União. O Estado também tem mais dificuldade em fiscalizar a quantidade de empresas que passará a subcontratar empregados. O governo sabe disso. A terceirização aumenta a rotatividades dos trabalhadores por que as empresas contratam jovens, aproveitam a motivação inicial e aos poucos aumentam as exigências. Quando a rotina derruba a produtividade, esses funcionários são demitidos e outros são contratados. Essa prática pressiona a massa salarial porque a cada demissão alguém é contratado por um salário menor. A rotatividade vem aumentando ano após ano. Hoje, ela está em torno de 57%, mas alcança 76% no setor de serviços.

O prejuízo da terceirização para os direitos dos trabalhadores é histórico. O primeiro, a irredutibilidade salarial. Como sabemos, a constituição veda a redução salarial, autorizando apenas em caso excepcional, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Ocorre que quando se terceiriza uma atividade, o empregador muda. Assim, por exemplo, se eu ganho R$ 6 mil reais numa empresa e essa empresa (FREZ; MELLO, 2016, p. 88) terceiriza o meu setor, a empresa terceirizada não tem obrigação (e obviamente não vai manter) de pagar o mesmo valor salarial e eu passo a fazer o mesmo serviço ganhando R$ 4 mil reais ou menos.

O segundo é a equiparação salarial. Hoje em dia a lei assegura a mesma remuneração entre trabalhadores de uma mesma empresa e que exercem a mesma atividade. É o princípio de que todos devem ter o salário igual, para igual trabalho. Essa isonomia fica comprometida com a terceirização, já que haverá a possibilidade de trabalhos idênticos sejam remunerados de forma desigual, quando um trabalhador estiver registrado como empregado da empresa terceirizada e o outro na empresa que terceirizou, conhecida como tomadora dos serviços, ou mesmo em outra terceirizada que presta o mesmo serviço. É que são empregadores "distintos", o que afasta a equiparação.

O terceiro prejuízo advém dos benefícios outorgados por acordos ou convenções coletivas de trabalho. Imaginem um bancário que possui auxílio alimentação, plano de saúde, participação nos lucros, auxílio creche, seguro de vida, etc. O banco, ao terceirizar a atividade por ele desempenhada, fará com que o trabalhador perca todos os benefícios previstos nas normas coletivas, já que a empresa terceirizada, sua nova empregadora, não está obrigada a cumprir normas das quais não participou da negociação.

As estatísticas comprovam que o número de acidentes do trabalho e de doenças em razão do trabalho é muito maior entre os trabalhadores terceirizados o que, não fosse pelo fundamental direito à vida e ao trabalho digno e saudável de todos, tem ainda o efeito nefasto de aumentar os gastos estatais com o Sistema Único de Saúde e da Previdência Social, diminuindo a produtividade do país e a geração de renda.

Como se não bastasse, nas empresas terceirizadas estão os casos mais graves de trabalho degradante, como o trabalho escravo e o trabalho infantil. A principal preocupação endossada pelo sociólogo e professor da Unicamp, Ricardo Antunes, porque segundo ele, "é na terceirização que o trabalho escravo, sem

direitos, mais fatal e o que burla mais encontra maior acolhida". Guardadas as diferenças do tempo histórico, "fazendo analogias teria o mesmo sentido de uma regressão à escravidão da força de trabalho, pois com a terceirização no Brasil rasga a CLT", defende Antunes. Entre seus contextos, ele pontua que "a terceirização divide a organização dos trabalhadores, diminui salários médios e estimula a demissão de empregos formais ao mesmo tempo em que reduz os custos das empresas" (FREZ; MELLO, 2016, p. 89).

A jornada excessiva pode criar sérios problemas para a saúde dos trabalhadores, além de aumentar a possibilidade de ocorrência de acidentes de trabalho. O período de repouso é fundamental para a recuperação física e mental do trabalhador. Um motorista de caminhão que tenha trabalhado excessivamente pode causar um acidente, colocando em risco sua vida e a vida de ouras pessoas. Por isso é muito importante que a prestação laboral seja equilibrada. O grande problema da terceirização no Brasil é que a maioria das empresas terceiriza de forma ilegal para baratear seus processos (FREZ; MELLO, 2016, p. 93). A precarização pode ser entendida como consequência da flexibilização desregrada ou da desregulamentação do Direito do Trabalho, ou seja, a própria negação da principiologia laboral que o fez surgir e assumir a sua autonomia entre os ramos especializados do Direito.

No caso, o trabalhador atingido é o terceirizado que, em virtude de sua condição de "insumo de produção", na grande maioria dos casos, não tem assegurado os mesmos direitos trabalhistas dos empregados da empresa tomadora de serviço, já que possui, entre outros, jornada de trabalho exaustiva, recebe menores salários, é discriminado ativa e passivamente (trabalhador invisível) (OLIVEIRA, 2016, p. 46). Um segundo questionamento também é necessário: toda terceirização é precarizante?

A terceirização no Brasil, desde a intensificação de sua utilização na década de 1990, vem sendo largamente empregada como meio de aumento dos lucros das empresas com a redução de seus custos. Em grande medida, esse processo se dá com a diminuição dos direitos dos trabalhadores.

Os encargos trabalhistas, previdenciários e demais investimentos necessários a se oferecer um emprego digno são repassados às empresas menores, geralmente micro e pequenas empresas. Estas, por sua vez, não oferecem e não possuem nenhum tipo de interesse em qualificar e zelar pela vida do empregado que irá "fornecer" à empresa tomadora, transformando-o em simples mercadoria descartável e substituído por outro trabalhador (que se vê "coisificado") a qualquer momento.

Do exposto, a terceirização ainda que se dê nas atividades de vigilância e limpeza e nas atividades meio, sem verificação da presença da pessoalidade e subordinação, pode causar prejuízo ao trabalhador, eis que "para flexibilizar é necessário precarizar e para precarizar é necessário flexibilizar". Destarte, a terceirização desregrada e com o único objetivo de diminuição de custos deve ser combatida para assegurar a dignidade do ser humano que é a razão da existência do Estado e do Direito (OLIVEIRA, 2016, p. 48). Logo, é diante deste cenário de precarização dos direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados que o Ministério Público do Trabalho atua para concretizar os direitos sociais, que são direitos fundamentais decorrentes das relações laborais (OLIVEIRA, 2016, p. 49).

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 11 abr. 2017.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho:** Súmula nº 331**.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html> Acesso em: 11 abr. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 4330/2004**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841> Acesso em: 11 abr. 2017.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei da Câmara nº 30, de 2015.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2920852&disposition=inline> Acesso em: 11 abr. 2017.

FREZ, Genivaldo Marcílio; MELLO, Vanessa Mieiro. Terceirização no Brasil**.** In: **South American Development Society Journal**, v. 2, n. 4, 2016, p. 78-101. Disponível em: <http://www.sadsj.org/index.php/revista/article/view/32>. Acesso em: 11 abr. 2017.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Terceirização no Direito do Trabalho.** Disponível em: Acesso em: <http://www.professornilson.com.br/Downloads/TERCEIRIZA%C3%87%C3%83O%20NO%20DIREITO%20DO%20TRABALHO.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2017.

OLIVEIRA, Otávio Romano de. **A regulamentação da terceirização e a proteção dos Direitos Fundamentais na relação de emprego** / Otávio Romano de Oliveira – São Paulo: [s.n.], 2016. 91 p. ; 30 cm. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4226762> Acesso em: 10 jun. 2017.