

**ENSINO, PESQUISA &
CIDADANIA EM
CONVERGÊNCIA**

Volume 4: Interfaces da Pesquisa
Acadêmico-Universitária

Faculdade Metropolitana São Carlos

ISBN: 978-17-2211-975-1

ENSINO, PESQUISA & CIDADANIA EM CONVERGÊNCIA

Volume 4: Interfaces da Pesquisa Acadêmico-Universitária

ORGANIZAÇÃO DA COLETÂNEA

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

EDITORAÇÃO E PADRONIZAÇÃO DA COLETÂNEA

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel

Profa. Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes

ISBN: 978-17-2211-975-1

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: Tauã Lima Verdan Rangel



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

A reprodução dos textos é autorizada mediante citação da fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves – Famesc

F143e Faculdade Metropolitana São Carlos

v. 4 Ensino, pesquisa & cidadania em convergência : volume 4 : interfaces da pesquisa acadêmico-universitário / Faculdade Metropolitana São Carlos. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ : [s.n.], 2018.
4 v.

Modo de acesso: World Wide Web: <http://www.famesc.edu.br/biblioteca/>.
ISBN 978-17-2211-944-7

1. DIREITO – TRABALHOS ACADÊMICOS 2. UNIVERSIDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS – TRABALHOS ACADÊMICOS 3. ENSINO SUPERIOR – PESQUISA – TRABALHOS ACADÊMICOS I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. RANGEL, Tauã Lima Verdan (org.) III. NUNES, Neuza Maria de Siqueira (org.) IV. Título

CDD 340

P R E F Á C I O

Prezado Leitor!

Com imensa alegria, prefaciamos o conjunto de produções oriundos do projeto interdisciplinar denominado *“Ensino, Pesquisa e Cidadania em convergência”*, capitaneado pelos professores Ma. Neuza Maria de Siqueira Nunes e Dr. Tauã Lima Verdan Rangel em suas práticas e técnicas de ensinagem cotidianas, desenvolvidas no ambiente da Faculdade Metropolitana São Carlos, campus de Bom Jesus do Itabapoana-RJ.

Pensar, contemporaneamente, no processo de ensino-aprendizagem perpassa, de maneira obrigatória, pela capacidade dos docentes se reinventarem e mediarem o conhecimento como algo dinâmico, multifacetado, fluído e com interações diretas com a realidade em que os discentes estão inseridos. Inclusive, neste aspecto, sobreleva mencionar a missão da Faculdade Metropolitana São Carlos como agente de desenvolvimento local, direcionando sua atenção para os matizes e as peculiaridades existentes na região do noroeste fluminense, em especial o Município de Bom Jesus do Itabapoana-RJ.

Assim, o ambiente acadêmico deve ser um espaço democrático de contribuições recíprocas, reflexões crítico-científicas e heterogêneo, a fim de compreender dinâmicas e temáticas dotadas de relevância no contexto atual. A partir de tal ótica, o projeto supramencionado se apresenta como instrumento capaz de promover a inclusão dos discentes como protagonistas do processo de ensino-aprendizagem; atores centrais responsáveis por conferir materialidade e pensamento crítico-reflexivo ao conteúdo ministrado.

Desta feita, o projeto *“Ensino, Pesquisa e Cidadania em convergência”*, ainda que esteja em sua primeira edição, apresenta resultados robustos e frutíferos, o quê, em grande parte, se deve ao envolvimento dos discentes na dinamicidade do processo de ensino-aprendizagem, abandonando o cômodo *status* de sujeitos passivos da apreensão do conhecimento e passando, de maneira direta, influenciar na construção, na reflexão e na propagação do saber científico.

Convidamos todos à leitura!

Prof. Dr. Carlos Oliveira de Abreu

Diretor Geral da Faculdade Metropolitana São Carlos

S U M Á R I O

APRESENTAÇÃO	12
Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel	
PESQUISA CIENTÍFICA NO DIREITO I	15
A desjudicialização do processo da usucapião pela via extrajudicial: reflexos do CPC 2015	16
Affonso de Vasconcellos Borges e Tauã Lima Verdan Rangel	
O direito à moradia como condição básica a garantir a dignidade da pessoa humana	23
Aline Lobato dos Santos e Tauã Lima Verdan Rangel	
Considerações acerca da função da pena	32
Ana Laura Delgado Xavier e Tauã Lima Verdan Rangel	
O dano moral configurado por abandono material: o exame à luz da controvérsia jurisprudencial.....	39
Brena Pedrosa da Silva e Tauã Lima Verdan Rangel	
A violência doméstica nas uniões homoafetivas masculinas	52
Brenda Fernandes Vantil Costa e Tauã Lima Verdan Rangel	
O direito de punir: a evolução histórica da pena de prisão	61
Bruno dos Reis Fiaux de Souza e Tauã Lima Verdan Rangel	
Alienação parental e suas consequências a pais e filhos	69
Carla de Oliveira Pereira e Tauã Lima Verdan Rangel	
A caracterização das medidas socioeducativas e a proteção integral da criança e do adolescente	76

Diogo Miranda Samuel e Tauã Lima Verdan Rangel

A necessidade do reconhecimento de *status* de refugiado ambiental no caso dos migrantes haitianos ocorrido em 2010 e suas implicações no direito internacional..... 83

Emerson Izael Raimundo Golinelli e Tauã Lima Verdan Rangel

Reforma trabalhista: o princípio da norma mais favorável ao trabalhador e a sucumbência recíproca..... 93

Everardo Alvarenga Couto Tauã Lima Verdan Rangel

Ação Popular, Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa suas manifestações no sistema do monopólio de jurisdição brasileiro na tutela de interesses coletivos: conceitos, distinções, fundamento e alcance dessas ações coletivas..... 103

Felipe Oliveira Silva e Tauã Lima Verdan Rangel

Da extinção do poder familiar à luz do Código Civil de 2002 117

Graziela de Araújo Galvão e Tauã Lima Verdan Rangel

As consequências que a alienação parental gera para o menor 125

Guilherme de Oliveira Almeida e Tauã Lima Verdan Rangel

“O direito de ser quem é!”: transgêneros e a interpretação do Supremo Tribunal Federal 132

Isabela Rocha e Tauã Lima Verdan Rangel

Das funções da pena..... 141

Laura Polati Candido Ferreira e Tauã Lima Verdan Rangel

Substituição de Candidatos ao pleito majoritário como forma de insegurança jurídica ou fraude eleitoral 150

Letícia Ferreira Barreto e Tauã Lima Verdan Rangel

Uma análise ao sistema de execução fiscal: um exame da Lei 6.830/1980	158
Luciana de Castro Almeida e Tauã Lima Verdan Rangel	
Aspectos principais da evolução da pena na Idade Antiga	166
Mariane da Cruz Cateano e Tauã Lima Verdan Rangel	
Da ética à positivação das regras deontológicas no Sistema Legislativo Brasileiro	176
Mario Fylype Tardin Mamprim e Tauã Lima Verdan Rangel	
A equiparação da mãe biológica e da mãe adotante para fins de licença maternidade à luz do entendimento do STF	183
Mayara Godoy Pains Fontes e Tauã Lima Verdan Rangel	
Uma análise sobre o princípio da insignificância	191
Moysés da Cruz Netto e Tauã Lima Verdan Rangel	
A Lei Maria da Penha e o processo de proteção à mulher no âmbito jurídico	200
Naiara Lima da Silva e Tauã Lima Verdan Rangel	
Da equiparação do companheiro ao cônjuge para fins de direitos sucessórios: da possível inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002	209
Priscila Alves Pinto e Tauã Lima Verdan Rangel	
Responsabilidade civil do empregador por acidente do trabalho	220
Renan Vaillant Fonte Boa e Tauã Lima Verdan Rangel	
A sexualidade como fronteira de uma novel dimensão dos direitos humanos	226
Rodolfo Monteiro da Fonseca Teixeira e Tauã Lima Verdan Rangel	
Alimentos gravídicos: primeiras reflexões	234
Rogéria Neves Silva e Tauã Lima Verdan Rangel	

O trabalho como direito fundamental	242
Silmara Nunes Pereira e Tauã Lima Verdan Rangel	
Do direito à nomeação: uma análise acerca do concurso público e a formação de cadastro de reserva	250
Tawani Tatagiba de Oliveira e Tauã Lima Verdan Rangel	
O trabalho religioso no Brasil	259
Thaynára Coutinho de Andrade Farolfi Ribeiro e Tauã Lima Verdan Rangel	
O reconhecimento da pluralidade da família: o poliamorismo como entidade familiar	268
Vanessa Pimentel Barros da Cruz e Tauã Lima Verdan Rangel	
PESQUISA CIENTÍFICA NO DIREITO II.....	277
Comentários acerca da obrigação alimentícia	278
Camila Barbosa da Rocha e Tauã Lima Verdan Rangel	
O princípio da celeridade nos processos de interdição à luz do melhor interesse do idoso com Mal de Alzheimer.....	297
Cláudia Lima Teodoro e Tauã Lima Verdan Rangel	
A história do Juizado Especial	311
Flávio José Silva Ferreira e Tauã Lima Verdan Rangel	
Alienação Parental no Genitor Alienado	320
Jéssyca Boechat Soares e Tauã Lima Verdan Rangel	
Natureza Jurídica do princípio da insignificância no ordenamento pátrio	330
João Paulo Padilha Aquino e Tauã Lima Verdan Rangel	
Métodos Extrajudiciais de Tratamento de Conflitos	339

Joaquim Jacintho da Silveira Neto e Tauã Lima Verdan Rangel

A aplicabilidade do instituto da detração penal nas medidas cautelares substitutivas da prisão processual instituídas pela Lei nº 12.403/2011..... 358

Julliana Guimarães de M. Dutra Leal e Tauã Lima Verdan Rangel

A repercussão da mídia no âmbito da legislação penal brasileira..... 369

Larissa Passalini Paixão e Tauã Lima Verdan Rangel

A relação entre o meio ambiente e a propriedade à luz da Constituição Federal de 1988 e a tributação ambiental 377

Laura Madeira de Moraes e Tauã Lima Verdan Rangel

Cidadania e Democracia Semidireta no Brasil 387

Leonardo Oliveira Marçal e Tauã Lima Verdan Rangel

Eutanásia: entre o direito à morte digna e a indisponibilidade da vida 397

Luane Gomes de Oliveira e Tauã Lima Verdan Rangel

Sexualidade através do tempo: o processo histórico de construção da identidade 404

Luiza Aparecida Nascimento da Silva e Tauã Lima Verdan Rangel

A paternidade pós-Constituição de 1988..... 417

Maria Luiza Barbosa da Rocha e Tauã Lima Verdan Rangel

A subjetividade dos critérios adotados nas transgressões disciplinares nos regulamentos militares 431

Mayko de Oliveira Andrade e Tauã Lima Verdan Rangel

Evolução Histórica do Trabalho Doméstico no Brasil..... 438

Ronan Delatorres de Azevedo e Tauã Lima Verdan Rangel

HIV/AIDS e os princípios relevantes no âmbito trabalhista 453

Talitha Ferreira de Oliveira e Tauã Lima Verdan Rangel

**Comprovação do tempo de serviço para aposentadoria por idade do
trabalhador rural 465**

Werlen Cruz das Dores e Tauã Lima Verdan Rangel

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”.

O Projeto “Ensino, Pesquisa e Cidadania em convergência” visa estabelecer um espaço heterogêneo e multifacetado de trocas de experiências e aprendizados recíprocos. Para tanto há uma integração entre os conteúdos teóricos e a prática, a inserção no contexto regional e no compromisso social. Dessa forma, há, a partir da perspectiva convergente, um diálogo de primordial importância entre o espaço acadêmico, sobretudo na condição de ambiente crítico-reflexivo, com os eventos e singularidades sociais, enquanto laboratório dinâmico de instigação e refinamento do conhecimento.

São ofertadas aos discentes 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 dos Cursos da IES se inspira e se volta para o contexto sócio regional das Regiões Norte e Noroeste Fluminense 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 extensionistas, 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 que reclama novas perspectivas formacionais, o Projeto “Ensino, Pesquisa e Cidadania em convergência”, como iniciativa do Curso de Direito, se apresenta como uma proposta diferenciada de qualificação dos discentes.

O escopo de tal projeto visa promover um contato imprescindível entre os discentes e o cenário acadêmico, a partir de bancas, constituídas por docentes do Curso 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.

Nesta seara, em sua primeira edição e em processo de consolidação institucional, o Projeto “Ensino, Pesquisa e Cidadania em convergência” materializa importante instrumento de perspectiva arrojada que culminará na confecção de pesquisas capazes de contribuir para a Comunidade Acadêmica e para o cenário em que a Instituição se encontra inserida.

Desejamos uma boa leitura a todos!

Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel
*Coordenador do Projeto “Ensino, Pesquisa e
Cidadania em convergência”*

**PESQUISA CIENTÍFICA
NO
DIREITO I**

A DESJUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO DA USUCAPIÃO PELA VIA EXTRAJUCIAL: RELEXOS DO CPC 2015

Affonso de Vasconcellos Borges¹
Tauã Lima Verdan Rangel²

INTRODUÇÃO

O instituto da Usucapião é um meio de obtenção do domínio em origem do uso ao passar dos anos da propriedade, ligada ainda a observância de condições estabelecidas em lei. Comenta-se que o instituto da usucapião é um dos mais clássicos no meio da área forense, incluindo sua aplicação instituída no Código de Hamurabi de 1.694 a.C.

Neste contexto, na vanguarda da história, já em Roma, foram instituídas regras que ficaram consagradas como as Leis das Doze Tábuas, onde a usucapião teve sua nomenclatura apresentada para que todas as pessoas possuíssem conhecimento da unidade que acabara de surgir, que estabelecia condições para os bens imóveis ou móveis fossem adquiridos.

A usucapião é um instituto incluso do direito imobiliário em que tem como fundamento a regularização de um fato legal preexistente, isto é, a posse. O percurso

¹Graduando do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ);

² Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

histórico da aquisição imobiliária e das titularidades no Brasil vem marcado por um período monopolista do direito de propriedade, individualista e acentuadamente especulativo, o qual convergiu para o problema da concentração fundiária. Hodiernamente, este paradigma ainda é amplamente percebido no cotidiano social por meio de uma lógica de distribuição de espaços na cidade e no campo que pouco assimila a estrutura real da sociedade brasileira, perpetuando o anseio pela acumulação fundiária, sem que seja efetivamente direcionada econômica e socialmente a utilização das glebas urbanas e rurais.

Deste modo, com base neste englobar fático, busca-se demonstrar como a posse em sua realização prática desempenha papel fundamental nas relações sociais, traduzindo-se como verdadeiro substrato do dinamismo social, exprimindo, imensurável e inerentemente função social em sua simples existência, ao consubstanciar a expressão máxima do atuar humano na realização de suas necessidades, ao passo, e em contraste, do que pode ser observado quando a propriedade se encontra no cerne da proteção jurídica.

Nesta perspectiva, importa que se tenha em mente a evolução do instituto da usucapião no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro, como verdadeira exceção de direito material, no intuito de colher os primeiros avanços para ascensão da posse qualificada e visando consolidar o entendimento acima esboçado, referente à sobreposição da situação possessória à titularidade dominial, em razão de sua função social.

Diante disto, o presente projeto abordará a recepção do procedimento da usucapião extrajudicial, e a suposta facilitação proporcionada pelo novel diploma processual civil vigente desde março de 2016 acerca da possibilidade de que o procedimento de usucapião seja realizado extrajudicialmente em certa e específica hipótese normativa, sem necessidade da atividade jurisdicional.

MATERIAL E MÉTODOS

Pretende-se utilizar para composição desta pesquisa a metodologia indutiva. Serão manuseados artigos científicos, textos correlatos ao assunto, doutrinas e jurisprudências, para que ao final, possa-se chegar com relevância à conclusão do tema aqui explorado.

DESENVOLVIMENTO

Nos problemas brasileiros quanto a usucapião, foi inserida tal para amenizar e resolver tais problemas quanto a propriedade, a historia da mesma começou no direito romano, ao longo desse caminho, houve evoluções socioeconômicas , o instituto foi se aperfeiçoando com o passar do tempo, atravessando séculos e achando soluções para tal problema. A primeira aparição do instituto da usucapião foi no direito romano, com a lei das doze tabuas, conforme esta descrito no item 5, “as terras serão adquiridas por usucapião depois de dois anos de posse, as coisas móveis depois de um ano” (ROSSI, 2010, s.p.).

Tábua II

11. A coisa furtada nunca poderá ser adquirida por usucapião.

Tábua III

O estrangeiro jamais poderá adquirir bem algum por usucapião.
Contra ele eterna vigilância.

Tábua VIII

A área de cinco pés deixada livre entre os campos limítrofes (é res sacra não pode ser adquirida por usucapião).

Tábua X

Que o vestíbulo de um túmulo jamais possa ser adquirido por usucapião, assim como o próprio túmulo. (ROSSI, 2010, s.p.).

Nota se que para se adquirir bens imóveis ou moveis, precisava seguir os requisitos descritos na tábua. No ordenamento jurídico brasileiro atual, existem seis espécies de usucapião, sendo elas, por imóvel urbano, imóvel rural e de bem móvel, as mesmas podem ser usucapião ordinário, extraordinário, especial rural, especial urbana, familiar, coletiva e recentemente a usucapião administrativa. De acordo com o código civil de 2002, no artigo 1242 , a hipótese ordinária de usucapir é :

Artigo 1242. Adquire também propriedade de um imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. (BRASIL, 2002).

Para que um bem imóvel seja usucapido, são necessários que se cumpra todos os requisitos acima falados, tendo em vista a boa fé, justo título, objeto hábil, além das condições da ação. Um pouco antes, temos no artigo 1239, do código civil brasileiro a modalidade extraordinária de usucapir um bem imóvel:

Artigo 1.238, CC: Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. (BRASIL, 2002).

Esta modalidade esta conhecida pelo grande tempo de aquisição de domínio do bem. Desta forma, o justo título de boa-fé então exigido pela modalidade ordinária, é dispensado neste momento, isto porque, a longa duração da posse supre

a sua falta, podendo adquirir a coisa possuída em sua integralidade. No entanto, deverá haver a ininterrupção da posse, ou seja, sem oposição e continua. Da mesma forma, deverá ser incontestada, tranquila, de conhecimento notório e público, mansa e pacífica.

A usucapião administrativa é um instituto consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido inserido através do fenômeno da desjudicialização, cujo objetivo não é outro senão desafogar o Judiciário, visando proporcionar mais celeridade aos atos. Nos dizeres de Leonardo Brandelli:

No caso da usucapião, salvo as hipóteses em que houver lide instaurada, a desjudicialização não só é constitucional e possível juridicamente, como é recomendável, como forma de tirar do Poder Judiciário matéria que não lhe é essencialmente afeta [...] (BRANDELLI, 2016, p.16).

Nestes casos, se não há litígio, não é necessário que se recorra ao Judiciário, de modo que a invocação perante o Estado-Juiz não se fará necessária. O fenômeno da desjudicialização no Novo Código de Processo Civil vem com o intuito de regulamentar os procedimentos voluntários considerados com atos judiciais não contenciosos

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A lei emprestou um caráter de consensualidade ao procedimento extrajudicial da usucapião, podendo estimar que houve um bom funcionamento como instrumento de regularização fundiária, seu objetivo foi de facilitar o acesso à justiça, criando mecanismos que tragam celeridade aos procedimentos, especialmente

dirigido àqueles casos em que houve um prévio negócio entre o usucapiente e o titular do domínio do imóvel.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da elaboração do presente trabalho, foi possível constatar que, de fato, a vigência do novo Código de Processo Civil e a implementação da Usucapião Extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro possibilitará uma maior contribuição das Serventias Extrajudiciais, em especial do Tabelionato de Notas e do Cartório de Registro de Imóveis.

Firmados na atual tendência de desjudicialização dos procedimentos, a serventias extrajudiciais receberão mais essa tarefa para solução dos conflitos na esfera extrajudicial. Nesse ponto, o novo ordenamento Processual Civil enfatiza a valorização dos meios alternativos de solução de conflitos. Em sua iniciativa, preocupa-se em quebrar o paradigma do monopólio jurisdicional, no que se destaca a Usucapião Extrajudicial.

Este procedimento será mais simplificado, vez que facilitará ao possuidor a aquisição da propriedade imobiliária sem a homologação de um juiz togado, isto é, deslocará a então competência do Poder Judiciário para as Serventias Extrajudiciais.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380,

de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm>. Acesso em: 02 abr. 2016.

FACULDADES INTEGRADAS DE OURINHOS. Manual de Normas e Padrões para Projetos de Pesquisa e Monografias. Ourinhos: FIO, 2013.

KUMPEL, Vitor Frederico. O novo Código de Processo Civil: o usucapião administrativo e o processo de desjudicialização. In: **Migalhas:** portal eletrônico de informações, 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI207658,101048>
O+novo+Codigo+de+Processo+Civil+o+usucapiao+administrativo+e+o>.

ROSSI, T.S. **A Lei das XII Tábuas.** Disponível em <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2649327>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. **O Novo CPC e o Direito Civil.** São Paulo: Método, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et all.* **Breves Comentários ao Novo Código De Processo Civil.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

O DIREITO À MORADIA COMO CONDIÇÃO BÁSICA A GARANTIR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Aline Lobato dos Santos³
Tauã Lima Verdan Rangel⁴

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz, ao longo de seu texto, o direito à moradia, consagrando enquanto norma fundamental pela tutela constitucional que prevê a moradia enquanto direito social, sendo, desta forma, essencial garantia à vida digna do indivíduo. A partir dessas previsões a mais respeitada doutrina jurídica eleva o direito à moradia ao patamar de direito humano, considerando as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário e o próprio status que a moradia possui, enquanto instituto jurídico, no que tange tanto a sua relevância na norma positivada como enquanto direito natural.

Nesse sentido, compreendendo o direito à moradia como norma fundamental, garantia a ser promovida pelo Estado que visa a dignidade da pessoa humana e a concretização dos valores fundamentais de justiça, este resumo se dispõe à elaboração de pesquisa científica que, tendo esse direito social como objeto primário,

⁴ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

desenvolverá estudo considerando o caráter de plenitude e eficácia na aplicação da norma, sempre associada aos conteúdos de direitos humanos e fundamentais.

Há de se considerar, no entanto, a realidade social atual deste país que, mesmo diante das previsões constitucionais, tem-se o Estado esquivando-se do cumprimento de seu dever legal de proporcionar moradia aos seus cidadãos, conferindo um cenário de importante déficit habitacional, que se mostra longe de ser resolvido. A partir dessas constatações, o presente trabalho tem por objetivo o estudo do direito à moradia e suas considerações normativas e doutrinárias, tratando este direito como pilar da própria condição humana, sendo um direito indisponível, imprescindível e primordial para que se atinja o que se entende hoje por dignidade da pessoa humana.

METODOLOGIA

O presente estudo vem apresentar, com base em análises bibliográficas e artigos de cunho científico, a historicidade dos direitos humanos bem como suas dimensões e a relação desse direito relacionado com a completude da dignidade da pessoa humana.

DESENVOLVIMENTO

A necessidade do ser humano em fixar moradia existe desde o início das civilizações, entretanto, esta necessidade enquanto direito começou a tomar forma somente com o surgimento dos direitos de segunda dimensão, cujo conteúdo se consistia em pleitear do Estado ações positivas no sentido de assegurar a todos os chamados direitos sociais. Nesse sentido, expõe Azevedo:

A moradia configura-se, portanto, como uma necessidade básica do indivíduo, enquanto ser humano, e do cidadão, enquanto ser social. O ser humano, por si próprio, vive arraigado de necessidades, sejam elas fisiológicas, sociais, profissionais, de autoconhecimento, de reconhecimento pelos outros e demais, que vão sendo assistidas a partir do momento que ele se firma e se estrutura na sociedade. Entende-se que o ser humano só se encontraria em equilíbrio quando todas as suas necessidades estivessem satisfeitas. (AZEVEDO, 2013, p.3)

Vale dizer que toda conquista de direitos, não sendo diferente com o direito à moradia, é alcançada de forma gradual e compassada, passando por uma evolução histórica marcada por acontecimentos importantes a transformar a ideologia e maneira de viver de uma dada sociedade, ou até mesmo em escala global. Nesse sentido, Bobbio:

Por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, 25).

Os direitos de segunda dimensão surgiram através de movimentos sociais que pleiteavam melhores condições de trabalho e de vida coletiva. O fato histórico que ensejou os direitos fundamentais de 2º foi a Revolução Industrial Européia, a partir do século XIX. (LENZA, 2017). Em razão das péssimas condições de trabalho movimentos sociais começaram a ocorrer como a Comuna de Paris em 1848⁵ e o

⁵A Comuna de Paris foi a realização de uma forma de governo controlada por trabalhadores e membros das classes populares da França e de outros países, no período de 18 de março a 28 de maio de 1871 cujo interesse era proporcionar melhores condições de vida e trabalho aos operários, objetivando criar uma nova forma de organização as sociedade. (HISTÓRIA DO MUNDO, s.d)

movimento Cartista⁶, realizando reivindicações de melhores condições de trabalho e fixação de direitos sociais. (LENZA, 2017)

Nesse bojo surgiram os direitos culturais, econômicos e sociais, estando neste ultimo inserido o direito à moradia. Alguns documentos marcaram a era da fixação desses direitos podendo destacar a Constituição do México de 1917, Constituição de Weimar 1919, o Tratado de Versalhes em 1919 e no Brasil a Constituição de 1934. Todos esses documentos marcaram a evolução para o constitucionalismo social, estabelecendo direitos sociais a serem prestados pelo Estado. (LENZA, 2017). Conforme já explanado anteriormente, a previsão do direito à moradia apareceu pela primeira vez em um documento jurídico na Declaração Universal dos Direitos humanos, em seu artigo 25º:

Artigo 25º 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. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Em 1966 foi aprovado ainda o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que também trouxe disposições acerca do direito à moradia por meio do termo “alojamento adequado”:

⁶O movimento Cartista ocorreu em 1837 e dominou as lutas reivindicativas do proletariado inglês e se estendeu até 1850. O nome “cartismo” tem sua origem ligada à carta do povo e reivindicava o sufrágio universal, escrutínio secreto, circunscrições iguais, remuneração aos deputados e supressão da obrigatoriedade de possuir propriedades para os candidatos a um mandato e eleições anuais. (SANTOS, 2015, s.p)

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida adequado para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento adequados, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966)

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a trazer a moradia como direito fundamental, transformando a feição do Constitucionalismo brasileiro que passa a ter um perfil social. (REIS, s.d, p.7). A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 só passou a constar expressamente o direito à moradia a partir da emenda nº 26/2000, onde passou a constar em seu artigo 6º o direito à moradia, em capítulo reservado aos direitos sociais. Veja-se:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988)

Dessa forma, entende-se que o direito à moradia, incluído no rol dos direitos sociais, visa prestações positivas do Estado no intuito de diminuir as desigualdades sociais por meio do amparo estatal aos mais necessitados. Traduzem, portanto um ideal de igualdade entre os indivíduos a ser proporcionado pelo Estado, criando condições de real exercício desses direitos. (SILVA, 2005)

DISCUSSÃO

Uma vez conceituado e alocado historicamente o direito à moradia como direito humano, faz-se necessário discutir na esfera prática o motivo pelo qual o Estado, por muitas vezes, não consegue efetivar e propiciar, a todos, moradia adequada, omitindo-se quanto à dignidade de muitas pessoas.

O constituinte de 1988 deixa claro, em diversos pontos, que o ente político deve, com todas as forças, garantir e efetivar a dignidade da pessoa humana em seus diversos aspectos, tanto é assim que, a referida Carta Política, em seu artigo 1º, III, tem como fundamento da república a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Cleve:

Verifica-se, desta maneira, que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. Ou seja, uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, exige uma renovada abordagem doutrinária para dar conta de sua eloqüente significação. (CLÈVE, 2006, p.2)

Entende-se que, por intermédio da implementação de políticas públicas voltadas à coletividade se conseguiria diminuir os problemas relacionados à moradia. Nesse sentido, Clève:

A situação muda em relação aos direitos prestacionais, exigentes de uma atuação positiva do poder público, em particular porque o âmbito material definitivo desses direitos depende de uma manifestação legislativa (e material) do Estado. Além disso, esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito) pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva

sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita. (CLÈVE, 2006, p.3)

Sendo assim, o Estado, por diversas vezes, justifica a ausência de políticas públicas que visam promover direitos básicos aos indivíduos por motivo de escassez orçamentária, fazendo com que inúmeras pessoas não tenham o mínimo necessário à sobrevivência, como saúde, alimentação, educação e moradia.

A crítica que é possível se fazer é em relação à omissão para com a política de moradia, acarretando em resultados insuficientes, posto que as populações pertencentes aos estratos mais baixos da sociedade, buscam meios de solução informais e desumanas, se alojando em lugares precários como favelas, cortiços e instalações em áreas de risco. (SARLET, 2011, p.703)

Dessa forma, entende-se que é papel do Estado manejar a peça orçamentária nos limites fornecidos pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas, consignando no orçamento as medidas necessárias para a realização progressiva dos direitos fundamentais. (CLEVE, 2006, p.7)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, nota-se que o direito à moradia é uma das bases que sustentam a dignidade da pessoa humana, devendo, a todo custo, ser acessível aos indivíduos por meio de políticas públicas implementadas pelo Estado. Sabe-se que o comando constitucional é no sentido de preservação e garantia da dignidade da pessoa

humana, posto que constitui um dos fundamentos da república e se, como já demonstrado, a nossa Carta Magna elenca e releva o direito à moradia à máxima importância em seu texto, tal direito deve ser perseguido pelo Estado de forma permanente.

Constata-se, no entanto, que a realidade atual da sociedade brasileira é de não percepção a contento do direito à moradia, haja vista o déficit de habitações o qual amarga parcela significativa de nossa população. Tal quadro adverte omissão do Estado brasileiro em relação ao cumprimento do dever constitucional de garantir a seus cidadãos moradia digna.

Dessa maneira, faz-se necessário rever em quais pontos o Estado não cumpre a vontade do legislador constituinte no que se refere à concretização da dignidade da pessoa humana através da promoção de direitos fundamentais, dentre eles, o que está aqui em pauta, qual seja o direito à moradia. Os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível precisam caminhar lado a lado de forma equilibrada para que se estabeleçam as prioridades e as necessidades mais urgentes da sociedade.

Destarte, o direito à moradia existe como direito humano e fundamental, devendo ser acessível a todo e qualquer ser humano como forma de propiciar uma vida digna e ainda servir como condição básica para exercer e desfrutar dos demais direitos humanos e fundamentais que lhe são conferidos.

REFERENCIAS

AZEVEDO, Delina Santos. **A garantia do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro**. In: Anais urbBa, 2012, Salvador. Disponível em: http://www.lugarcomum.ufba.br/urbanismonabahia/arquivos/anais/ex3_direitomora dia.pdf. Acesso em 15 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>>. Acesso em 10 abr. 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 28-39, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: http://www.prr3.mpf.mp.br/imagens/boletim_info/dudh-onu.pdf. Acesso em 14 abr. 2018.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/pacto_int_dir_econ_sociais-culturais.pdf> Acesso em 14 abr. 2018.

REIS, João Emilio de Assis. **O direito à moradia como obrigação estatal no contexto constitucional brasileiro**. In: Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização: CONPEDI/Unicuritiba; coordenadores: Helena Elias Pinto, Manoel Messias Peixinho. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2010.

SANTOS, Ariosvaldo. **Dicionário sindical e do trabalho**. Londrina: Eduel, 2015

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FUNÇÃO DA PENA

Ana Laura Delgado Xavier⁷
Tauã Lima Verdan Rangel⁸

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a função da aplicação da pena no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo as teorias que a embasam, detalhando cada uma delas e apontando qual dessas seria a adotada atualmente. Este estudo propõe uma reflexão, se baseando na defesa dos direitos constitucionais do ser humano, como a dignidade da pessoa humana, dentro do sistema carcerário e após o contato com o sistema atual prisional, as consequências que geram reflexo na sociedade, consequências que são totalmente distintas do que se busca com a aplicação da pena.

METODOLOGIA

A metodologia aplicada partiu do método indutivo, auxiliado de revisão de literatura e pesquisas bibliográficas como técnicas de pesquisa.

⁷ Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), e-mail: analauradex@gmail.com

⁸ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

DESENVOLVIMENTO

Para um melhor estudo acerca do tema em questão, se faz necessário conceituar o termo “pena”. Nas palavras de Bonfim e Capez seria:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 632).

Opiniões científicas foram desenvolvidas ao longo do tempo, objetivando explicar a função das penas no combate à criminalidade. As finalidades da pena são explicadas por três teorias, quais sejam: as teorias absolutas ou retributivas, as teorias preventivas e as teorias mistas. “Para a teoria absoluta, a finalidade da pena é retributiva. Por sua vez, para a teoria relativa, os fins da pena são estritamente preventivos. E, finalmente, para a teoria mista ou unificadora, a pena tem dupla finalidade: retributiva e preventiva” (MASSON, 2014, p. 648).

As teorias absolutas tem como característica essencial a de conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: “quia peccatum”. Por isso também são conhecidas como teorias retributivas. (BITENCOURT, 2017). As teorias absolutas ou retributivas tem como fundamento a retribuição do dano causado pelo infrator mediante a aplicação de uma pena, sem a menor preocupação com aquele que é punido.

Já a teoria relativa, também chamada de preventiva, finalista ou utilitária, defende um entendimento contrário ao tido pela teoria absoluta. “Para essa variante, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a prática de novas infrações penais (*punitur ne peccetur*). É irrelevante a imposição de castigo ao condenado” (MASSON, 2014, p. 648).

Para os utilitaristas, a pena tem um fim, como o próprio nome já diz, preventivo, ou seja, a existência de uma sanção para determinado ato transgressivo existe para que as pessoas se abstenham de cometê-lo (prevenção geral) ou evitar a reincidência (prevenção específica) (CRUZ; ARAÚJO NETO; s. d, p. 04).

Diferentemente da teoria absoluta, a teoria relativa não vê a pena como forma de retribuição ao condenado o mal por ele praticado contra a sociedade, mas atribui à pena um caráter preventivo à prática do delito.

A teoria mista da pena, por sua vez, “busca a unificação dos pontos mais importantes e fundamentais das teorias anteriormente expostas, porque qualquer uma destas, atuando em sentido próprio, são insuficientes para atingir e solucionar os problemas sociais, garantindo a proteção e os direitos dos cidadãos” (MORAES, s.d, s.p). E ainda conforme Masson:

A pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade. Em síntese, fundem-se as teorias e finalidades anteriores. A pena assume um tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial (MASSON, 2014, p. 650).

No Brasil, conforme o artigo 59, caput, do Código Penal, a teoria adotada foi a mista ou unificadora, segundo a qual o magistrado, ao decidir pela pena a ser

aplicada ao caso concreto, deve ter por base dois objetivos: a reprovação e a prevenção do crime. Em estudos mais recentes, a Escola de Defesa Social também estabelece que a real finalidade da pena seja a ressocialização do condenado, sua readaptação social. Para estes pesquisadores, somente com a ressocialização e o seu consequente retorno ao convívio em sociedade é que esta será recompensada.

DISCUSSÃO

Atualmente, a aplicação da pena tem como função a repressão dos crimes, a prevenção e a ressocialização do apenado. Pois como nos ensina Cleber Masson:

Não basta a retribuição pura e simples, pois, nada obstante a finalidade mista acolhida pelo sistema penal brasileiro, a crise do sistema prisional transforma a pena em castigo e nada mais. A pena deve atender aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensáveis para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a impunidade e recuperando os condenados para o convívio social (MASSON, 2014, p. 651).

A teoria absoluta dificilmente é aceita por teóricos contemporâneos, visto que a aplicação da pena apenas visando o castigo ao criminoso não é viável para a sociedade, pois a pena deve ser justa e adequada, executada sob condições humanas para que este apenado consiga ser reintegrado novamente ao convívio em sociedade.

De acordo com esse direcionamento, assevera-se que a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de conciliação com a

sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua denegação (PRADO, 2005, p. 563 *apud* SOUZA, s.d, s.p).

Para que isso ocorra, é imprescindível que todos os direitos fundamentais do indivíduo sejam respeitados, independentemente do delito praticado. A Constituição Federal de 1988 prevê a humanização da pena, fazendo com que este indivíduo seja respeitado como pessoa, tendo todos seus direitos garantidos, tais como: a vida, a saúde, a dignidade, a integridade física e moral. A pena ainda garante que o seu cumprimento seja próximo aos seus familiares, assim como à privacidade, à intimidade, à liberdade de expressão, ao sigilo da correspondência (SOUZA, s.d).

Importante salientar que, nos dias de hoje, temos que a aplicação da pena se afasta e muito dos princípios constitucionais explícitos na Constituição Federal, pois estes não são respeitados, e assim, seguem ferindo e desprezando as devidas condições para o cumprimento da pena, desprezando a sua devida função de ressocializar e converter o condenado (PACI, 2015). Esta é, infelizmente, a realidade vivenciada pelo sistema carcerário brasileiro. Para Raúl Cervini,

A prisão, como sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e ultrapassada, é que as razões históricas e sociais para manter uma pessoa reclusa, foram inicialmente, o desejo de que mediante a privação de liberdade retribuísse à sociedade o mal causado por sua conduta delituosa. Atualmente, nenhum especialista e muitos da sociedade entendem que as instituições de custódia não estão desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionização do detento, a potencialidade criminalizante e degradante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da massificação, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição atrapalha qualquer possibilidade de tratamento eficaz e os altos índices de reincidência

são por si só alarmantes. Além do mais, a carência de meios de instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama (CERVINI, 2008 *apud* PACI, 2015, s.p).

A lei em seus respectivos artigos estabelecem algumas garantias essenciais e dignas de todo o indivíduo que cumpre pena, mas esta assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa não são totalmente disponibilizadas para os presos, mesmo fazendo parte do processo de ressocialização.

CONCLUSÃO

Como visto, a pena tem sua finalidade amplamente debatida por estudiosos, culminando assim na criação de diversas teorias para identificar a função real da aplicação da pena. As principais seriam a absoluta, a relativa e a mista, sendo a última, a adotada pela norma legal.

Todas as teorias citadas buscam o fim da criminalidade com a punição do condenado. Contudo, é necessário que além da natureza de punição, a pena vise também a ressocialização do condenado para que este possa viver em sociedade novamente. Para que isto ocorra, seus direitos fundamentais, que estão previstos na Constituição, devem ser respeitados e garantidos.

Infelizmente, a realidade é que o sistema carcerário não cumpre com a função social da pena, encontrando-se em descaso, muito longe de ser um sistema eficiente, haja vista que não respeita sequer o direito basilar da nossa Constituição, que é a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. v. 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRUZ, Ramon Aranha da; ARAÚJO NETO, Félix. Finalidade da Pena: Uma Discussão Acerca das Teorias Penalizadoras. In: **Revista Jurídica Orbis**, p. 1-9, 2011. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/114/114>>. Acesso em 29 mai. 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**: Parte geral. v. 1. 8 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Das funções da pena. In: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em: 28 mai. 2018.

PACI, Maria Fernanda. A importância da pena e a sua função ressocializadora. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 25 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54270&seo=1>>. Acesso em: 29 mai 2018.

SOUZA, Ana Paula de. **Função Ressocializadora da Pena**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/funcao-ressocializadora-pena.htm>>. Acesso em: 29 mai. 2018.

O DANO MORAL CONFIGURADO POR ABANDONO MATERIAL: O EXAME À LUZ DA CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL.

Brena Pedrosa da Silva⁹
Tauã Lima Verdan Rangel¹⁰

INTRODUÇÃO

A família contemporânea veste-se de afeto e amor. O modelo hodierno familiar foi recepcionado pela sociedade com feições inspiradas no princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, cujos contornos são delineados pelo bem estar da célula familiar. Em uma visão protecionista a vontade do legislador foi proteger este núcleo elevando-a a nível constitucional, garantindo-o amparo fundamental para erigir a base da sociedade, obrigando o Estado a dar-lhe subsídios quando de sua vulnerabilidade. Nesse sentido, o Constituinte Originário traçou princípios que buscassem estabelecer proteção a Família, e em seu seio resguardar os membros mais frágeis, quais sejam, os filhos.

Nesse sentido, tendo em vista os preceitos inseridos pela doutrina de proteção integral que são essencialmente a seguridade do desenvolvimento sadio físico e psicológico da criança e do adolescente garantidos pela sociedade, o Estado e a

⁹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, vanessinhapimentel@hotmail.com;

¹⁰ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

família. E ainda, tendo em vista, os deveres inerentes aos pais em face dos filhos, atribuídos pelo Estado através do poder familiar, verifica-se que a manutenção da criança ou do adolescente por seus genitores é Direito essencial a sua formação e de obrigação destes.

Desta forma, importante salientar que conforme preleciona o artigo 1.634, inciso I, e II do Código Civil que, dentre os deveres decorrentes do exercício do poder familiar, compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e a educação e tê-los em sua companhia e guarda. Tem-se também em sintonia a estes termos o artigo 22 do ECRIDAD dispondo que, incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

E, ainda, neste sentido, a Constituição Federal prevê em seu artigo 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1998). No entanto, desrespeitando o dever de zelo advindo desta concepção, tanto os genitores quanto os filhos estarão infringindo as obrigações a eles inerentes, podendo ocorrer o abandono material, moral e/ou físico. Estes casos infelizmente são inúmeros, gerando inclusive consequências na esfera penal e recentemente na cível, o que será futuramente objeto de estudo desta pesquisa.

METODOLOGIA

Foi utilizada para composição desta pesquisa a metodologia dedutiva. Foram manuseados artigos científicos, textos correlatos ao assunto, doutrinas e jurisprudências, para que ao final, chegar com relevância à conclusão do tema aqui explorado.

DESENVOLVIMENTO

Conforme leciona Branco (2006, p. 147), com o decurso dos tempos, tem-se visto um acréscimo na ocorrência de situações de conflitos e perda das responsabilidades familiares quanto à obrigação dos cuidados com filhos, pais, cônjuges diretamente ou resultante de ingresso em ação judicial. O dever de fornecer o sustento, o cuidado, a saúde e o abrigo para a outra pessoa, decorrente do vínculo parental previsto no âmbito civil, encontra na esfera criminal consequência na hipótese de comprovação do descumprimento do referido dever. O Código Penal, tendo em vista a essencial importância desta obrigação, estabeleceu o seu não cumprimento ao nível de delito.

Como explica o Deputado Federal Augusto Carvalho, na justificativa de seu Projeto de Lei nº 8.205/2017,

O abandono material é considerado um crime de desamor, cuja tutela visa inibir o abandono familiar, preservando a entidade e buscando impedir que aquele que é responsável deixe sem condições de subsistência a sua família, principalmente os entes mais vulneráveis, quais sejam: os maiores de 60 anos, menores de 18 anos e incapazes. (BRASIL, 2018, s.p)

Assim, cabe destacar que o abandono material é visto como um crime de desamor, configurando-se pela omissão não justificada na assistência familiar, ou seja, quando o responsável pela manutenção de uma pessoa deixa de colaborar com o sustento material de outra, não lhe propiciando recursos indispensáveis ou deixando de pagar os alimentos fixados judicialmente. Desta forma, aquele que deixa de prestar assistência material a quem é seu dependente, seja cônjuge ou filhos, ou

até mesmo ascendentes, está incurso nas penas do artigo 244 do Código Penal, que prevê:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País (BRASIL, 1940).

Nesta perspectiva, o crime de abandono material consiste na recusa injustificada do infrator de prover materialmente com o necessário para a subsistência da vítima, não pagar pensão alimentícia, ou deixar de socorrer ascendente ou descendente sem justa causa. A vítima pode ser cônjuge, ascendente inválido ou maior de 60 anos, filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho. Nesse sentido, como sujeito do crime, tem-se que, no polo ativo, via de regra, figuram os cônjuges, pais, ascendentes ou descendentes.

Nessa linha de pensamento, ensina Fragoso (1981, p. 127) que nas várias modalidades do crime de abandono material, podem ser sujeito ativo: o cônjuge que deixa de prover a subsistência do outro; o pai ou a mãe que deixa de prover a subsistência de filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho; o descendente (filho, neto ou bisneto), que deixa de proporcionar os recursos necessários a ascendente inválido ou valetudinário; qualquer pessoa que deixa de socorrer ascendente ou descendente gravemente enfermo.

Ocorre que, com o abandono material na esfera cível, a lei tutela a família no sentido de ser observada a regra do Código Civil que estipula a necessidade de

assistência material mútua entre os parentes (GONÇALVES, 2011, p. 579). Assim, para Bitencourt (2004, p. 147), os bens jurídicos protegidos são a estrutura e o organismo familiar, sua preservação, relativamente ao amparo material devido por ascendentes, descendentes e cônjuges, reciprocamente. Assim, é imperioso frisar que o abandono material pode acontecer ainda que o cônjuge e filhos estejam sob o mesmo teto. Segundo a compreensão de Branco:

[...] Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando esta como fato desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade de seus membros. A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, nesse caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo. (BRANCO, 2006, p.116.)

Isto posto, referindo-se ao abandono (material ou moral), a omissão voluntária dos genitores encontra-se na negligência ininterrupta e definitiva em relação a seus filhos, no descuido, menosprezo, na abdicação aos deveres cruciais concernentes ao poder familiar expressos na Constituição Federal¹¹, no Código Civil¹² e no Estatuto da Criança e do Adolescente¹³, consistentes na criação, educação, guarda, companhia,

¹¹ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

¹² Art. 1.634. 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;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584.

¹³ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

sustento, saúde e, logo, em amor e felicidade, como bens de grandeza imensurável ratificados pelo direito à dignidade da pessoa humana.

As ações omissivas dessa magnitude, quando praticados de maneira consecutiva e ininterrupta, geram para os genitores que possui o poder familiar a respectiva perda por abandono, nos termos do artigo 1.638, II, do Código Civil, sem prejuízo, porém, da averiguação de danos materiais ou morais que esses atos tenham causado aos filhos. Nesse sentido, a negligência, nas palavras de Silva (2006, p.149), define-se como a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos ou a inobservância das normas que nos ordenam a operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento.

O disposto acima adequa-se perfeitamente à hipótese de abandono material e moral do filho pelo genitor, ou seja, negligência, omissão dos deveres primordiais decorrentes do poder familiar. Nessa mesma linha, dispõe a Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), mencionando que:

Estabelecida à assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal. (SÃO PAULO, 2012, s.p)

Cabe mencionar o artigo 186 do Código Civil, que define como ilícito a prática daquele que, "por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral" (BRASIL, 2002). No entanto, o artigo 927 regula que "aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem,

fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002). Como já sabido, a legislação civil brasileira dispõe que o agente causador do dano é obrigado a recompensar os prejuízos.

Nesta seara, o direito ao dano moral ainda requer um estudo mais rigoroso, sobretudo porque determinadas questões referentes ao instituto ainda não se encontram pacificadas, sobretudo a configuração do dano e o quantum indenizatório. De acordo com Gonçalves (2011, p. 377), “o dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano”.

No tocante ao tema, inclui-se a Súmula 37¹⁴ do Superior Tribunal de Justiça que considera que os danos morais são perfeitamente cumuláveis com os danos de natureza patrimonial. E adiciona Wald (2011, p. 116) que “a Constituição em seu artigo 5º, inciso X, consagrou definitivamente o direito irrestrito à reparação do dano moral”. Nesse diapasão, aponta-se o artigo XII da Declaração dos Direitos Humanos¹⁵ que culpabiliza a ofensa da honra e a reputação do ser humano. No que concerne à estimação do dano moral, Gonçalves (2011, p. 672) assegura que é matéria que “tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação”.

O dano moral é bastante peculiar, apesar de que muitas pessoas tentam tirar vantagem dele para obter indenização por meio de “meros aborrecimentos”. Os juízes têm buscado ser inflexíveis com relação a isso na tentativa de não facilitar que a justiça falhe ao fixar indenizações que transcendam aos aborrecimentos causados as

¹⁴Súmula 37, STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

¹⁵Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

pessoas. A propósito, tem chegado ao Judiciário, inúmeras demandas a respeito de indenização por abandono material. Porém, as decisões têm provocado grande inconsonância.

Em meio há tantas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o STJ em sua visão no que tange ao pedido de danos morais resultantes de abandono material, deu provimento favorável apedido dessa natureza, como se compreende a seguinte ementa jurisprudencial:

Recurso Especial. Família. **Abandono Material**. Menor. Descumprimento do dever de prestar assistência material ao filho. Ato Ilícito (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). Reparação. Danos Morais. Possibilidade. Recurso Improvido.

1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002.

2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 1087561/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 18/08/2017).

Desse modo, no REsp 1.087.561-RS, o STJ reconheceu a indenização por danos morais em virtude do pai não ter dado auxílio material ao filho com base no compreensão de que o dever da relação familiar abarca a obrigação dos pais de propiciar amparo afetivo, moral e psíquico aos filhos, bem como amparo material, que é direito fundamental da criança e do adolescente.

Ademais, o descumprimento voluntário da responsabilidade de propiciar recursos materiais, atinge a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho, prejudicando o desenvolvimento saudável de sua personalidade e atenta contra a sua dignidade, caracterizando ilícito civil e, desta forma, os danos morais e materiais produzidos são suscetíveis de ressarcimento pecuniário.

Noutro giro, embora o julgado acima, o entendimento ainda não é unânime, antecedente a decisão supramencionada, o próprio Superior Tribunal de Justiça já havia decidido em sentido contrário, conforme se extrai do Agravo em Recurso Especial nº. 145.612 - SP de Relatoria do Ministro Raul Araújo, veja-se:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 145.612 - SP (2012/0024913-4) RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de indenização embasada em suposto abandono material e moral do pai - Prescrição da ação em relação ao pedido de danos materiais - Inocorrência - Suposto descumprimento de acordo como fato gerador do pedido e marco inicial da fluência do prazo prescricional - Prescrição afastada - Pedido, entretanto, improcedente - Elementos nos autos que demonstram o auxílio material prestado pelo réu Alegado desamparo material, aliás, que não é plausível - Disponibilidade de medidas judiciais que induz a ameaça de um mal impossível, remoto e evitável - Reparação material, ademais, que se afigura verdadeira antecipação da legítima em detrimento dos outros filhos do réu - Inadmissibilidade - Danos morais indevidos - Abandono moral que não constitui ilícito civil - Fotografias, de qualquer modo, que indicam o convívio desde os primeiros anos da autora com o pai e irmãos - Recurso provido em parte" (e-STJ, fl. 176) Nas razões do recurso especial, a recorrente alega negativa de vigência aos artigos 1.634 e 1.638 do atual Código Civil, sustentando, em suma, pela procedência do pedido indenizatório em função do abandono afetivo sob o argumento de que "se o pai deixou de dar a criança afeto, este traduzindo amor, amizade, companheirismo, carinho, etc., deve ser compelido ao pagamento da indenização moral." (e-STJ, fl. 251) É o relatório. Passo a decidir. Quanto ao dever de indenizar, o c. Tribunal a quo foi categórico em afirmar que não há responsabilidade do ora agravado, concluindo pela ausência dos

requisitos ensejadores da reparação civil, ao asseverar que, verbis: "O decisum no tocante ao pedido de danos morais não comporta reparo. A questão foi bem equacionada e a solução está embasada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, inclusive desta Câmara, julgando a apelação cível no 471.029-4/8-00, da relatoria do eminente Des. Luiz Antonio de Godoy, cujo acórdão está reproduzido a fls. 83/86, no sentido de que o abandono moral não constitui ilícito civil. De qualquer modo, os elementos nos autos não revelam o alegado desamparo moral. As fotografias colacionadas a fls. 87/91 indicam o convívio desde os primeiros anos da autora com o pai, ora recorrido, e irmãos, e que, portanto, esteve inserida no ambiente familiar do réu."(fls. 181-182, grifou-se) Dessa forma, a modificação de tal entendimento lançado no v. acórdão recorrido, no sentido de reconhecer o dever de indenizar do agravado, é inviável para esta eg. Corte de Justiça, tendo em vista a necessidade de se reexaminar o contexto fático-probatório dos autos, providência, todavia, incabível, a atrair a incidência da Súmula 7/STJ. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2015. MINISTRO RAUL ARAÚJO Relator. (STJ - AREsp: 145612 SP 2012/0024913-4, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 27/02/2015)

Diante do exposto, é de se considerar que a responsabilização por abandono material não deve ser concedida a qualquer tipo de pedido pleiteado ao Judiciário, mas cabe ao magistrado analisar cada contexto no caso concreto. Desta forma, quando os pais deixarem de prestar com as obrigações decorrentes do poder familiar, seja ele moral, material, psicológico na criação de seu filho, ocorrerá à transgressão do direito à dignidade da pessoa humana, atentado ao direito da personalidade e omissão do dever do exercício familiar, todos como prática de ato ilícito, havendo o dever de reparação.

DISCUSSÃO

O centro da pesquisa pauta-se na configuração do Dano Moral nas relações familiares por Abandono Material. Neste sentido, é necessário analisar de forma pormenorizada como se dá o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça nestes casos, haja vista grande controvérsia na hora da aplicação na condenação pecuniária por eventual violação dos deveres de prestar assistência física, moral e educacional à família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, em considerações conclusivas sobre o tema aqui debatido, resta claro o avanço da entidade familiar no tempo. A família com o decorrer dos anos evoluiu, superando o modelo patrimonialista então constituída. Hodiernamente encontra-se baseada na solidariedade, no afeto e no animus mútuo de uma convivência comum. Notadamente, neste contexto atual, a prole ganhou destaque, haja vista sua vulnerabilidade, e por serem sujeitos de direito ainda em fase de desenvolvimento.

Nesse interim, o presente estudo buscou demonstrar que, diante dos novos paradigmas do ordenamento civil-constitucional, principalmente em relação à proteção da dignidade da pessoa humana, tanto o Direito de Família quanto responsabilidade Civil adquiriram novas feições, permitindo a compensação pecuniária por danos morais decorrentes do abandono material nas relações parentais.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.p. 116.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2018.

_____. **Lei Federal 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>>. Acesso em 27 mar. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 37. Indenizações. Danos. Material e Moral. Mesmo Fato. Cumulação. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-37,2268.html>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.087.561-RS. 2005/0085464-3. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575353&num_registro=200802013280&data=20170818&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo em Recurso Especial nº145.612 - SP. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=44707383&num_registro=201200249134&data=20150227>. Acesso em: 25mar. 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, V. E. R. **Direito Penal Esquematizado**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ONU **Declaração dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

SILVA, José de Aguiar e. **Responsabilidade civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WALD, Arnoldo. **Direito civil: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS MASCULINAS

Brenda Fernandes Vantil Costa¹⁶
Tauã Lima Verdan Rangel¹⁷

INTRODUÇÃO

O presente resumo tem por finalidade analisar a possível lacuna no termo “mulher” empregado na Lei nº 11.340/2006, trazendo conceitos de mulher nos dias atuais no direito brasileiro. Analisar-se-á também, o marco inicial do reconhecimento, no mundo do direito, das uniões das famílias homoafetivas masculinas, fazendo que a partir desse momento, fossem reconhecidos direitos inerentes às famílias destes, a proteção dessas pessoas e a necessidade do reconhecimento desses direitos para que haja efetivamente a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ainda, tratar-se-á da importância e relevância do tema para o direito, trazendo questões inerentes ao direito de homossexuais serem assistidos e protegidos pela Lei Maria da Penha pelo fato que, em seu artigo segundo, dispor que “toda mulher, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual...” (BRASIL, 2006) gozará das

¹⁶ Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana – RJ, brendavantil95@gmail.com

¹⁷ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

atribuições asseguradas na Lei Maria da Penha para preservar sua saúde mental e tendo o direito de viver sem violência. Levando ainda, em consideração princípios criados para a proteção desses cidadãos que ainda são hipossuficientes e vulneráveis no bojo da sociedade, tanto pelo do pré-conceito relacionado aos seus direitos quanto pelo atraso da sociedade e do direito em reconhecer que todas as pessoas, independente de orientação sexual, são sujeitos de direitos e merecem toda a proteção do Estado, pois assim como um dos objetivos fundamentais da Carta Magna é a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, deve o Estado, como Estado Democrático de Direito, promover a igualdade de direitos entre essas pessoas que, infelizmente, somente há poucos anos vieram a começar a ter direitos regulados, inerentes a sua sexualidade.

MATERIAL E MÉTODOS

Como material e métodos empregados para a construção do presente resumo expandido, consistirá em revisão literária em doutrinas sobre a temática apresentada, bem como, declarações que tratem sobre a temática apresentada e que dissertem sobre o assunto principal do tema em questão.

DESENVOLVIMENTO

A grande importância do tema deve ter considerações pelo fato de que a violência doméstica, nos dias de hoje, não deve ser encarada somente nas relações heterossexuais, pois interferem diretamente na vida dos cidadãos que devem ser abarcados por tal lei, interferindo nos seus comportamentos sociais, pode-se fazer a

seguinte pergunta: “Qual o conceito e quem será considerado e, desse modo, será respaldado pela Lei Maria da Penha?”

Logo em seu primeiro artigo, a Lei Maria da Penha traz o texto “Esta lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher...” (BRASIL, 2006). Todavia, é sabido que, a Lei nº 11.340/2006 não traz em seu bojo a definição exata do conceito de mulher que será abarcada pela violência doméstica, e não deve-se afirmar que se trata da mulher dita, biológica, pois seria de grande retrocesso para a sociedade e também para as pessoas consideradas mulheres sociológicas, que nascem com o sexo oposto, contudo, não se enxergam de modo algum, como homens biológicos. Nesse diapasão, Bianchini explica que:

A vedação constitucional de qualquer discriminação e mesmo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, insculpido no art. 1º, III, da Carta Política, obrigam que se reconheça a união homoafetiva como fenômeno social, merecedor não só de respeito como de proteção efetiva com os instrumentos contidos na legislação. (BIANCHINI, 2016, p. 61)

Maluf pontifica que o direito das comunidades que escudam os direitos dos homossexuais ainda é exposto por grande preconceito, atraso e recusa da sociedade, que não aceita as escolhas e opções sexuais daqueles indivíduos, nesse ponto, instrui Maluf que:

A vulnerabilidade dos direitos humanos das comunidades GLBTT é explicável pelo preconceito, pela desinformação e pela negação de visibilidade social dessas pessoas, que vem respaldar as práticas homofóbicas em razão da opção sexual e identidade de gênero do indivíduo. (MALUF, 2010, p. 85)

No Direito Brasileiro, a entidade familiar ainda era somente reconhecida como sendo o homem e a mulher, todavia, com a Resolução 175 de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça foi possível que se celebrasse o casamento civil ou reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo, fazendo assim, valer o direito sobre a dignidade da pessoa humana, elencado no inciso terceiro, artigo primeiro da Carta Magna, para essas pessoas. Ainda, nesse sentido, a Constituição Federal define, em seu artigo 226, *caput*, o conceito de família sendo a “base da sociedade, gozando de proteção do Estado” (BRASIL, 1988) e, ainda, a Declaração Universal de Direitos do Homem, dispõe, no artigo dezesseis, inciso terceiro que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

É de grande valia recordar que fora a partir da Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça o marco inicial do direito não somente do casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas também, de direitos que lhe eram contestados, como, por exemplo, direitos relacionados à previdência social, que, antes disso, no mundo do direito, não eram nem sequer conhecidos. Atualmente, a família deixou de ser considerada somente com a base sendo concatenada pela figura do homem e da mulher, existindo, hoje em dia, diversos conceitos e tipos de famílias diferentes. E exatamente como pontua Carvalho:

O conceito moderno de família é a comunidade formada pelo afeto de seus membros, parentes ou não, que reciprocamente se enxergam e se consideram como entes familiares, independentemente da opção sexual. (CARVALHO, 2017, p. 47)

Lamentavelmente, como leciona Sá (2013, p. 2.340), o transexual ainda toca na noção de transexualismo, “o que identifica essa realidade de gênero como

patologia” que é enquadrada ainda pelo Código Internacional de Doenças pelo CID 10, F64, que descreve em seu conceito que a transexualismo é um transtorno de identidade sexual, ou seja, o transexualismo ainda é visto como uma patologia. Nesse entendimento, Sá explica que:

A patologização do transexualismo, assim, acabou se revelando como um consolo para a sociedade, um meio de abrir espaço à aceitação do diferente, não pela natureza humana ali contida, mas em decorrência da existência da ‘patologia’. (SÁ, 2013, p. 2.344)

Importante mencionar ainda que princípios aplicados internacionalmente, exemplo disso, o Principio de Yogyakarta, que toca diretamente sobre os direitos relacionados à orientação sexual e identidade do gênero traz diversos princípios fundamentais para esses, sendo alguns deles o direito ao reconhecimento perante a lei; o direito a vida; e o direito a construir uma família, o que deveria ser primordial e não teria necessidade de estar disposto para que houvesse eficácia, infelizmente, por motivos de atrasos sociais, há necessidade de estar positivado para que produza efeitos.

É de conhecimento público que não há, no Brasil, legislação específica para casos, tratando de violência doméstica, em que o homem venha a ser a vítima e por esse motivo, a Lei Maria da Penha já vem sendo usada, em alguns casos, como analogia, tanto quando a vítima sofre violência por membros de sua família ou até mesmo de seus parceiros, tendo como justificativa dos magistrados que utilizam tal legislação que o parágrafo único da Lei Maria da Penha, que dispõe que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Maria Helena Diniz ensina que:

Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência (DINIZ, 2010 *apud* MINUZZI, 2014, s.p).

Nos dias de hoje, a família deixa de ser lecionada tendo como base o homem e a mulher, sendo esta, ainda, inferior à figura masculina, passando a se estender com um leque de possibilidades e conceitos diversos, e nesse sentido, não há que se continuar afirmando que uma pessoa que não se enquadre em certo padrão imposto pela sociedade, que, infelizmente, ainda é muito machista, tenha direitos vedados ou que tenha menos direitos por suas opções sexuais, pontuando que a sexualidade de cada cidadão só diz respeito a ele, sendo que ninguém, em nenhuma hipótese tenha o direito de pensar que por ser “mais homem” ou “mais mulher” que certas pessoas, devam ter mais direitos que esses.

Nesse sentido, é de extrema importância que os magistrados não usem como ponto de partida, no momento em que se deparam com um caso de violência doméstica que tenha como vítima um homem, sendo este, homossexual, ou as transexuais, travestis ou seja lá como estes venham a se definir, seus pré-conceitos, e analisem de forma que traga segurança jurídica para aqueles que sofrem com a violência doméstica, e que necessitam ser abarcados e respaldados pela Lei Maria da Penha, pois a própria legislação específica nos induz a interpretar que toda mulher, gozará de proteção da lei, sem levar em consideração sua opção sexual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que, de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, todos são iguais perante a lei, sem que deva haver distinção entre elas. Todavia, verifica-se que até pouco tempo atrás não havia que se falar em diversos direitos às pessoas que se comportavam de maneira “diferente” da maioria dos casais heterossexuais, mas graças a alguma evolução sobre o direito dos homossexuais de formarem família, levando em consideração o direito à felicidade, fazendo-se presente junto ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda, de acordo com os princípios de Yogyakarta que trata sobre os direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero do cidadão e levando em consideração a Declaração de Pequim de 2005 que dispõe seu objetivo sendo como “prevenir e eliminar todas as formas de violência contra mulheres e meninas; e promover e proteger todos os direitos humanos das mulheres e das meninas” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005).

Pode-se concluir que quando for comprovada a relação de afeto entre vítima e agressor, deverá ser aplicada a Lei Maria da Penha, tanto pelo advento da Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça, quanto pelos diversos doutrinadores que trazem a tona essa realidade existente no ordenamento jurídico brasileiro, devendo-se usar analogicamente a Lei Maria da Penha, nos casos em que a vítima sejam homossexuais e transexuais, ou apenas se identifiquem como mulheres sociológicas. Porém, no que diz respeito a utilização da referida lei, há o Supremo Tribunal Federal se posicionar de forma que os magistrados de primeira e segunda instância não venham acabar trazendo, ao invés de segurança para essas vítimas, insegurança por dependerem que, para se efetivar a sua tutela de proteção contra o agressor,

dependam da visão em que o juiz ira definir se o caso concreto será possível, ao seu viés, a utilização da Lei nº 11.340 de 2006.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, A. **Lei Maria da Penha**: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26 abr. 2018.

_____. **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/111340.htm>. Acesso em 26 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

CARVALHO, D. M. **Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

DINIZ, M. H. **Liberdade Sexual e os Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/192.pdf>. Acesso em 26 abr. 2018.

MALUF, A.C.R.F.D **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010

MUNIZZI, M.C. A aplicação da Lei Maria da Penha às vítimas do sexo masculino e às relações homoafetivas. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2014. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/28143/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-as-vitimas-do-sexo-masculino-e-as-relacoes-homoafetivas#_ftn9>. Acesso em: 26 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Pequim, de 15 de setembro de 1995**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPequimquartconfmulh.html>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

_____. **Princípios de Yogyakarta, de 09 de novembro de 2006**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2018.

SÁ, I. R. **Transexualidade e o Direito Fundamental à Identidade de Gênero**. In: RIDB, a. 2, n. 3, 2013, p. 2.337-2368. Disponível em <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/03/2013_03_02337_02364.pdf>. Acesso em 13 mai. 2018.

O DIREITO DE PUNIR: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO

Bruno dos Reis Fiaux de Souza¹⁸
Tauã Lima Verdan Rangel¹⁹

INTRODUÇÃO

As leis são as condições sob as quais os homens, naturalmente independentes, unem-se em sociedade e a soma de todas essas porções de liberdade individual, constitui a soberania de uma nação e foi depositada nas mãos do soberano, como administrador legal (BECCARIA, 2015, p.12). Sendo assim, desde que a pena de prisão foi institucionalizada, passando a ser a pena aplicada por excelência aos infratores da lei, o Estado sempre se responsabilizou pela sua execução, intervindo em todas as fases, como forma de expressão da própria soberania estatal (CORDEIRO, 2014, p. 1).

Como cita Beccaria (2015, p.13), todos os atos de autoridade de um homem sobre o outro, que não derivem de absoluta necessidade, são tirânicos. É sobre isso que está fundamentado o direito do soberano em punir os crimes, ou seja, a necessidade de defender a liberdade pública, confiada a seus cuidados, da usurpação

¹⁸ Acadêmico do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, e-mail: brunoicmbji@hotmail.com;

¹⁹ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

por indivíduos. O direito de punir sofreu diversas variações na história e até hoje não consenso entre os estudiosos sobre o assunto. O *jus puniendi*, as formas de efetivação e a legitimidade para o seu exercício só encontram legitimação através da manifestação do poder (ZAFFARONI *apud* CORDEIRO, 2014, p. 204).

O Direito Penal tem como escopo proteger os valores mais importantes do indivíduo, tais valores recebem a denominação de bens jurídicos penais, dentre os quais podemos destacar o direito à vida, à liberdade, à integridade física e ao patrimônio. (BRASIL, 2013)

MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia empregada para a elaboração do presente trabalho será o método dedutivo, utilizando de pesquisas na Constituição Federal, análise bibliográfica, doutrinas e em sites eletrônicos. O presente trabalho tem como objetivo fazer um breve esclarecimento sobre o assunto.

DESENVOLVIMENTO

O Direito penal tem como objetivo proteger os valores mais importantes do indivíduo, e estes recebem a denominação de bens jurídicos penais, dentre os quais é possível destacar o direito à vida, à liberdade, à integridade física e ao patrimônio (BRASIL, 1988). A Constituição Federal traz, no rol dos direitos e das garantias fundamentais, diversos artigos importantes quanto ao tratamento do indivíduo e preservação de seus direitos e garantias, mesmo quando em cumprimento de pena, conforme abaixo:

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]*

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; *[omissis]*

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; *[omissis]*

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; *[omissis]*

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 1988).

Ao passo que a pena de prisão foi evoluindo historicamente, teve sua finalidade alterações de acordo com o momento vivido pela sociedade em determinada época. Inicialmente, tinha caráter retributivo-vingativo, pois buscava tão somente castigar o infrator pelo crime cometido. Na sequência, adquiriu também a finalidade preventiva, com o objeto de evitar nova infração por parte do infrator e da própria sociedade e posteriormente, adquiriu a prisão um fim ressocializadora, tendo por objeto a recuperação do delinquente, preparando o preso para o retorno ao convívio em sociedade.

DISCUSSÃO

Nos primórdios da civilização, quando ainda não havia sociedade devidamente organizada, e a inexistência da figura do Estado, os homens se achavam ligados a tribos e clãs, ligados pelos laços sanguíneos e aquele que infligisse dano a

alguém seria punido mediante ato da própria vítima ou de seus familiares. Era a fase da vingança privada, conforme relata Cordeiro (2014, p. 3).

Muitos autores consideram esta fase da vingança como o início da evolução da pena. Através dos vínculos sanguíneos o indivíduo sentia-se protegido e seguro em sua comunidade e surgia através deste vínculo a “vingança de sangue” que era quando o membro de uma família teria de matar um membro de outra família caso um de seus componentes tivesse sido vítima de homicídio. Por muitas vezes alcançava proporções exageradas, não levando em conta a ação do indivíduo e a ação do autor, isto é, sem limites definidos, uma vez que não havia poder central. Neste sentido, Cordeiro ainda cita que:

Em face da necessidade de conservar o grupo social como garantia da própria existência individual, mostrou-se imprescindível limitar os excessos decorrentes da vingança privada, sendo então o *jus puniendi* transferido a um poder central, que passaria a ser o responsável pela aplicação de uma punição àqueles que transgredissem as regras vigentes. A emoção e a desproporcionalidade entre a ofensa e a agressão foram as principais causas para a imposição de limites à vingança privada, do contrário, estariam seriamente comprometidas à sobrevivência e a preservação da comunidade (CORDEIRO, 2014, p. 11).

Com o advento da “Lei de Talião”, representada pela máxima “olho por olho, dente por dente”, a vingança privada teve sua continuidade, porém a pena passou a guardar certa proporcionalidade em relação ao delito. Os excessos passaram a ser contidos, havendo certa correspondência entre a ofensa e a reação, conforme afirma a mesma autora.

Já na antiguidade, a pena não tinha como objetivo a vingança pessoal, que apesar do cometimento de um crime atingir diretamente um indivíduo, era entendido que tal ato era uma ofensa aos deuses e a punição era realizada para

aplar a ira das divindades pelo cometimento de delitos. O detentor do *jus puniendi* continuava a ser o particular, logo a violação a determinada regra social era um ultraje aos deuses, tendo a ira destes aplacada somente após a punição do indivíduo infrator. Aqui, o *jus puniendi* tinha cunho religioso com fundamento na justiça divina, onde a punição representava a própria vontade dos deuses. Os babilônicos, gregos, romanos, hindus, egípcios, persas e os chineses usaram essa forma de direito de punir (CORDEIRO, 2014, p. 11).

A vingança divina teve seu fim logo após a instalação da República Romana em 509 a.C., quando houve a separação da religião e do Estado e a pena passou a ser aplicada pelo Estado e não mais pelo particular. E sendo o direito romano influente sobre inúmeros povos, teve a vingança divina seu fim (CORDEIRO, 2014, p. 12). Em relação à vingança pública, Cordeiro (2014) relata que tinha a prisão, na Grécia e na Roma Antiga, não o caráter de pena, mas sim de custódia do infrator até seu julgamento e execução para que dele não pudesse se eximir. Já no início da Idade Média, o soberano exercia um poder absoluto e incontestável, sendo “representante de Deus na Terra”, tendo o rei o poder sobre a vida e a morte de seus súditos, sendo o infrator tido como inimigo do soberano, devendo permanecer na prisão até seu julgamento final, onde era condenado à morte ou à prisão perpétua, tendo a prisão caráter de custódia (CORDEIRO, 2014, p.12).

No século IX, surgiu a prisão eclesiástica, onde eram recolhidos os clérigos que infringiam as regras da igreja quando do cometimento de pecados e delinquência, e a prisão realizada pelo Estado, tendo por objeto os inimigos do soberano, onde estes aguardavam até o julgamento, podendo ser condenados à morte, açoites ou à prisão perpétua. Durante o período da Santa Inquisição, século XIII, a igreja se fortaleceu e com o pretexto de julgar as violações ao direito canônico, buscando desestimular o

cometimento de heresias, cometeu muitas arbitrariedades e injustiças, e por estas, até os dias de hoje o Vaticano se desculpa (CORDEIRO, 2014, p. 14).

No período absolutista, que perdurou do século XV a XVIII, tinham as penas intenso teor cruel, imputando aos delinquentes a prática de terríveis suplícios com o intuito de intimidar os demais quanto ao cometimento de crimes e também para reafirmar o poder absoluto do rei. Pela teoria do contrato social, conforme afirma Cordeiro, citando Rousseau:

Aquele que cometesse um crime e, portanto, violasse o pacto social, era considerado um traidor da pátria, um inimigo do Estado que deveria perecer para a própria conservação deste. A punição decorrente de um crime não servia para resguardar a autoridade do monarca, como assim o fizeram crer os defensores do absolutismo: servia, sim, para proteger a soberania do Estado, ente encarregado de extrair o bem comum, por meio da vontade geral (ROUSSEAU, 2001 *apud* CORDEIRO, 2014, p. 15).

No final do século XVIII, ainda tinha a prisão à finalidade de custódia, assegurando que o infrator não viesse a fugir, impedindo a execução da sentença. No final do século XVIII e no início do século XIX, eram aplicadas penas de enorme suplicio, o que era tido como grande espetáculo e o povo era partícipe e espectador, dos métodos cruéis de tortura que eram impostos aos condenados, tendo estes, por fim, morte prolongada e sofrida. Exemplo disso é a pena-suplício aplicada a Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, cuja sentença condenatória foi estendida aos seus descendentes. No início do século XIX o suplício deixava de ser utilizado como meio de punição, substituindo-o a prisão, trabalhos forçados, deportação, guilhotina ou o enforcamento. Com a prisão tem início nova era na história da punição. Desde a abolição da vingança privada, o direito de punir é exercido pelo Estado e não mais pelo particular (CORDEIRO, 2014, p.16-17). Foucault descreve a pena de prisão:

A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tenha adotado tão facilmente uma prisão que não fora, entretanto filha de seus pensamentos. Ela lhe era agradecida por isso (FOUCAULT, 2000, p. 214).

Já no Estado Moderno, predominou o entendimento que o direito de punir competia exclusivamente ao ente estatal, tendo como intuito não apenas o objetivo de reprimir, mas também de inibir o cidadão à infração da lei penal. A pena de prisão, por parte do Estado, foi a forma mais racional encontrada pelo homem com o intuito de legalizar a vingança contra o responsável de cometimento de crime. (CORDEIRO, 2014, p. 17).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto podemos observar que o assunto tratado tem relevância quanto ao momento atual, pois todo homem como indivíduo ativo da sociedade, está passível de punição por parte do Estado. O *jus puniendi*, do detentor do poder máximo, tem amplo alcance, e tem na lei a legitimação para a aplicação de penas aos infratores. A crescente evolução do direito tem como condão abarcar as diversas situações devendo a todo custo preservar os direitos primários do indivíduo, tais como à vida, à integridade física e a liberdade, este ultimo, com maior peso, pois remete seu significado à essência do homem em seu estado natural.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e Das Penas**, 2 ed. São Paulo: Hunter Books, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>>. Acesso em 15 abr. 2018.
- CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- OLIVEIRA, Dannyele. **Jus Puniendi do Estado e Sua Reparação**. Disponível em: <<https://dannyeleoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/448814173/jus-puniendi-do-estado-e-sua-reparacao>>. Acesso em: 18 mai. 2018.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**, 1 ed. São Paulo: Hunter Books, 2014.

ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS A PAIS E FILHOS

Carla de Oliveira Pereira²⁰
Tauã Lima Verdan Rangel²¹

INTRODUÇÃO

A Alienação Parental sempre ocorreu, porém, com o aumento do número de divórcios e separações nas últimas décadas, ela tornou-se cada vez mais comum, sendo identificada, analisada e estudada por profissionais da área da saúde mental e posteriormente por profissionais da área jurídica.

O primeiro a estudar esse assunto foi o psiquiatra norte-americano Richard Gardner em 1985. Segundo ele, a Alienação Parental é feita através de uma campanha destrutiva que um dos genitores faz em relação ao outro para o filho. A desmoralização do ex-cônjuge é feita como forma de vingança, usando o filho como instrumento para que este passe a odiar o genitor alienado.

A partir da análise comportamental das vítimas de Alienação Parental surgiu o termo SAP/Síndrome da Alienação Parental, proposto por Gardner em 1980, que define e caracteriza essa situação. No Brasil, em 26 de agosto de 2010, foi sancionada

²⁰Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana – RJ, carlaoliveiras.p@hotmail.com

²¹ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

a lei que dispõe sobre a Alienação Parental (Lei nº 12.318 de 2010), trazendo seu conceito e caracterizando as figuras do alienador e do alienado, trazendo também as medidas judiciais que devem ser tomadas quando se constata a ocorrência da Síndrome, entre outros aspectos que são analisados ao longo do trabalho.

MATERIAL E MÉTODOS

Como material e métodos utilizados para o desenvolvimento do presente resumo expandido, consistirá em revisão bibliográfica em doutrinas sobre a temática apresentada, bem como, artigos que tratem sobre a temática apresentada e que dissertem sobre o assunto principal do tema em questão.

DESENVOLVIMENTO

A alienação parental é de extrema relevância para o Direito de Família e suas ramificações. A Síndrome de Alienação Parental como patologia ou simplesmente Alienação Parental como fenômeno jurídico e psicológico, vem tomando espaço cada vez mais no cotidiano da sociedade moderna, em que a inconsistência do matrimônio é predominante. Caracteriza-se, assim, segundo o artigo 2º da Lei 12.318/10

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Trata-se de um instituto consideravelmente moderno, citado primordialmente pelo psiquiatra infantil norte-americano Richard Gardner em meados dos anos 80, remetendo-se então à Alienação Parental, como origem a dissolução do convívio familiar entre pais e filhos, envolvendo a guarda deste(s) e o desfeto entre cônjuges em divórcio litigioso (DIAS, 2011, p. 459).

No momento do divórcio a guarda do(s) filho(s) em sua maioria cabe à mãe, que passa a ser genitora guardião, restando ao pai o direito de visitas, acordados entre si ou por determinação judicial, respaldado no interesse da criança ou do adolescente, porém não significa que a guarda não possa ser invertida ou até mesmo compartilhada.

Com o advento da Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, viu-se protegido o direito dos familiares para com a criança assegurando a responsabilização e sanções àquele que der causa aos insultos e a rejeição dos infantes para com o(s) alienado(s), conforme dispõe seu artigo 6º e incisos. Com este intuito, a renomada doutrinadora Maria Berenice Dias define a guarda, conforme depreende abaixo:

Ainda que a “posse do filho” não decorra da simples presença física no domicílio da mãe ou do pai, a definição de “guarda” identifica quem tem o filho em sua companhia. Todavia o fato de o filho residir com um deles não significam que o outro “perdeu a guarda”, expressão, aliás, de nítido conteúdo punitivo. De qualquer sorte, com o rompimento da convivência dos pais, há a fragmentação de um dos componentes da autoridade parental. Ambos continuam detentores do poder familiar, mas, em regra, o filho ficava sob a guarda de um, e ao outro era assegurado o direito de visita, que acabava sendo regulamentado minuciosamente, estabelecendo-se dias e horários de forma às vezes bastante rígida. (...) O estabelecimento da guarda e a regulamentação das visitas implicava na exclusão de um dos genitores da maior parte das atividades da vida cotidiana da criança (DIAS, 2011, p.441).

Na maioria das vezes o alienante com pensamentos de que são bons pais e boas mães, não percebem que estão praticando tal ato contra seus próprios filhos, se escondendo atrás de desculpas de que querem o melhor para seus filhos e estão apenas os protegendo. Há casos em que o alienante articula falsas memórias nos menores, tais como abuso sexual. Motivo este de muitos menores que sofrem essa pressão apresentarem sintomas como, medo do alienado, agressividade, depressão ansiedade dentre outros. E o resultado disso são os danos que eles carregam para a vida adulta, podendo aderir ao uso de álcool e drogas como um alívio da culpa gerada pela alienação.

Os magistrados sempre preservaram os direitos dos menores, mas devido a grande ocorrência desta prática, observa-se que ainda havia uma lacuna na aplicação da lei em caso concreto, legislação esta que surgiu com a Lei 12.318/2010, que foi fundamental para juntamente com o ECRID e o Código Civil conceituar, prevenir e aplicar as sanções aplicáveis.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A alienação parental no Brasil é considerada um crime conforme previsto na Lei nº12.318, de 26 de agosto de 2010 (conhecida por “Lei da Alienação parental”). Sendo assim a prática do ato da alienação parental fere o direito fundamental do menor de viver em um lar saudável, além de ser um abuso moral para com as crianças e adolescentes que sofrem esse tipo de pressão. O ato de alienação parental pode ser dar a requerimento das partes interessadas ou de ofício pelo Juiz ou pelo Ministério Público, podendo ser declarada a qualquer momento do processo judicial. Após o Juiz ouvir o Ministério Público tomará as medidas provisórias necessárias para preservar a integridade psicológica do menor.

É forçoso admitir que não existe solução fácil e tampouco simples para a comprovação da existência de situação de alienação parental, sobretudo porque o problema é por demais complexo, sendo indispensável aos operadores do Direito, o auxílio de profissionais das áreas da psiquiatria e psicologia, visto que somente com o auxílio de tais áreas de conhecimento é possível chegar a uma conclusão confiável. [...] O emprego de qualquer medida exige cautela do julgador e mesmo a medida legal (ou judicial), deve, se possível, ser discutida com a equipe multidisciplinar, pois em algumas situações podem até mesmo acirrar a disputa, como ocorre algumas vezes com a fixação de multa, pois a partir de um montante exigível, instaura-se mais um litígio, cuja finalidade é o recebimento do valor (COSTA, 2010, p.79).

A apuração será realizada com perícia psicológica ou biopsicossocial junto com demais provas, sendo estas: testemunhas e documentos, dentre outras. Não basta apenas alegações, é necessário que sejam levadas aos autos importantes provas para que após uma análise sejam comprovados indícios que realmente havia a alienação parental. De acordo com esta lei, o progenitor que pratica tal ato com o menor deve ser punido em proporção com a gravidade do caso, que pode ser de uma advertência formal ao alienador até o pagamento de multas ou a suspensão da autoridade parental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Síndrome de Alienação Parental é uma previsão legal, atualmente amparada pela legislação brasileira através da Lei n. 12.318/10, sancionada para a proteção dos direitos e interesses dos menores, filhos estes que sofrem com a convivência desarmoniosa entre seus entes queridos. Nesta senda, vale destacar que a alienação parental não circunda somente os genitores, mas também pode advir das pessoas que possuem relações próximas, sendo familiares ou não. Verifica-se a

afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, pois atinge a integridade psíquica e emocional de um ser humano em desenvolvimento, bem como os deveres e valores dispostos no ECRID.

Esta síndrome de alienação parental manifesta-se em suma após a acirrada disputa do menor, por interesses diversos ao divórcio entre genitores. O sentimento rancoroso causa muitas vezes a elaboração das falsas teses. Todo este processo tem tomado espaço das famílias atuais e do direito de família pela maior aproximação do convívio dos filhos para com os próprios pais, estreitando os laços afetivos e amorosos.

Diante de toda campanha feita pelo alienante em relação ao genitor alienado, é impossível que os filhos saiam sem nenhuma sequela ou trauma psicológico dessa situação. O distúrbio que aparece é denominado de Síndrome da Alienação Parental, identificado por Richard Gardner. As vítimas passam a apresentar comportamentos manipuladores, mentirosos, exprimindo falsas emoções e também passam a odiar o alienado.

Quando adultas, essas pessoas podem apresentar problemas como depressão, comportamento hostil, comportamento agressivo e indícios suicidas. Verificando tamanho mal que a Alienação Parental pode causar às suas vítimas, a Lei estabeleceu medidas coercitivas aos alienadores, desde a advertência até a alteração da guarda e a suspensão do poder familiar, cabendo ao julgador decidir quais serão aplicadas aos casos concretos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em 17 mai. 2018.

COSTA, Ana Surany Martins. Alienação parental: o "jogo patológico" que gera o sepultamento afetivo em função do exercício abusivo da guarda. *In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v. 12, n. 16, p. 62-81, jun.-jul. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental**: um abuso invisível. Disponível em: <www.mbdias.com.br>. Acesso em 17 mai. 2018.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Síndrome de Alienação Parental, o que é isto?** Disponível em: <www.mbdias.com.br>. Acesso em 17 mai. 2018.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** RAFAELI, Rita (trad.). Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em 17 mai. 2018.

A CARACTERIZAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUTATIVAS E A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Diogo Miranda Samuel²²
Tauã Lima Verdan Rangel²³

INTRODUÇÃO

No estudo apresentado aborda-se a questão da proteção integral da criança e do adolescente, de forma que tal princípio defende a prioridade absoluta no que tange a garantia de direitos essenciais inerente aos menores e ao desenvolvimento destes, estando presentes as melhores condições proporcionadas pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Analisa-se, ainda que de forma breve, as Medidas Socioeducativas, seguido das Medidas Protetivas, que tem como objetivo, respectivamente, o devido tratamento aos adolescentes praticantes de atos infracionais análogos a crime, de forma que sejam ressocializados e reinseridos na sociedade, e a garantia dos direitos fundamentais e essenciais às crianças e adolescentes que possam ter em risco o digno desenvolvimento social, familiar e comunitário.

²² Graduando do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), email: diogosatrianni@gmail.com

²³ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

METODOLOGIA

Ao presente estudo adota-se o meio de pesquisa bibliográfica como forma de obter embasamentos, opiniões e lições que explicitem o objeto principal do assunto e suas variáveis, assim como fundamentações utilizando legislações gerais e específicas ao tema.

Ademais, pretende-se não esgotar o tema proposto, uma vez que por óbvio, não comportaria nos moldes deste estudo uma abordagem minuciosa e complexa a respeito da matéria, pois tamanha é sua amplitude e alcance a partir de uma abordagem detalhada.

DESENVOLVIMENTO

De início, antes de adentrar no objeto do presente estudo, faz-se importante caracterizar e conceituar o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente. A fim de apresentar embasamentos legais que sustentam tal princípio, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu artigo 6^o²⁴ expõe como direito social a proteção à infância, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) em seus artigos 1^o²⁵ e 3^o²⁶ preceitua nuances do princípio referenciado quando declara que a lei dispõe sobre a proteção integral dos menores e

²⁴ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁵ Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

²⁶ Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

que é assegurado a estes, sem prejuízo, todas as oportunidades e meios favoráveis para o devido desenvolvimento em várias esferas, respectivamente.

O princípio da proteção integral tem como objetivo a tutela de direitos inerentes aos menores a fim de garantir privilégios que amenizem sua fragilidade no que tange ao desenvolvimento social. Conforme conceitua José Luiz Mônaco da Silva: “entende-se por proteção integral a defesa, intransigente e prioritária, de todos os direitos da criança e do adolescente” (SILVA, 2000. p. 1 *apud* LIMA, 2015), e ainda explicam Cury, Garrido & Marçura:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento (CURY, PAULA, MARÇURA, 2002. p. 21 *apud* NOGUEIRA, 2014).

É importante destacar que na Carta Magna (BRASIL, 1988) o constituinte atribuiu como dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com total prioridade, o direito a todos os fatores que conservem a dignidade, segurança e pleno desenvolvimento social e familiar.

No mesmo escopo protetivo destaca-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que conforme conceito de Guilherme Freire de Melo Barros (2017, p. 23): “na análise do caso concreto, os aplicadores do direito – advogado, defensor público, promotor de justiça e juiz – devem buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança ou adolescente”.

É plausível notar que tanto a Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 227, quanto o ECRID (BRASIL, 1990) em seu artigo 4º, utilizam o mesmo

texto quando se referem à prioridade absoluta dada às crianças e adolescentes em se tratando do dever da família, do Estado e da sociedade em garantir o pleno gozo do direito à vida, saúde, educação, alimentação, lazer, cultura, profissionalização, dignidade e tantos outros fatores essenciais ao bom desenvolvimento social dos menores. A prioridade em caráter absoluta tratada pelo texto constitucional é reforçada pelo artigo 100 do ECRID (BRASIL, 1990) que em seu parágrafo único e inciso I diz: “São também princípios que regem a aplicação das medidas: I – condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos”.

Conforme explicação de Camila de Jesus Mello Gonçalves: “o princípio do melhor interesse alcança todas as crianças e adolescentes, em consequência da dignidade inerente à sua condição de pessoas em desenvolvimento, quer estejam inseridos em família natural, substitutiva, ou não” (GONÇALVES, 2018).

DISCUSSÃO

O ECRID prevê um rol de procedimentos a serem aplicados aos menores que pratiquem atos infracionais análogos a crimes. Há que se diferenciar, de antemão, que às crianças com até 12 (doze) anos incompletos aplicam-se as Medidas Protetivas, presentes nos artigos 98 a 102 do ECRID (BRASIL, 1990), que visam salvaguardar direitos inerentes a indivíduos da faixa etária abordada, como explica Patrícia Silveira Tavares:

As medidas de proteção podem ser definidas como providências que visam salvaguardar qualquer criança ou adolescente cujos direitos tenham sido violados ou estejam ameaçados de violação. São, portanto, instrumentos colocados à disposição dos agentes responsáveis pela proteção das crianças e dos adolescentes, em especial, dos conselheiros tutelares e da autoridade judiciária a fim de

garantir, no caso concreto, a efetividade dos direitos da população infanto-juvenil (TAVARES, Patrícia Silveira, In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, 2010. p. 522-523 *apud* BARROS, 2017. p. 185).

As Medidas Socioeducativas, por sua vez, são procedimentos aplicados aos adolescentes cometedores de atos infracionais que não caracterizam sanções punitivas, mas sim medidas ressocializatórias visando a reintegração do adolescente infrator ao âmbito social e familiar, conforme leciona Aquino (2012) sobre tais medidas que “constituem na resposta estatal, aplicada pela autoridade judiciária, ao adolescente que cometeu ato infracional” ainda que possuindo caráter compulsório, sancionatório e coercitivo, mas são formas de se oportunizar ao adolescente cometedor de atos infracionais uma digna reconstrução social.

Conceituando as Medidas Socioeducativas, Luciano Alves Rossato, explica que “pode ser definida como uma medida jurídica aplicada em procedimento adequado ao adolescente autor de ato infracional” (ROSSATO, et. al.; 2011, p. 330 *apud* TEIXEIRA, 2013, p. 151), ou seja, tais medidas não são aplicadas a outro perfil de indivíduo senão os adolescentes, desde que devidamente identificados os indícios de autoria e prática de atos infracionais análogos à crime.

As Medidas Socioeducativas, elencadas taxativamente no Art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), consistem em advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, e internação em estabelecimento educacional, destarte que podem ser cumuladas às medidas protetivas.

É de sua importância frisar que a liberdade é regra diante da aplicação das medidas socioeducativas, pois são respeitados os critérios dos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição de pessoas em

desenvolvimento, que segundo explicações de Aquino (2012, 2, f), significam respectivamente, a aplicação de internação no menor tempo possível, a possibilidade de a gravidade do ato infracional cometido apontar fortes índices de reincidência, e pelo fato se tratar a adolescência o período mais agudo de mudanças e transformações físicas e psíquicas.

CONCLUSÃO

Ao concluir o presente estudo observa-se que o caráter principal da aplicação do que ordena o Estatuto da Criança e do Adolescente e leis complementares é a proteção absoluta ao desenvolvimento social, pedagógico e familiar, consideradas as peculiaridades inerentes às faixas etárias que compreendem criança e adolescente, seja dos menores infratores, seja dos menores que tenham seus direitos colocados em risco. Proteção esta defendida por clássicos princípios basilares constitucionais que visam garantir a dignidade plena àqueles que estão em fase de construção e desenvolvimento familiar, comunitário e social.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes de. Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas sócio-educativas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 15, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/TABA/prev0002.htm?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11414&revista_caderno=12>. Acesso em 18 mai. 2018.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 6ª ed. Salvador: JusPODVM, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Senado; 1988.

_____. **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>>. Acesso em 17 mai. 2018.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Breves considerações sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. *In*: Lex Magister. Doutrina. 2018. Disponível em:
<http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em 18 mai. 2018.

LIMA, Priscila. **Princípios de Proteção à criança e ao adolescente**. *In*: Jus. Artigos. Jun. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40335/principios-de-protecao-a-crianca-e-ao-adolescente>>. Acesso em 17 mai. 2018.

NOGUEIRA, Wesley. **Princípio da Proteção Integral da criança e do adolescente**. *In*: Jusbrasil. Artigos. 2014. Disponível em:
<<https://wgomes92.jusbrasil.com.br/artigos/140564425/principio-da-protecao-integral-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em 18 mai. 2018.

TEIXEIRA. Caroline Köhler. As Medidas Socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus Parâmetros Normativos de Aplicação. *In*: **Revista da Esmesc**, v. 20, n. 26, 2013. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/76-150-1-sm.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2018.

A NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DE *STATUS* DE REFUGIADO AMBIENTAL NO CASO DOS MIGRANTES HAITIANOS OCORRIDO EM 2010 E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO INTERNACIONAL

Emerson Izael Raimundo Golinelli²⁷
Tauã Lima Verdan Rangel²⁸

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca elucidar alguns dos dilemas e desafios jurídicos referentes ao reconhecimento do status de refugiado aos migrantes que deixaram seu país de origem por causas ambientais, em especial o caso do terremoto no Haiti, ocorrido em 2010. De modo a fomentar a reflexão e o debate em nível acadêmico. Após o desenvolvimento abordando os pontos explicativos e históricos do processo de reconhecimento do refugiado de uma maneira geral, temos a discussão de pesquisas em artigos científicos e revisão de doutrinas a respeito do tema, encontra-se também. Importante destacar que o tema é de interesse geral, visto que se trata de um tema novo e de suma importância ainda que pouco debatido, que afeta não

²⁷ Graduando do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), email:emerson_raimundo@hotmail.com

²⁸ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

somente as pessoas que se encontram nessa situação, mas engloba Estados e governos.

METODOLOGIA

Em razão do modelo de trabalho adotado e dada suas peculiaridades, o material utilizado se baseia em análise de bibliografias e artigos científicos diversos, bem como a legislação que trata do tema.

Dada sua característica, por evidente que esse trabalho não pretende, de forma alguma, esgotar o tema, ao contrário, essa será apenas uma pequena e sutil abordagem acerca da necessidade do reconhecimento do refúgio por causas ambientais diante do cenário internacional atual.

DESENVOLVIMENTO

O fenômeno dos deslocamentos humanos para locais diversos do de sua origem, no decorrer da história, se deu por motivos distintos, sendo estas ocorridas de forma voluntária ou obrigatória. Como exemplo, as migrações voluntárias são as movimentações de cunho turístico, ou por melhores condições de vida, ao passo que as obrigatórias são as movimentações em que pessoas, em decorrência da impossibilidade de manutenção da vida no local originário, e se deslocam para um novo território, a fim de se resguardarem da hostilidade ou perigo instalado em seu local de origem, seja em caráter temporário ou permanente.

Diante dos fluxos migratórios, o Direito Internacional e as Nações Unidas se inclinaram para a questão do refúgio e do asilo com um apreço maior após as duas guerras mundiais, ou seja, focaram-se com o deslocamento forçado, dando origem,

em 1951, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, mas em seu dispositivo legal não se tem a causa ambiental em seu rol para caracterização de refugiado (GRUBBA; MAFRICA, 2015).

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida por Rio-92, representou um marco para a propagação de diversas convenções elaboradas no âmbito da ONU, as quais passaram a lidar com os dilemas ambientais (VIEIRA; DERANI, 2013). Desse modo, tem-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados apresentam o mesmo objeto – a proteção da pessoa humana na ordem internacional; o mesmo método – regras internacionais a fim de assegurar essa proteção; os mesmos sujeitos – o ser humano enquanto beneficiário e o Estado enquanto destinatário e obrigado principal das regras; os mesmos princípios e finalidades – a dignidade da pessoa humana, a garantia do respeito a esta e, conseqüentemente, a não-discriminação, diferindo apenas no conteúdo de suas regras, em função de seu âmbito de aplicação (JUBILUT, 2007, p. 60).

A proteção desses migrantes e seus direitos é uma necessidade atual tanto em função do agravamento e da intensificação das alterações do meio ambiente, quanto do número de pessoas afetadas por estas alterações ambientais adversas e que precisam utilizar a migração como estratégia de sobrevivência e de adaptação face aos riscos e impactos ambientais.

DISCUSSÃO

A problemática decorre do termo “refugiado ambiental” não estar juridicamente vinculado a nenhum tratado internacional, sendo bastante criticado no ponto de vista jurídico no que tange a abrangência do Estatuto do Refugiado, não

reconhecendo a causa ambiental no conceito de refugiado. A questão dos deslocamentos humanos decorrentes de fatores ambientais se mostra atual e complexo devido à abrangência do tema, à conjuntura mundial e à rapidez com que questões ambientais têm influenciado as migrações humanas (ALGAYER *et. all.*, 2018).

O Brasil tem atraído os refugiados ambientalmente forçados recomeçam a vida como um lugar para recomeçarem suas vidas, não somente de países fronteiriços da América do Sul, mas também da América Central e de outros continentes. É tido como destino por sua grande área de fronteira e não possuir leis tão rígidas para com os migrantes quando comparando aos Estados Unidos e outros países da Europa.

Como exemplo prático, temos o terremoto ocorrido no Haiti em janeiro de 2010 que veio a causar um fluxo migratório considerável para o Brasil. Estimou-se que mais de 6 mil haitianos tenham chegado ao Brasil devido a catástrofe (STOCHERO; MARCEL, 2013). Visto que o Brasil não tem, em seu direito interno, um dispositivo que trate especificamente da migração ambiental, os migrantes haitianos entraram com pedidos de refúgio segundo a Lei no 9.474/1997 (Lei de Refúgio) (BRASIL, 1997), a qual também estabelece o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) como órgão competente para avaliar tais pedidos.

Enquanto o CONARE ainda não havia se posicionado a respeito, optou-se por conceder vistos de residência permanente aos haitianos por meio do Ministério da Justiça (BRASIL, 2011). Estabeleceu-se, então, que os haitianos que chegassem à fronteira, solicitando refúgio, não poderiam ser repatriados ou impedidos de entrar, independentemente da legalidade da entrada (CAMBAÚVA, 2011). A atitude do governo brasileiro nesse ponto pode ser encarada como um cumprimento do

princípio do *non-refoulement*²⁹, mas, tendo em vista que não houve nenhum pronunciamento do Estado para reconhecer tal obrigação, não se pode ter certeza de que as medidas do Brasil não tenham sido um ato *ex gratia*, o que, por sua vez, não reforçaria sua aplicação em casos análogos.

Em 2012, o CONARE veio a concluir sua avaliação da situação dos deslocados haitianos no Brasil. Ainda que a Lei de Refúgio tenha avançado com a definição de refugiado em que pese à estabelecida na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, trazendo a qualificação de refugiado, em seu artigo 1º, inciso III, aquele que, “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade e buscar refúgio em outro país”, o CONARE teve entendimento de que o dispositivo não abarcava a situação de migrantes por causas ambientais (BRASIL, 2012, p. 2).

A recusa da concessão do status de refugiado pelo Comitê baseou-se na carência de fatos probatórios de que houvesse um fundado temor de perseguição dos solicitantes haitianos, apesar de o inciso III não mencionar que, no caso de graves violações de direitos humanos, o elemento da perseguição deva estar presente. Desse modo, em termos práticos, percebe-se que a Lei de Refúgio tem um caráter tão restritivo aos migrantes ambientais quanto à própria Convenção de 1951.

Devido a essa falta de amparo legal e o crescente número de nacionais do Haiti cruzando as fronteiras brasileiras, o CONARE se valeu da sua faculdade de encaminhar ao Conselho Nacional de Imigração (CNIg) os pedidos de refúgio negados (BRASIL, 2007). Ainda em 2012, o CNIg decidiu a questão dos migrantes haitianos por meio da Resolução Normativa 97, concedendo um visto especial aos

²⁹ O princípio de *non-refoulement* (“não-devolução”) está expressamente previsto no Estatuto do refugiado de 1951, nos arts. 32,1, primeira parte, e 33 (com redação semelhante no arts. 36 e 37, da Lei n. 9474/1997).

nacionais haitianos por razões humanitárias, conforme o disposto no Estatuto do Estrangeiro (BRASIL, 2012).

A solução encontrada pela autoridade nacional no caso dos haitianos, por exemplo, foi conceder um visto humanitário, por meio do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), órgão ligado ao Ministério do Trabalho, negando-lhes, portanto, a condição de refugiado. Mas tendo em vista a situação análoga a de refugiados ambientais e a solicitação da própria ONU, negar completamente a acolhida implicaria um embaraço político ao Brasil, pois o país lidera a Missão de Paz da ONU que administra o território haitiano (SILVA, 2013, p.24).

Deve ser levada em consideração a relevância e a conjuntura mundial e à rapidez com que questões ambientais têm influenciado as migrações humanas, pois os deslocamentos de pessoas ligados a desastres ambientais já são maiores do que o provocado por conflitos armados, segundo o relatório da Organização Internacional de Migrações veja-se:

Um relatório publicado em Genebra pela Organização Internacional de Migrações, OIM, juntamente com o Instituto de Desenvolvimento Sustentável e de Relações Internacionais, IDDRI, informa sobre este novo fenômeno que afeta todos os continentes. O relatório, *State of Environmental Migration 2010*, apresenta um quadro de cifras significativo: em 2008, 4,6 milhões de pessoas tiveram que se deslocar dentro de seus países em razão de um conflito armado enquanto outras 20 milhões tiveram que fazer o mesmo devido a uma catástrofe natural. As cifras não pararam de aumentar: em 2009 houve 15 milhões de refugiados “ambientais” e em 2010 a cifra subiu para 38 milhões. Hoje, o deslocamento climático ou ambiental é a primeira causa das migrações humanas (FEBBRO, 2012, s.p.).

Importante salientar que o referido relatório engloba tanto os que migram para fora do país, como também os deslocados internos, ou seja, os que se deslocam

do seu local de origem, mas não atravessam a fronteira de seu país. O relatório ainda informa que diante das circunstâncias diversas, não se tem um protótipo para o migrante ambiental:

Yet our case studies have demonstrated an immense diversity of environment-migration circumstances and linkages: there is no simple prototype for an “environmental migrant”. (...)Moreover, there is no such thing as a “perfect response.” The complex circumstances and intense pressure took its toll on every country, regardless of national wealth or geographic location. However, policy does matter.

Planning for environmental change, by reducing social vulnerabilities, reducing risks, and preparing for disaster response, can save lives and improve human welfare. On the other hand, ignoring potential hazards, or refusing to consider the adaptive actions taken by local people (up to and including migration) is a recipe for disaster (OIM, 2011, p.111).³⁰

Por mais que seja necessário o seu reconhecimento, a migração ambiental demanda um estudo minucioso para uma adequação o mais condizente possível, devido a sua complexibilidade e por derivar de diversas circunstâncias que o abarcam. Sendo essa uma das barreiras a serem superadas na categorização das causas ambientais no reconhecimento do refúgio.

³⁰ No entanto, nossos estudos de caso demonstraram uma imensa diversidade de migração ambiental, circunstâncias e vínculos: não há protótipo para um “migrante ambiental”. Além disso, não há tal coisa como uma “resposta perfeita”. O complexo de circunstâncias e pressão intensa cobraram seu preço em todos os países, independentemente da riqueza nacional ou localização geográfica. No entanto, a política é importante. Planejamento para as mudanças ambientais, reduzindo vulnerabilidades sociais, reduzindo riscos e preparando para resposta a desastres, pode salvar vidas e melhorar bem estar humano. Por outro lado, ignorando riscos potenciais ou recusando-se a considerar ações adaptativas tomadas por pessoas locais (até incluindo a migração) é uma receita para o desastre (tradução livre do autor).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, que não esgota o tema, contudo se evidencia a necessidade do reconhecimento do *status* de refugiado ambiental, sendo este ainda um constructo que vem a se mostrar com um porte desafiador para o mundo jurídico internacional a sua devida regulamentação. Tem-se como fato que as gerações futuras sofrerão mais com as mudanças climáticas e catástrofes no planeta, tendo a causa ambiental ultrapassando os refugiados de guerra.

Este fluxo migratório tende a aumentar exponencialmente, o que demanda certa urgência para se solucionar a questão do refúgio ambiental a fim de viabilizar um procedimento de maior eficácia para esse tipo de acolhimento. Com a construção de uma política migratória internacional se a fim de abranger as vulnerabilidades ambientais para o reconhecimento de refugiado, fundada nos princípios da promoção dos direitos humanos dos migrantes, dando-os assim, o devido amparo que lhes urge.

A dinâmica de organizações internacionais, das instituições e dos estados nacionais na produção de novas definições tem um papel relevante e substancial na compreensão e na promoção dos direitos humanos, do meio ambiente e do direito internacional dos refugiados, em pese o reconhecimento do refúgio por causas ambientais. Desse modo, segue-se em busca de um direcionamento e difundir ações que visem uma vontade política mundial para abarcar novas situações que produzem migrações tendo refugiados como efeito colateral. O que demanda uma redefinição do Direito Internacional, bem como das responsabilidades dos estados em torno da proteção dessas pessoas.

O tema não esgota no que foi exposto alhures, contudo, o passo inicial foi dado, a informação foi apresentada, cabendo aos operadores do direito realizarem

cooperação mútua de troca de ideias e apresentação de propostas que possam auxiliar o direito a solucionar as controvérsias apresentadas.

REFERÊNCIAS

ALGAYER, Amanda *et. all.* **Refugiados Ambientais**. Boa Vista: Editora UFRR, 2018.

BRASIL. Decreto. n 1.904, de 13 de maio de 1996. **Programa Nacional de Direitos Humanos**. Brasília: Ministério da Justiça, 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 mai. 2018.

_____. Decreto n 4.229, de 13 de maio de 2002. **Programa Nacional de Direitos Humanos**. Brasília/DF: Ministério da Justiça/Secretaria de Estado dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 mai. 2018.

_____. Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 mai. 2018.

_____. **Lei nº 9474 de 22 de julho de 1997**. Define os mecanismos para a implementação do estatuto dos refugiados de 1951 e determina outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 mai. 2018.

FREBBO, Eduardo. Já há mais refugiados ambientais que refugiados de guerra. In: **Carta Maior**: portal eletrônico de informações, 27 jan. 2012. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Meio-Ambiente/Ja-ha-mais-refugiados-ambientais-que-refugiados-de-guerra/3/18621>> Acesso em 10 mai. 2018.

GRUBBA, Leilane Serratine; MAFRICA, Chiara Antonia Sofia. A Proteção Internacional aos Refugiados Ambientais a Partir do Caso Kiribati. In: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, jul.-dez. 2015, p. 207-226. Disponível em: <<http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/579/460>>. Acesso em 22 abr. 2018.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

OIM - Organização Internacional de Migração: **The State of Environmental Migration 2010**. Disponível em:
<http://publications.iom.int/system/files/pdf/study0711_sem2010_web3.pdf> Acesso em 11 mai. 2018.

SILVA, César Augusto S. da. Brasil: Possibilidades do Instituto Jurídico dos Refugiados Ambientais no Contexto dos Direitos Humanos. In: **Revista Videre**, Dourados, v. 05, n. 10, jul.-dez. 2013, p. 16-29. Disponível em:
<ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/download/4061/2183>. Acesso em 18 mai. 2018.

STOCHERO, Tahiane; MARCEL, Yuri. Triplica em 2013 número de haitianos ilegais que entram pelo Acre. In: **G1**: portal eletrônico de informações, 30 set. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2013/09/triplica-em-2013-numero-de-haitianos-ilegais-que-entram-pelo-acre.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

VIEIRA, Ligia Ribeiro; DERANI, Cristiane. Refugiados Ambientais: Direito ao Reconhecimento no Contexto Ambiental Internacional. In: 4º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais – ABRI, **ANAIS...**, Belo Horizonte: 2013. Disponível em:
<http://www.encontronacional2013.abri.org.br/download/download?ID_DOWNLOAD=368>. Acesso em 22 abr. 2018.

REFORMA TRABALHISTA: O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR E A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

Everardo Alvarenga Couto³¹

Tauã Lima Verdan Rangel³²

INTRODUÇÃO

A gênese do direito do trabalho no Brasil sofreu influência de fatores externos e internos. Principalmente os externos, que emanaram das transformações que ocorriam na Europa com a disseminação de diplomas legais de proteção ao trabalhador. Os fatores internos foram basicamente o movimento operário influenciado por imigrantes europeus ao final dos anos de 1800, após a abolição da escravidão, e o início de 1900, com o surgimento do surto industrial, logo após a primeira guerra mundial e com a política de Getúlio Vargas a partir de 1930, quando passou a vigor em 1943 a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que veio para regulamentar as relações individuais e coletivas de trabalho, com um viés altamente protetivo ao empregado.

³¹ Graduado em Serviço Social pela Universidade Federal Fluminense (Campos dos Goitacazes) e Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, eacrjl@hotmail.com; maio de 2018.

³² Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é, até o presente momento, o texto legislativo básico do Direito do Trabalho brasileiro, que é enriquecido pela Constituição Federal de 1988, que regulamenta em seu capítulo II, dos direitos sociais, o artigo 7º que amplia os direitos e garantias individuais e coletivas acerca da relação de emprego e trabalho.

A Lei nº 13.467/2017, que entrou em vigor em 10\11\2017, modificou partes sensíveis na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e, além de outros dispositivos, acabou por ampliar as hipóteses de condenação dos honorários de sucumbência no Processo do Trabalho. Ademais, regulamentou que os honorários são de titularidade do advogado, não podendo ser objeto de compensação, e disciplinou expressamente as hipóteses de concessão do benefício da justiça gratuita e de condenação ao pagamento dos honorários periciais.

Contudo, a previsão de condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de honorários periciais e de sucumbência, com a possibilidade de compensação com o seu crédito, conforme disposto no parágrafo 4º do art. 790-B e no parágrafo 4º do art. 791-A, é compreendido por alguns como um verdadeiro entrave de acesso à Justiça. O empregado, apesar de poder ingressar na Justiça do Trabalho, sem a presença de um advogado, ainda assim, prefere ser assistido por aquele, haja vista a complexidade dos processos trabalhistas.

Todavia, a partir da Reforma Trabalhista, (Lei nº 13.467\2017), essa correlação de forças tendeu a fragilizar o empregado, principalmente no que tange aos honorários e sucumbência. Ou seja, em seu parágrafo 3º, relata que em caso de procedência parcial dos pedidos o juízo arbitraré honorários de sucumbências recíprocos, vedada a compensação entre os honorários.

METODOLOGIA

O modelo de trabalho adotado será a análise e pesquisa bibliográfica de livros, e sites especializados acerca do tema Reforma Trabalhista, sobretudo acerca do princípio da Norma mais favorável ao trabalhador e a sucumbência recíproca.

DESENVOLVIMENTO

Historicamente, as relações sociais advindas do trabalho, por si só, é uma relação de poder. E, nessa relação, Norberto Bobbio conceitua o poder de uma forma excepcional, sobretudo, o poder social:

[...] a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção).

Se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito mas também o objeto do Poder social. (BOBBIO, 1998, p. 933)

Portanto, na visão de Bobbio (1988) o homem determina o comportamento do homem, logicamente, que nas relações de emprego, de uma forma hierárquica, subordinativa, sobretudo, advindas do poder diretivo do empregador.

Ou seja, os discursos, sobretudo, na sociedade burguesa capitalista, foram exclusivamente criados para servir de base à relação de poder entre patrão e empregado, para manter a relação de subordinação do trabalhador para com seu empregador.

De acordo com Leite (2017), etimologicamente, a palavra "trabalho" tem vários significados e pode ser objeto de estudo por diversos campos do conhecimento, tais como a História, a Sociologia, a Antropologia, a Filosofia, a Economia, a Ciência Política e o Direito.

Sempre existiu o trabalho humano, desde os princípios da civilização, e, portanto, continuará permanecendo enquanto houver vida humana neste mundo. Leite afirma que foi no período histórico propriamente dito que surgiu o direito do trabalho. O autor indica que três foram as principais causas, sendo:

[...] econômica (revolução industrial), política (transformação do Estado Liberal- Revolução Francesa- em Estado Social - intervenção estatal na autonomia dos sujeitos da relação de emprego) e jurídica (justa reivindicação dos trabalhadores no sentido de se implantar um sistema de direito destinado à proteção, como o direito de união, do qual resultou o sindicalismo, o direito de contratação individual e coletiva). Somando-se a essas causas, contribuíram decisivamente para o surgimento do direito do trabalho a ideia da justiça social preconizada, principalmente, pela Igreja Católica, através das Encíclicas *Rerum Novarum* e *Laborem Exercens*, e o marxismo, preconizando a união do proletariado e a ascensão dos trabalhadores, pela luta de classes, ao poder político. (LEITE, 2017, p; 34)

Biavaschi (2016) apregoa que no século XIX, em tempos de *laissez-faire* e de capitalismo estabelecido, um novo modelo de uso da mão de obra se fazia predominante: os trabalhadores vendiam sua força de trabalho a outrem, de forma assalariada e subordinada. A autora acrescenta que:

Na medida em que esse novo modo de produção se desenvolvia, o trabalho, de concreto, transformava-se em abstrato; o valor de uso passava a ser, também, portador do valor de troca. Na Grande indústria, a força de trabalho era vendida aos proprietários dos bens de produção que, personificando o capital, compravam-na pelo valor

diário e a consumiam durante o tempo trabalhado. Assim, a força de trabalho passou a ser vista como fator de produção. O trabalho, que exterioriza a personalidade do ser humano, virou coisa. (BIAVASCHI, 2016, p. 77)

Leite (2017) relata que as primeiras leis ordinárias editadas foram a *Lei de Peel*, da Inglaterra, em 1802, que reduzia a jornada dos menores nas fábricas para dez horas diárias; as Leis Sociais de Bismark em 1833 e o Código do Trabalho, publicado na França em 1901, dentre outros. Leite (2017), categoricamente afirma que no Brasil, podemos dividir a história do direito do trabalho em três fases: a primeira, do descobrimento à abolição da escravatura; a segunda, da proclamação da república à campanha política da Aliança Liberal; e a terceira, da Revolução de Trinta aos nossos dias. (LEITE, 2017, p. 35)

Essa constitucionalização dos Direitos do Trabalho surgiu no contexto histórico das relações econômicas da economia brasileira, que segundo Biavaschi (2016), era baseado na expansão da acumulação cafeeira, as grandes fazendas monocultoras faziam uso da mão de obra escrava. Contudo, no final do século XIX, o trabalho escravo já havia perdido sua relevância. Somente em 1888, quando da Abolição da escravatura, as novas oportunidades de trabalho foram dirigidas aos imigrantes.

No Brasil a valorização do trabalho e do trabalhador, conforme preceitos traçados pela OIT, fora inserida na Constituição de 1934, que foi a primeira a Constituição Brasileira a incorporar os Direitos Sociais e a ordem econômica em nosso País. Em 1º de maio de 1943 foi promulgada a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Delgado afirma que é somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se pode falar, de modo efetivo e, sobretudo, científico, que inaugura

um real Direito Constitucional do Trabalho. Ainda sobre a Constituição de 1988, o autor relata que:

O Estado Democrático de Direito concebido pela nova Constituição funda-se em um inquebrantável tripé conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva.⁽²⁵⁾ Ora, na conformação de todos os elementos desse tripé, em especial a garantia de efetiva dignidade à pessoa humana, além da garantia de efetivação das ideias de democratização e do caráter inclusivo da sociedade política e da sociedade civil, ostenta papel imprescindível o Direito do Trabalho. (DELGADO, 2017, p; 63)

Além do mais, apregoa Delgado (2017), o Texto Constitucional de 1988, constitucionalizou vários princípios intrínsecos do Direito Individual do Trabalho, por exemplo: o da primazia da realidade sobre a forma; o da proteção; o da norma mais favorável; o da imperatividade das normas trabalhistas; o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas; o da intangibilidade e da irredutibilidade salariais; o da continuidade da relação de emprego e por fim, o da irretroação das nulidades. Contudo, na contemporaneidade do Direito do Trabalho, dois temas assombram o empregado: a flexibilização e a desregulamentação trabalhista.

O autor aponta que a flexibilização e desregulamentação trabalhistas, de fato, correspondem com o período histórico de crise do Direito do Trabalho, “deflagrado no Ocidente a partir do final dos anos de 1970, em meio à estruturação de nova hegemonia político-cultural, de matriz liberalista, que iria perdurar por algumas décadas”. (DELGADO; 2017; p. 71)

Consequentemente a ampliação esse processo de desregulamentação, a Lei 13.467/2017 designada de “Reforma Trabalhista” trouxe várias alterações significativas, entretanto, com um retrocesso para o empregado, pois veio

impregnada de redução de direitos e garantias fundamentais, além da limitação de atuação em face à justiça trabalhista.

DISCUSSÃO

Os honorários de sucumbência estão previstos no artigo 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), uma regra criada recentemente pela reforma trabalhista, segundo a qual quem obtiver vitória parcial na Justiça do Trabalho deve pagar honorários de sucumbência relativos aos pedidos que foram negados. Antes da Reforma Trabalhista, quem entrasse com ação trabalhista contra a empresa e obtivesse êxito apenas em parte dos pedidos, não precisava pagar honorários para os advogados da parte contrária.

Por conseguinte, o empregado que faz diversos pedidos contra o ex-empregador e só ganha alguns, tem de pagar os honorários sucumbentes em relação aos pleitos que foram negados. Essa norma fatalmente inibirá o ajuizamento de demandas, haja vista que o empregado ficará amedrontado em face da circunstância de, além de não obter o que deseja, pagar ao seu patrão os honorários sucumbenciais.

Munhoz (2018), afirma que quando um empregado, que não descumpriu sua obrigação legal e praticou corretamente suas obrigações contratuais e vem ao juízo pleitear um pagamento que possivelmente acredita ter direito, mas que por decisão judicial não é reconhecida, aplicar-lhe o dever de pagar um percentual significativo sobre isso, parece ser uma solução penosa. Para a parte hipersuficiente, ou seja, para o empregador, não vai mudar muita coisa, entretanto, para o empregado, que sempre cumpriu com as suas obrigações contratuais, essa obrigação é mais gravosa.

A possibilidade de que os honorários de sucumbência recíproca no Direito do Trabalho causa um entrave, que distancia ainda mais o empregado da Justiça

Trabalhista é enorme, principalmente, para quem já está fragilizado por estar desempregado. Contudo, a respeito do assunto, a análise crítica se faz necessária, haja vista que as relações de trabalho são pautadas pelo poder, e o capital não costuma favorecer quem se opõe a ele.

CONCLUSÃO

Anteriormente à Reforma Trabalhista, para não reprimir o acesso ao Judiciário, e abraçando-se a compreensão de dificuldades econômicas intrínsecas à condição de empregado litigante, apenas o réu empregador pagava honorários advocatícios de sucumbência.

Diante da nova regra do art. 791-A, § 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na hipótese de procedência parcial de pedido, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. Estabelece-se, por conseguinte, que também ao empregado que não tiver as pretensões atendidas deverá pagar os respectivos honorários de sucumbência ao procurador da parte contrária.

Essa concepção, deixa sangrando o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV; CRFB; 1988) “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Não se pode olvidar que nessa correlação de forças, os princípios da “norma mais favorável” e a “condição mais benéfica ao trabalhador” na relação trabalhista poderão ficar comprometidos, vulnerabilizando-se ainda mais aquele que deva ser sempre protegido, ou seja, o empregado.

Diante disso, não se pode deixar de pensar que o empregado irá ponderar, logicamente com medo, se irá ajuizar uma ação Reclamatória contra o patrão, em

virtude de correr o risco de ser condenado a verbas decorrentes de uma possível sucumbência no seu litígio.

REFERÊNCIAS

BIAVASCHI, Magda Barros. O processo de construção e desconstrução da tela de proteção social do trabalho: tempos de regresso. *In: Estud. av.* [online]. 2016, v. 30, n.87, p.75-87. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142016.30870005>>. Acesso em 11 abr. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política I**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. [on line]

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em mar. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 30 mar. 2018.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em 30 mar. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl..São Paulo : LTr, 2017 [on line]

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho / Carlos Henrique Bezerra Leite**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. [on line].

MUNHOZ, José Lúcio. Sucumbência trabalhista: o remédio que pode matar. *In: Carta Capital*: portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em:

<<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/31/sucumbencia-trabalhista-o-remedio-que-pode-matar/>>. Acesso em 14 abr. 2018.

**AÇÃO POPULAR, AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SUAS MANIFESTAÇÕES NO
SISTEMA DO MONOPÓLIO DE JURISDIÇÃO BRASILEIRO NA
TUTELA DE INTERESSES COLETIVOS: CONCEITOS,
DISTINÇÕES, FUNDAMENTO E ALCANCE DESSAS AÇÕES
COLETIVAS**

Felipe Oliveira Silva³³
Tauã Lima Verdan Rangel³⁴

INTRODUÇÃO

As metamorfoses sofridas pelo Estado Moderno ocasionadas pelos novos direitos, resultaram na transição do Estado autoritário ao Estado liberal e deste ao Estado social, essas mutações deixaram suas marcas no Estado Democrático Direito Constitucional brasileiro tal qual o conhecemos fundado no princípio condutor do Estado de direito, diga-se legalidade e na necessidade de fazer valer os reclames dos cidadãos.

³³ Graduando do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), email: direitofamesc@gmail.com;

³⁴ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

A observância ao princípio republicano, previsto no caput do artigo 1º da Constituição Federal, tornou indispensável a tutela dos direitos ou interesses supra-individuais, por meio das ações coletivas que formam um microssistema coletivo, como forma de fiscalizar e controlar os atos emanados pelo Poder Público afim de garantir a legitimidade de tais atos.

METODOLOGIA

Dada às peculiaridades do presente trabalho, o meio utilizado é o estudo foi a análise de doutrinas a respeito das ações coletivas versando sobre suas nuances no sistema do monopólio de jurisdição, discutindo as principais controvérsias a respeito do assunto.

DESENVOLVIMENTO

A ascendência da burguesia e sua aliança ao poder real, fez com que a primeira tornar-se dependente da segunda antagonizando o Estado Autoritário, que representava o Leviatã, sob o emblema de Luís XIV, após Luís XVI ser guilhotinado as vozes da burguesia ecoaram os princípios liberais, liberdade, e Igualdade (PINTO, 2013), denominados direitos primeira dimensão (LENZA, 2017).

Nessa trilha, “após a fase absolutista, o Estado Moderno assume, na tradição liberal dos anos 1700/1800” o Estado Liberal é fruto dos ideias liberais onde Estado atuaria apenas para segurança dos indivíduos e na manutenção da paz, (STRECK; MORAIS, 2014) se funda na denominada igualdade formal, onde todos são iguais perante a lei (PINHO, 2015). Posteriormente, tal pensamento foi superado pelos novos liberais, que professavam que o Estado deveria derrubar barreiras que

impediam o autodesenvolvimento do homem. O antagonismo ideológico que emergiu durante os meados do século XIX, tendo por fator gerador a Revolução Industrial, sucedeu no modelo de Estado (BONAVIDES, 2000).

O Estado do Bem-Estar Social, Estado Social (DIAS, 2013) ou, como sugerem alguns, Estado Socialista Contemporâneo (BONAVIDES, 2000) o Estado passa a intervir no mercado e presta serviços universais, a sociedade é aproximada do Estado, assim como os pensadores dos novos liberais, os seus defensores defendem que princípios liberais (liberdade e igualdade) devem ser ampliados, há uma preferência maior no desenvolvimento econômico. O Estado Social se vale do sistema tributário como instrumento jurídico apropriado para distribuir renda (DIAS, 2013) com a finalidade de concretizar a justiça distributiva, transcendendo para os direitos de segunda dimensão, as constituições brasileiras desde 1946 sensíveis as mudanças sociais consagraram os direitos transindividuais, os quais sejam, fraternidade e solidariedade (LENZA, 2017).

Ademais, é importante analisar o que entende-se por Estado Democrático de Direito, de modo especial em uma sociedade que já não mais suporta as arbitrariedades dos administradores. Fernanda Marinela (2017) ponderando a respeito do tema defende, com razão, que o Estado de Direito tem por base a legalidade e que essa constitui uma garantia de que os conflitos sejam dirimidos por meio da lei. Pois bem “O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração, às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática” (MELLO, 2013, p. 104). Já o Estado Democrático, nas lições de Caparroz (2017), não é possível a edição de normas sem que estas passem primeiro pela avaliação dos cidadãos, mesmo que isso se dê de forma representativa, o autor critica ainda a participação popular direta na democracia brasileira, pois essa se dá de forma bem dificultosa. Podemos afirmar, portanto, que a improbidade

administrativa é incompatível com o Estado Democrático de Direito, lesionando toda comunidade titular de direitos difusos e coletivos.

Desde logo, é salutar delinear os diferentes sentido da expressão “Administração Pública”, para que desde logo, se consolide, que ela sempre estará vinculada ao interesse coletivo. Destarte, num primeiro momento, temos a expressão em análise em seu sentido orgânico, Administração Pública, sempre escrita com iniciais maiúsculas, relaciona-se ao exercício da função administrativa realizado pelas entidades públicas e seus respectivos órgãos e agentes. Por seu turno, temos administração pública, agora com iniciais minúsculas, em seu sentido funcional, palpada na defesa concreta do interesse coletivo, que neste momento se confunde com administração (ALEXANDRINO, PAULO, 2016).

A par disso, passa-se a análise do controle judicial na Administração Pública, o controle dos atos administrativos é um desdobramento do Estado de Direito, se baseia no princípio da indisponibilidade do interesse público, ao qual, o titular da res pública é o povo, a proteção do interesse público, deve ser a finalidade mediata da administração pública (ALEXANDRINO, PAULO, 2016).

Entretanto, é apropriado, explorar os sistemas que podem ser adotado por um Estado com o fito de manter atos legítimos ou desfaze os atos que forem ilegais, por meio do controle de legalidade das atividades e atos da administração. O primeiro sistema é o sistema de jurisdição dual ou sistema francês permanece a tripartição dos poderes, no entanto, além do Judiciário o Executivo possui jurisdição para decidir lides em que Administração Pública é parte ou terceira interessada, por meio de um órgão chamado Contencioso Administrativo, as decisões por ele emanada não poderão ser revistas pelo Judiciário, pois fazem coisa julgada (GASPARINI, 2011). Delineamento diverso, se extrai do sistema do monopólio da jurisdição, que que como assinala Carvalho Filho (2018) que a Função Jurisdicional é

exercida apenas pelo Poder Judiciário, por meio de seus juízes e tribunais, este sistema possui a imparcialidade como vantagem e foi adotado pela Constituição Federal no inciso XXXV, artigo 5 °.

Outrossim, a proteção dos interesses da coletividade ocorre, *prima face*, pela observância do devido processo legal, sem o qual ninguém poderá ser privado de seu bens ou liberdade, os remédios a lesão dessa garantia são a ação popular possui natureza de direito fundamental com fulcro inciso LXXIII do art. 5° da CF que é regulada pela Lei nº 4.717/65 e ação civil pública contemplada pela Lei nº 7.347/85 que formam o minissistema de direitos coletivos, tais ações coletivas se fundam na indispensável proteção do patrimônio ambiental, cultura ou da res pública, este último, consiste justamente no patrimônio público econômico e a probidade administrativa (FAZZIO JÚNIOR, 2016).

Para Puccinelli Júnior (2015, p. 415), ação popular é uma “ação de matriz constitucional voltada à invalidação de atos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público”. No mesmo sentido, temos a definição encampada por Meirelles e Burle Filho:

Ação Popular é a via constitucional (art. 5º, LXXIII) posta à disposição de qualquer cidadão (eleitor) para obter a anulação de atos ou contratos administrativos – ou a eles equiparados – lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa e ao meio ambiente natural ou cultural. Está regulada pela Lei nº 4. 717/65 (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 858).

Por derradeiro, como se pode notar nos conceitos supracitados, a ação popular não se limita a invalidar atos administrativos ilegais ou lesivos a *res publica*, se estendendo aos contratos administrativos ou equiparados que forem ilegais ou

lesivos ao patrimônio público (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016). Não obstante, anota NOVELINO (2014, p. s.p.) “A ação popular poderá ser utilizada, portanto, não apenas de forma *reparatória*, objetivando o ressarcimento do dano causado, mas também de forma *preventiva*, a fim de evitar a consumação da lesão”. Nessa trilha, não seria razoável esperar que a lesão de ato ou contrato administrativo.

Com efeito, a ação popular, permite ao cidadão fiscalizar, diretamente, o Poder Público, com fundamento no princípio republicano e o princípio da legalidade. Neste sentido, Alexandre de Moraes obtempera que “a finalidade da ação popular é a defesa de interesses difusos, reconhecendo-se aos cidadãos *uti cives* e não *uti singuli*, o direito de promover a defesa de tais interesses” (MORAES, 2017, p. 199). Superado o conceito e finalidade da ação popular, impende analisar a ação civil pública.

A ação civil pública, nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2017, p. 862) “A ação civil pública é o instrumento processual que tem por objetivo prevenir ou reprimir danos causados a qualquer interesse difuso ou coletivo”. Fernanda Marinela à luz da Lei. nº 8.078/90 propõe o seguinte conceito “A ação civil pública é o meio de controle administrativo que visa à proteção dos interesses difusos e coletivos e, em alguns casos, de interesses individuais homogêneos, como, por exemplo, o direito do consumidor” (MARINELA, 2017, p. 1098).

É oportuno mencionar, que os legitimados para propor ação civil pública de acordo com a Lei nº 7.347/85 são: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados e os Municípios e o Distrito Federal; as autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e as associações que cumpram os requisitos da referida lei. Contudo qualquer cidadão pode relatar ao Ministério Público, que fatos que fundamentam a ação coletiva em análise, entretanto, isto, não vincula o Ministério Público a provocar o judiciário. Caso o representado deseje colaborar poderá ser realizado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), nesse termo para

fins de coercibilidade, são previstas cláusulas penais ou cominações pressionando a Administração Pública a efetivar mandamentos legais, sem provocar o judiciário (NOHARA, 2017).

Posto isso, uma vez assimilado o conceito da ação civil pública e os seus desdobramentos, urge conhecermos a responsabilidade dos causadores do dano preleciona Marinela (2017, p. 1099) que “A sentença pode ter natureza pecuniária, mandamental, constitutiva ou desconstituída” e ainda na linha de entendimento trilhada pela autora, as obrigações de fazer ou não fazer, daria a sentença natureza mandamental, a sentença de natureza pecuniária condenaria o réu em dinheiro. Já a sentença que desconstitui ou constitui direitos possui previsão em leis especiais que preveem em seu texto a criação ou extinção de direitos (MARINELA, 2017). É importante invocar as considerações feitas por Santos (2012, p. 491) “a Lei da Ação Civil Pública expressamente excluiu de seu alcance as pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos”, isto ocorre, devido à natureza institucional e a pela possibilidade de identificar individualmente cada beneficiário.

Passa-se, agora, ao estudo da ação de improbidade administrativa que tem por fundamento a cabeça o artigo 37 da Constituição Federal ao punir os atos de improbidade, a Carta Magna brasileira, garantiu o dever de probidade, inerente a conduta do administrador público, constituindo elemento indissociável dos atos legítimos por aqueles emanados (MEIRELLES, BURLE FILHO, 2016, p. 118). Essas sanções previstas na Constituição Federal, é importante que se diga, possuem natureza eminentemente civil. Entrementes, nas lições de José dos Santos Carvalho Filho:

Ação de improbidade administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa. Sem dúvida, cuida-se de poderoso instrumento de controle judicial sobre atos que a lei caracteriza como de improbidade (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1205).

Em tempo, diga-se que não é pouco complexo definir o que vem a ser improbidade administrativa, por essa razão reportamos ao conceito expendido por Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Não obstante a dificuldade na conceituação da improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública (OLIVEIRA, 2017, p. 861).

A propósito, as consequências jurídicas da violação da probidade administrativa tanto como dever do administrador quanto direito subjetivo dos administrados nos valem mais uma vez das elucidações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014) dividindo as penalidades em políticas assim temos a suspensão do direito políticos, as penalidades também podem repercutir na esfera civil, tornando o bens do agente imoral indisponíveis e compelindo a ressarcir o Erário, a penalidade logicamente se erradia na esfera administrativa, fazendo com que o agente que cometeu o ato improbo perca o cargo público, nos aspectos criminais assevera o referido autor que “se tipificam vários ilícitos, como o peculato, o emprego irregular de verbas ou rendas públicas, a concussão, a corrupção passiva,

a facilitação de contrabando ou descaminho e a prevaricação” (MOREIRA NETO, 2014, s.p.).

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Preliminarmente, é necessário distinguir ações coletivas ora analisadas, em um primeiro momento, a ação popular e a ação de improbidade administrativa, possuem objetos mediatos idênticos, a proteção da moralidade administrativa e do erário. Nesse diapasão, a ação popular tem como fundamento o artigo. 5º inciso LXXIII, da Constituição Federal e pode ser ajuizada por qualquer cidadão e tem por objeto anular atos que violem a moralidade administrativa impondo ao violador o pagamento de indenização (MAZZA, 2017). Já ação de improbidade administrativa, não obstante a natureza de ação civil pública, tendo fundamento o artigo 37, § 4o, da Constituição Federal, e tem por objeto os atos de improbidade administrativa, que também pode ser objeto de uma ação popular, contudo a sentença que reconhece os atos de improbidade possui efeitos previstos no artigo 18 da Lei nº 8.429/92 (OLIVEIRA, 2017). A ação civil pública está cristalizada no artigo 129, inciso III da Constituição Federal, como uma das atribuições institucionais do parquet e possui regulação infraconstitucional na Lei nº 7.347, de 24.7.1985 inserindo a probidade administrativa dentre os interesses difusos o que reclama a garantia por meio desta ação (CARVALHO FILHO, 2017).

Tormentosa é a discussão a respeito da natureza da ação de improbidade administrativa se trata de uma ação civil pública ou uma ação própria. Para a primeira corrente, a ação judicial de improbidade administrativa é realizada por meio da ação civil pública com a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa e subsidiariamente Lei da Ação de Civil Pública, nesse interim, Pietro (2018) e Meireles

(2016). Uma segunda corrente, entente que ambas ações são incompatíveis diferente do Código de Defesa do Consumidor que faz referência a aplicação da Lei da Ação Civil Pública, Lei de Improbidade Administrativa reclama apenas aplicação subsidiária do Código de Processo Civil Ferraresi (2009).

Neves (2017) e Novelino (2014), assinalam que o Superior Tribunal de Justiça entende que ação popular não é o meio adequado para tutelar o direito consumerista o rol de cabimento de tal ação é taxativo. Cabe salientar, que a legitimidade ativa da ação popular é o cidadão nacional que detenha o gozo pleno de seus direitos políticos, nesse interim, a doutrina levanta o debate se os portugueses poderiam ou não demandarem em juízo por meio de uma ação civil pública, a primeira corrente, defendida por Ricardo Alexandre e João de Deus (2015) amparado pelo inciso I, artigo 12 da Lei Maior entende que é possível lusitanos promoverem uma ação popular no ordenamento jurídico brasileiro; contudo, outra corrente, assentada por Pedro Lenza (2017) entende que apesar do permissivo constitucional, falta o elemento reciprocidade, já que a Constituição Portuguesa veda que brasileiros promovam a referida ação. Os maiores de 16 anos e menores de 18 alistado, apesar de posicionamento minoritário em sentido oposto, pode propor ação popular sem a precisar ser assistido (GAJARDONI, 2012).

Um ponto controverso na doutrina, diz respeito até que ponto a implementação dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, realizada pelo Judiciário, por meio de ações civis públicas que vinculam a uma obrigação de fazer, sob pena de cominação de multas, pode afetar a discricionariedade administrativa e o qual é peso disso no sistema de freios e contrapesos. O primeiro entendimento, tomando as lições de Nohara (2017), o que a jurisprudência busca é romper persistência do princípio da reserva do possível, tornando garantido a justiciabilidade dos direitos sociais, vulgarmente chamado de primos pobres dos

direitos humanos de primeira dimensão, reclamando ao Estado, um caráter prestacional, quase sempre um gasto de recursos.

Di Pietro (2018), adepta da segunda, traz à tona a discussão sobre, a dignidade da pessoa humana versus o princípio alemão da reserva do possível, questionando a judicialização das políticas públicas que negam a natureza programática dos direitos sociais, interferindo, no que, a princípio, seria de competência da Função Legislativa e Executiva e não da Função Judiciária. Assim, somente atuaria garantindo o direito fundamental se houvesse lei ou ato administrativo a respeito do tema, em caso contrário, ou seja a omissão reclamaria uma ação direta de constitucionalidade por omissão ou mandado de injunção, que são instrumentos constitucionais adequados para o tema.

Outro ponto importante é se em sede de uma ação de improbidade administrativa seria possível que pessoa jurídica de direito público faz jus a uma indenização do agente público que lhe tenha causado um dano. Os tribunais ainda não possuem consenso a respeito. Alexandre Mazza (2017), obtempera sobre a discórdia jurisprudencial travadas pelas turmas do Superior Tribunal de Justiça “A 1ª Turma do STJ rejeita tal possibilidade, considerando incompatível o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a natureza transindividual da referida ação” (MAZZA, 2017, p. 850) tal entendimento é retirado do Resp. 821.891. Noutro sentido, continua o autor supramencionado “a 2ª Turma admite condenação por dano moral, quer pela frustração causada pelo ato improprio à comunidade, quer pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública lesada (Resp 960.926)” (MAZZA, 2017, p. 850).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das ações coletivas é importante, por diversos fatores, pois através garante o devido processo legal, identificando a legitimidade para demandar as referidas ações e permite que os cidadãos identifiquem meios de controle dos atos administrativos, a fim de enaltecer e edificar o princípio republicano e efetivar as normas constitucionais por meio do exercício de sua cidadania.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo, DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Método, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2000.

CAPARROZ, Roberto. **Direito Tributário Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COUTINHO, Dantas, A., RODOR, Krüger, R. **Manual de Direito Administrativo**. v. único. Rio de Janeiro: GEN Editora, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. MOTTA, Fabrício (atual.). 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11 ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade administrativa**: limites de instauração. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 7 ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia **Direito Administrativo**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

PIETRO, Maria Zanella di. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHO, Rodrigo Rebello. **Col. Sinopses 17: Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. 15 edição. Saraiva, 2015.

PINTO, Kleber Couto. **Curso de Teoria Geral do Estado: fundamento do direito constitucional positivo**. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Método, 2017.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; Jose Luis Bolzan de MORAIS. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

DA EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR A LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Graziela de Araújo Galvão³⁵
Tauã Lima Verdan Rangel³⁶

INTRODUÇÃO

O presente resumo tem como objetivo destacar as características do pátrio poder, no Código Civil de 1916, onde apenas o pai possui pleno direito e deveres sobre os filhos, a esposa apenas tinha uma pequena colaboração na educação, fato que foi totalmente modificado com a chegada da Constituição Federal de 1988, que trouxe direcionamentos a respeito do direito de família, fazendo com que o pátrio poder ficasse ultrapassado.

Com a promulgação do código Civil de 2002, o até em tão pátrio poder, passou a ser adotado pela doutrina como poder familiar, onde ele não é somente função da figura paterna na educação e criação dos filhos, mais a figura materna passou até papel importante junto com o pai, ou até sozinha na educação dos filhos.

³⁵Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), email: graziela2013ag@hotmail.com;

³⁶ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

MATERIAL E MÉTODOS

O presente resumo tem como metodologia aplicada a via documental, por intermédio de pesquisa bibliográfica e sites de pesquisa. O principal meio de investigação será com base em doutrinas e na Constituição Federal. Orientando sobre a extinção da figura do poder familiar como o advento do Código Civil de 2002.

DESENVOLVIMENTO

A figura do pátrio poder, ou seja, da figura patriarcal, observados na evolução histórica da família, que antes era apenas a figura paterna que detinha poderes e hoje, com as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, este contexto vem mudando significativamente, pois em cada fase existia um conceito diferente para ela, como também costumes. Conforme o direito romano, o pai era o único que tinha poder sobre, a esposa, filhos, etc., como destaca o Código de Hamurabi, o tinha - o "poder da vida e da morte" - sobre os seus filhos, a sua esposa (nalguns casos apenas), e os seus escravos, todos os quais estavam. Por lei, em qualquer caso, a sua palavra era absoluta e final. Se um filho não era desejado, nos tempos da República Romana, o tinha o poder de ordenar a morte da criança por exposição. O pai era o único que tinha poderes naquele lar. (PEREIRA, 1997, p.31)

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, tirá-los 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 perpetua* que se justificava *propter sexus infirmitatem et ingnoratiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido (PEREIRA, 1997, p.31)

Para Gonçalves (2010, p. 31), o *pater familias* era o chefe da família, onde esse chamado “chefe de família” exercia todo o seu poder sobre aqueles que estavam sob sua autoridade, exercia sobre seus filhos o direito a vida e de morte. Desse modo, podia vendê-los, impor-lhes castigos e até mesmo os matar se fosse da vontade desse. Já o direito canônico tinha seus princípios advindos dos conceitos da Igreja Católica, pelo entendimento que só se formaria uma família se existisse o casamento com cunho religioso, a união estável não existia naquela época, onde as pessoas viviam sobre os costumes descritos pela Igreja Católica, ele era único e indissolúvel apenas pela morte se dava fim ao casamento.

A ascensão dessa nova concepção ocorreu devido à queda do Império Romano. Para ele o novo conceito de família veio alicerçada no casamento, sob a concepção de sacramento consolidada na livre e espontânea vontade dos nubentes. A mulher mereceu um lugar próprio, passando a ser responsável pelo governo doméstico e pela dos filhos, ou seja, o “pater” do direito romano foi teoricamente dividido, sendo agora a mulher que decide sobre os assuntos domésticos e sobre os descendentes da família. (RUSSO, 2005, p.43)

Dessa maneira, o poder familiar surgiu no direito romano, também era chamado de pátrio poder ou pátria *postestas* no Código Civil de 1916, naquela época os filhos não possuíam capacidade de direito para adquirirem bens, o poder do pai era absoluto para exercer todos os atos, a esposa também não possuía nenhum

direito era totalmente submetida ao marido, o poder do pai em todas as relações era absoluto, a opinião da esposa não possuía relevância para o pai.

RESULTADO E DISCUSSÃO

Com o advento da Lei nº. 10.416, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil, trouxe novos conceitos a respeito da família, juntamente com a Constituição Federal de 1988, trouxe novos posicionamentos que foram adotados, viabilizando e facilitando o convívio em família, pois a figura materna passou a ser representada na sociedade com igualdade entre as relações afetivas, e na educação dos filhos, não ficando somente por conta da figura paterna, fato que ocorria no Código Civil de 1916. Neste sentido,

Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [*omissis*]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988)

O Código Civil de 1916, trazia em seu artigo 380, a figura paternal como a única que possuía poder na família, as decisões só eram tomadas para ele, e caso a esposa fosse contrária a opinião dele teria que ir até o judiciário para solucionar o problema.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o marido a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.(BRASIL, 1916)

Após a promulgação do Código Civil de 2002, o direito de família ganhou novos conceitos, que antes não existiam, fazendo que novos posicionamentos fossem adotados, fazendo com as relações familiares, na educação. Para Diniz (2002, p.463), a finalidade do poder familiar é de “proteger o ser humano que, desde a infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo a sua pessoa e bens”. Neste contexto Gonçalves (2006, p.136) para ele o poder familiar é “O conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante a pessoa e aos bens dos filhos menores” O Código Civil de 2002, traz em seu artigo 1.634, os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I – dirigir-lhes a criação e educação;
- II – tê-los em sua companhia e guarda;
- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V – representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição; (BRASIL, 2002)

A extinção do poder familiar no Código Civil de 2002, está prevista no artigo, 1635, no qual aborda três tipos exclusivos sendo eles, a morte dos pais ou do filho, a emancipação do filho, maioridade do filho, adoção do filho por terceiros, e a perda

em virtude de decisão judicial, essas são as hipóteses da perda do poder familiar, que estão elencadas no artigo 1.635 do Código Civil,.

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho;

II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III – pela maioridade;

IV – pela adoção;

V – por decisão judicial (BRASIL, 2002);

Para que ocorra a extinção do poder familiar será necessário a comprovação de um fato grave, que coloque a vida dos filho em estado de atenção, só após que for comprovado tala ato, as medidas cabíveis para a destituição do poder familiar serão tomadas. Os artigos 1.637, do Código Civil, aborda que terá a suspensão do poder familiar se ocorrer alguns dos fatos previstos em seus incisos.

O poder familiar é importante no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente nas relações de família, pois é nele que os pais tem as obrigações e deveres a serem prestados pelos pais na criação dos filhos. O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As grandes transformações que a sociedade vem passando, faz surgir novos conceitos no direito de família, fazendo com que conceitos e atitudes que antes eram adotadas, ficassem no passado, no decorrer da história o pátrio poder sofreu alterações, passando com a chegada do Código Civil de 2002, a poder familiar.

Diante deste fato, observa-se o crescente desenvolvimento do Direito de Família, fazendo com que as relações sejam mais harmoniosas, trazendo um melhor desenvolvimento para os filhos.

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 18 Mai. 2018.

_____. **Lei n 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em 18 Mai. 2018..

_____. **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 14 maio 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 5. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

AS CONSEQUÊNCIAS QUE A ALIENAÇÃO PARENTAL GERA PARA O MENOR

Guilherme de Oliveira Almeida³⁷
Tauã Lima Verdan Rangel³⁸

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegura a convivência em família como um direito fundamental em seu artigo 227, sendo assim, a harmonia dos filhos deve ser respeitada até mesmo posteriormente o fim da relação dos genitores, caso haja. Uma maneira de coibir o vínculo afetivo entre a criança ou adolescente com um de seus genitores é a Alienação parental, que viola de forma visível esse direito.

Com isso, devido às constantes ocorrências, por mais que existam outros dispositivos que assegurem o direito do menor como o ECRID e o Código Civil, viu-se uma lacuna na legislação Brasileira para aplicação e sanções aos casos concretos, desse modo, surgiu a Lei 12.318/2010, intitulada como alienação parental, dando conceito de alienação parental, quem a pratica e quais as medidas cabíveis a se tomar diante de tal conflito.

³⁷ Graduando do 9º período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana-RJ, goa285@gmail.com;

³⁸ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

METODOLOGIA

O presente estudo vem apresentar com base em análises bibliográficas o surgimento da alienação parental e a síndrome da alienação parental, bem como o seu conceito e criações de leis com a finalidade de coibir tal prática, o estudo busca também analisar as consequências que a alienação parental vem a trazer na vítima, ou seja, o menor como vítima.

DESENVOLVIMENTO

É sabido que a alienação parental não é um fato novo na Sociedade Brasileira, uma vez que ao fato de casais se separarem, algumas vezes pode ocorrer o conflito de acordos sobre a quem ficará incumbido de obter a guarda da criança/adolescente, e muitas dessas vezes um dos genitores encontra-se determinado a denegrir a imagem do genitor não guardião, a fim de manter o sentimento de proteção da sua prole, nestes casos são classificados como alienação parental, onde o genitor guardião usa o menor como arma para afastar o genitor não guardião. Para melhor entendimento, Figueiredo explica.

Note-se que a alienação parental consubstancia-se na atuação inquestionável de um sujeito, denominado alienador, na prática de atos que envolvam uma forma depreciativa de se lidar com um dos genitores. Trata-se, portanto, de atuação do alienador que busca turbar a formação da percepção social da criança ou do adolescente. (FIGUEIREDO, 2014, p. 47).

Sendo assim, o fenômeno pode ocorrer de frequentemente, de forma que um dos genitores (genitor alienante) usa de vários meios de coerção para persuadir a

criança/adolescente (vitimado) de que o genitor que deixou o lar (alienado) não tem mais afeição pelo vitimado, criando assim uma percepção equivocada e exterminando assim um vínculo afetivo que tem suma importância. Como explicado, alienação parental consiste na persuasão de um dos genitores distorcendo as ideias que a criança/adolescente tinha de seu genitor que deixou o lar, e privando este de obter o convívio familiar, porém, é necessário que seja diferenciado, para maior compreensão, as diferenças existentes entre a alienação parental e a síndrome da alienação parental. Como conceito de síndrome da alienação parental, Gardner, em seu magistério, explica

No conceito elaborado por Richard Gardner, a SAP é um fenômeno resultante da combinação de lavagem cerebral com contribuições da própria criança, no sentido de difamar o genitor não guardião, sem qualquer justificativa, e seu diagnóstico é adstrito aos sintomas verificados no menor. Atualmente, esse conceito foi ampliado, somando-se a ele “comportamentos, conscientes ou inconscientes, que possam provocar uma perturbação na relação da criança com o seu outro progenitor, ainda, o fato de que as críticas podem ou não ser verdadeiras, igualmente acrescidos outros fatores de desencadeamento, não apenas circunscritos aos litígios pela guarda, mas diante da divisão de bens, do montante dos alimentos, ou até mesmo a constituição de nova família por parte do genitor alienado (GARDNER, 1985 *apud* MADALENO; MADALENO, 2018, p. 29).

Ademais, o próprio Richard A. Gardner classificou a síndrome da alienação parental em aspectos psicológicos que se distinguem em leve, moderado e severo a ser posteriormente muito bem explicado por Ana Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2018, p. 34), em que o primeiro estágio, o leve ou tipo ligeiro, as difamações já existem, porém não são tão insistentes, o genitor guardião escolhe um tema ou mais que o menor começa a assimilar, porém com pouca frequência o menor demonstra

sentimento de culpa em relação ao alienante por ser mais afetuoso com o outro, mas na ausência do genitor alienante, o menor defende e o apoia pontualmente.

O segundo estágio, do tipo moderado, os sentimentos e desejos do genitor alienante e do menor são equivalentes tornando-os cúmplices de uma relação de menosprezo pelo genitor alienado, a criança/adolescente começa a se inclinar a um genitor causando frustração ao outro, o vínculo afetivo começa a se deteriorar e o menor vê a volta para a casa do guardião como solução a solução dos problemas.

Por fim, no terceiro estágio, intitulado como tipo grave o menor encontra-se extremamente perturbado, as visitas se tornam frustradas ou até mesmo não ocorrem. O vínculo é totalmente cortado entre filho e genitor alienado e o primeiro torna-se independente, empenhando sua própria campanha de hostilidade contra o genitor não guardião que visto como uma ameaça contra a genitora alienante que passa a transmitir a imagem de que tem boas intenções e nada pode fazer contra os ataques do filho contra o alienado.

DISCUSSÃO

Com isso, visto que em meio a tantos conflitos entre os genitores separados, visando sempre o bem do menor, o legislador viu-se necessário a criação de uma lei taxativa e mais objetiva nos casos concretos de alienação parental, e foi então criada a Lei 12.318/2010, que em seu artigo segundo e incisos qualifica a prática da alienação parental, vejamos:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância

para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010).

A Lei 12.318/10, além de conceituar e qualificar a alienação parental, também delimita sanções a se aplicar nos casos em que ocorra a alienação parental, prezando sempre o bem estar do menor, pois este é o mais atingido no conflito (BRASIL, 2010). Em se tratando das consequências da SAP no vitimado, Madaleno e Madaleno ressaltam:

A consequência mais evidente é a quebra da relação com um dos genitores. As crianças crescem com o sentimento de ausência, vazio, e ainda perdem todas as interações de aprendizagem, de apoio e de modelo (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 48).

Sendo assim, os atos incessantes do genitor guardião são tão fortes contra o outro genitor, usando até o menor como influência, que o próprio menor vê o genitor

não guardião como uma falta de modelo e de aprendizagem a se seguir, devido às falsas informações projetadas pelo alienador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do texto analisado, é evidente que a alienação parental surge com a separação do casal e na busca de obter a guarda do menor e evitar interferência do genitor que se julga como um potencial mal à criança/adolescente, o alienador inicia em dar investidas contra o alienado, usando o menor como impulso para afastá-lo da convivência com o mesmo.

É evidente que na zona de conflito entre genitores, quem mais se prejudica é a verdadeira vítima, o menor, gerando possíveis traumas e sérias consequências futuras que podem influenciar no seu crescimento. Visto isso, é imprescindível que o Estado venha regulamentar as formas de evitar o conflito, sempre com o intuito primário de resguardar o bem estar da criança ou adolescente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 mai. 2018.

_____. **Lei nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 15 mai. 2018.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação parental**: aspectos materiais e processuais da Lei 12.318, de 26-08-2010. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** RAFAELI, Rita (trad.). Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em 16 mai. 2018.

MADALENO, Ana Carpes, MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: Importância da Detecção - Aspectos Legais e Processuais**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

“O DIREITO DE SER QUEM É!”: TRANSGÊNEROS E A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Isabela Rocha³⁹
Tauã Lima Verdan Rangel⁴⁰

INTRODUÇÃO

Transgêneros são pessoas que vão além das fronteiras do gênero e não o expressam como estereótipo, pode-se dizer, então, que o transgênero pode se expressar como o sexo apostroado do seu, porém sem a necessidade de mudar o seu corpo. O termo gênero remete ao conjunto das representações culturais construídas a partir da diferenciação biológica dos sexos. No conceito de gênero tem-se como premissa o desenvolvimento das noções de masculino e feminino como construção social. Já o termo sexo, pode-se dizer que corresponde ao atributo anatômico.

Um homem transexual é alguém que nasceu em corpo feminino, e sente que seu gênero se assenta, se identifica com o sexo masculino, oposto ao seu sexo biológico. Por outro lado, uma mulher transexual, nascida com corpo masculino, tem a percepção de que o seu gênero se amolda ao sexo feminino. A transexualidade, portanto, é o desejo de viver e de ser aceito enquanto pessoa do gênero oposto. O

³⁹ Graduanda do curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, Isabela.rocha1@hotmail.com;

⁴⁰ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

sentimento incompreensão do seu próprio corpo divergente de sua mente resulta, na maioria dos casos, depressão e interfere no sentimento do indivíduo de se submeter a uso de hormônios, e até mesmo à cirurgia de redesignação sexual com a finalidade de tornar seu corpo o mais próximo quanto possível do sexo pretendido.

MATERIAL E MÉTODO

A pesquisa será desenvolvida sob o método dedutivo e sob o método histórico, auxiliada de pesquisa bibliográfica e revisão de literatura como técnicas de pesquisa. Igualmente, a revisão de literatura pauta-se em análise de entendimento jurisprudencial apresentado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da temática.

DESENVOLVIMENTO

Tal projeto tem como objetivo abordar sobre o direito dos transgêneros em realizar a mudança de seu nome e sexo em seu registro de nascimento, sem a realização da cirurgia de transgenitalização. Transgênero, por tanto é um indivíduo que está bem com seu corpo. Na legislação ainda não encontramos lei que discuta sobre tal assunto e nem que proteja os direitos dos transgêneros, deixando os mesmos dependentes de autorização judicial para realizar o que tanto almejam. Transgênero é aquela pessoa que transita entre os dois gêneros, isto é, não se identifica pelo gênero imposto no seu nascimento com base em seu sexo biológico. Um homem trans é, ao nascer, foi designado mulher, porém se identifica e se percebe como homem, assim como uma mulher trans, que foi designada homem ao seu nascimento, mas se identifica e se percebe como mulher. São homens e mulheres que, por muitas vezes, sofreram pela falta de compreensão sobre si mesmos e pelos

outros, e tiveram a coragem de ser quem realmente são e lutarem todos os dias por seus direitos.

É necessário, destacar que ser uma pessoa transexual ou travesti é uma questão de autoidentificação, ou seja, a pessoa assume e se designa o conceito que melhor se identifica. Na maioria dos casos, a pessoa trans passa pelo processo de transição, em que normalmente faz uso de hormônios para se sentir mais confortável com o gênero de sua percepção; e a pessoa travesti, que muitas vezes se afirma como um terceiro gênero, costuma ter uma expressão mais feminina (CATELAN, 2016)

Os transexuais têm direitos da personalidade são definidos de variadas formas pela doutrina brasileira contemporânea. De acordo com Lôbo (2003, p.7), tratam de “direitos subjetivos que não tenham objeto econômico e sejam inatos e essenciais à realização da pessoa”. O doutrinador Ehrhardt Júnior (2010, p. 4), por sua vez, destaca-os como “direitos subjetivos de caráter privado, que protegem a identidade e a subjetividade do ser homem”, sendo assegurados sob “o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana”. Dessa forma, constituem-se em uma gama de direitos que asseguram “um *minimum* necessário ao desenvolvimento humano pleno, sem os quais à personalidade restaria um conceito abstrato e vazio” (BRANDELLI, 2012, p. 43). Em suma,

[...] os direitos de personalidade, como primeiro conceito afim dos direitos fundamentais, são posições jurídicas do homem que ele tem pelo simples fato de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem, e ainda condições essenciais ao ser e dever ser. Revelam o conteúdo necessário da personalidade, são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade e têm por objeto os bens da personalidade física, moral e jurídica (BELTRÃO, 2005, p. 222).

A defesa dos direitos da personalidade, garante às pessoas sua integridade física, moral e intelectual. Em razão disso, não é possível prevê-los de forma taxativa no ordenamento jurídico, apesar deste, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrá-los de forma ampla no artigo 5º, da Constituição Federal, a exemplo do direito à honra, à imagem, à integridade física, à liberdade e à identidade. A cirurgia de mudança de sexo é realizada pelo SUS, que ainda exige um diagnóstico muito criterioso, além da enorme fila de espera, e tem suas características dispostas na resolução 1955 do Conselho Regional de Medicina. Maria Helena Diniz dispõe sobre um assunto:

Transexual: Medicina legal e psicológica forense. 1. Aquele que não aceita o sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto, sendo, portanto, um hermafrodita psíquico. 2. Aquele que apesar de aparentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e mediante cirurgia passa para retirada outro sexo. Tal intervenção cirúrgica para a mulher consiste na dos seios, fechamento da vagina e confecção de pênis artificial, e para o homem, na emasculação e posterior implantação de uma vagina. 3. Para a Associação Paulista de Medicina, é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta a seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los. Por fim, o sexo jurídico, entendido este como resultante do registro civil do indivíduo. Para a determinação do sexo, os autores ressaltam o conjunto de todos os conceitos mencionados. A busca da unidade é, portanto, o ponto mais importante da identificação sexual de um indivíduo. A identificação entre os diversos fatores caracterizadores da sexualidade é que determinará ser ou não uma situação revestida de normalidade. (DINIZ, 2001, p. 604).

O transgênero quase sempre sofre preconceito e discriminação por sua família e pela sociedade. O Código Civil protege o nome social a partir de tal princípio que protege o indivíduo para que não lhe seja imposto nomes que lhe exponha ao ridículo.

Atualmente, o Estado do Rio de Janeiro autorizou a confecção da Carteira de Identidade Social, atendendo ao Decreto Nº 46.172, de 22 de novembro de 2017, que instituiu a Carteira de Identidade Social para utilização por pessoas travestis e transexuais, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Entende-se por nome social o modo como as pessoas Travestis e Transexuais são reconhecidas, identificadas e denominadas na sua comunidade e meio social. A descrição do serviço que é prestado pelo DETRAN-RJ consiste em emitir uma carteira de identidade específica para travestis e transexuais que desejam ser reconhecidos por seu nome social. Essa solicitação pode ser efetuada a partir dos 12 anos de idade.

Institui a Carteira de Identidade Social para utilização por pessoas travestis e transexuais, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. O Governador do Estado do Rio de Janeiro, no uso das atribuições, e considerando o disposto no Decreto nº 43.065 de 08 de julho de 2011, Decreta: Art. 1º Fica instituída a "Carteira de Identidade Social", a ser expedida pelo DETRAN-RJ - Diretoria de Identificação Civil, para identificação de pessoas travestis e transexuais que desejarem usar o "Nome Social" no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se "Nome Social" a designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida. Art. 2º O DETRAN-RJ expedirá regulamento, especificando as condições e requisitos para emissão da Carteira. Art. 3º O "Nome Social" adotado no requerimento não poderá ser alterado após sua expedição. Art. 4º O DETRAN-RJ terá prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da publicação deste Decreto, para promover as adequações e iniciar as emissões da Carteira de Identidade Social. Art. 5º A Carteira de Identidade Social terá validade em todo o território estadual, não substituindo o Registro Geral de Identidade que deverá ser alterado tão logo seja expedida a nova Certidão de Registro Civil, de nascimento ou de casamento, após a obtenção em caráter definitivo do nome social através de processo judicial. Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação. (RIO DE JANEIRO, 2017)

Vianna e Lacerda (2004) observam a trajetória dos Direitos Humanos parte da afirmação da liberdade individual, primando pela definição de direitos universais soberanos em relação às circunstâncias estatais, e avança na direção da responsabilização dos estados na garantia de direitos que passam a ser depurados e especificados segundo a particularidade dos indivíduos e grupos sociais. A discussão sobre os direitos humanos apresenta, portanto, um movimento pendular que explicita o antagonismo que o caracteriza, ao afirmar sincronicamente o direito à igualdade e à diferença, à universalidade e à especificidade. O direito a tal mudança deve ser autorizado, respeitado e reconhecido constitucionalmente, não ferindo assim sua dignidade.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O tema discutido por si só já é motivo de grande desentendimento e debate, entre os doutrinadores e a sociedade que falam sobre tal assunto; alguns autores afirmam que o tema é um princípio constitucional que deve ser garantido enquanto outros discutem que o tema ainda deve ser analisado em instâncias superiores como STF, autores como Maria Helena Diniz (2001, p.225) e Pedro Lenza (2009, p. 869), respectivamente.

A identidade sexual é um entendimento que se refere à forma como um indivíduo se identifica como homem ou mulher do ponto de vista do gênero e sua orientação sexual. A identidade pessoal de um indivíduo e de sua orientação sexual são extremamente íntimas, portanto, o ser humano se desenvolve em relação a parâmetros concretos com base na sua aceitação interna. Assim o ser humano vai se descobrindo e sua identidade sexual vai se formando, como sua forma de sentir e suas atitudes.

O direito ao nome pertence à categoria dos direitos da personalidade (LEITE, 2006, p. 342), esta uma das espécies de direitos fundamentais reconhecidos expressa ou implicitamente na Constituição Federal brasileira, que o adquire a partir do seu nascimento e transcende à própria existência física, sendo essencial ao exercício de outros direitos. A personalidade é, desta forma, para além de um direito, um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela (PERLINGIERI, 2002, p. 55).

Pode-se dizer, então, que o nome de registro de um indivíduo é um elemento de identificação. O nome no registro civil tem duas funções sociais, ambas para identificação: o indivíduo se identificar e fazer com que a sociedade o identifique. A partir do momento que esse registro passa a não cumprir essa função social, é preciso revê-lo juridicamente. Por isso, faz-se necessário o direito ao nome social, para que o indivíduo se sinta melhor em ser quem ele é.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o conteúdo exposto acima, identifica-se que os transexuais têm direitos de personalidade que são definidos de variadas formas pela doutrina brasileira contemporânea. Pode-se dizer que o nome de registro de um indivíduo é um elemento de identificação, tendo duas funções sociais, ambas para identificação: o indivíduo se identificar e fazer com que a sociedade o identifique. A partir do momento que esse registro passa a não cumprir essa função social, é preciso revê-lo juridicamente. Por isso, faz-se necessário o direito ao nome social, para que o indivíduo se sinta melhor em ser quem ele é.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade** – De acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BRANDELLI, Leonardo. **Nome Civil da pessoa natural**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CATELAN, Ramiro Figueiredo. **A psicologia e as pessoas trans**. Disponível em: <https://www.jornalnh.com.br/_conteudo/2016/09/blogs/cotidiano/questao_de_genero/1992681-a-psicologia-e-as-pessoas-trans.html> Acesso em 16 mai. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos A. de A. Direitos Humanos Fundamentais à Personalidade: a necessária intersecção entre o público e o privado para a garantia de sua proteção a partir da perspectiva do mínimo existencial. In: **Portal Ciclo: renovando conhecimentos**, 06 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.portalciclo.com.br/>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

IDENTIDADE SEXUAL. **Que Conceito**. São Paulo. Disponível em: <<http://queconceito.com.br/identidade-sexual>>. Acesso em 17 abr. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4445>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). **Decreto Nº 46.172 de novembro de 2017**. Institui a Carteira de Identidade Social para utilização por pessoas travestis e transexuais, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352758>>. Acesso em 12 abr. 2018.

VIANNA, A.; LACERDA, V. **Direitos e políticas sexuais no Brasil: mapeamento e diagnóstico**. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004.

DAS FUNÇÕES DA PENA

Laura Polati Candido Ferreira⁴¹

Tauã Lima Verdan Rangel⁴²

INTRODUÇÃO

Em seu artigo 39, o Código Penal Brasileiro, dispõe que as penas devem ser fundamentais e capazes à prevenção e repressão do crime, ou seja, que a pena imposta valha como uma solução justa entre o mal praticado, a ação praticada pelo agente e a prevenção de futuros delitos penais, porém, sem que sejam ofendidos os direitos de personalidade e a dignidade humana do condenado. O presente trabalho analisará as funções das penas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, assim como suas teorias. Um estudo doutrinário acerca das teorias da pena, somente de modo jurídico, para ao fim chegar a uma conclusão quanto à verdadeira finalidade das penas, no que tange a teoria aplicada no ordenamento jurídico.

Com o desenvolvimento da pena, criaram-se teorias que procuraram explicar ou somente compreender a função da pena frente às formas de comportamentos sociais de cada época e da organização do Estado, seus fins e características, e, sobretudo, a pessoa do condenado como sujeito passivo da atuação

⁴¹ Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana – RJ, laurapolati@gmail.com

⁴² Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

dela. Num primeiro instante, a pena foi tida como uma forma de compensar ao condenado o mal por ele praticado, em consequência da infração cometida. Logo após, a natureza preventivo da pena foi ressaltada e, em dado momento, nasceram as teorias mistas que procuravam conciliar as teorias absolutas e as relativas.

MATERIAL E MÉTODOS

Como material e métodos utilizados para o desenvolvimento do presente resumo expandido, consistirá em revisão bibliográfica em doutrinas sobre a temática apresentada, bem como, artigos que tratem sobre a temática apresentada e que dissertem sobre o assunto principal do tema em questão.

DESENVOLVIMENTO

Considerada uma das mais ágeis reações do Direito, a pena representa a forma mais severa de administração da convivência pacífica dos cidadãos, mas é ao mesmo tempo, o mecanismo que os deixa menos livres.

De acordo com Rogério Greco (2015), o Código Penal, mais precisamente em seu artigo 59, dispõe que as penas devem ser suficientes para a reprovação e prevenção do delito. Sendo assim, em conformidade com nossa legislação penal, observamos que a pena tem o papel de reprovar o mal provocado pela ação do infrator, bem como prevenir que novas violações a lei venham a ser praticadas. Damásio de Jesus é imperioso ao dizer,

Pena é a sanção aflictiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar

novos delitos. Apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. (JESUS, 2014, p.563).

Em sede complemento, Rogério Greco, aponta,

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*. (GRECO, 2015, p. 533).

A pena é tida como a mais importante das consequências jurídicas do delito, por consistir na privação ou restrições de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal (PRADO, 2009, p.488 *apud* LOPES *et all*, s.d, p.5). Existem inúmeras teorias que tentam explicar seu fim e fundamento específico, sendo estas separadas em grupos, quais são eles: absolutas ou retributivas e relativas ou preventivas.

As teorias tidas como absolutas advogam a tese da retribuição, ao passo que as teorias relativas apregoam a prevenção. Na reprovação, segundo a teoria absoluta, reside o caráter retributivo da pena. De acordo com Moraes, a teoria absoluta foi desenvolvida na idade média, época esta em que a política e a teologia eram estreitamente ligadas pelo centro do Direito Divino, no qual a soberania se confundia com Estado, já que concedidos por Deus. Neste cenário aquele que praticasse alguma conduta imoral ou algum pecado, que contrariasse a igreja ou o Estado, na figura do soberano, era castigado. (MORAES, 2013, s.p).

Neste sentido, César Roberto Bittencourt explica que, “segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais”. (BITTENCOURT, 2000, p.68 *apud* MORAES, s.d, s.p). Desta forma, podemos observar que a pena seria

um mal imposto necessário, frente a seus atos negativos que lesavam a sociedade e a integridade do Estado. Ainda no cenário retributivo, Gilberto Ferreira explica que,

A pena é justa em si e sua aplicação se dá sem qualquer preocupação quanto a sua utilidade. Ocorrendo o crime, ocorrerá a pena, inexoravelmente. O importante é retribuir com o mal, o mal praticado. (FERREIRA, 2000, p.25).

Para as teorias absolutas, também chamadas retributivas, a pena é um meio de revide ao infrator pela ação ilícita praticada. Nesta teoria o que se vislumbra é a punição do infrator, lhe causando um prejuízo, resultado de sua má conduta, uma forma do condenado entender que está sendo penalizado em razão de ter violado as normas jurídicas. Na precisa lição de Roxin,

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independentemente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (ROXIN, s.d, p. 81-82 *apud* GRECO, 2015, p. 537).

Os principais defensores desta ideia foram Immanuel Kant e G.F Hengel, segundo os quais tal teoria trazia consigo em seus pilares uma influencia filosófica de base ética e moral. Existe crítica a respeito da teoria absoluta no sentido de que a pena para esta teoria, é apenas uma punição, servindo como revide a má conduta praticada pelo delinquente em forma de castigo, pagar o mal feito com outro mal (a

pena), o que não apresenta nenhuma utilidade à sociedade. Esta teoria, ao invés de fundamentar a pena, presume sua necessidade.

Luiz Regis Prado aponta com maestria, que nos dias atuais, a visão de retribuição trazida pela teoria absoluta, já não encontra amparo, isto porque,

Na atualidade, a ideia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um princípio limitativo, segundo o qual o delito perpetrado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade. (PRADO, 2006, p.526 e 527).

Por sua vez, a teoria relativa ou preventiva possui um caráter diferente da anterior. Esta tem por fim a prevenção de novos delitos, ou seja, busca impedir a realização de novas ações criminosas. Assim, a pena era tida como um apto instrumento à prevenção de possíveis delitos, pois, possuía um claro caráter utilitário de prevenção. A teoria relativa ou preventiva não se refere à pena como meio de retribuir ao infrator o mal por ele causado à sociedade, mas confere à pena um caráter preventivo à prática do delito. A questão preventiva tem como objetivo impedir ao máximo possível a ocorrência de novas ações ilícitas. A punição era vista como meio de defesa da sociedade e segurança.

Tal teoria opera-se de duas formas, a prevenção geral, que tem por natureza a intimidação da sociedade para não praticar um ato ilícito, e prevenção especial, que tem como objeto o próprio infrator. Na lição de Damásio de Jesus, “na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes”. (JESUS, 2014, p.563).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A pena é tratada como uma coação psicológica, pois ameaça o indivíduo que se recusa a observar e obedecer às normas jurídicas, motivando-os assim a não praticar ilícitos penais. Frente a isto, Moraes (2013, s.p) explica que, esta teoria geral é subdividida em positiva, na qual a pena nada mais é do que uma forma de se produzir valores éticos e morais diante da sociedade e do indivíduo que não praticou a má conduta, e negativa, que busca a intimidação daqueles que não praticaram a conduta ilícita, para que não se sintam instigados ou motivados à prática do crime. Nas palavras de Rogério Greco, na prevenção geral negativa,

A pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal. (GRECO, 2015, p.537-538).

Sendo assim, nessa vertente doutrinária, a pena é imposta pelo medo, ou seja, ela deve possuir capacidade de amedrontar as pessoas da sociedade, para que aquele ilícito penal não seja reproduzido. Existe, do mesmo modo, outra vertente da prevenção geral tida como positiva. Paulo de Souza Queiroz preleciona que,

A pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai, além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social. (QUEIROZ, s.d, p.40 *apud* GRECO, 2015, p. 538).

Para esta concepção, a pena deveria possuir uma medida capaz de reestruturar o sistema, formando um consenso geral na sociedade. O aspecto positivo de a prevenção geral dá-se com a provisão da fidelidade jurídica dos cidadãos e opera de diversas formas. Como bem explana Moraes,

A primeira consiste no estabelecimento de diretrizes de conduta para a sociedade, através da demonstração do especial valor de determinados bens jurídicos, que se faz por meio da criação dos tipos penais, da cominação das penas correspondentes e do estabelecimento dos critérios de persecução penal. A segunda forma pela qual opera a prevenção geral positiva decorre da confiança que surge na sociedade a partir da constatação de que o Direito efetivamente se aplica. E, ao final, a prevenção geral positiva opera também através do efeito de pacificação que se produz quando, em virtude da aplicação e execução da sanção penal, a consciência jurídica da sociedade se tranquiliza e considera solucionado o conflito com o autor da infração. (MORAES, 2013, s.p).

Em seu turno, a prevenção especial, também pode ser concebida em seus dois sentidos, negativa e positiva. (GRECO, 2015, p.538). Ainda de acordo com o mesmo autor, na prevenção especial negativa, busca-se uma neutralização daquele que tenha praticado o ilícito penal, neutralização esta que se dá com a segregação no cárcere. O delinquente fica impossibilitado de praticar novas infrações penais, uma vez que é retirado do convívio social momentaneamente. Quando se fala em neutralização do agente, deve ser fixado que isso ocorre somente quando a ele for imposta pena privativa de liberdade. (GRECO, 2015).

Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin: “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos”. (ROXIN, s.d, p.85 *apud* GRECO, 2015, p.538). Observa-se aqui o caráter ressocializador da

sanção penal, fazendo com que o infrator pense sobre o crime, considerando suas consequências. (GRECO, 2015).

Na visão de Cezar Roberto Bitencourt, a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. (BITENCOURT, s.d, p.81 apud GRECO, 2015, p.538). Em virtude da redação contida no caput do artigo 59 do atual Código Penal Brasileiro, podemos observar na lei penal brasileira a adoção de teoria mista ou unificadora, a fim de conciliar as teorias absolutas e relativas. Pelas palavras de Rogério Greco,

Isso porque a parte final do caput do artigo 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absolutas e relativas, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção. (GRECO, 2015, p.539).

Proposta por Claus Roxin, tal teoria buscou claramente conciliar as teorias anteriores, destacando os acertos ocorridos e buscando fugir dos erros apresentados nas outras teorias. A teoria mista considera o sentido da pena não somente na compensação da culpa do infrator, mas também no sentido geral de fazer valer a ordem jurídica, com o fim de prevenir futuros crimes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, podemos observar que as teorias absolutas, que conceituam a pena como um fim em si mesmo, retornam ao passado e buscam responder a seguinte pergunta: “por que punir?”. Por outra vertente, as teorias relativas, com o pensamento de que a imposição da pena deve ser útil a fim de

prevenir a realização de delitos, tem seus pilares voltados para o futuro e buscam responder a seguinte pergunta: “para que punir?”. Enquanto a teoria mista busca unificar os pontos mais importantes e fundamentais das teorias mencionadas acima.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Cláudio Ribeiro. **Breve estudo sobre as teorias dos fins da pena: um olhar histórico contemplativo sobre a realidade contemporânea**. Disponível em:
<<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031289.pdf>> Acesso em: 11 mai. 2018.

MARTINS, João. Das teorias da pena no ordenamento jurídico brasileiro. In:
Jusbrasil: portal eletrônico de informações, 2014. Disponível em:
<<https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/147934870/das-teorias-da-pena-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 11 mai. de 2018.

MORAES, Henrique Viana Bandejas. Das funções da pena. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620> Acesso em: 14 de mai. de 2018.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1. ° a 120. v. 1. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SUBSTITUIÇÃO DE CANDIDATOS AO PLEITO MAJORITÁRIO COMO FORMA DE INSEGURANÇA JURÍDICA OU FRAUDE ELEITORAL

Letícia Ferreira Barreto⁴³
Tauã Lima Verdan Rangel⁴⁴

INTRODUÇÃO

Os partidos políticos se destinam a assegurar a autenticidade do sistema representativo. No nosso direito constitucional, não se admitem candidaturas avulsas. Consequência da função representativa dos partidos é que o exercício do mandato político, que o povo outorga a seus representantes, faz-se no sentido de ser um instrumento por meio do qual o povo governa.

É como se o povo participasse do poder por meio dos partidos políticos. A existência de uma conexão direta entre partidos políticos e democracia tem sido amplamente difundida e aceita. Como vários estudos têm apontado, os partidos políticos são uma condição necessária, embora não suficiente, para o funcionamento do regime democrático (PAIVA *et al*, 2007).

⁴³ Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, leticia_fb09@hotmail.com;

⁴⁴ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Sua importância para o funcionamento da democracia pode ser explicada pelas funções que desempenham: estruturam a competição política na arena eleitoral, fornecem aos cidadãos ofertas na agenda pública e opções em termos de políticas públicas, dão inteligibilidade ao sistema político, são atores fundamentais na formação e sustentação de maiorias governantes. Desse modo, as agremiações partidárias são essenciais, tanto por sua atuação no âmbito da representação quanto na arena governamental (SCHMITTER, 2001).

Em relação à substituição de candidato no Processo Eleitoral, será analisada sob o prisma de princípios constitucionais como igualdade, proporcionalidade e razoabilidade, bem como os princípios da representatividade, da soberania, do voto livre e consciente e o princípio da publicidade, todos indispensáveis à efetiva democracia no momento da escolha dos representantes (SILVA; CARVALHO, 2015).

A ocorrência de substituição de candidato no ordenamento político brasileiro se perfaz de longas datas, e por diversos motivos, quais sejam: a inelegibilidade, a renúncia ou o falecimento após o termo final do prazo do registro ou, ainda o indeferimento ou cancelamento do registro do candidato substituído. Dessa forma, é importante analisar as razões políticas e jurídicas, e até mesmo as verdadeiras intenções da coligação ou partido político ao requer a substituição de candidato, o que será tutelado pelo Poder Judiciário (SILVA; CARVALHO, 2015).

Diante deste contexto, a intenção deste estudo é abordar a substituição de candidato majoritário às vésperas da eleição, examinando como a legislação eleitoral, especialmente a Lei nº 9.504/97 e as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral preveem essa possibilidade, verificando em que circunstâncias e quais os requisitos exigidos para o deferimento do novo registro, buscando julgados a partir de 2016 para saber se alguma cidade enfrentou problemas com a substituição.

MATERIAL E MÉTODOS

A elaboração deste Resumo Expandido decorre da leitura e análise de textos de doutrinas, livros e revistas jurídicas que tratam sobre o tema, sobre o qual se redigiu o presente trabalho, com o objetivo de refletir se as alterações legislativas, que disciplinam a substituição de candidatos ao pleito majoritário, contribuíram para afastar a insegurança jurídica e consequente ocorrência de abuso de direito e fraude nas eleições.

DESENVOLVIMENTO

Observa-se que nos últimos anos, a ciência política brasileira tem desenvolvido uma ampla literatura sobre o funcionamento dos partidos e do sistema partidário brasileiro sob diferentes perspectivas. Em sua maioria, tais estudos têm demonstrado uma visão positiva acerca de suas atuações na arena governamental ou em termos de estabilidade da competição eleitoral (BARROS, 2006).

O fundamento legal do presente estudo está previsto no artigo 13, CAPUT e parágrafos, da Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), vindo a sofrer alterações na redação com a vigência das Leis 12.034/2009 e 12.891/2013. Conforme leitura do citado artigo, é facultada ao partido ou coligação a substituição de candidato nos casos de cancelamento e indeferimento do registro de candidatura, e após o registro, quando ocorrer inelegibilidade superveniente, renúncia e falecimento.

As modificações legislativas incidiram sobre o prazo de substituição. Originalmente, o pedido de registro de candidatura do substituto deveria ser apresentado em até dez dias contados do fato ou da decisão judicial que deu origem

à substituição, tanto para o pleito majoritário quanto para o proporcional. No entanto, para este, a substituição somente poderia ser realizada em até sessenta dias antes da eleição.

Assim, não havia previsão de prazo máximo antes das eleições para se efetivar a substituição de candidato majoritário. Com o fim de coibir as práticas abusivas no procedimento de substituição de candidatura, a Lei 12.891/2013 estabeleceu o novo prazo de 20 (vinte) dias antes das eleições, para requerer o pedido de registro de candidatura do candidato substituto de ambos os sistemas majoritário e proporcional, respeitado o termo de 10 (dez) dias contados do fato ou da notificação do partido da decisão judicial que deu origem à substituição.

Ocorre que, o exíguo lapso temporal não se faz satisfatório para prevenir as situações de abuso de direito e fraude eleitoral, uma vez que, nesse momento, será apresentado o novo pedido de registro de candidatura, que estará sob risco de impugnação, para posterior julgamento. Restando, assim, uma alta probabilidade do nome do candidato substituído ir para a urna eletrônica e o substituto não participar da campanha eleitoral. É importante frisar que essa alteração passou a vigorar a partir da Eleição de 2016 e pretende-se buscar julgados dessa última eleição a fim de verificar se alguma cidade enfrentou dificuldades com tal procedimento.

Portanto, o estudo pretende acima de tudo mostrar que a estruturação da competição eleitoral é tida como uma das atividades primordiais dos agentes partidários em uma democracia representativa. É a atividade que confere aos partidos políticos um papel distinto em relação a outros atores políticos, dado que lhes permite recrutar e nomear candidatos a diferentes funções, oferecer aos cidadãos uma "integração simbólica" acerca da agenda pública, *issues*, consensos e fundamentos de uma sociedade democrática (SCHMITTER, 2001).

Por fim, no mesmo sentido, em caso de desvirtuamento dessa finalidade dos partidos políticos, busca-se analisar a eficácia das normas jurídicas que regulam o processo eleitoral, a fim de questionar se de fato estão a garantir a lisura do processo eleitoral e, assim, prevalecer a soberania popular, por meio do exercício do voto livre e consciente.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diversas foram as situações de substituição às vésperas das eleições que elegeram candidatos cujos registros de candidatura foram impugnados, antes da alteração legislativa. A exemplo, cite-se o Recurso Especial Eleitoral n. 54.440/2012 do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, que manteve decisão que julgou procedente a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) do vencedor da eleição municipal de Paulínia - SP. No presente caso, o então candidato foi considerado inelegível em decisão judicial não transitada em julgado e, ao invés de recorrer, este renunciou à sua candidatura a menos de 24 (vinte e quatro) horas do pleito, lançando um novo candidato, o qual se sagrou vencedor nas urnas e foi diplomado (CRUZ; SANTOS, 2015).

Ao decidir o recurso, a Ministra Laurita Vaz acolheu os fundamentos da decisão de primeiro grau sob os fundamentos de ter sido configurado abuso de direito e também por considerar não ser possível a substituição de candidatos após o prazo fixado para as eleições proporcionais, de 10 (dez) dias antes das eleições, valendo-se de interpretação conforme a Constituição, dada art. 13 e parágrafo da Lei 9.504/97 (CRUZ; SANTOS, 2015).

Em contraponto, sob novo Recurso requerendo a reforma do Acórdão acima, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu pelo provimento uma vez que o art. 13 da Lei

9.504/97 não veda a substituição de candidatos majoritários às vésperas das eleições, não cabendo, assim, uma interpretação restritiva de direito. Nos termos da decisão, “no que tange a esse ponto, é de ser observada a vetusta regra de hermenêutica segundo a qual ‘onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir’” (REspe nº 54.440/2012). Somado isso, alegou ser o abuso de direito e a má-fé, matérias de ordem subjetiva, portanto, devendo ser provadas e não presumidas. Pelo exposto, caberia ao Poder Legislativo estipular um prazo para a substituição de candidatos às eleições majoritárias, como já existia para as proporcionais, e assim o fez com a edição da Lei 12.891/2013 (CRUZ; SANTOS, 2015).

A referida lei acrescentou significativas mudanças ao art. 13 da Lei das Eleições. Atualmente, tem-se o mesmo prazo para a substituição de candidato ao pleito majoritário e proporcional, ambos devem ocorrer em até 20 dias antes do pleito, exceto se tiver ocorrido falecimento. Ocorre que, juntamente com tal alteração, o processo de registro de candidatura foi reduzido. Antes a Justiça Eleitoral levava em média 90 (noventa) dias para julgar uma AIRC e agora terá o prazo de 70 (setenta) dias. Nos termos da lei, o novo pedido de registro deve ser requerido em até 10 (dez) dias contados do fato ou da notificação do partido da decisão que ensejou a substituição, respeitado o prazo de 20 (vinte) dias antes das eleições (CRUZ; SANTOS, 2015).

Logo, por uma questão processual, não se faz razoável as alterações promovidas, uma vez que o direito à substituição de candidatos, assegurado aos partidos, dificilmente será usufruído. (CRUZ; SANTOS, 2015). Ademais, permanece a insegurança jurídica trazida pela norma, não somente para as agremiações partidárias, mas também para os eleitores, que não terão tempo hábil para conhecer as propostas dos candidatos substitutos, ou mesmo saber se determinado candidato conseguiu disputar a eleição e assim decidir o seu voto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alegação de abuso de direito e fraude está no fato de que uma grande proporção dos candidatos substituídos terem seus respectivos registros de candidatura indeferidos pelos juízes eleitorais, ao incidirem as causas de inelegibilidades provenientes de condenações em processos que já se encontravam em trâmite na Justiça, pelos crimes previstos na Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), ou mesmo pela renúncia do próprio candidato, que sabendo da probabilidade de condenação em segunda instância, deixa para formalizar à beira do prazo de substituição de candidatos, que, atualmente, faz-se em 20 (vinte) dias antes da eleição, conforme artigo 13, § 3º, da Lei 9.504/97.

Notadamente, supõe-se que o candidato substituto quase sempre é parente ou amigo político próximo do candidato inicialmente indicado, assim, substituir o candidato inelegível, portanto, vetado a concorrer, por um parente, prejudica a diferenciação pelo eleitor de quem será o candidato e o possível gestor. Isso pode ser uma forma de intentar a perpetuação de uma mesma família na chefia do Poder Executivo por vários mandatos, conduta que deve ser coibida pelo Poder Judiciário.

Por fim, conforme destacam Silva e Carvalho, acredita-se que a substituição nesses termos constitui-se, ainda, flagrante violação ao direito do eleitor à informação necessária sobre as qualidades dos candidatos, suas propostas e ideais e até mesmo sua vida pregressa, pois não há tempo hábil para a divulgação e publicidade da súbita substituição, limitando, assim, o exercício do voto livre e consciente do eleitor, bem como afronta ao princípio da igualdade em relação aos demais concorrentes, que ao longo da campanha eleitoral se submeteram a duras críticas e questionamentos da população e de seus oponentes, diferente do novo candidato que ingressa na disputa eleitoral sem participar do árduo debate eleitoral e, sem ao

menos precisar defender suas ideologias e propostas políticas (SILVA; CARVALHO, 2015).

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

CRUZ, João Helio Reale da; SANTOS, Mateus Oliveira. Substituição de candidatos a cargos eletivos: análise das alterações introduzidas pela Lei 12.891, de 11 de dezembro de 2013. In: **Estudos Eleitorais**, v.10, n. 2, mai.-ago. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1618>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

PAIVA, Denise; et al. Eleitorado e partidos políticos no Brasil. **Opin. Publica**, Campinas, v.13, n.2, nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762007000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 mar. 2018.

SCHMITTER, P. C. Parties are not what they once were. In: DIAMOND, L. & GUNTHER, R. (eds.). **Political Parties and Democracy**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2001.

SILVA, Noeme Marques da; CARVALHO, Volgane Oliveira. **A substituição de candidato majoritário às vésperas da eleição e a alegação de abuso de direito e fraude**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2015/03/direito-fraude.html>>. Acesso em 7 fev. 2018.

UMA ANALISE AO SISTEMA DE EXECUÇÃO FISCAL: UM EXAME DA LEI 6.830/1980

Luciana de Castro Almeida⁴⁵
Tauã Lima Verdan Rangel⁴⁶

INTRODUÇÃO

O meio pelo qual o Estado pode obter a satisfação do crédito tributário, que é seu por direito, é a Execução fiscal, tal procedimento regulado pela Lei 6.830/1980 é aplicada nas situações onde o contribuinte está inadimplente. Diante dessa situação o Poder Executivo pode, uma vez que possui direito líquido e certo e ultrapassada a fase administrativa, buscar por meio do judiciário o pagamento daquele tributo ou receita para os cofres públicos.

A Lei nº 6.830/80, como mencionado acima, instituiu e regulamentou o processo de execução fiscal, e nela estão previstos os preceitos e padronização das ações de execução de valores devidos ao Estado, esta lei estabelece uma forma alternativa para o pagamento dessa dívida que deve ser inscrita como dívida ativa e comunicada ao contribuinte por meio de uma certidão de dívida ativa. A saber, dívida ativa da Fazenda Pública é aquela determinada pela Lei nº 4.320/64, lei esta que

⁴⁵ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, lucastro71@yahoo.com.br;

⁴⁶ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, juntamente com as alterações posteriores.

MATERIAL E MÉTODOS

Os meios utilizados para o desenvolvimento da pesquisa foram diversos desde sites eletrônicos a doutrinas. Para chegar ao resultado final desse estudo, todas as informações colhidas foram unidas e pode-se concluir o que se expõem.

DESENVOLVIMENTO

A lei nº 6.830/80, conhecida como Lei de Execução Fiscal determina como se dará o processo de cobrança das dívidas ativas do Estado. Em primeiro lugar cabe explicar o que vem a ser “dívida ativa”. A dívida ativa é o crédito do Estado e tem duas naturezas, tributaria e não tributaria, conforme define o artigo 39 do Decreto-lei nº 1.735/79:

Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei [...] (BRASIL, 1979)

Donizetti acrescenta:

Para caracterizar dívida ativa, passível de execução fiscal, é indispensável que seja originária de relação de direito público. Uma compra e venda, por exemplo, efetivada com base no direito privado, não possibilita a execução fiscal. (DONIZETTI, 2017, p.1379)

A Execução Fiscal se rege pela Lei 6.830/80 e subsidiariamente pelo CPC conforme dispõe artigo 1º. É o instrumento que a Fazenda Pública tem para a cobrança da dívida ativa. Para que tal dívida seja cobrada é necessário que se torne exequível e para isso o órgão competente deve inscreve-lo. Essa inscrição gera uma certidão de Dívida Ativa que torna o crédito um título executivo extrajudicial, e a fim de esclarecer, Donizetti se expressa:

Em outras palavras, a inscrição consiste num procedimento administrativo, levado a efeito pela autoridade competente (do ente federativo ou da autarquia credora), com o objetivo de verificar a legalidade do crédito (quanto à existência, valor e acessórios). Dessa verificação decorrem a liquidez e certeza do crédito, que passará a ser judicialmente exigível após escoado o prazo para pagamento voluntário. (DONIZETTI, 2017, p. 1273)

O processo de execução fiscal se divide em 5 fases, tendo início com a petição inicial, onde deve ser acompanhada da Certidão de Dívida Ativa. A inicial deve conter apenas a indicação do juiz a que se dirige, o que se pede e requerimento de citação. Dá-se a causa valor igual ao da dívida inscrita, o mesmo despacho que defere a inicial, ordena a citação, penhora, arresto e interrompe a prescrição, fazendo cumprir com os respectivos registro e avaliações dos bens.

A petição inicial da execução fiscal deve indicar o juízo a quem é dirigida, o pedido e o requerimento de citação (art. 6.º, da LEF). Dispensa-se o requerimento de prova, seja porque de regra ela é desnecessária, seja porque a prerrogativa de produzir provas pela Fazenda Pública independe de requerimento (art. 6.º, § 3.º, da LEF).

Também não é necessária a indicação da causa de pedir, que estará já descrita na certidão de dívida ativa. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p.79)

O segundo passo é a citação e penhora, que como dito acima, acontece em momento único, junto ao despacho que defere a inicial. O executado tem prazo de 5 dias para pagar a dívida cobrada acrescida de juros e multa de mora e ainda os encargos, ele tem como opção garantir a execução. Na recusa do pagamento ou da garantia da execução a penhora, pode, recair sobre quaisquer bens do executado nos termos da lei de Execução Fiscal nº 6830/80 artigo 11:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

VIII - direitos e ações.

§ 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.

§ 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º.

§ 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exequente, sempre que está o requerer, em qualquer fase do processo (BRASIL, 1980).

O executado por sua vez, tem a opção de embargar a execução, podendo fazê-la no prazo de 30 dias a contar do depósito que garante a execução, da juntada das provas de fiança ou do seguro garantia, ou ainda da intimação de penhora. Devendo

alegar ali tudo que julgar útil para sua defesa, sendo desde provas, documentos e testemunhas.

Os embargos à execução serão apresentados através de petição inicial, que deve preencher os requisitos dos arts. 319 e 320 do CPC. Recorde-se que a causa de pedir dos embargos está, em princípio, limitada às matérias enumeradas no art. 917, sendo necessária a demonstração, de plano, da plausibilidade dos argumentos oferecidos. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p.74)

Outra opção que o executado tem é de oferecer Exceção de Pré Executividade, tal instituto é consagrado pela jurisprudência e pela doutrina, fundamentado pela sumula 393 do STJ: “Súmula 393 - A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”. Tal instrumento é utilizado dentro da execução fiscal, ao contrário do embargo, se utiliza tal mecanismo quando a matéria pode ser conhecida de ofício e não precisa de dilação probatória, não sendo necessário garantir a execução. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) dissertam no sentido de que:

Atualmente, as matérias indicadas como apropriadas para a exceção de pré-executividade podem ser alegadas em embargos à execução. Como os embargos não dependem da prévia segurança do juízo (ou seja, da penhora para poderem ser deduzidos), nada impede que o executado apresente de imediato os embargos à execução, alegando os temas que deduziria, internamente à execução, pela via da exceção de pré-executividade. As vantagens da exceção de pré-executividade sobre os embargos à execução são a tempestividade, a informalidade e a economia de custos. Isto recomenda a sua admissão no direito atual, ainda que a via dos embargos à execução não dependa mais da prévia segurança do juízo pela penhora. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p.79)

Caso o executado não Embargue a Execução ou apresente Exceção de Pré Executividade, uma vez que ouvida a Fazenda Pública, passa-se para a expropriação dos bens, sem que antes se profira sentença. Logo em seguida, os bens são postos disponíveis para a compra e a alienação sempre se dá por meio de leilão público.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Execução fiscal é um tipo de execução que tem como objeto um crédito da Fazenda pública, quer seja, municipal, estadual ou federal, de natureza tributária ou não, inscrito em dívida ativa. Identificado como um microssistema, se regulamenta por lei própria, Lei nº 6830/1980, mais conhecida como Lei de Execução Fiscal, porém na omissão de qualquer posicionamento, aplica-se subsidiariamente o código de processo civil brasileiro.

Tem como finalidade proteção do direito do Estado de receber o crédito devido aos entes. Logo, a execução fiscal somente se aplica aos casos em que a Fazenda pública é credora. Por outro lado, estão sujeitos a serem executados os devedores, os fiadores, o espólio, a massa falida, o responsável e os sucessores do devedor a qualquer título (artigo 4º LEF). Os créditos da Fazenda pública não estão sujeitos a ordem do quadro de credores, pois tem preferência no recebimento.

Para que se ingresse com um processo de execução fiscal, a Fazenda deve inscrever o crédito em dívida ativa por meio de termo de inscrição em dívida ativa, que nada mais é do que o resultado do processo administrativo de inscrição de débitos em dívida ativa do Poder Público, que visa tão somente garantir a liquidez e certeza do crédito cobrado. Uma vez que iniciado o procedimento, fica a prescrição interrompida por 180 dias ou até que seja ajuizada a execução fiscal. Embora não seja expresso na lei de execução fiscal o motivo de ser um processo administrativo que

enseja na inscrição do credito em divida ativa, é assegurado ao devedor o devido processo legal bem como contraditorio e ampla defesa, estndo ele com ou sem advogado, salvo casos em que expressamente é indispensavel a presença deste.

O devedor tem 5 dias para pagar ou embargar a execução, não o fazendo, passe-se para a penhora dos bens na ordem estabelecida pelo artigo 11 da LEF (Lei 6830/80). Dispensa-se a penhora caso o devedor ofereça fiança bancaria ou seguro garantia. (Artigo 9º II e § 3.º, e 15, I, da LEF). Mesmo tendo a Execução fiscal lei propria com regras específicas a respeito dos processos e procedimetnos, devido ao fato de ser mais atual, nos casos de penhora, tem-se aplicado o Código de Processo Civil (Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015), fazendo-se valer da mesma regra para alienação antecipada de bens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legislador, visando a protecao de o Estado receber o que de fato lhe é de direito, institui norma propria para garantir a cobrança de creditos em que a Fazenda publica é parte autora por meio da Execução Fiscal.

É visível que é um processsedimento mais celere, e que busca inteira satisfação do credito devido pelo civil. Porem em nada lhe tira o direito de defesa, restando ao devedor opor-se por meio de embargos a execução, garantindo a execução, ou apresentando nos autos do proprio processo executorio Exceção de pré-executividade.

É comumente encontrado no dia-dia casos de pessoas sofrendo execução fiscal, porem poucas pessoas entendem o que vem a ser e qual a importancia. Assim como toda a sociedade a Fazenda tem direito de receber o credito que dispoe, logo,

nada mais justo do que, assim como na seara do processo civil, um procedimento que garantisse que esse crédito integrasse os cofres públicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.735, de 20 de dezembro de 1979**. Dá nova redação ao art. 39 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1735.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018

_____. **Lei nº. 6830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

DONIZETTI, Elpídio **Curso didático de direito processual civil**, 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Org.). **Novo curso de processo civil (livro eletrônico)**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. v. 3. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ASPECTOS PRINCIPAIS DA EVOLUÇÃO DA PENA NA IDADE ANTIGA

Mariane da Cruz Caetano⁴⁷
Tauã Lima Verdan Rangel⁴⁸

INTRODUÇÃO

Desde o surgimento da humanidade, destaca-se a necessidade do homem em viver agrupado as diferentes espécies, formando, os clãs, as tribos e as famílias, sendo preciso que regras de convivência fossem estabelecidas, a fim de impedir sua extinção. A Idade Antiga é o período histórico marcado por punições de caráter exclusivamente cruéis e vingativas, sem proporcionalidade entre a ofensa e a aplicação do castigo, sendo o período são divididos em três fases, quais sejam: vingança privada, divina e pública.

Vale dizer que na Antiguidade, durante o período da vingança privada surgiu a Lei de Talião ou Lei de Retaliação, presente no Código de Hamurabi, rei da Babilônia, enquanto na vingança divina um dos principais destaques é o Código de Manu, na Índia, e, por conseguinte, na vingança pública, mais especificamente em Roma, destacou-se a Lei das XII tábuas. Nesta linha, a presente pesquisa tem por

⁴⁷ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana – 9º período – VI turma -mariccaetano@gmail.com;

⁴⁸ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

objetivo uma abordagem sistemática da evolução histórica da pena na Idade Antiga, destacando os pontos relevantes da vingança privada, divina e pública, bem como o desenvolvimento com o passar dos anos.

MATERIAL E METODOS

A metodologia empregada para a elaboração deste está assentada na utilização de revisões bibliográficas, pesquisa em sites atrelados a temática, bem como a utilização doutrinária para sustentar as ideias ora apresentadas.

DESENVOLVIMENTO

Desde o surgimento da humanidade nota-se no homem, a necessidade de viver agrupado as diferentes espécies, como forma de se proteger das tribos inimigas. Assim, surgiu na Idade Antiga, a ideia de pena, proveniente do latim *poena* e do grego *poíné*, que significa “inflição de dor física ou moral ao transgressor de uma lei” (GRECO, 2017, p. 50). Em contrapartida, Cesare Beccaria (2000, s.p, *apud* Gonçalves, 2014, p. 67) ensina que, se alguém causasse dano a outrem, a pena deveria ser aplicada na mesma proporção do dano social, e que a pena de morte, a tortura e qualquer outro tipo de pena cruel não deveriam existir, tendo em vista seu caráter cruel. Acrescenta ainda que, a aplicação das penas não deveria ser coletiva, mas que prevenisse o crime e recuperasse o criminoso.

Acerca disso, Hobbes (2009, p. 218, *apud* GONÇALVES, 2014, p. 67) conceitua a pena como um dano:

Pena é um dano infligido a autoridade Pública àquele que fez ou omitiu aquilo que, pela mesma autoridade é julgado transgressão da Lei, com a finalidade de que a vontade dos homens fique desse modo, mais inclinada à obediência. (HOBBS, 2009, p. 218, *apud* GONÇALVES, 2014, p. 67)

Conforme disserta Greco (2017), a partir do momento que o homem passou a viver agrupado num ambiente social, esteve presente a ideia de punição, associada ao princípio de castigar pelos atos que atentasse contra algum indivíduo ou mesmo contra o grupo o qual pertencia, não originária de leis formais, uma vez que não existiam na época, mas sim de regras costumeiras, provenientes da cultura para satisfazer o sentimento de justiça e preservar o corpo social. Desta forma, destaca-se que não havia um Estado capaz de proporcionar aos indivíduos segurança contra as arbitrariedades praticadas do mais forte contra o mais fraco, além da falta de regulamentação jurídica para solução de conflitos em geral. Em complementação aduzem Cintra, Grinover e Dinamarco (2013, p. 29, *apud* JACOB, 2016, p. 13) que: “os dois traços específicos da autotutela são a ausência de juiz distinto das partes e a imposição da decisão por uma das partes a outra”.

Como é cediço, o período da Idade Antiga ou fase primitiva, se estendeu desde o surgimento da escrita (4000 a.C a 3500 a.C) até a queda do Império Romano do Ocidente (476, d.C) e o início da Idade Média (século V), marcada pelo surgimento da vingança privada, vingança divina e vingança pública (CALDEIRA, 2009, p. 259). Nesse sentido, inicialmente não se tinha ideia da proporcionalidade entre a ofensa causada e o castigo imposto ao transgressor, e muito menos um sistema orgânico de princípios capazes de assegurar aos indivíduos quaisquer violações e abusos, como se encontra atualmente (SILVA, 2011, p. 7).

Conforme Masson (2009, s.p, *apud* TEIXEIRA, 2008, p.13), o período da vingança privada na Idade Antiga é caracterizado pela “vingança entre grupos, que

encaravam a infração como uma ofensa não relacionada diretamente à vítima, mas, sobretudo ao grupo”, diante de tamanha desproporção das punições. Liberatti (2011, s.p.) alude que, era comum o homem praticar a ofensa com as próprias mãos, a fim de retribuir o mal praticado, através de brutalidades desproporcionais, gerando intensas lutas entre grupos e famílias, que com o passar do tempo, causava na extinção dos grupos.

Gonçalves (2014, p. 64) saliente que o caráter das punições era tal, que as práticas de mutilações como a amputação de braços, pernas, olhos, língua, em suas formas mais variadas possíveis, constituía, de certa maneira, um espetáculo para as multidões desse período histórico. Assim sendo, as penas aplicadas nesse contexto de vingança privada na Idade Antiga eram a “perda da paz” e a “vingança de sangue”. A “perda da paz” ou “pena de banimento” era imposta contra um membro do próprio grupo, enquanto a “vingança de sangue” aplicada ao integrante do grupo rival, e considerada uma obrigação religiosa e sagrada (LIBERATTI, 2011, s.p).

Insta salientar que o conjunto de punições cada vez mais severas, desencadeou o surgimento de guerras entre os diversos grupos. A ofensa, portanto, chegava a causar o aniquilamento do indivíduo. Por esse motivo, viu-se a necessidade de criar regras de conduta capazes de devolver ao infrator o mal causado na mesma proporção. Surgia a Lei de Talião, também conhecida como Lei da Retaliação. Em consonância com Teixeira (2008, p. 23), o castigo “consistia em infligir ao agressor um dano ou mal idêntico ao que ele causara à sua vítima, originando a célebre afirmação “olho por olho, dente por dente, sangue por sangue”.

Mirabete (2011, p. 16) ao dissertar acerca da lei de Talião menciona que ela aparece nas leis mais antigas, como no Código de Hamurabi, rei da Babilônia no século XXIII a.C., e representa “um grande avanço na história do Direito Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva.” Neste sentido, Silva (2011, p. 8) assevera

que o talião buscava delimitar o castigo causado e estabelecer a proporcionalidade entre a ofensa e a punição, como por exemplo, se alguém quebrasse o nariz de outrem, teria o seu nariz quebrado e, poderia atingir inclusive outras pessoas que não tivessem envolvimento com o episódio.

Rosseto (2014, p. 4) sustenta que a razão primordial para a imposição de limites à vingança privada “foi a própria preservação e sobrevivência da comunidade, posta em perigo pela vingança particular, impregnada de emoção e ausência de proporção com a ofensa. Diz ainda que, a coletividade teve grande influência em participação da promoção da transação da pena, como forma de solucionar os conflitos, por meio da composição.

Noutro giro, a vingança divina, segundo Greco (2017, p.49) é caracteriza por influenciar a religião dos povos da antiguidade, “aplicada aos sacerdotes que supostamente tinham um relacionamento direto com um deus e atuavam de acordo com a sua vontade”. Dessarte, o castigo visava satisfazer a divindade ofendida pelo crime e, cabia ao sacerdote aplicar o castigo, com notória crueldade para o infrator, uma vez que estabelecia relação com a grandeza do ofendido (TEIXEIRA, 2008, p. 25).

Consoante Silva (2011, p. 8), “a pessoa é castigada porque os deuses assim exigem e a punição é necessária para a limpeza e salvação da alma”, impondo medo com as penas severas e desumanas. Jacob (2016, p. 15) aduz que, na época, acreditava-se que os eventos da natureza, como chuva, trovões, terremotos eram a maneira que os deuses tinham de demonstrar sua fúria diante dos homens, originando os totens e tabus. Os totens eram animais, vegetais ou algum outro objeto considerado símbolo de proteção do grupo, enquanto o tabu se limitava a proibição de ir a determinado local, e inclusive se alimentar de certos produtos, impondo no caso de violação, o castigo divino ao culpado. Ademais, um dos principais códigos

que se destacou nesse período foi o de Manu, que tinha por escopo a purificação da alma do criminoso através do castigo para que pudesse alcançar a bem aventurança.

Por fim, Jacob (2016, p. 15) acrescenta que, no período chamado de vingança pública, evidencia-se o surgimento do estado como detentor do *ius puniendi*, evocando para si a função de resolver determinados conflitos e a responsabilidade de delegar aos seus representantes a autoridade de punir. Diante do desenvolvimento político da sociedade da época e um melhor nível de organização comunitária, “o Estado avocou o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, conferindo aos seus agentes o dever de punir em nome dos súditos”, retirando do particular a função de castigar o infrator.

Beccaria (s.d.) ensina que, no caso de delito, surge a figura do soberano que afirma a violação do contrato social e o acusado, que em contrapartida, nega a violação, e que é preciso que entre eles haja um terceiro que decida a contestação. No entanto, aplicando esse princípio na vingança pública, nota-se que o soberano, por mais que fosse detentor de poder de punir, praticava intensas arbitrariedades e a pena mantinha a característica de crueldade, a fim de intimidar a sociedade, praticando-as em praça pública, com o intuito de reprimir a prática do delito, pois assim estariam cumprindo a principal finalidade: garantir a segurança dos soberanos ou príncipes, que interpretavam a pena como símbolo de absoluto poder (SILVA, 2011, p. 8).

Corroborando com este entendimento, Noronha (1995, p. 24 *apud* JACOB, 2017, p. 16) disserta que a preocupação era defender a integridade do soberano e dos seus favorecidos. Prevalecia assim, o arbítrio judicial, aliado às desigualdades das classes na aplicação das punições, inclusive no tocante a desumanidade das penas de morte, práticas como o esquartejamento, estrangulação, arrastamento do indivíduo, além do sigilo dos processos, os meios inquisitoriais, associando as leis imprecisas,

lacunosas e imperfeitas, favorecendo o absolutismo monárquico e postergando os direitos da criatura humana.

RESULTADO E DISCUSSÃO

Como acima exposto, a Idade Antiga foi o período marcado por intensas crueldades e arbitrariedades praticadas não somente a um indivíduo em especial, mas ao seu grupamento como um todo, razão pela qual, surgiram com o tempo, conjuntos de regras que visavam limitar o poder de quem viesse a aplicar o castigo. Na vingança privada, buscava-se retribuir o mal praticado, podendo o ato ser praticado não somente por quem sofrera o dano, como também seus parentes ou o grupo social em que tivesse inserido. Na vingança divina, por sua vez, cabia ao sacerdote aplicar a pena, que pretendia satisfazer a divindade ofendida pelo crime, punindo o infrator com rigor. Por fim, na vingança pública nota-se a evolução dos grupamentos sociais e a proteção dos soberanos, com a finalidade de intimidar os indivíduos quanto à futura transgressão das regras (GRECO, 2017, p. 52).

Diante disso, é de extrema relevância destacar que o Direito Penal surgiu com a humanidade, visto que as pessoas desde o início não se ajustaram às regras que lhes eram impostas, e cometiam infrações. Assim, é imperioso comparar as penas daquela época com as previstas no ordenamento jurídico brasileiro atual. Destaca-se aqui que, as penas que outrora eram desumanas, sucumbiram e não é mais esta a situação que se verifica, levando em conta que a Carta Magna de 1988 foi ostensiva ao destacar em seu tão consagrado artigo 5º, a vedação a tais espécies de pena. No inciso XLVI da Constituição Federal vislumbra-se que a lei regulará a individualização da pena e adotará entre outras, as penas de: privação da liberdade,

perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. (GONÇALVES, 2014, p. 66)

Outrossim, dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, o artigo 5º XLV prevê que a pena não poderá passar da pessoa do condenado, devendo somente ele o responsável pelos atos praticados. Assim, como anteriormente exposto, não ocorria na Idade Antiga, pois a família, tribo ou clã do infrator, poderia sofrer as consequências da infração. Cesare Beccaria (s.d., s.p, *apud* GONÇALVES, s.d, p. 67), ao tratar sobre as penas, leciona que “o apenado é um ser, portanto, seus direitos deveriam ser respeitados, como o direito à vida e a ressocialização, e que a pena de morte e o direito de vingança não teriam significado.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, evidencia-se que a pena passou pelas diferentes fases, guardando em cada uma delas, características peculiares e inerentes a realidade vivida pela sociedade da época. Desta feita, com a evolução da pena, entende-se que deve ser aplicada a fim de corrigir o indivíduo que praticou um delito, e ser capaz de cumprir sua função ressocializadora. Daí vislumbra-se a importância do estudo da origem e evolução da pena, uma vez que contribuíram para o surgimento de diversos códigos penais existentes na atualidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em 16 mai. 2018.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena.**

Disponível em:

<http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf

> Acesso em 12 mai. 2018.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** RAMALHETE, Raquel (trad.). Petrópolis, Vozes, 1987.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** v. 1. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017

GONÇALVES, Cleide de Oliveira. **A evolução das penas e prisões em um contexto histórico.** Disponível em: <<http://www.multitemas.ucdb.br/article/viewFile/172/209>> Acesso em 11 abr. 2018.

JACOB, Cleilson. **A evolução das penas e a contribuição do agente penitenciário na execução penal, como fator ressocializador do preso: Uma análise frente à lei de execução penal.** 70f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2016. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/760/1/monografia%20oficial.pdf>> Acesso em: 10 mai. 2018.

LIBERATTI, Giovana de Oliveira. A evolução histórica e doutrinária da pena e sua finalidade à luz do ideal da ressocialização. In: **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 13, n. 1.150. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3302/a-evolucao-historica-doutrinaria-pena-finalidade-luz-ideal-ressocializacao>> Acesso em: 12 mai. 2018.

MASSON, Cléber. **Direito penal: esquematizado.** São Paulo, Editora Método, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** São Paulo, Editora Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral; arts. 1º ao 120 do Código Penal.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

ROSSETO, Énio Luiz. **Teoria e Aplicação da pena.** São Paulo, Editora Atlas, 2014.

SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal**: Parte geral e parte especial do Código Penal. 7 ed., rev.. atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ Ed. 2011.

TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. **Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal** – proposta para a melhoria do desempenho de uma vara de execução penal. Disponível em:
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4218/DMPPJ%20-%20SERGIO%20WILLIAM%20TEIXEIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 30 abr. 2018

DA ÉTICA À POSITIVAÇÃO DAS REGRAS DEONTOLÓGICAS NO SISTEMA LEGISLATIVO BRASILEIRO

Mario Fylype Tardin Mamprim⁴⁹
Tauã Lima Verdan Rangel⁵⁰

INTRODUÇÃO

Discutir ética é necessário a análise de seus fundamentos, haja vista que estes que não de surgiram de forma espontânea e inclusive remarcam períodos de filosofias pré-socráticas. A palavra derivada do grego, *ethos*, tem seu significado como “Conjunto de normas e princípios que norteiam a boa conduta do ser humano.” (FERREIRA, 2003, p.300).

De forma embrionária, a ética desde suas iniciais reflexões está ligada as reflexões morais, mas é durante a filosofia clássica, porém, que é feita a separação da moral e ética. Desde então, afastada a abstração acerca da moral, a ética se nota aplicada a sociedade de modo a padronizar as ações do cidadão em prol do bem comum e sua harmonia através de valores e regras, assim preceitua Taille (2011).

Haja vista a simbiose entre a ética e a sociedade, não seria tardia sua aplicação às relações trabalhistas. Neste contexto, a ética se faz presente na forma de

⁴⁹ Graduando do 9º período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana-RJ, marioftmamprim@gmail.com;

⁵⁰ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

deontologia, ou regras deontológicas; Este conceito filosófico abrange a forma comportamental, o conjunto de deveres e regras de determinada profissão. (TAILLE, 2011)

Neste sentido, no Brasil por ser um país adepto ao positivismo jurídico, naturalmente, seus órgãos representativos profissionais regulamentam o conjunto de deveres e obrigações de determinadas profissões, Através de código de condutas passíveis de sanção dentro de respectivo órgão, caso não sejam observadas como expresse em seu códex.

METODOLOGIA

O estudo vem apresentar com base em análises teóricas e bibliográficas uma breve síntese do conceito de ética, de sua aplicabilidade social, e sua conceitualização como deontologia e sua positivação no sistema legislativo brasileiro.

DESENVOLVIMENTO

Para a desenvoltura do tema, faz-se necessário inicialmente a definição da filosofia de direito juspositivista. E esta, apesar de difícil a conceitualização genérica, para Adeodato (2012) o juspositivismo “aceita como único direito existente aquele empiricamente observável (aquilo que, na realidade empírica, é tido como “direito” vai depender da linha positivista que se considere).”(ADEODATO, 2012,p.162)

Nesta reflexão, Adeodato (2012) percebe a inconsistência da moral com o positivismo, apesar de levantar a moral como base da desenvoltura normativa, em suas palavras

O direito positivo moderno é autônomo da moral em uma acepção bem específica: como há várias morais em vigor, ele elege e impõe uma moral “vencedora”; em certo sentido, boa parte do direito positivo depende de alguma moral, só que não deste ou daquele conteúdo específico: esses conteúdos são fixados contextualmente, a posteriori, resultam da experiência, de conflitos e cooperação políticos (ADEODATO, 2012, p.163)

A conceituação de deontologia, ética e a separação entre esta e a moral. Enquanto a moral se manifesta em sentido sociológico, a ética pode se manifestar socialmente e em sentido jurídico, quando esta é apresentada na forma de deveres e obrigações em esfera profissional, quando nesta ocasião adota o conceito filosófico de deontologia jurídica. (TAILLE, 2011)

Neste sentido, Bittar (2016) conceitua ética como “A ética corresponde ao exercício social de reciprocidade, respeito e responsabilidade. A ética, enquanto exercício de humanidade, nos confirma em nossa condição de seres que vivenciam, aprendem e trocam valores” (BITTAR, 2016, p. 26) enquanto Costa (2013) caracteriza moral como campo de indagação e não confundido com o conjunto de convenções sociais ligados à ética.

Ao definir a ética como o exercício “social de reciprocidade”, Bittar ao arguir sobre ética profissional, ou deontologia; apresenta os códigos de conduta como

A ética codificada vem a preencher uma necessidade de se transformar em algo claro e prescritivo, minucioso, claro e explicativo, para efeitos de controle corporativo, institucional e social, o que navega nas incertezas da ética filosófica; se o campo da moral é um campo em aberto para as diversas consciências, faz-se mister que, quando do exercício profissional, o indivíduo esteja preparado para assumir responsabilidades perante si, perante os companheiros de trabalho e perante a coletividade, que, em seu foro íntimo e individual, poderia não querer assumir.(BITTAR, 2016, p.401)

Para Castro (2013), o objeto material da deontologia jurídica é a conduta do profissional do Direito, seja ele atuante em qualquer profissão, seja magistrado, advogados, serventuários, promotores e etc. e quanto ao objeto formal, preceitua “tem por *objeto formal*, não apenas conhecer o que o profissional do Direito, como tal, deve fazer ou dele se pode exigir, mas oferecer princípios e noções capazes de informar a conduta *moralmente boa, digna e perfeita* do profissional do Direito.”(COSTA, s.p, 2013)

Costa (2013) define também como as fontes da Deontologia jurídica, a Lei Natural, a Lei Divina positiva, o magistério da Igreja, e o de interesse maior e em prática pelos conselhos de profissões jurídicas brasileiras, os Atos Normativos. Neste sentido, define a fonte Atos normativos provenientes de

[...] suas fontes constam de normas comunicadas e/ou reveladas através dos cânones que regulam cada uma dessas profissões, sejam cânones provindos do Poder Legislativo – normas formalmente jurídicas –, sejam de cânones originados do poder regulamentar delegado pelo legislador aos órgãos supremos das respectivas entidades de classe, quando houver (no caso da Ordem dos Advogados do Brasil, tal delegação foi dada ao Conselho Federal), e ainda de normas que fluem, como inferências do princípio institucional da respectiva profissão. (COSTA, 2013, s.p)

Ainda neste sentido, a Constituição Federal do Brasil de 1988, garante em seu Artigo 5º, inciso XIII, o “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (BRASIL, 1988), fundamentando constitucionalmente o exercício desta positivação. Deste modo, observa-se o desenvolvimento da ética à positivação dos códigos estatutário e a dependência desta para o exercício das funções jurídicas sem o sofrimento de sanções por órgão responsável. Bittar (2016), ao refletir sobre tais códigos, conclui “De fato, o

profissional deve adaptar sua ética pessoal aos mandamentos mínimos que circundam o comportamento da categoria à qual adentra. Por isso os códigos são úteis” (BITTAR, 2016, p.401)

DISCUSSÃO

Dado o breve conceito de ética e ética profissional, faz-se necessário o levantamento de corrente, não adversa, porém reflexiva sobre a imposição estatutária para determinado tipo comportamental. Dallari (2003) aduz que a ética é essencialmente prática, e quando não exercitada, é inexistente, cita também a linha tênue que é definir e/ou determinar a ética, ou o conjunto de regras através de convenções sociais ou aceitações culturais. Pois o que é ético em determinada época, ou até mesmo em determinadas culturas pode não condizer com a efetivo cumprimento do dever.

Argui que a formalidade quando definida por determinado grupo social pode tornar comportamentos não condizentes com a sociedade inserida em questão. Cita como exemplo na ética social a insubordinação feminina que fora construída na sociedade moderna, que, aos olhos dos mais conservadores, é um comportamento antiético diante a sociedade. Neste sentido, discute-se se o mesmo caráter volátil e cultural se aplica às regras deontológicas, normatizados de forma estatutária para cada indivíduo que exerce sua profissão jurídica. Tendo em vista que estes estatutos são criados e regulamentadas principalmente para atender à função social de cada ramo profissional. (TAILLE, 2016)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, se faz necessária a positivação das regras deontológicas na forma dos estatutos para a delimitação da atitude do profissional que devendo agir com respeito a sua função social, assim como aos demais profissionais atuantes no meio ambiente do trabalho em questão.

Há, porém, que se observar a mutabilidade social para não acarretar nas deficiências que sua inobservância pode originar para a interação das profissões jurídicas, sejam elas quais forem. Assim como, a simples observância das regras deontológicas positivadas podem não se fazerem de comportamentos éticos, pois a não positivação, é suficiente para a permissão, havendo então, de ter uma visão mais naturalista ao tratar das interações sociais.

REFERÊNCIAS:

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo Bianca. **Curso de Ética Jurídica**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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.html
Acesso em 23 Mar. 2018.

COSTA, Elcias da. **Deontologia Jurídica: Ética das Profissões Jurídicas**. 4 ed. Rio de Janeiro :Forense, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Ética**. 2013. Disponível em:
<<http://www.amazon.com.br>>. Acesso em 14 mai. 2018.

FERREIRA, A. B. H. **Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

TAILLE, Yves La. **Moral e Ética**: dimensões intelectuais e afetivas. Porto Alegre: ArtMed, 2011.

A EQUIPARAÇÃO DA MÃE BIOLÓGICA E DA MÃE ADOTANTE PARA FINS DE LICENÇA MATERNIDADE À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF

Mayara Godoy Pains Fontes⁵¹
Tauã Lima Verdan Rangel⁵²

INTRODUÇÃO

O Estado tem grande importância na sociedade e, na medida em que esta evolui, este busca mudanças e adequações. É sabido da grande importância que o núcleo familiar possui na sociedade, contudo não existe um modelo padrão de família, embora para alguns, mesmo no mundo moderno, seja inaceitável. Apesar dos inúmeros posicionamentos doutrinários, julgamentos dos Supremos Tribunais, entre outros, a respeito de discriminação, preconceitos, infelizmente ainda existe.

Na Antiguidade, a ideia de família tradicional era predominante, e isso também afetava na maneira em que a mulher teria um filho, pois esta para ser bem vista deveria passar pelo período gestacional, mas existiam as mulheres que decidiam adotar. Surgem, a partir disso, questionamentos, principalmente quanto ao amparo legal.

⁵¹ Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), email: mayaragpains@hotmail.com

⁵² Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Nesse bojo, a Carta Magna de 1988 se posicionou trazendo mais segurança e proteção para o núcleo familiar devido aos diversos novos modelos de família, trouxe o direito de igualdade para todos, sem haver distinção quanto á origem dos filhos. Além disso, a sociedade foi realizando novas conquistas, principalmente as mulheres, como, por exemplo, a inserção destas no mercado de trabalho, gerando direitos trabalhistas como licença maternidade, entre outros, e é sobre essa conquista no âmbito laboral que o presente trabalho deseja adentrar, comparando a concessão do período estável de uma mãe biológica e de uma mãe adotante, enfatizando o julgamento do Superior Tribunal Federal.

MATERIAL E MÉTODOS

O presente trabalho não pretende esgotar o tema, ao contrário, fará uma breve explanação do assunto abordado, o qual possui várias vertentes ricas em detalhes, as quais merecem uma análise maior. No que diz respeito ao modelo de trabalho, o material adotado serão os julgamentos do Superior Tribunal Federal de forma comparada com a legislação brasileira, principalmente com a Consolidação de Leis Trabalhistas, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

DESENVOLVIMENTO

Com a ideia de família tradicional, era melhor vista a mulher que passava pelo período gestacional, logo estas possuíam amparos legais. Contudo, o ser humano vive em constante evolução e existe necessidade das leis acompanharem. Com o avanço, as doutrinas começaram a se posicionar quanto aos diversos modelos de família existente, exaltando a Constituição Federal de 1988 em vários aspectos, em

especial quanto a assuntos que versam à discriminação e preconceito no que diz respeito à origem do filho.

Ante os avanços também, não se pode deixar de mencionar a conquista das mulheres no mercado de trabalho, necessitando então de direitos que versem neste sentido, daí a conquista da licença maternidade na Consolidação das Leis Trabalhistas. Surgem então os questionamentos quanto ao amparo legal na área trabalhista das mães adotantes.

A doutrina majoritária bem como o Superior Tribunal Federal e, ainda o Tribunal Superior do Trabalho, se posicionaram no sentido de equiparar a mãe biológica e a mãe adotante para assegurar a licença maternidade. Embora não tenha de forma expressa na lei que a mãe adotante deve ter o período de descanso laboral igual ao da mãe biológica, na Consolidação das Leis Trabalhistas na leitura do artigo 8º, resta claro que:

Art. 8º na falta de disposições legais ou contratuais, o julgador deve decidir de acordo com a jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado. (BRASIL, 1943).

Desta forma, foi reconhecido que embora a mãe adotante não sofra as mudanças físicas como uma mãe biológica, esta passa por mudanças psicológicas bem como a criança/adolescente a ser adotada, que também precisa de adaptações a nova vida.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Fica evidenciado que a Carta Magna teve uma grande influência positiva na equiparação da mãe biológica com a mãe adotante, visto que no texto legal do artigo 227, lê-se:

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).

A previsão legal acima foi a base para a equiparação, onde resta claro que não deve haver discriminação quanto à origem do filho. Pode-se observar ainda, nas palavras de Rolf Madaleno,

E no Direito de Família é de substancial importância a efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e na solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus componentes, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional de realização do homem em sua relação sociofamiliar (MADALENO, 2008, p. 19).

Dias, por sua vez, diz que:

[...] o filho adotivo também tem direito à proteção decorrente da licença maternidade como forma de propiciar a sua integração e adaptação à entidade familiar que o recebe, medida essencial para o

sucesso da convivência com as pessoas deste núcleo (DIAS, 2010, p. 60).

Entende-se que a licença maternidade para a mãe adotante é para adaptação a nova vida, tanto dela a maternidade, quanto da criança/adolescente ao novo núcleo familiar. Assim, não existe motivo para tratar de forma desigual uma mãe da outra, independente da forma em que se tornou. Pode-se analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou a mãe biológica à mãe adotante, conforme se depreende do acórdão, abaixo transcrito, proferido no RE 778.889/PE:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 778.889 PERNAMBUCO Relator : Min. Luís Roberto Barroso Recte.(s) :Mônica Correia de Araújo Adv.(a/s) :Ana Cristina Cavalcante Belfort e Outro(a/s) Recdo.(a/s) :União Proc.(a/s)(es) :Advogado-geral da União EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇAGESTANTE. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a 2 dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce.

Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008. 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. 8. Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.

No julgamento acima transcrito, observa-se que trata de um caso onde a requerente da ação possuía vínculo empregatício e, por ter se tornado mãe adotante desejou gozar da licença maternidade, contudo esta não fora concedida conforme seria para uma mãe biológica. Ou seja, 120 dias de licença maternidade conforme prevê a legislação brasileira, podendo ter acréscimo de 60 dias de prorrogação.

Diante disso, o caso foi para o Supremo Tribunal de Justiça, onde teve repercussão geral em 2016. Na oportunidade foi julgado, concedendo a licença maternidade para a mãe adotante de forma equiparada a mãe biológica, entendendo que embora a mãe adotiva não passe pelo período gestacional, onde há mudança física e psicológica, esta sofre mudança psicológica e, além disso, a criança/adolescente necessita do período de adaptação à nova vida, sendo muito importante a concessão da licença.

Resta comprovado que é inconstitucional a divergência da concessão da licença maternidade para a mãe adotante e para a mãe biológica e, independente da forma em que esta se tornar, merece proteção e amparo do Estado. Inobstante aos julgados supra, ainda resta divergência de posicionamento em relação ao tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, diante de tudo o que fora explanado no presente estudo, observa-se a evolução conceitual e legislativa tocantemente ao tratamento de igualdade para todos, em especial quanto a origem dos filhos, onde resta claro que tanto a mãe adotante quanto a mãe biológica, precisam de tratamentos iguais, possuindo ambas os mesmos direitos. Entendimento este corroborado por parte expressiva da jurisprudência, como exemplo o julgamento que teve repercussão geral RE 778.889/PE.

Desse modo, claramente perceptível à evolução da legislação e jurisprudência no sentido de fazer valer a Carta Magna, principalmente quanto ao Princípio da Igualdade e o Princípio do Melhor Interesse da Criança e, ainda quanto aos direitos trabalhistas, expressos na legislação brasileira, valorizando a mulher e reconhecendo a necessidade de descanso após o período gestacional.

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 19 mai. 2018.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Institui a Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em 19 mai. 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 19 mai. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Institui a Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 19 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 788.889/PE.** Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 10/03/2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

UMA ANÁLISE SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Moysés da Cruz Netto⁵³
Tauã Lima Verdan Rangel⁵⁴

INTRODUÇÃO

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A Constituição não deixa dúvida quanto aos seus intentos: toda lesão ou ameaça a direito deve ser apreciada judicialmente. Porém, o que fazer quando a resposta estatal a uma conduta delituosa é notoriamente desproporcional em face do bem jurídico lesado? O princípio da insignificância nasceu para afastar a tipicidade material nos casos em que a lesão ao bem jurídico é mínima ou quase nula.

A partir do proposto Claus Roxin e depois de alguns anos de produção doutrinária, os tribunais brasileiros passaram a aplicar o princípio da insignificância, tendo sido papel do Supremo Tribunal Federal estabelecer alguns vetores para aplicação deste. De forma geral, ela ocorre no sentido de buscar-se afastar o preceito material de crime, visto que a conduta não constituiu lesão relevante a algum bem jurídico, apesar da perfeita subsunção ao aspecto formal de crime. Também tocam o

⁵³ Graduando em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos FAMESC campus Bom Jesus do Itabapoana.

⁵⁴ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

tema os conceitos de bagatela própria, bagatela imprópria e irrelevância penal do fato. Insignificância e bagatela seriam sinônimos?

MATERIAIS E MÉTODOS

A confecção da presente exposição baseou-se em pesquisas realizadas em doutrinas, artigos científicos, jurisprudências, demais sítios eletrônicos especializados e bibliografias. Neste resumo optou-se pela utilização de método de abordagem dedutivo, ou seja, a proposta é partir de um campo amplo para o ponto específico da problemática.

DESENVOLVIMENTO

De forma preliminar, faz-se necessário conceituar o princípio em questão. Estefam e Gonçalves (2012, p. 99) ao comentarem o Princípio da Insignificância indicam que “foi desenvolvido por Claus Roxin, como meio de aperfeiçoar a tese de Hans Welzel, segundo a qual lesões insignificantes deveriam ser excluídas da seara do Direito Penal”. Nesse sentido, Nucci (2017, p. 146) afirma que o princípio em questão “representa a desnecessidade de se aplicar sanção penal a uma infração considerada insignificante em relação à proporcionalidade da lesão ao bem jurídico tutelado pela lei penal”. Evidencia-se, nesse caso, o fundamento base da teoria de Roxin: o Estado não deve se ocupar de coisas pequenas.

Há uma expressão latina que é associada às bases mais antigas desse princípio, que seria: *de minimis non curat praetor*, ou seja, o juiz não deve cuidar de casos insignificantes. No entanto, como observa Luz (2012, p. 205) “tratava-se, em outras

palavras, de uma máxima genérica, a orientar a inteireza da atividade do pretor, e não de um princípio norteador próprio da aplicação do Direito Penal”.

Correlatamente, tem-se o princípio constitucional implícito da Intervenção Mínima do Estado, por meio do qual se entende que a lei penal e sua aplicação não devem ser vistas como primeira opção do legislador para resolução dos conflitos na sociedade, deve-se recorrer primeiro aos outros ramos do Direito. O Direito Penal deve ser *ultima ratio*, fazendo valer o respeito à lei buscando o equilíbrio social novamente. De posse desses conceitos primeiros, o conceito de pena ganha valoroso sentido nas palavras de Greco (2017, p.34) “a pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o direito penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade”. No intuito de trazer mais substância à discussão, rememoram-se as palavras de Nilo Batista (2007, p. 116) “a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”.

A ciência penal, como se tem hoje, consiste em um advento da racionalização da forma de aplicar o Direito Penal e suas sanções provenientes do movimento iluminista. Marcado por um período anterior, a Idade Média, em que a aplicação do Direito era feita de forma arbitrária, a partir do século XVIII desenvolveu-se uma série de conceitos e categorias que visavam uma correta racionalização e aplicação do direito. Esses conceitos e fundamentos são intitulados dogmática penal (LUZ, 2012).

Como resultado desse pensar a respeito da Ciência Penal, nos séculos que se seguiram o avanço se tornou relevante, tendo por resultado, por exemplo, a elaboração dos conceitos formal e material de crime, e as concepções quadripartida, tripartida e bipartida de crime. O pensamento dogmático penal só veio a ser questionado após o surgimento do funcionalismo penal (LUZ, 2012).

Consoante Luz (2012), a base do funcionalismo penal está em afirmar que, em alguns casos, “a mera aplicação formal de um dispositivo legal pode gerar resultados que consideramos inaceitáveis nos dias de hoje”. Nesse sentido, o furto de um palito de fósforo, que apesar de ser uma conduta perfeitamente subsumida a um tipo penal, pode gerar uma punição “flagrantemente desproporcional, apenas por ser esta a consequência direta da aplicação irrestrita do conceito de delito” (LUZ, 2012, p. 206).

O funcionalismo penal busca aplacar um pouco a severidade da aplicação indiscriminada da lei penal, visando coerência formal e lógica dentro do Sistema Penal (LUZ, 2012). Trazendo desfecho para sua argumentação, Luz tenciona:

É neste plano que o princípio da insignificância adquire grande importância, passando a ser visto como uma ferramenta essencial ao raciocínio jurídico-penal. Por meio dele, o que se sustenta é que nem todo caso subsumível à lei deve ser considerado penalmente relevante. Isto é: em determinados casos, a aplicação da letra fria da lei penal pode não ser necessária, devendo, pelo contrário, ser afastada e, diante de determinadas circunstâncias do caso concreto, substituída por outras formas de regulação (LUZ, 2012, p. 207).

Note-se por meio de uma aplicação acertada do princípio da insignificância como medida descriminalizadora, tem-se a possibilidade de promover prestação jurisdicional de forma mais equânime, para todos aqueles casos de importância mínima ao Direito. A exemplo do que aponta Zorzetto (s.d., s.p.), em Direito Penal a atuação do estatal deve reger-se com base no princípio da intervenção mínima do Estado. A aplicação desse princípio certamente encontra bases sociais, visto ser o Estado a esfera de poder máximo, com a prerrogativa de impor sanções coercitivas. Mas, para além dessas questões, de acordo com Bitencourt (2012, *apud* ZORZETTO, s.d., s.p), a intervenção mínima vincula o pensamento de que “a criminalização de

uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes”.

RESULTADO E DISCUSSÃO

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 84.412/SP, em 2004, estabeleceu alguns vetores para aplicação do princípio da insignificância. O relator do processo, Min. Celso de Melo, em seu voto afirmou que:

O princípio da insignificância – que considera necessária, na aferição do revelo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada [...] (STF, HC 84.412/SP).

Esses vetores passaram a ser utilizados para balizar a aplicação do princípio da insignificância, tanto na Corte do STF como em demais órgãos do judiciário. Insta salientar que no mesmo habeas corpus o relator advertiu que tal princípio não seria aplicado ao delito de tráfico. No voto em comento, o Min. Celso de Melo ainda cita o julgamento no Superior Tribunal de Justiça do HC 23.904/SP, cujo relator era o Min. Paulo Medina, em que estava sob discussão o furto de R\$ 0,15 (quinze centavos), para reafirmar que o Direito Penal não deve tutelar questões que não gerem considerável ofensa ao patrimônio jurídico.

À essa altura faz-se imperativa a abordagem e elucidação dos termos “princípio da insignificância”, “irrelevância penal do fato”, “princípio da bagatela”, “bagatela próprio” e “bagatela impróprio”. Gomes (2013), citado por Guerra (2015,

p. 6), faz uma distinção entre os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, qual seja:

Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topográfica dentro do Direito Penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque a conduta não é juridicamente desaprovada ou porque há o desvalor do resultado jurídico); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto). Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (tem pertinência no momento da aplicação concreta da pena). O primeiro correlaciona-se com a chamada infração bagatelar própria; o segundo corresponde à infração bagatelar imprópria. O primeiro tem como critério fundante o desvalor do resultado e/ou da conduta (ou seja: circunstâncias do próprio fato), o segundo exige, sobretudo, desvalor ínfimo da culpabilidade (da reprovação), assim como o concurso de uma série de requisitos post factum que conduzem ao reconhecimento da desnecessidade da pena no caso concreto (GOMES, 2013 *apud* GUERRA, 2015, p. 6).

Segundo Gomes (2013), o princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade material do fato, seria a infração bagatelar própria, aquela que tem como critério essencial o desvalor do resultado e/ou da conduta. Doutra sorte, o princípio da irrelevância penal do fato seria causa excludente da punição concreta do fato, se caracterizaria na dispensa da pena frente a desnecessidade desta no caso concreto, seria o bagatelar impróprio. Em outro texto, ao tratar especificamente da bagatela imprópria Gomes (s.d., s.p.) defende que “o fato nasce relevante para o direito penal, mas no momento da sentença o juiz entende que a aplicação da pena torna-se desnecessária”. Guerra (s.d., s.p.) indica que os que defendem a aplicação do

princípio da irrelevância penal do fato se baseiam no artigo 59 do Código Penal e inclui entre esses Gomes.

Todavia, o princípio do bagatela impróprio ou irrelevância penal do fato não encontra respaldo jurisprudencial, tampouco é entendimento majoritário dentro da doutrina penalista. Nucci, citado por Guerra,

No entanto, afirmar que "bagatela imprópria" seria a desnecessidade de aplicação da pena, porque o autor não merece, embora tenha havido crime, fere o princípio da legalidade e, por via de consequência, é inconstitucional. No Brasil, os tipos penais incriminadores possuem sempre "pena mínima", que precisa ser aplicada quando houver crime (fato típico, ilícito e culpável). Excepcionalmente, previsto em lei, há viabilidade de aplicação do perdão judicial, fruto de política criminal do Estado. Inexiste outra forma para o juiz, por sua conta, deliberar não ser cabível a pena. Eis a legalidade (NUCCI, 2015 *apud* GUERRA, 2015, p. 7).

Para Nucci (2015), em obediência ao princípio da legalidade não há bagatela imprópria. Em que pese a argumentação apresentada por Gomes quanto ao respaldo legal que a bagatela imprópria teria por meio do artigo 59 do Código Penal, Nucci (2015) entende que a pena só pode deixar de ser aplicada se houver expressa previsão legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito. Isso implica, entre outros fatores, na observância dos fundamentos, princípios e preceitos estabelecidos constitucionalmente. Dentre esses podemos citar o princípio constitucional implícito da Intervenção Mínima do Estado, por meio do qual se entende que a lei penal deve ser *ultima ratio* na resolução de conflitos sociais.

É perceptível o papel Direito Penal na proteção de bens jurídicos importantes para a sociedade, assim buscando através da imposição de pena proteger todos os bens mais caros ao corpo social. Desta feita, por meio do funcionalismo penal, através do trabalho de Claus Roxin, surgiu o princípio da insignificância, política descriminalizadora aplicável àquelas condutas que não representaram, ao fim e ao cabo, grande dano ao paciente.

Há de se falar que o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2004 lançou algumas diretrizes para a aplicação do princípio em questão. Valorou-se a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Por fim, cumpre dizer que o princípio da insignificância é comumente tratado como sinônimo de princípio da bagatela, todavia essa expressão merece certo cuidado. Doutrinariamente a insignificância é sinônimo de bagatela próprio, e essa posição é majoritária. Doutra sorte, há o princípio da irrelevância penal do fato, que é sinônimo de bagatela impróprio. Porém, boa parte da doutrina ainda tem resistência em aceitar a denominação de bagatela impróprio, por entender que essa denominação seria inconstitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 abr. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. HC 84.412/SP. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>> Acesso em 07 abr. 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 11. ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Bagatela imprópria não pode ser ignorada nem refutada**. Disponível em <<http://luizflaviogomes.com/bagatela-impropria-nao-pode-ser-ignorada-nem-refutada/>>. Acesso em 15 mai. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v. 1. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GUERRA, Renata Guimarães. **A infração bagatelar imprópria no âmbito da Lei Maria da Penha** – a análise da desnecessidade da pena nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/RenataGuimaraesGuerra.pdf>. Acesso em 15 mai. 2018.

LUZ, Yuri Corrêa. Princípio da insignificância em matéria penal: entre a aceitação e a ampla aplicação problemática. In: **Revista Direito GC**, São Paulo, n. 8, v. 1, p. 203-234, jan.-jun. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ZORZETTO, Pedro Furian. O princípio da insignificância e o STF. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 19, n. 4.014, 28 jun. 2014. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/28482>>. Acesso em 10 abr. 2018.

A LEI MARIA DA PENHA E O PROCESSO DE PROTEÇÃO A MULHER NO AMBITO JURÍDICO

Naiara Lima da Silva⁵⁵
Tauã Lima Verdan Rangel⁵⁶

INTRODUÇÃO

O presente resumo tem por finalidade analisar a linha histórica da violência contra mulher até o grande avanço no Brasil com a chegada da Lei 11.340/2006, bem como demonstrar qual motivo que uma mulher vítima de violência doméstica possui para não denunciar o homem agressor, trazendo definições sobre a proteção da mulher pela Lei Maria da Penha.

Essa violência sofrida pelas mulheres tem chegado a números alarmantes no País. Ela está presente na sociedade, sendo classificada pela forma física, psicológica, sexual, moral e patrimonial, independente de raça e condição social e o agressor é sempre aquele que está perto da vítima, ou seja, está no âmbito familiar. Muitas das vezes por medo de não serem protegidas ou por serem dependentes do companheiro, as mulheres passam por essa violência e não denunciam.

⁵⁵ Graduanda do 9º período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC)-Unidade Bom Jesus do Itabapoana – RJ, naralimadireito@gmail.com

⁵⁶ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Com a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), as mulheres tiveram mais segurança em denunciar o seu agressor, pois a lei representa uma proteção à cidadania feminina. Ainda a Constituição de 1988, traz em rol princípios como da dignidade da pessoa humana, que se torna a base da sociedade. A serem agredidas as vítimas ainda contam com Delegacias especializadas para seu atendimento, assim como órgãos da saúde para possíveis tramas causadas por essa violência, baseando-se na violência psicológica que não deixa vestígios visíveis, mais que tem que serem tratados evitando consequências ainda mais graves.

Neste trabalho será apresentada a Lei Maria da Penha 11.340/2006), no sentido de proteção aos direitos da mulher, assim também ressaltar sobre as medidas protetivas mais específicas as mulheres, os pontos mais importantes sobre a punição do agressor e que foi a inspiração dessa Lei.

METODLOGIA

A metodologia utilizada para esse resumo foi composta por levantamento bibliográficos construídos a partir de leitura de estudo sobre o tema em questão, bem como pesquisa de jurisprudências que tange o assunto.

DESENVOLVIMENTO

Vista como uma grande conquista para as mulheres, a Lei 11.340/06, mas conhecida como Lei Maria da Penha, surgiu em 07 de agosto de 2006, em Brasília, com iniciativa do Poder Executivo. É importante ressaltar que essa Lei recebeu esse nome em homenagem a Maria da Penha Fernandes, que lutou contra as violências sofridas pelo marido. Ela sofreu duas tentativas de homicídio, ficou paraplégica, mas

criou coragem e lutou pelos seus direitos e de outras mulheres que vinham sofrendo a mesma violência. Segundo artigo divulgado por Ana Paula Martins, Daniel Cerqueira e Marina Matos,

A Lei Maria da Penha Promulgada em sete de agosto de 2006 representa um dos mais recentes avanços legislativos desde o advento da constituição Federal de 1988, pois significa o reconhecimento da violência contra as mulheres como violação dos direitos humanos (MARTINS; CERQUEIRA; MATOS, 2015, p. 7).

A lei Maria da Penha trouxe uma série de medidas para proteger a mulher, que vive em situação de agressão ou correndo sérios riscos de vida. A violência sofrida pela vítima pode se dar de várias formas: físicas, psicológicas, moral, patrimonial e sexual, como afirma o artigo 5º da Lei 11.340/06:

Para efeitos dessa 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 (BRASIL, 2006).

Essa Lei é um dos principais avanços, pois com ela as mulheres puderam procurar seus direitos. Seu objetivo é que nenhum agressor fique impune ao cometer essa violência, e que penas impostas sejam mais severas coibindo-o de voltarem a cometerem tal ato. Muitas das vítimas ao serem ameaçadas procuram a delegacia mais próxima e pedem uma medida protetiva, que sempre lhe é concedida. Essa medida impõe que o afastamento do agressor do domicílio da vítima, como a proibição de aproximação desta.

Em 04 de abril de 2018, foi publicada pelo Superior Tribunal de Justiça, a Lei 13.641/2018, que torna crime o descumprimento das medidas protetivas previstas na

Lei Maria da Penha, caso haja o descumprimento de umas das medidas o agressor poderá ser preso de 3 meses a 2 anos. A violência doméstica traz consequências gravíssimas às mulheres, que vão muito além de lesões corporais. Geralmente essas vítimas têm autoestima baixa, sofrem depressão, são caladas, e não expõem sua vida a ninguém. Muitas das vezes essas mulheres sofrem esse tipo de violência e por medo ou por não saberem de seus direitos acabam por não denunciarem seu agressor.

DISCUSSÃO

Segundo pesquisa realizada pelo CNJ em março de 2018, afirma que **Uma em cada três vítimas procura o Estado**. Outra pesquisa, divulgada na semana passada, indica que somente uma em cada três mulheres afirmou ter recorrido a algum equipamento do Estado para enfrentar a violência à que foi submetida (BOND, 2018, s.p.). Segundo o levantamento *Aprofundando o Olhar sobre o Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*, realizado pelo Observatório da Mulher contra a Violência e pelo Instituto de Pesquisa Data Senado, 29% das mulheres consultadas dizem que foram vítimas de violência contra a mulher. Em 2015, o percentual era de 18% das entrevistadas (BOND, 2018, s.p.).

O índice, tornado conhecido a cada dois anos desde 2005, sempre foi mantido entre 15% e 19%, e, segundo o Data Senado, essa oscilação ascendente não significa necessariamente um crescimento real dos casos, e sim sinaliza um maior reconhecimento das mulheres de que são vítimas de agressão (BOND, 2018, s.p.). Para chegar aos resultados, os pesquisadores consultaram, entre novembro de 2017 e fevereiro de 2018, autoridades vinculadas a órgãos atuantes no enfrentamento à violência contra as mulheres nas cidades de Feira de Santana (BA), Goiânia (GO),

Palmas (TO), Santa Maria (RS) e Lavras (MG). No método escolhido, foram realizadas 19 entrevistas em profundidade (BOND, 2018, s.p.).

Ao Longo do tempo as mulheres, apesar de muitas ainda ficarem em silêncio por inúmeros motivos, tem denunciado seu parceiro e ao ser agredida procuram a Delegacia Especializada de atendimento à Mulher de sua cidade ou ligam para o 180 que uma Central de atendimento à Mulher, que um serviço do Governo Federal que auxilia e orientam as mulheres vítimas de violência, as ligações são feitas gratuitamente em qualquer parte do território nacional. Isso demonstra que as Políticas Públicas têm funcionado. O artigo 10 da Lei 11.340/06 no esclarece:

Na hipótese de eminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.

Parágrafo único: Aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida (BRASIL, 2006).

Importante mencionar que o sujeito ativo dessa violência sempre será o aquele que possui um vínculo familiar com a vítima, companheiro, marido, namorado ou até mesmos pai e irmão. Nos casos de relação homoafetiva a vítima também será amparada por essa Lei. Maria Berenice Dias (2010, p.58) expõe que “transexuais, travestis e transgêneros que tenham identidade social com o sexo feminino, isto é aqueles se reconhecem como mulher”, também são protegidos pela Lei Maria da Penha. Esses fatos para a doutrina ainda discutível, mas para jurisprudência, há uma decisão favorável em reconhecer a identidade feminina dessas pessoas e protegê-las pela Lei Maria da Penha.

As maiorias das pessoas veem a Lei nº 11.340/2006, como um meio de coibir a violência contra a mulher, porém vale ressaltar que a lei também possui meios de prevenir essa violência. Como lecionam Dantas e Mello (2008, p. 84), “a prisão ainda não se mostrou um dispositivo capaz de fortalecer o potencial de transformação humana”, portanto apenas penas restritivas de liberdade não são suficientes para a mudança de comportamento, há a necessidade de se investir em outras formas de punição.

Nesse sentido ao restringir o agressor de sua liberdade não o coíbe por si só de que ele não possa vir a praticar essa violência novamente, por esse pensamento, no Brasil foram criados grupos a fim de fazer com que agressor se reedue e reflita sobre o que o levou a cometer tal ato. Esses grupos atendem os autores através de uma equipe multidisciplinar, onde, os homens que participam desses grupos, são encaminhados judicialmente, como um meio de impedir novas ocorrências.

Assim sendo Muszkat (2011) afirma que ao rotular o homem autor da violência, simplesmente como o agressor, dentro da família e da sociedade, não lhe é fornecida a possibilidade de reparação. A Lei Maria da Penha foi um dos principais avanços legislativos dos últimos anos, pois ela é a ferramenta pela qual a mulher pode procurar seus direitos ao sofrer violência doméstica. Mesmo com a eficácia da Lei 11.340/2006, percebe-se um alto índice de agressão, por aquelas que por algum motivo não denunciam seu parceiro, mas aos poucos a função social dessa Lei, tem se adequando a sociedade que clama por justiça.

Lisboa e Pinheiro (2005, p.199), “a violência contra a mulher tornam-se objeto de intervenção profissional do assistente social como um desafio posto no cotidiano, sobre o qual ele deverá formular um conjunto de reflexão e de preposição”. A violência contra mulher é um grave problema que deve ser reconhecido e enfrentado pelos órgãos governamentais e pela sociedade, todo e qualquer ato embasada em

situação de gênero, na vida privada, o seu principal resultado é o dano a natureza sexual, física e psicológica onde seu agressor inclui também ameaça a vítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois da chegada da Lei Maria da penha, muitas mulheres tomaram coragem de denunciarem seus companheiros, pois se sentiram protegidas por tem uma lei que irá penalizar o agressor por cometer tal ato. Essa lei tem salvado e melhorado a vida de milhares de mulheres em todas as regiões do país. Porém ainda há de se falar em m grande número de casos de violências não denunciados.

Essas violências trazem consequências irreparáveis à vítima, que podem permanecer por muito tempo. Além de que existe a violência psicológica, que não visível aos olhos, difícil de ser descoberta, e que muitas vezes por medo a vítima não denuncia o agressor, que no final passa para uma violência física e muitas das vezes chegam à morte. E essa violência psicológica vem aumento cada vez mais no País.

De qualquer forma, a Lei 11.340/2006, tornou viável o que parecia impossível, ou seja, veio ao combate efetivo contra a violência domestica por meio de SUS (Sistema único de Saúde), por campanhas de órgãos Públicos e Privados, e pela iniciativa até mesmo da Sociedade, que atualmente possuem exata noção de que se praticarem qualquer agressão contra a mulher, esse agressor tem que ser punido.

Pode-se concluir que, a Lei foi um marco um histórico em face dessa violência, porém devem-se intensificar cada vez mais as políticas públicas do país a fim de garantir às mulheres um melhor conhecimento de seus direitos e assim tentar acabar com o silêncio e a dor que envolve a vítima dessa violência que ainda não conseguem denunciar.

REFERÊNCIAS

BOND, Letícia. Uma em cada 100 mulheres recorreu à Justiça por violência doméstica em 2017. In: **Agência Brasil**: portal eletrônico de informações, 12 mar. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-03/uma-em-cada-100-mulheres-recorreu-justica-por-violencia-domestica>. Acesso em 14 mai. 2018.

BRASIL. **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/111340.htm>. Acesso em 20 mai. 2018.

DANTAS, Benedito Medrado; MELLO, Ricardo Pimentel. Posicionamentos críticos e éticos sobre a violência contra as mulheres. In: **Psicologia & Sociedade**, v. 20, n. esp., 2008, p. 78-86. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822008000400011&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 14 mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 1.340/06 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher**, 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora e Revista dos Tribunais, 2010, p.58.

LISBOA, Teresa Kleba; PINHEIRO, Eliane Aparecida. A intervenção do Serviço Social junto à questão da violência contra a mulher. In: **Katálisis**, Florianópolis, v. 8, n. 2, jul.-dez. 2005, p. 199-210. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/viewFile/6111/5675>>. Acesso em 14 mai. 2018.

MARTINS, Ana Paula Antunes; CERQUEIRA, Daniel, MATOS, Mariana Vieira Martins. **A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento a violência contra as mulheres no Brasil**. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em:

<http://WWW.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150302_nt_diest_13.pdf>. Acesso em 14 mai. 2018.

MUSZKAT, Suzana. **Violência e Masculinidade**. 1 ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.

DA EQUIPARAÇÃO DO COMPANHEIRO AO CÔNJUGE PARA FINS DE DIREITOS SUCESSÓRIOS: DA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Priscila Alves Pinto⁵⁷
Tauã Lima Verdan Rangel⁵⁸

INTRODUÇÃO

As relações afetivas entre pessoas não casadas remontam a tempos antigos, sendo condenadas ou aceitas pelos povos remotos. Um exemplo é a Roma antiga, onde tais relações eram tidas como comuns, prevendo, inclusive, direitos legais aos concubinos. Entrementes, com a superveniência da Idade Média e do direito canônico, o casamento, com todas suas solenidades, ganhou superavaliação em detrimento da união estável, que veio a ser condenada e considerada ilegal, sem qualquer tutela jurídica.

A queda do feudalismo, bem como a modernização, evolução e aumento na complexidade das relações humanas, fez com que a sociedade aceitasse cada vez mais outros tipos de relacionamentos afetivos, incluindo-se a união estável. Assim,

⁵⁷ Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), email: prisalves@gmail.com

⁵⁸ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

importantes foram as alterações legislativas nesse sentido. Nesse bojo, a Carta Magna de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, equiparando-a ao casamento para fins de direitos e deveres, inclusive sucessórios, nos termos de seu artigo 226, §3º. Posteriormente, sobreveio o Código Civil de 2002, regulando, em seu artigo 1.790, os direitos sucessórios aplicáveis ao aludido instituto.

Entretanto, a legislação civil apresentou um retrocesso em relação à Constituição Federal. Destarte, a Lei Civilista de 2002 feriu os princípios da dignidade humana e da igualdade, uma vez que trouxe tratamento inferior ao companheiro em relação ao cônjuge para fins de direitos sucessórios. Nesse sentido, a discussão do tema repercutiu na seara judicial e doutrinária, com diversos posicionamentos e decisões.

Portanto, o objetivo desse trabalho é analisar a possível inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que estabelece regime sucessório diferenciado entre companheiros e cônjuges, a despeito de o texto constitucional ter equiparado ambos os institutos. Almeja, também, demonstrar a evolução do conceito de união estável na sociedade brasileira, bem como sua gradativa aceitação e proteção legal, logrando-se espelhar os avanços legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o referido tema.

MATERIAL E MÉTODOS

Em razão do modelo de trabalho adotado e dada sua característica *sui generis*, o material empregado será a análise de bibliografia, por meio de artigos científicos e *sites* eletrônicos da *web*, comparando-a com a legislação nacional, principalmente com a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil de 2002. Dada sua característica, por evidente que esse trabalho não pretende, de forma

alguma, esgotar o tema, ao contrário, essa será apenas uma breve explanação do assunto que guarda consigo uma gama de vertentes passíveis de maiores análises e discussões.

DESENVOLVIMENTO

A união estável, que sempre foi vista como um fato jurídico, possui, na sociedade brasileira atual, *status* de entidade familiar. Destarte, a modernização, o estilo de vida apressado, o aumento do custo de vida e a necessidade de, primeiramente, buscar uma condição financeira e profissional estável, têm levado as pessoas a optarem por este tipo de relação, ao invés do matrimônio (TARTUCE, 2017, p. 195). A união estável, desde os tempos medievais, foi duramente discriminada, uma vez que ia de encontro à relação conjugal, instituição considerada pura e sagrada pelo Estado, Igreja e sociedade. Por vários anos foram negados aos companheiros quaisquer direitos familiares ou sucessórios (TARTUCE, 2017, p. 195).

A situação supramencionada, no Brasil, só veio a ser revertida com o advento da Carta Magna de 1988, que trouxe proteção a tal instituto de forma legalmente expressa. Assim, a Lei Maior reconheceu, em seu artigo 226, § 3º, a união estável como entidade familiar, equiparando-a ao casamento, em termos de direitos e deveres, inclusive sucessórios. Tais direitos vieram a ser regulamentados em legislação posterior (MASNIK, 2003, s. p.). Assim descreve o aludido dispositivo legal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [omissis]

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

De igual forma, houve evolução no campo do direito sucessório. Segundo Silva (2013, s. p.), o Código Civil de 1916 não trazia qualquer menção sobre direitos hereditários do companheiro, reconhecendo estes apenas em relação aos cônjuges. Entrementes, o atual Código Civil trata de forma expressa, em seu artigo 1.790, dos direitos sucessórios dos conviventes. A despeito da tutela legal acima referenciada, algumas especificidades do atual Código conflitam com o tratamento perquirido pela Constituição em relação à união estável. Assim, a Lei Civil vigente restringe a herança do convivente aos bens adquiridos de forma onerosa pelo casal durante a vigência de sua relação (SILVA, 2013, s. p.).

Além disso, não inclui o companheiro, como fez com o cônjuge, no rol de herdeiros necessários. Igualmente, a atual legislação civilista destoa da Lei 9.278, de 1996, que outrora regulava os direitos e deveres dos conviventes, juntamente com a Lei 8.971, de 1994, no sentido de não prever em seu texto o direito real de habitação do convivente, como o fazia a lei retro (SILVA, 2004, s. p.). Diante desse quadro, parte considerável da jurisprudência e da doutrina (HIRONAKA, 2011; VELOSO, 2012; TARTUCE, 2017) sustentam que o presente Código Civil foi de encontro à finalidade constitucional almejada. Fundamentam seu posicionamento no fato de ter sido conferido aos companheiros tratamento inferior em relação aos cônjuges, ignorando os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (RIBEIRO, 2016, s. p.).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Tocantemente aos direitos sucessórios do companheiro, houve real avanço trazido pela Constituição Federal de 1988, que reconheceu expressamente, em seu artigo 226, §3º, já refenciado, a união estável como espécie de entidade familiar (TOLEDO, 2017, s. p.). Destarte, houve grande avanço em relação ao Código Civil de 1916, que, possuindo uma visão hermética do conceito de família, reconhecia apenas aquela advinda do casamento, consoante dicção da redação do artigo 229: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos” (BRASIL, 1916). Por conseguinte, a união estável passou a ser aceita como uma nova realidade jurídica, e não meramente como mais um fator social. Assim, foram removidos deste instituto seus esteriótipos e preconceitos, uma vez que o texto constitucional o colocou sob as asas da proteção do Estado (PEREIRA, 2017, p. 682).

Posteriormente à Constituição Federal de 1988 sucederam, no âmbito legislativo, no intuito de regular os direitos concernentes à união estável, a Lei nº 8.971, de 1994, a Lei nº 9.278, de 1996, e, finalmente, o Código Civil de 2002 (TOLEDO, 2017, s. p.). A Lei nº 8.971, de 1994, trouxe, em seus artigos 2º e 3º, respectivamente, o direito ao usufruto viual e à meação do companheiro, consoante redação abaixo transcrita:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:
I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens (BRASIL, 1994).

Após a Lei retro, sobreveio a Lei nº 9.278, de 1996, que estabeleceu o direito real de habitação do convivente supérstite, em seu artigo 7º, parágrafo único:

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família (BRASIL, 1996).

Finalmente, o advento do Código Civil de 2002 passou a tratar de forma específica a união estável na parte reservada ao direito de família, prevendo em seu artigo 1.790, os direitos hereditários aplicáveis no âmbito da união estável (GAIOTTO FILHO, 2013, s. p.). Assim prevê o respectivo dispositivo legal:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 2002).

A despeito da evolução em relação ao Código de 1916, que não previa nenhum direito sucessório ao companheiro, o Código Civil de 2002 deixa a desejar em relação ao objetivo perquirido pela Carta Magna, uma vez que traz discrepâncias entre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro (GONÇALVES, 2013, p. 29). Como exemplos desse tratamento desigual, observa-se a não inclusão dos companheiros no rol de herdeiros necessários, nem na ordem da sucessão legítima, como o fez em relação ao cônjuge. É o que se verifica da leitura dos artigos 1.829 e 1.845, do Código Civil de 2002:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais

[omissis]

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (BRASIL, 2002).

Além disso, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida nos Recursos Extraordinários nº 878.694/MG e nº 646.721/RS, sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. A decisão equiparou o companheiro ao cônjuge para fins de direito sucessório, conforme depreende-se do acórdão, abaixo transcrito, proferido no RE 878.694/MG:

Direito Constitucional e Civil. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável.
2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.
3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso.
4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.
5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002” (RE 878.694/MG Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, julgado em 10/05/2017, DJe 06/02/2018).

Tais julgados foram proferidos em maio de 2017, possuindo repercussão geral. Reconheceram a aplicação, tanto para o companheiro como para o cônjuge, das regras de direitos sucessório circunscritas no artigo 1.829, da Lei Civil, que trata da sucessão legítima. Inobstante aos julgados supra, ainda resta divergência de posicionamento em relação ao tema, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, diante de tudo o que fora explanado no presente estudo, observa-se a evolução conceitual e legislativa tocantemente ao reconhecimento e proteção jurídica do instituído da união estável, especificamente em relação aos seus direitos hereditários. Entendimento este corroborado por parte expressiva da doutrina e jurisprudência, principalmente com o julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS, já referenciados.

Desse modo, claramente perceptível a evolução da legislação e jurisprudência no sentido de resguardar os direitos dessa classe, principalmente os sucessórios, visto sua grande importância e repercussão no patrimônio, qualidade de vida e dignidade humana do companheiro sobrevivente.

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 19 fev. 2018.

_____. **Lei n. 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/L3071.htm>. Acesso em 27 jan. 2018.

_____. **Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o Direito dos Companheiros a Alimentos e à Sucessão. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em 27 jan. 2018.

_____. **Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em 27 jan. 2018.

_____. **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 27 jan. 2018.

GAIOTTO FILHO, Washington Luiz. A União Estável no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: **Jusbrasil:** portal eletrônico de informações, 2013. Disponível em: <<https://washingtongaiotto.jusbrasil.com.br/artigos/111589809/a-uniao-estavel-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 02 fev. 2018.

GONÇALVES, Maria Isabel Paes. O Direito Sucessório do(a) Companheiro(a) no Novo Código Civil. In: **Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13 - 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos**, Rio de Janeiro, v.2, 2013, p. 27-43. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anoscodigocivil_volII_27.pdf>. Acesso em 19 fev. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e Suceder**. São Paulo: RT, 2011.

MASNIK, Lilian. União Estável. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 15, v. VI, nov. 2003. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4312>. Acesso em 19 fev. 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituição de Direito Civil – Direito de Família**. v. V, 25. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o Novo CPC e a Lei 13.363/2016. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIBEIRO, Bruna. Direito Sucessório do Cônjuge e Companheiro, In: **Jusbrasil:** portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <<https://brunaribeiro00.jusbrasil.com.br/artigos/325027099/direito-sucessorio-do-conjuge-e-companheiro>>. Acesso em 19 fev. 2018.

SILVA, Danúbia Cantieri. Direito Sucessório da Companheira à Luz do Princípio da Isonomia. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 112, v. XVI, mai. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13216&revista_caderno=14>. Acesso em 19 fev. 2018.

SILVA, Fernanda Presgrave da. Direito Sucessório dos Companheiros. *In: DireitoNet*, ago. 2004. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1694/Direito-sucessorio-dos-companheiros>>. Acesso em 19 fev. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5, 12. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com Novo CPC e a Lei 13.256/2016. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 7. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com Novo CPC e a Lei 13.256/2016. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TOLEDO, Tauji Christani Ferreira de. União Estável e a Sucessão do Companheiro. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,uniao-estavel-e-a-sucessao-do-companheiro,589264.html>>. Acesso em 19 fev. 2018.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR ACIDENTE DO TRABALHO

Renan Vaillant Fonte Boa⁵⁹
Tauã Lima Verdan Rangel⁶⁰

INTRODUÇÃO

Com a Emenda Constitucional nº 45/04, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar as ações decorrentes de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. No entanto, juntamente com esta nova competência e as inovações do ordenamento jurídico, muitas teorias sobre o assunto surgiram e, com elas, muita polêmica foi criada. Fato é que, surgindo um fato lesivo, surge para o seu causador o dever de repará-lo. E isso não seria diferente nesta área do direito.

O direito à indenização decorre do preenchimento de três requisitos cumulativos: fato lesivo voluntário ou conduta humana, causada pelo agente por ação ou omissão; ocorrência de dano, seja ele patrimonial ou moral; e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. A responsabilidade será pautada na Teoria Subjetiva quando a obrigação de reparar os danos morais e patrimoniais sofridos pelo empregado em razão do acidente de trabalho estiver

⁵⁹ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, rvaillant@gmail.com;

⁶⁰ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

condicionada à comprovação do elemento dolo ou culpa do empregador – agente causador do dano.

Por outro lado, tem-se a teoria objetiva que decorre da atividade normalmente desenvolvida pelo empregador, que produz riscos aos seus empregados. No entanto, embora se reconheça o dever do empregador no que tange à indenização pelos danos causados ao seu empregado, há de se pontuar por outro lado que existirão situações passíveis de isentá-lo de tal obrigação. Trata-se das chamadas excludentes de responsabilidade do empregador (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior).

Portanto, constatada a presença de qualquer dessas excludentes, o empregador estará isento do dever de reparar qualquer lesão acometida ao empregado, uma vez que tais fatos fogem ao seu controle.

METODOLOGIA

O presente resumo tem como objetivo, abordar a problemática da responsabilidade civil do empregador por acidente do trabalho, quando o empregador será responsabilizado por um ato lesivo ao empregado, e quando ele estará excluído de tal dever. Nesse sentido, os dados e métodos utilizados para o desenvolvimento do presente resumo foi com base em pesquisas bibliográficas através da análise de doutrinas e leis vigentes no Brasil, que afirmam sobre a temática em questão.

DESENVOLVIMENTO

A responsabilidade civil do empregador por acidente do trabalho e direito do empregado, quando houver um ato lesivo a este haverá a necessidade de indenização, porem, existem situações aptas a isentá-lo de tal obrigação, são as chamadas excludentes de responsabilidade do empregador (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior). Nas lições de Serpa Lopes explica que responsabilidade “é a obrigação de reparar o dano, seja por decorrer de uma culpa ou outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva” (LOPES, 1962).

Já o dever de indenizar surgirá quando estiverem presentes os seguintes requisitos: o dano (acidente), o nexo de causalidade (entre o evento e o dano) e a culpa do agente (no caso, do empregador). É necessária a comprovação simultânea desses pressupostos, uma vez que ausente qualquer deles, não haverá que se falar em pretensão indenizatória. Nesse pensamento, Rodrigues diz que para a obrigação de indenizar faz-se mister:

A prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentou um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado procedente. (RODRIGUES, 1982, p. 14).

A responsabilidade objetiva é uma espécie de responsabilidade sem culpa, isto é, o perigo aqui deverá resultar do exercício da atividade e não do comportamento do agente. Alvino Lima resume com propriedade os fundamentos da teoria do risco, afirmando que a responsabilidade:

Deve surgir, exclusivamente, do fato, considerando-se a culpa um resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e penal. O que se dever ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a ideia de infringir uma pena ao autor do prejuízo causado. (LIMA, 1999, p. 116).

Já responsabilidade será subjetiva quando o dever de indenizar surgir em razão do comportamento da pessoa que causou o dano a terceiros, encontrando sua justificativa na culpa ou no dolo. Washington de Barros Monteiro leciona que a responsabilidade subjetiva:

Pressupõe sempre a existência de culpa (*latu sensu*), abrangendo o dolo (pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar) e a culpa (*stricto sensu*), violação de um dever que o agente podia conhecer e acatar, mas que descumpre por negligencia, imprudência ou imperícia. (MONTEIRO, 2008, p. 69).

Portanto a responsabilidade será subjetiva quando o dever de indenizar surgir em razão do comportamento da pessoa que causou o dano a terceiros, encontrando sua justificativa na culpa ou no dolo, ou seja, só haverá dever de indenizar se for comprovada a culpa do agente causador do dano.

DISCUSSÃO

Como já dito anteriormente o empregador irá se responsabilizar por ato lesivo que gerar dano ao seu empregado, porem existe situações passíveis de isentá-lo de tal obrigação. O presente trabalho procura analisar o momento oportuno para a responsabilização civil do empregador por acidente do trabalho, e se for o caso, isentá-lo de tal obrigação se presente as excludentes de responsabilidade do empregador.

Essa responsabilidade poderá ter origem em um ato que no início era lícito, mas que em razão de seu inadimplemento, gerou a necessidade de indenizar, chamada de responsabilidade contratual, ou pode ter origem pela inobservância de determinadas regras de convívio em sociedade chamada de responsabilidade extracontratual.

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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Com o art. 187, surge a figura do abuso de direito, que consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício não observa os limites impostos. Aqui o agente pratica um ato inicialmente lícito, mas por exorbitar os seus limites, torna-se ilícito na medida de sua execução. Esse dispositivo legal não faz referência ao elemento culpa, surgindo, assim, uma responsabilidade de cunho objetiva.

Portanto, aquele que pratica, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ato contra o direito, com ou sem objetivo de prejudicar, mesmo assim, causa dano a outrem, tem o dever de reparar. Aqui se verifica a presença do elemento culpa (em sentido amplo), o que caracteriza a responsabilidade subjetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acidente de trabalho pode ser entendido como aquele decorrente do exercício do trabalho a serviço da empresa que provoca lesão corporal, perturbação

funcional ou doença que cause morte, perda ou redução permanente ou temporária da capacidade para o trabalho.

Ocorrendo tal fato lesivo, surge para o seu causador o dever de responsabilizá-la. O direito à indenização decorre do preenchimento de três requisitos: fato lesivo voluntário ou conduta humana, causada pelo agente por ação ou omissão; ocorrência de dano, seja ele patrimonial ou moral; e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Importante ressaltar que, embora se reconheça o dever do empregador no que tange à indenização pelos danos causados ao empregado, há de se pontuar por outro lado que existirão situações passíveis de isentá-lo de tal obrigação. Trata-se das chamadas excludentes de responsabilidade do empregador (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 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: 18 mai. 2018.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Serpa. **Curso de Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: RT, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6 ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1982.

A SEXUALIDADE COMO FRONTEIRA DE UMA NOVEL DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Rodolfo Monteiro da Fonseca Teixeira⁶¹
Tauã Lima Verdan Rangel⁶²

INTRODUÇÃO

Com o avanço da globalização verifica-se uma ampliação robusta da denominada “sociedade de informação”, ou seja, a materialização de redes, sobretudo no plano cibernético, que difundem e promovem o diálogo de informações para além-fronteiras. A Declaração Universal de Direitos Humanos realizou mudanças significativas referentes a direitos e conquistas para a sociedade em geral. Contemporaneamente observa-se um avanço muito grande da sociedade no que se refere ao controle de igualdade, que vem sendo cada vez mais mencionado em assuntos políticos, bem como em programas televisivos e ainda mais em campanhas. Principalmente no Brasil, em que regularmente, se vê passeatas em protestos à desigualdade de gênero e isso vem se tornando cada vez mais forte, buscando todos os tipos de caminho para que as pessoas possam respeitar a opinião diversa à própria.

⁶¹ Graduando do 9º período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana.

⁶² Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Além da grande notoriedade nas relações sociais, o mundo jurídico vem dando uma atenção maior a essas questões. Mesmo com toda mobilização em busca da aceitação, para que acabe com o preconceito, uma legislação direcionada para essas questões é indispensável, já que a relação é o bem-estar social, é dever do direito regulamentar condutas que vão de frente a princípios inerentes aos direitos humanos.

METODOLOGIA

O presente estudo vem apresentar com base em análises bibliográficas e artigos de cunho científico a historicidade dos direitos humanos bem como suas dimensões e a relação desses direitos ligados às questões de direitos sexuais.

DESENVOLVIMENTO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial o cenário humanitário tomou outra forma no mundo, em 1948, dois anos após o seu fim, foi criado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), buscando sanar as atrocidades cometidas durante o período de guerra feita principalmente pela Alemanha nazista (PIOVESAN, 2006, p. 7). No ano de 1979, através do pensamento doutrinário de Karel Vasak, tendo como posição, Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da UNESCO, foi o primeiro jurista a propor a divisão dos direitos humanos, tendo como proposta a divisão em três gerações, sendo este o desenvolvedor da Teoria Geracional dos Direitos Humanos (MARCHI, 2008, s. p.). As gerações têm por base o pensamento iluminista que é reafirmado na Revolução

Francesa, cujo lema era Liberdade, Igualdade e Fraternidade (MARTINS; SILVA, 2006 s. p.).

A primeira dimensão caracterizada pelo pensamento Iluminista e também na Revolução Francesa, diz respeito ao direito individual do homem, sendo resguardada sua liberdade, liberdade estas religiosas, políticas e civis, direitos de oposição ao Estado. (MARTINS; SILVA, 2006 s. p.). O direito de segunda dimensão diz respeito aos direitos de Igualdade, como proteção do trabalho contra o desemprego, direitos básicos como educação e saúde. Neste há uma presença maior do Estado, atuando na busca por condições igualitária entre os cidadãos. (MARTINS; SILVA, 2006, s. p.)

E o direito de terceira dimensão, que seria o direito da fraternidade, referente ao meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida. Nesta se vê um alto teor de humanismo e universalidade, englobando a sociedade como uma só, buscando o interesse coletivo, o bem-estar social. (MARTINS; SILVA, 2006 s. p.).

Faz-se necessário dizer que terminologia usada inicialmente é dada de forma errada, visto que o termo contemporâneo é o de dimensões e não gerações, na explicação de que a palavra gerações remete a ideia de substituição de um termo para o outro, e o que ocorre é uma complementação, uma dimensão complementa a outra, sendo o correto utilizar o termo dimensão (MARCHI, 2008, s. p.).

Conforme explica Diógenes Junior (2012, *apud* SARLET, 2007, p. 55) a teoria dimensional vai além da divisão dos direitos fundamentais serem de caráter cumulativo de acordo com a sua evolução, e também na complementação de um princípio para o outro, ela resguarda o princípio constitucional e filosófico da indivisibilidade desses direitos Partindo da premissa de que os direitos referentes à primeira dimensão são os direitos civis e políticos, cabe dizer que estes foram aprovados em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, juntamente com os

direitos econômicos, sociais e culturais, estes chamados de direitos de segunda dimensão. Contudo, ambos entraram em vigor somente em 1976, visto que somente nessa data, 10 anos depois, é que foi alcançado o número de aprovações necessário para que pudesse sancioná-los (PIOVESAN, 2017, p. 246).

Direitos Fundamentais de primeira dimensão seriam aqueles identificados como modelo do Estado liberal clássico, de cunho prevalentemente defensivo e negativo, o qual o principal objetivo é garantir uma esfera privada de liberdade contra ingerências do Estado. Nesse sentido os direitos fundamentais de primeira dimensão atuam em defesa do indivíduo em face da arbitrariedade do poder político, dando uma autonomia individual diante de seu poder (FUHRMANN, 2015, p. 75).

Nesta dimensão o Estado atua somente na obrigação de garantir e proteger os indivíduos contra a violação de seus direitos praticadas por entes privados, cabendo ao Estado somente estabelecer um sistema eficaz para responder às violações dos direitos civis e políticos (PIOVESAN, 2017, p. 251). Esses direitos traz a prova de abstenção dos governos, dizendo que este não deve dizer o que se deve ou não fazer, de não intervir na vida pessoal de cada indivíduo. Direitos essenciais ao homem, fazendo referência, mais uma vez, à liberdade. Os direitos assegurados nesse grupo são: “de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião - a liberdade sindical e o direito de greve.” (OLIVEIRA, 2012, p.8)

Os direitos de segunda dimensão são relacionados à igualdade, a sociedade de modo coletivo, a estes são denominados os direitos Econômicos e Culturais (OLIVEIRA, 2012, p. 9). Enquanto os direitos de primeira dimensão são direcionados aos indivíduos, a sociedade em si, os direitos econômicos, sociais e culturais, são direcionados ao Estado, estabelecendo os deveres endereçados a ele (PIOVESAN, 2017, p. 265). A origem desses direitos vem posto como uma crítica ao liberalismo, sendo esta posta sob pensamentos filosóficos e políticos (OLIVEIRA, 2012, p. 9).

Criada como preocupação principal a proteção de grupos mais vulneráveis, visando a integração social, bem como a solidariedade e a igualdade entre as classes sociais, atuando na distribuição de renda, tendo os direitos sociais, culturais e econômicos serem definidos como direitos e não como caridade de programas e políticas estatais (EIDE; ROSAS, p. 17, *apud* PIOVESAN, 2004, p. 27).

Abrangendo um conteúdo mais igualitário, sobre bens que pertencem à sociedade como um todo entra o chamado direito difuso e coletivo, englobando a sociedade detentora de direito como um todo, denominado, em termos sociológicos e filosóficos como direito de terceira dimensão, ligados a solidariedade e fraternidade (*fraternité*), tal direito é posto no conceito de futuras gerações (ANDRADE, 2011, p. 6).

Os direitos de terceira dimensão existem para cobrir o individualismo apresentado aos direitos de primeira dimensão, tanto quanto o direito voltado a determinados grupos, como os de segunda dimensão, haja vista que seus titulares são indeterminados incluindo àqueles que ainda nem existem (gerações futuras), a título de exemplo, tem-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito ao progresso e direito ao desenvolvimento (ANDRADE, 2011, p. 7).

Entende-se que a Constituição Federal de 1988 deu ênfase aos direitos fundamentais voltados à fraternidade, fato este que não foi apresentado pelas cartas constitucionais anteriores, tal mudança tem feito com o que o judiciário utilize critérios interpretativos em análises da norma e princípios constitucionais, valendo-se da hermenêutica e analogia para que possa prolatar sempre decisões contributivas ao direito protegido (ANDRADE, 2011, p. 10).

Nesse contexto surge os direitos de quarta geração o qual diverge na doutrina sobre dois pensamentos, um é do doutrinador Paulo Bonavides, o qual refere-se ao direito de quarta geração como o direito ao pluralismo político (ANDRADE, 2011, p. 8), e com contrapartida há o pensamento de Norberto Bobbio, que discute a quarta

dimensão dos direitos humanos como manipulação genética e direitos relacionados à biotecnologia, sendo ele o precursor dessa ideia (MARCHI, 2008, p. 3).

DISCUSSÃO

Os ensinamentos trazidos pela doutrina tradicional dizem que “toda pessoa natural tem um modo particular de existir” (BARBOZA, s. d., p. 3). O direito à identidade sexual vem sofrendo grande discriminação devido ao fato de irem contra a heteronormatividade imposta pela sociedade patriarcal e binária. É a partir desse momento que surge a necessidade do reconhecimento jurídico e social sobre a sexualidade individual (VEIGA JÚNIOR, 2016, p. 59).

Com a desconstrução do binarismo compulsório posto diante da sociedade desde o início de sua existência, vai se tornando nítida a percepção da constante transformação em que a sociedade vai se firmando, buscando novas formas de existências e relacionamentos interpessoais que “desafiam o padrão cultural, sendo aqui o dever de atuação do judiciário para poder acolher demandas sociais” (VEIGA JÚNIOR, 2016, p. 59).

O direito a sexualidade remete a várias áreas do direito, contudo volta-se principalmente ao direito de família, visando o básico social para o bem estar individual da pessoa em meio a coletividade, uma vez que tanto o gênero quanto a sexualidade são relevantes para relações jurídicas nessa área, devido à luta por direitos básicos como casamento, união estável, alimentos, adoção, filiação, direito ao planejamento familiar, dentre outros direitos comuns (VEIGA JÚNIOR, 2016, p. 117).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ademais os estudos e princípios que vêm sendo desenvolvidos abarcam uma melhor visibilidade aos direitos humanos, sendo estes princípios que resguardam os valores humanos, serem tendenciosos a evoluírem sempre para melhor. A questão a ser discutida será sempre a voltada ao benefício e bem-estar social, atendendo à sociedade dando-lhe liberdade para agir e pensar de forma livre, sem qualquer discriminação, dando resultado a luta igualitária que abrange o mundo todo e há séculos é uma luta social presente na humanidade.

REFERENCIAS

ANDRADE, Fernando Gomes de. Direitos de fraternidade como direitos fundamentais de terceira dimensão: aspectos teóricos e aplicabilidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: **Amicus Curiae**, v. 8, n. 8, 2011, p. 1-25. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/570/557>>. Acesso em 18 mai. 2018.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à Identidade Genética. In: **IBDFAM: portal eletrônico de informações**, s.d. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/208.pdf>. Acesso em 17 mai. 2018.

FUHRMANN, Italo Roberto. O Reconhecimento dos Direitos Fundamentais (e Humanos) em Perspectiva Histórica. In: **Ciência em Movimento**, a. 27, n. 34, 1 sem. 2015, p. 71-80. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistasipa/index.php/EDH/article/view/314/247>>. Acesso em 16 mai. 2018.

MARCHI, W. R. de A. Uma reflexão sobre a classificação dos direitos fundamentais. In: **Revista UNAR**, v. 3, n. 1, 2008, p. 1-12. Disponível em: <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol3_n1_2010/UMAREFLEXAOSOBREAClassificacaodosDireitosFundamentaisIAS.pdf>. Acesso em 18 mai. 2018.

MARTINS, F.; SILVA, A. da. Direitos Fundamentais. In: _____. Dimensões jusnaturalistas-universalistas dos direitos fundamentais. In: **Direitonet**: portal eletrônico de informações, 2006. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em 14 mai. 2018.

OLIVEIRA, Elizabeth Silva de Oliveira. **A Teoria das Gerações dos Direitos, o custo dos direitos e o direito à cultura**. 51f. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/4125/1/Elizabeth%20Silva%20de%20Oliveira%20RA%2020507494.pdf>>. Acesso em 14 mai. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional Contemporânea. In: Conferência Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas Contemporâneas e IV Fórum Mundial de Juízes, **ANAIS...**, 23 jan. 2005, Porto Alegre. Disponível em <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44254385/1030802_PIOVESAN_Flavia_Direitos_humanosdesafios_da_ordem_internacional_contemporanea.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1524594675&Signature=TwSdALuXPpJTQsfG51AfzWjySl4%3D&responsecontentdisposition=inline%3B%20filename%3DDIREITOS_HUMANOS_DESAFIOS_DA_ORDEM_INTER.pdf>. Acesso em 15 mai. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUR - REVISTA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004.

VEIGA JÚNIOR. Hélio. **O direito de pertencer a si mesmo**: a despatologização do transexualismo e sua regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero. 163f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016. Disponível em <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/137885/veigajunior_h_me_fran_int.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 17 mai. 2018.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: PRIMEIRAS REFLEXÕES

Rogéria Neves Silva⁶³
Tauã Lima Verdan Rangel⁶⁴

INTRODUÇÃO

O dever de prestar alimentos a outrem é necessário para sua manutenção, em certos casos para a criação, educação, saúde e recreação, ou para atender às necessidades de cônjuge ou do parente. Sem dúvida, trata-se de um instituto básico no direito de família, considerado de ordem pública e protegido de modo especial pelo Estado, em razão do destaque que ocupa o grupo familiar dentro do ordenamento de qualquer sistema político.

A obrigação alimentar está ligada a própria vida e à subsistência das pessoas, trata-se do dever imposto por lei aos parentes, de auxiliar-se mutuamente em necessidade derivadas de contingências desfavoráveis da existência. Fundada na moral (idéia de solidariedade familiar) e oriunda da esquematização romana. A obrigação alimentar está interligada a parentes necessitados aos capacitados na satisfação de exigências mínimas de subsistência digna, incluindo-se não só aos

⁶³ Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana – RJ.

⁶⁴ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

filhos, mas também a outras pessoas do círculo familiar. Integrando por tanto as relações de parentescos em geral, incluído a de filiação havida ou não de casamento, e tanto sob o aspecto natural; biológico ou civil.

MATERIAL E MÉTODOS

Como material e métodos utilizados para o desenvolvimento do presente resumo expandido, consistirá em revisão bibliográfica em doutrinas sobre a temática apresentada, bem como, artigos que tratem sobre a temática apresentada e que dissertem sobre o assunto principal do tema em questão.

DESENVOLVIMENTO

Em linhas iniciais, o ser humano depende constantemente dos alimentos para sua sobrevivência, a obrigação alimentícia é um interesse de obrigação superior e a necessidade de dar as pessoas uma garantia aos meios de subsistência. Seguramente, é o ramo do Direito que impõe maior atenção e eficiência do Estado, por dizer respeito a um setor que se refere à própria subsistência.

Está expresso no art. 5º, inc. XVII, da constituição federal a previsão inclusive da prisão para o obrigado inadimplente: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e a do depositário infiel" (BRASIL, 1988). Além disso, dispõe o Código Civil:

Art. 1566 - são deveres de ambos os cônjuges: [omissis]
III - mutua assistência.
IV-sustento, guarda e educação dos filhos. [omissis]

Art. 1694 - podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver para de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência de necessidade de resultar de culpa de quem os pleiteia (BRASIL, 2002).

Funda-se o dever de prestar alimentos na solidariedade humana e econômica que deve imperar dentro os membros da família ou os parentes. Há um dever legal de mutua auxilio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. A finalidade dos alimentos é garantir subsistência às pessoas necessitadas, as quais serão amparadas por seus familiares, sendo que na falta destes deverão recorrer ao Estado para exigir o cumprimento do dever alimentar da obrigação alimentar ou do dever do sustento. Diante disso, a prestação alimentícia apresenta as seguintes características: **personalíssimo**: a característica do dever de alimentar figura como direito personalíssimo, ou seja, de caráter pessoal, cabendo somente ao alimentado, não podendo passar sua titularidade a ninguém, seja por negócio jurídico ou fatos jurídicos (FERREIRA, 2008, p35) **recíprocos**: a obrigação de alimentos é recíproca, dependendo das possibilidades atuais de quem presta os alimentos e das necessidades de quem deles carece. Assim aquele que fornece o alimento, hoje poderá requisitá-lo no futuro (FERREIRA, 2008, p.35)

Diz-se, ainda, que os alimentos são: **irrenunciáveis**: Os alimentos são irrenunciáveis, podendo o alimentado deixar de exercer o direito de querer alimentos, não podendo todavia renunciar a esse direito, uma vez que predomina a relação também, um interesse de ordem pública. Nesse sentido o artigo 404 do Código Civil dispõe: “pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito de alimentos” (BRASIL, 2002) **intransmissíveis**: Sendo direito personalíssimo é

também intransmissível e se extingue com a morte do alimentante, não podendo seus herdeiros reclamar a prestação alimentar. "Mas, se o crédito por alimentos atrasados já se havia constituído em soma determinada, fará o mesmo parte ativa, passando aos herdeiros." (FERREIRA, 2008, p.36); **irretroatividade**: Os alimentos tem por objetivo satisfazer as necessidades atuais ou futuras do alimentando, não sendo devidas as prestações passadas (FERREIRA, 2008, p.38).

Além dessas características enumeram-se: **impenhoráveis**: As prestações alimentícias são impenhoráveis não podendo incidir a penhora devido serem os recursos destinados a manter o mínimo indispensável a subsistência da pessoa; **incedível**: O direito de alimentos não pode ser cedido a outrem, ou seja não se transfere a uma outra pessoa; **incompensáveis**: Não podem ser compensados por qualquer que seja o bem, como se fosse um dano possível de indenizar; **divisível**: é o entendimento doutrinário dominante que a obrigação alimentícia é divisível, pois existindo vários obrigados, estes dividem a obrigação entre si, proporcionalmente com suas condições econômicas, para que não ocorra prejuízo próprio ou de sua família (FERREIRA, 2008, p.39).

Por fim, os alimentos são: **imprescritível**: O direito aos alimentos não prescreve; mas prescreve em dois anos, a pretensão de haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem; **intransacionável**: Na redação original do artigo 1707 do CC estava previsto que o crédito alimentar seria insuscetível de transação, expressão oportunamente excluída na redação final porque o que não é transacionável é o direito aos alimentos, podendo no entanto, ser objeto de transação o seu valor; **repetíveis ou restituíveis**: Os alimentos recebidos não são repetíveis e nem restituíveis. Mesmo quando quem pleiteia os alimentos seja vencido na ação principal, os alimentos provisionais e provisórios pagos desde a sua propositura não podem ser devolvidos, nem haverá qualquer tipo de restituição a quem os pagou.

O chamado binômio necessidade e possibilidade é regido pelo critério da proporcionalidade, conforme regra o §1º do artigo 1694, este último não constitui; em si um pressuposto da obrigação, mas uma norma de regência e equilíbrio da relação entre estes elementos. A necessidade é caracterizada no artigo 1695 do cc pela circunstância de alguém não ter bem suficiente, e nem poder prover pelo seu trabalho, a própria manutenção. Prover as próprias manutenções é obrigação ética fundamental de todo ser humano capaz. Obter auxílio de terceiros por meios de prestação alimentar é exceção que somente se justifica quando a pessoa não dispõe de patrimônio suficiente para fornecer renda que atenda a essa finalidade ou quando está impossibilitada por motivo de idade, doença física ou mental, de se autossustentar com o fruto do seu trabalho.

A possibilidade de prestar é condicionada a que o demandado não fique desfalcado do necessário ao seu próprio sustento. É certo que assim seja, pois nada justificaria privar o potencial prestador de seu meio de subsistência para beneficiar o postulante aos alimentos. Levado isso ao extremo, o alimentante, desprovido de recursos para sustentar-se, passaria à condição de candidato a obter prestação alimentar de terceiro, o que seria um absurdo. Cabe a quem pretende os alimentos das razões de sua necessidade. Não apenas do valor que precisa para seu sustento, como também o motivo pelo qual não está em condições de prove-lo por si. Além disso, deve indicar aproximadamente os recursos que este dispõe, tudo conforme o comando do artigo segundo da lei 5478/68. Ao fazê-lo o pretendente a verba deve ter bem presente os deveres processuais a que está submetido cumprindo-lhe expor os fatos conforme a verdade, proceder com lealdade e boa fé e não formular pretensões ciente de que são destituídas de fundamentos (artigo 14, incisos I, II e III do CPC).

DISCUSSÃO

Nascituro é o ser humano já concebido que ainda está por nascer, como o nascituro não tem personalidade civil, a qual começa somente com o nascimento com vida não é detentora de direitos, no entanto, a lei cuida de proteger e resguardar seus interesses, podendo ser constituído como herdeiro legatário, receber doação mediante a aceitação de seu representante legal, artigo 2º, 542 e 1779 a 1780 do Código Civil.

Segundo Rangel (2013), a obrigação alimentar pode ter início antes mesmo do nascimento com vida, encontrando assento no período gestacional. Tal fato decorre em consonância com os postulados emanados pela teoria concepcionista, consoante lições de Madaleno (2008 *apud* RANGEL, 2013, s.p.), “os alimentos tem seu fundamento no direito à vida e a vida se inicia na concepção uterina, justamente para o ser concebido nascer com vida, e por isso os direitos do nascituro já existem em sua plenitude a contar de sua concepção”. Ficando, porém, condicionado ao nascimento com vida e seu direito de índole patrimonial. O fato é que aquele que está para nascer precisa de cuidados médicos, assistência ao pré-natal, medicamentos, enfim tudo o que for necessário para assegurar o seu saudável desenvolvimento.

A Lei nº 11.804/2005 disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como será exercido, estabeleceu em seu artigo segundo que os alimentos mencionados, compreendem os valores suficientes para cobrir despesas do período de gravidez e que seja dela decorrentes, da concepção ao parto alcançando até mesmo exames, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis.

Convencido de indícios de paternidade o juiz fixara os alimentos gravídicos que perduraram até o nascimento. Após o nascimento a verba alimentar será transformada em pensão alimentícia em favor do menor.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a obrigação alimentícia vai muito além de prestar alimentos, pois, essa obrigação preserva a vida humana e garante sua sobrevivência. E ainda não precisa ter nascido, para que os seus direitos sejam garantidos. O Estado oferece meios eficazes para que essa obrigação seja cumprida. E é de interesse de toda a sociedade, e de todos nós, que essa obrigação se cumpra.

O dever de alimentar é responsabilidade da família, que deve se ajudar solidariamente. Os alimentos deverão ser pagos de acordo com a possibilidade de quem os paga e a necessidade de quem os recebe.

REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 mai. 2018.

_____. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 18 mai. 2018

FERREIRA, Rui Barbosa Marinho. **Manual Prático de Alimentos**. Leme: Edijur Editora Jurídica, 2008.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. A prestação alimentícia em favor do nascituro: a influência dos princípios constitucionais no direito assistencial familiar. *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=13124>. Acesso em mai. 2018.

O TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Silmara Nunes Pereira⁶⁵
Tauã Lima Verdan Rangel⁶⁶

INTRODUÇÃO

Direitos fundamentais são aqueles que uma vez valorados pela coletividade, em um dado momento histórico, foram colocados na constituição, para, assim, se tornarem fundamentais e serem dirigidos a todos os seres humanos submetidos a tal ordenamento jurídico, sem restrições, independentemente de sua raça, credo, ou convicção política. A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, como o direito ao trabalho.

Dessa forma, o presente trabalho tem por finalidade examinar e delinear as noções de Direitos Fundamentais, com foco em caracterizar o trabalho como direito fundamental na atual ordem constitucional brasileira, a fim de demonstrar ser este um direito indispensável à vida humana, expondo dessa maneira, suas eventuais características e seus aspectos doutrinários e legais.

Com todo o exposto neste estudo, pretende-se demonstrar a importância de se preservar o elemento mais importante no que diz respeito à dignidade da pessoa

⁶⁵ Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana (RJ), email: snpsilmara@gmail.com;

⁶⁶ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

humana, o próprio homem, e concomitantemente expor que o mesmo possui uma série de direitos mínimo para a garantia de uma vida digna, sendo um dos principais, o direito a um trabalho digno que o possibilite prover seu sustento e o de seus dependentes.

METODOLOGIA

Dada às peculiaridades do presente trabalho, o meio utilizado para sua construção foi a análise de doutrinas e artigos com a temática voltada para o assunto em questão.

DESENVOLVIMENTO

Os direitos fundamentais são os direitos do homem garantidos em um determinado ordenamento jurídico. Seriam os direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta, ou seja, são os enunciados constitucionais de cunho declaratório, cujo objetivo consistiria em reconhecer, no plano jurídico, a existência de uma prerrogativa fundamental do cidadão (SILVA, 2006). São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica, a qual, segundo José Afonso da Silva “é uma expressão reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, 2006, *apud* TAVARES, 2012, p. 499).

Os Direitos Fundamentais, atualmente, são reconhecidos mundialmente, por meio de pactos, tratados, declarações e outros instrumentos de caráter internacional. Esses Direitos fundamentais nascem com o indivíduo. E por essa razão, a Declaração

Universal dos Direitos do Homem (ONU-1948), diz que os direitos são proclamados, ou seja, eles preexistem a todas as instituições políticas e sociais, não podendo ser retirados ou restringidos pelas instituições governamentais, que por outro lado devem proteger tais direitos de qualquer ofensa (SILVA, 2006)

Por fim, é de suma importância caracterizar a relação de trabalho. Para isso, pode-se levar em consideração a conceituação de Resende (2014, p. 170, apud, DELGADO, 2017) que declara: “relação de trabalho é toda relação jurídica caracterizada por ter sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano”. Dessa forma, pode-se entender que a relação de trabalho é um gênero que alcança todas as formas de trabalho humano enquanto a relação de emprego se constitui espécie, sendo esta última relação de trabalho subordinado, a qual ocorrerá sempre que cumpridos os requisitos legais presente no artigo 3º da CLT (RESENDE, 2014, p. 171).

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual (BRASIL, 1943).

A propósito, faz-se relevante o entendimento conceitual de Direito do Trabalho como sendo o ramo da ciência jurídica que compreende as relações jurídicas entre os trabalhadores e seus respectivos dirigentes, mais precisamente entre empregados e empregadores (RESENDE, 2014, p. 78). Este conceito pode ainda se subdividir em três categorias distintas, tituladas subjetiva, objetiva ou mista. O conceito subjetivista destaca a condição do empregado como o economicamente fraco na relação jurídica, por outro lado para os doutrinadores que adeptos à corrente

objetivista, esse direito se constitui na prestação de trabalho subordinado como objeto do contrato de trabalho.

E, por fim, definem, os partidários do conceito misto, o Direito do Trabalho como sendo a harmonia dos sujeitos do contrato de trabalho com o seu objeto, determinada prestação de serviço subordinado (BARROS, 2016, p. 68 e 69) Segundo Resende (2014, p. 78), “o Direito do Trabalho surgiu, no contexto histórico da sociedade contemporânea, a partir da Revolução Industrial, com vistas a reduzir, por meio da intervenção estatal, a desigualdade existente entre capital (empregador) e trabalho (empregado)”.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas, direitos esses formados por uma longa construção histórica, dessa forma, pode-se verificar que a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais varia entre épocas e lugares diferentes, uma vez que foram nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, p. 9).

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:
(...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL, 1998).

Tendo em vista que os direitos fundamentais são os direitos dos homens transformados em direito positivo, O direito ao trabalho é o mais importante dos

direitos fundamentais, visto que a Constituição brasileira consagra em seu artigo 6º esse direito como sendo fundamental. De fato, observam-se progressivamente evidências científicas de que o trabalho é fundamental na vida das pessoas, pois ele possibilita, geralmente, a construção da identidade, da saúde psíquica, da formação de relações de solidariedade, e a participação útil na sociedade (WANDELLI, 2012).

Para o autor:

O trabalho humano é visto enquanto atividade intencional de transformação do real no curso da qual se dá a descoberta e o desenvolvimento das potencialidades humanas; intercâmbio orgânico com a natureza, pela qual o homem, produzindo valores de uso, também transforma-se a si mesmo, como sujeito, e à totalidade social, intersubjetivamente. Assim, o trabalho é o primeiro elemento que conforma a capacidade do ser humano para autorrealizar-se individual e comunitariamente (WANDELLI, 2009, p. 46).

Por esse motivo, o direito a um trabalho compreendido como dimensão humana mais ampla que aquela do trabalho no sentido reducionista, a que foi levado pela modernidade, se constitui como direito fundamental sem o qual não há dignidade humana, dado que, visto como um direito fundamental o trabalho deixa de ser visto apenas como um direito instrumental e torna-se um direito à reprodução e ao desenvolvimento autônomo da coletividade vivente, o que significa muito mais que a sobrevivência física do corpo (WANDELLI, 2009).

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:

(...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

(...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1998).

Por fim, vale levar em conta que até mesmo a I Constituição Magna tratou em sua redação o trabalho como sendo considerando o meio legítimo a uma vida condigna a todo agrupamento humano, pois este é o principal garantidor de saúde, educação, alimentação, habitação possibilidade de progresso, realização pessoa e coletiva, entre outras necessidades essenciais do ser humano (FONSECA, 2006, p.182-183).

Preliminarmente, em seu artigo 1º, III e IV, a vigente Constituição prevê como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, adindo, em seu artigo 3º, os incisos I, II, III demarcam alguns de seus objetivos fundamentais ao Estado Brasileiro sendo eles: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, deixando claro que o trabalho seria um meio factível ao alcance desses objetivos fundamentais (BRASIL, 1988), (FONSECA, 2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, chega-se a conclusão que o trabalho, segundo o artigo 1º, IV, da Constituição Federal, é fundamento da República Federativa do Brasil. É também, de acordo com o artigo 5º, XIII, da atual Carta Magna, direito fundamental, e social como afirma os artigo 7º ao 11 da Constituição Federal, tendo auto aplicação segundo a dicção do § 1º, artigo 5º da mesma.

Com todo o exposto neste estudo, ficou claro a importância de se preservar os direitos fundamentais do homem, em tese, o trabalho. Uma vez que sua indisponibilidade esta firmada na possibilidade de permitir ao homem construir sua identidade, formar relações solidarias, e se inserir no meio social.

Portanto, conclui-se que o direito a um trabalho compreendido como dimensão indispensável, se constitui como direito fundamental sem o qual não há dignidade humana, visto que este direito possui extremo amparo constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 abr. 2018.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed., atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. COUTINHO, Carlos Nelson (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. 383f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:<<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7259/1/MariaHemiliaFonseca.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2018.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Flávia Martins André. Direitos Fundamentais. In: **Direitonet**: portal eletrônico de informações, 16 mai. 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em 14 mai. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WANDELLI, Leonardo Vieira. O direito humano e fundamental ao trabalho. *In*: **Gazeta do Povo**: portal eletrônico de informações, 13 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/o-direito-humano-e-fundamental-ao-trabalho-2pd29rb9n08qw3vkj5219lgem>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

_____. **O direito ao trabalho como direito fundamental**: elementos para a sua fundamentação e concretização. 443f. Tese (Doutora em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143699.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2018.

DO DIREITO A NOMEAÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DO CONCURSO PÚBLICO E A FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA

Tawani Tatagiba de Oliveira⁶⁷

Tauã Lima Verdan Rangel⁶⁸

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o concurso público, é um procedimento administrativo, que se compõe de várias etapas, a inicial delas é a inscrição, que declara a manifestação da vontade do candidato no sentido de participar da competição, na qual irá definir de forma mais isonômica possível a nomeação de candidato mais competente, sendo este regido por diversos princípios sendo eles impessoalidade, moralidade, e da eficiência, e logo após os princípios específicos do concurso que são o princípio da segurança jurídica, a proteção à confiança e à boa-fé.

No tocante à nomeação, o entendimento que se tinha nos tribunais superiores era de mera expectativa de direito, e não direito líquido e certo. No que concerne a esse entendimento o Supremo Tribunal Federal, já declarou o direito subjetivo a

⁶⁷ Graduando do 9º período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) Unidade Bom Jesus do Itabapoana-RJ.

⁶⁸ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

nomeação de candidato a concurso público aprovado dentro das vagas, e ainda mais, vinculando administração pública ao edital do certame, a administração ficaria neste caso impedida de atribuir vagas a novos concursados, respeitando assim os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Ao chegar-se ao tema central, será tratado do instituto do cadastro reserva, e se há ou não existência de direito a nomeação de candidato nesta situação. Logo após será demonstrado sobre as possibilidades e quando esse direito pode ser adquirido, explanando a opinião de alguns doutrinadores acerca do assunto.

METODOLOGIA

O resumo foi confeccionado com base em revisões bibliográficas por meio de artigos científicos, doutrinas de direito administrativo e constitucional, e sites da web.

DESENVOLVIMENTO

Ao abordar o tema concurso público é necessário que discorra acerca do surgimento do estado democrático de direito,

A ideia do Estado Democrático de Direito da maneira como hoje é conhecido é em decorrência de um extenso processo da evolução da forma como as sociedades foram se organizando ao longo dos séculos, como bem lembrou a professora Terezinha Seixas em suas aulas magnificamente ministradas no início do curso de graduação em Ciências Sociais e Jurídicas. Explanava a referida professora que a origem do Estado Democrático de Direito é oriunda dos antigos povos gregos e seus inesquecíveis pensadores, que já no século V a I a. C. dentre eles citava Sócrates, Platão e Aristóteles que criou a teoria

do “Estado Ideal”, pensadores que refletiam sobre a melhor forma de organização da sociedade para o atendimento do interesse comum. (SANTOS, 2011, s.p.)

No término do século XVIII, observamos nos livros de História a queda dos Estados absolutistas, modelo de Regime político que superou o modelo feudal e que concentrava todo o poder nas mãos dos reis soberanos, considerados representantes de Deus na Terra. (SANTOS, 2011, s.p.). O abuso de poder por parte do rei absolutista revoltou a burguesia, classe econômica, política e social ascendente na época, que buscaram novos modelos de organização social onde o poder do rei fosse restrito e controlado. Com essa racionalização dos direitos naturais, os quais até então eram divinos, foram surgindo movimentos que reduziram o poder do rei absolutista. (SANTOS, 2011, s.p.)

Foi aí que surgiu o conceito de jus naturalismo, ou seja, de que existem direitos que são naturais ao homem e que fluem da própria natureza humana os direitos básicos para que o ser humano pudesse viver de forma digna. (SANTOS, 2011, s.p.). Mas o marco principal e mais significativo acontecimento histórico na edificação dos direitos humanos e consequentemente do direito, foi a Revolução Francesa de 1789, da qual derivou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos principais documentos históricos que marcam o início do Estado moderno. (SANTOS, 2011, s.p.)

O Estado de Direito nos dias atuais tem um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno (SANTOS, 2011, s.p.). Acerca do surgimento de um Novo Estado, Novellino destaca:

Após o fim da segunda guerra mundial, na tentativa de consolidar as conquistas e suprir as lacunas das experiências anteriores, surge um novo modelo de Estado, que como notas distintivas a introdução de novos mecanismos de soberania popular, e garantia jurisdicional, buscando a efetividade dos direitos fundamentais e a ampliação do conceito de democracia. (NOVELINO, 2016, p. 246).

Destaca-se, então, que o instituto do Concurso Público coincide com o surgimento do Estado democrático de Direito. Acerca do surgimento do concurso público Sadran (1972 *apud* ARAGÃO, 2013, p. 540) observa que o concurso público, surgido na França como decorrência do art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é o instrumento que melhor representa o sistema de mérito (meritocracia), fundando-se nos princípios da moralidade, igualdade e impessoalidade, conforme Sadran (1972 *apud* ARAGÃO, 2013, p. 540)

RESULTADO E DISCUSSÃO

O concurso público, nos termos do art. 37, II, da CF, é requisito para o provimento de cargos e contratação de empregados, tanto na Administração Direta como na Indireta trata-se de procedimento administrativo, curso encontra-se grande competitividade entre os aspirantes a cargos e empregos públicos, o concurso não raro as vezes rende ensejo a instauração de diversos conflitos entre candidatos, ou entre entes do próprio poder público. (CARVALHO FILHO, 2016, p.791)

É importante destacar os princípios que regem o concurso público na administração pública, neste sentido Rafael Carvalho de Rezende explana, que a exigência do concurso público se fundamenta nos princípios constitucionais do Direito Administrativo, que são eles a impessoalidade, moralidade, e da eficiência (OLIVEIRA, 2017, p. 846)

A regra do concurso público abrange os cargos e os empregos da Administração direta e indireta. Portanto, além dos Entes federados, as entidades administrativas com personalidade de direito público (autarquias e fundações estatais de direito público) e com personalidade de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e as fundações estatais de direito privado) devem realizar concurso público para o preenchimento dos seus cargos e empregos. O provimento originário em cargos públicos sem a prévia aprovação em concurso deve ser considerado, em regra, inconstitucional, conforme dispõe a Súmula Vinculante 43 do STF. As formas de provimento que contrariam essa exigência, tais como a ascensão (ou transposição) e a transferência, são inconstitucionais (OLIVEIRA, 2017, p.710)

Em respeito à regra do concurso público, a jurisprudência tem entendido pacificamente que, ressalvadas as exceções constitucionalmente admitidas (estudadas no tópico a seguir), as admissões realizadas sem concurso público em data posterior à Constituição Federal de 1988 são nulas, não gerando efeitos trabalhistas. Registra por oportuno, que, nos casos em que sociedade de economia mista ou empresa pública firma contrato de trabalho nulo em virtude da ausência de concurso público e posteriormente é privatizada, a nulidade é sanada e o contrato é convalidado desde a data da admissão, continuando a gerar seus efeitos após a privatização. É que, como a exigência de concurso não se aplica a entidades alheias à administração pública, seria excesso de formalismo anular-lhes os contratos trabalhistas em virtude justamente da falta de concurso no passado. (ALEXANDRE, DEUS, 2017, p.250)

Era tradicional e pacífica a jurisprudência brasileira no sentido de que a aprovação em concurso público, mesmo com classificação nas vagas previstas no edital do certame, não geraria direito subjetivo à nomeação, mas apenas mera

expectativa de direito. Só haveria a conversão da expectativa em verdadeiro direito nas hipóteses de nomeação de candidato não aprovado no concurso e de preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado. A segunda situação é, inclusive, objeto da Súmula 15 do STF, na qual se afirma que: “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação” (ALEXANDRE; DEUS, 2017, p.255)

Contudo, diante dos vários abusos cometidos pelas autoridades públicas, o STF evoluiu no seu tradicional entendimento e, invocando a “força normativa do princípio do concurso público”, passou a entender que os candidatos aprovados em concurso público e classificados nas vagas previstas no edital também têm direito subjetivo à nomeação (RE 598.099 – MS – Repercussão Geral) O novo entendimento não afasta o poder discricionário de que dispõe a Administração de escolher livremente o momento ideal para nomear os aprovados, desde que o faça dentro do prazo de validade do certame, incluída a prorrogação, caso a tenha realizado.. (ALEXANDRE; DEUS, 2017, p.255). Segundo versa o autor:

O raciocínio que presidiu essa evolução jurisprudencial se fundou no princípio da segurança jurídica (no seu aspecto de proteção à confiança) e no respeito à boa-fé. Assim, quando a Administração lança edital convocando todos os que cumpram os requisitos legalmente exigidos a participar de concurso público, ela atrai os interessados que legitimamente depositam confiança no Poder Público, acreditando que existe a real necessidade de preenchimento das vagas disponibilizadas dentro do prazo de validade previsto no ato convocatório. Nesse contexto, é necessário o respeito à boa-fé não só pelos que atenderam ao chamado e se inscreveram no certame, mas também pela própria Administração, que se vincula às regras do edital que elaborou, inclusive àquelas que definem as vagas que pretende preencher. (ALEXANDRE; DEUS, 2017, p.255)

No que tange ao direito subjetivo à nomeação, caberia indagar em qual momento nasce a pretensão do candidato aprovado. Tendo em vista que a pretensão nasce no momento da violação do direito. A propósito vale considerar que a administração pública deve convocar o candidato por intimação pessoal, quando se interpõe tempo razoável entre o resultado e a convocação. (CARVALHO FILHO, 2016, p.800)

A administração pública com o passar dos anos vem utilizando o instituto do cadastro reserva, segundo Carvalho Filho, é uma modalidade na qual como regra, não se especifica o número de cargos ou empregos a serem preenchidos. Pode ocorrer em situações transitórias, como aquela em que o órgão aguarda a liberação de verbas para remunerar os futuros servidores. (CARVALHO FILHO, 2016, p.803)

Há grande discussão sobre ser considerado legítimo, pois os candidatos ficam em situação de expectativa e instabilidade, por desconhecerem quando ou mesmo se haverá uma convocação. Além disso, torna-se mais complexo o controle de legalidade da administração pública, em virtude da ampla liberdade que possui nesses casos, sendo difícil inclusive, comprovar arbitrariedade. (CARVALHO FILHO, 2016, p.803).

Pode até ser cômodo para a administração, mas não é a melhor forma de garantir os direitos dos candidatos, o melhor seria mesmo quando o edital já define o número de vagas que constara naquele certame. (CARVALHO FILHO, 2016). Aliás o que há grande discussão diante da doutrina é que, se não há vagas ainda, o concurso é no mínimo desnecessário, constituindo desvio de finalidade por parte da administração. (CARVALHO FILHO, 2016, p.803).

Entretanto, reforçando tendência atual, tem-se reconhecido direito líquido e certo a convocação dos candidatos colocados nas posições subsequentes na ordem de classificação, quando há desistência por parte de outros candidatos que, convocados,

expressam a sua desistência. Também é assegurado tal direito no caso de surgirem novas vagas durante o prazo de vacância do cargo. (CARVALHO FILHO, 2016, p.803).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma conclui-se que o direito a nomeação ainda é muito discutido e tem muitas opiniões diferentes acerca do tema, isso porque existe uma falta de regulamentação do concurso público abrindo margem para tantas discussões. O cadastro reserva é uma modalidade que vemos através do texto que vem sendo muito utilizada, e muitas vezes de maneira abusiva, configurando muitas vezes desvio de finalidade, o que acontece é que se faz necessário uma lei que regule todos os concursos e padronize as formas desses certames.

Logo, estudar para concurso é coisa séria, demanda tempo, dinheiro e abrir mão de muitas coisas para que se chegue ao objetivo de conquistar o tão sonhado cargo efetivo, pois é um direito nosso exigir da administração pública que ela aja observando seus princípios da moralidade, impessoalidade eficiência e outros, para que esse procedimento continue sendo considerado a forma mais idônea de se conseguir ingressar em um cargo público.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo, DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ARAGÃO, Alexandre de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.[Minha Biblioteca]

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 03 abr. 2018

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. rev., atual. e ampl. –Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. [Minha Biblioteca]

SANTOS, Adairson Alves dos. O Estado Democrático de Direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 14, n. 91, ago 2011. Disponível em:
<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143>. Acesso em mai. 2018.

O TRABALHO RELIGIOSO NO BRASIL

Thaynára Coutinho de Andrade Farolfi Ribeiro⁶⁹
Tauã Lima Verdan Rangel⁷⁰

INTRODUÇÃO

O presente material está direcionado à seara do Direito do Trabalho, onde será dado destaque ao trabalho do religioso no Brasil, explorando-se, para tanto, alguns dos aspectos históricos acerca do Direito do Trabalho desde o Brasil Colonial até o entendimento preponderante do presente cenário jurídico, objetivando analisar a relação jurídica que se estabelece entre as organizações religiosas e os religiosos, além de demonstrar como se caracteriza as atividades prestadas por estes.

Os religiosos, embora, em alguns casos, exerçam atividade nos moldes do artigo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho – o qual define os requisitos para a configuração da relação de emprego-, recebem tratamento diferenciado ao dos empregados subordinados à Norma trabalhista, surgindo o questionamento se o trabalho religioso se equipara à relação de emprego, o que justifica a presente pesquisa.

⁶⁹ Graduanda do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, thayfarolfi43@gmail.com;

⁷⁰ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Por não haver um entendimento consolidado pelo legislador brasileiro acerca da relação jurídica estabelecida entre entidade religiosa e a figura do religioso, a presente pesquisa será realizada por meio da análise de doutrinas pertinentes ao assunto. Assim, diante o exposto, passa-se a analisar de forma mais detalhada o conteúdo do presente trabalho, a fim de cumprir para com o objetivo da pesquisa, qual seja, analisar o trabalho religioso no Brasil.

METODOLOGIA

O presente trabalho, em razão do modelo adotado, fora elaborado por meio de pesquisa teórica, realizada por meio da técnica de pesquisa de revisão bibliográfica de Doutrinas de Direito do Trabalho, bem como artigos científicos pertinentes ao tema. Cabe ressaltar que o material ora elaborado não tem por objetivo esgotar o tema, pelo contrário, este será uma mera exposição, de forma superficial, do tema trabalhado, contudo, em direção a uma discussão mais aprofundada, possivelmente, no futuro.

DESENVOLVIMENTO

A religião se fez presente na cultura brasileira desde o descobrimento do país, sendo elemento fundamental e indispensável à compreensão da humanidade. Neste sentido, Durkheim (1990, p. XVI), afirma que a religião se trata de “uma coisa eminentemente social”. A Constituição Federal de 1988, consagrou em seu artigo 5, inciso VI, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantida a proteção aos locais de culto e suas

liturgias, na forma da lei (BRASIL, 1988). Desta forma, a Constituição garante autonomia às crenças religiosas, nos termos da lei.

No mesmo sentido, o Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 44, inciso IV, estabelece que as organizações religiosas são pessoas jurídicas de direito privado. Ainda, o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, reforça o texto constitucional ao dispor que

São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento (BRASIL, 2002).

Assim, com base na legislação brasileira vigente que confere às organizações religiosas autonomia de organização e estruturação interna, bem como o seu funcionamento, pode-se afirmar que estas entidades podem estabelecer, conforme o seu entendimento, a forma que será regulamentada sua relação para com os religiosos.

Segundo o entendimento do Ministério do Trabalho e Emprego, os religiosos ou ministros de culto religiosos, são aqueles que realizam liturgias, celebrações, cultos e ritos, dentre outras atividades de natureza religiosa. Quanto as condições gerais para o exercício de suas atividades, podem ser desenvolvidas enquanto consagrados ou leigos, de forma profissional ou voluntária (CBO 2631-05).

A evangelização de pessoas consiste numa prática milenar, e, neste cenário, destaca-se a figura dos líderes religiosos, os quais recebem diversos títulos, conforme sua denominação religiosa. A presente pesquisa analisará o trabalho religioso no Brasil, valendo-se para tanto da bibliografia disponível sobre o tema.

DISCUSSÃO

Desde os primórdios, a religião esteve presente na vida do ser humano, estabelecendo regras comportamentais e normas a fim de garantir a harmonia entre os homens. Durkheim traz o entendimento que não se pode compreender as religiões mais recentes sem antes acompanhar na história, a maneira como elas progressivamente se compuseram (DURKHEIM, 1990).

No processo de expansão marítima portuguesa, em 21 de abril de 1500, a frota portuguesa, sob o comando de Pedro Álvares Cabral, avistou o que seria terra brasileira. Segundo o entendimento do historiador Fausto (1995, p. 43), já sobre o Brasil Colonial, “considerações políticas levaram a Coroa Portuguesa à convicção de que era necessário colonizar a nova terra”. Para alcançar êxito no projeto português de colonização das terras, a Coroa portuguesa enviou a Companhia de Jesus para a colônia brasileira, com o intuito de converter o índio à fé católica por meio da catequese e do ensino de ler e escrever português.

A catequese tinha por finalidade desenvolver os aspectos: doutrinário, visando o ensino da religião e a prática cristã aos índios; econômico, objetivando instituir o hábito do trabalho como princípio fundamental na formação da sociedade brasileira; e político, pois se utilizavam dos índios convertidos contra os ataques dos índios selvagens, bem como de inimigos externos.

Com a consolidação da colonização, o Brasil tornou-se uma colônia cujo sentido básico era, segundo Fausto (1995, p. 48), “fornecer ao comércio europeu gêneros alimentícios ou minérios de grande importância”. Neste cenário, surge, no Brasil, a prática de trabalho compulsório para atender as demandas do comércio europeu. Contudo, a forma de trabalho compulsório que predominou no Brasil foi a escravidão, a começar pela exploração de mão-de-obra dos índios e, em seguida, dos

africanos. Cabe salientar, que aos índios foram elaboradas leis de proteção contra a escravidão, porém o negro escravizado não detinha direitos, tendo em vista que para o ordenamento jurídico da época estes eram considerados enquanto “coisas” e não pessoas.

Este cenário de escravatura, no Brasil, perdurou até o século XIX, quando foi promulgada a Lei Áurea, que aboliu o trabalho escravo de maneira formal. A partir daí, após diversas reivindicações por direitos da classe operária, começam a surgir normas trabalhistas. Estas, conforme o passar dos anos, foram se aperfeiçoando de modo a abarcar os direitos dos trabalhadores de forma satisfatória. Ainda, hoje, pode-se afirmar que o direito dos trabalhadores se encontra em transição para melhor regulamentar as novas concepções da sociedade moderna.

Atualmente, os direitos da classe operária estão dispostos na Consolidação das Leis do Trabalho, dentre outras leis específicas. A norma trabalhista, estabelece que será empregado “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 2017), em conformidade com o disposto no artigo 3º. Neste sentido, Barros (2016) preconiza os pressupostos para ser empregado, sendo eles: pessoalidade, não eventualidade, salário e subordinação jurídica. Faz-se necessário salientar, ainda, que na hipótese de ausência de um dos requisitos, ora, apresentados, o vínculo empregatício não será caracterizado.

Considera-se o pressuposto da pessoalidade, conforme o entendimento de Moura (2016), enquanto a obrigatoriedade da atividade laboral ser exercida pela pessoa contratada pelo empregador, tendo em vista que o contrato de trabalho em relação à figura do empregado é infungível. Cabe ressaltar que na possibilidade de substituição de trabalhador por outro, não existirá contrato de emprego.

Por não eventualidade, Delgado (2017, p. 317) preconiza que “a legislação trabalhista clássica não incide sobre o trabalhador eventual – embora não haja dúvida de que ele também possa ser um trabalhador subordinado”. Desta forma, o serviço prestado de forma eventual não permite a configuração de vínculo empregatício. A onerosidade materializa-se numa contraprestação onerosa de obrigação do empregador para com o empregado, em razão do serviço desenvolvido por ele, a fim de cumprir para com a função social do trabalho. Por último, a subordinação consiste no comprometimento do empregado em acolher o poder de direção empresarial de seu empregador, que estabelecerá a forma de realização de sua prestação de serviços. A existência ou não do pressuposto de subordinação distinguirá a relação de emprego da relação jurídica com trabalhador autônomo.

Não obstante, os pressupostos para a caracterização do vínculo empregatício não devem apenas estar presentes no caso concreto, eles devem coexistir para a efetiva configuração do vínculo de emprego. Ao contrário, um tipo contratual diverso ao de emprego será caracterizado. Fora da esfera de abrangência das relações estabelecidas pela presença dos requisitos, ora, apresentados, existem os trabalhadores que recebem um tratamento diferenciado pelo legislador. São diversas as espécies de trabalho em sentido amplo, porém o presente resumo enfatizará o trabalho religioso por ser este o objeto desta pesquisa.

Conforme o entendimento de Martinez (2016), o trabalho religioso está num patamar diferenciado ao que se entende como trabalho em sentido amplo. Segundo o autor, o trabalho religioso é considerado enquanto atividade em sentido estrito, conforme afirma

Enquanto o “trabalho”, indispensavelmente remunerado (ou a remunerar), tem por escopo o sustento próprio e se for o caso, familiar do trabalhador, a forma identificada como “atividade em

sentido estrito”, prestada, em regra, sem qualquer onerosidade ou mediante uma contraprestação meramente simbólica, tem objetivos diferentes, que podem estar relacionados com o intento de aperfeiçoamento ou associados a ações meramente solidárias (MARTINEZ, 2016, p.125).

As atividades em sentido estrito apresentam finalidade diversa ao trabalho, sendo ambos distinguidos neste ponto, qual seja, o objetivo pretendido para com que se presta o serviço. Ressalta-se que na hipótese de atividade em sentido estrito, pode haver contraprestação pecuniária, no entanto, esta deverá conter caráter meramente simbólico, não podendo ter a finalidade de manter a pessoa que exerce a atividade. Desta forma, pode-se concluir que aquele que exercer atividade em sentido estrito, não será considerado empregado, como é o caso dos ministros de culto religioso.

Neste ponto, torna-se importante fazer a distinção entre a atividade exercida pelo religioso e o trabalho prestado à entidade religiosa por seus empregados para que melhor se vislumbre as informações apresentadas. As pessoas contratadas pela entidade religiosa, nos moldes do artigo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, serão consideradas empregadas, tornando-se, desta forma, a organização religiosa parte de uma relação de emprego, enquanto empregadora. No caso do trabalho prestado por religiosos, como já fora abordado, consiste em atividade em sentido estrito. Além disso, a atividade religiosa prestada pelo religioso consiste numa doação total, frente ao chamado Divino, não havendo relação com profissão, mas, sim, com a vocação inerente à sua pessoa.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir, portanto, que o trabalho religioso consiste numa atividade em sentido estrito, com finalidade diversa ao trabalho. Enquanto o trabalhador

exerce sua atividade visando auferir renda para a sua manutenção e de sua família, aquele que presta atividade em sentido estrito o faz sem receber contraprestação onerosa, tendo objetivos diferentes a obtenção de renda.

Ademais, em nenhuma hipótese se confunde com a relação de emprego (ou trabalho) existente entre a entidade religiosa e seus empregados, que assim se caracterizam por preencherem os requisitos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como o objetivo de auferir renda para sua manutenção.

O trabalho religioso se justifica vez que se apresenta enquanto vocação, havendo doação total de si por parte da pessoa do religioso frente ao chamado divino, não sendo caracterizado o vínculo empregatício devido a natureza da atividade prestada por este.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

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 mai. 2018.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em mai. 2018.

_____. **Ministério do Trabalho e Emprego**. CBO 2631-05. Ministro de culto religioso. Disponível em: <<http://www.ocupacoes.com.br/cbo-mte/263105-ministro-de-culto-religioso>>. Acesso em mai. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

DURKHEIM, Émile. **As Formas Elementares da Vida Religiosa**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

GALVÊAS, Maria de Fátima Pimentel Pereira. História da Religião no Brasil: O Ensino Religioso e a Catequese na Sociedade Brasileira. In: **UNITAS – Revista Eletrônica de Teologia e Ciências das Religiões**, Vitória, v. 5, n. 2, ago.-dez., 2017. Disponível em: <<http://revista.faculdadeunida.com.br/index.php/unitas/article/viewFile/606/519><http://revista.faculdadeunida.com.br/index.php/unitas/article/viewFile/606/519>>. Acesso em mai. 2018.

LUSTIAGO, Andreza de Queiroz. O Direito nas Missões Jesuíticas da América do Sul. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-nas-missoes-jesuisticas-da-america-do-sul,53234.html>>. Acesso em mai. 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOURA, Marcelo. **Curso de Direito do Trabalho: Ideal para graduação e concursos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STOEBERL, Luzia. Trabalho Religioso. In: **Jusbrasil**: portal eletrônico de informações, 2015. Disponível em: <<https://luzstoe.jusbrasil.com.br/artigos/218130261/trabalho-religioso>>. Acesso em mai. 2018.

O RECONHECIMENTO DA PLURALIDADE DA FAMÍLIA: O POLIAMORISMO COMO ENTIDADE FAMILIAR

Vanessa Pimentel Barros da Cruz⁷¹
Tauã Lima Verdan Rangel⁷²

INTRODUÇÃO

O conceito de família atualmente é muito distinto ao conceito estabelecido no século XIX. De acordo com o Código Civil de 1916, a família só poderia ser estabelecida através do casamento. Com todas as mudanças sociais que ocorreram ao longo dos anos, deixou-se de ter um conceito padrão, biológico, estagnado do que é família. Com o tempo, passou-se a reconhecer a importância dos vínculos afetivos e o companheirismo. Com isso, outros gêneros de família passaram a existir e serem reconhecidos pelo legislador, as quais tinham a finalidade de priorizar o amor, fidelidade, respeito, carinho e respeito.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 reconhece a família como suporte da sociedade, proporcionando-lhe inteira proteção. Referindo-se ao casamento, união estável e famílias formadas por um dos pais com os filhos. Ao analisar as normas de eficácia redutível, constata-se uma grande valorização

⁷¹ Graduanda do Curso de da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, vanessinhapimentel@hotmail.com;

⁷² Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

regulamentária pelo casamento, uma discriminação pela união estável e uma completa negligência com as famílias monoparentais. No sistema jurídico ainda é intenso o preceito de monogamia, considerando que a bigamia permanece sendo crime, assim como a fidelidade é uma das bases do casamento.

Observamos um descaso e uma ausência suporte do Estado em relação às uniões paralelas, podendo ser chamadas também de poliamorismo, doutrinadores alegam que esta conduta do Estado estimula ainda mais a continuidade destas uniões. E o que seria poliamorismo? Poliamor é uma espécie de relacionamento entre três ou mais pessoas simultaneamente, onde todos os envolvidos tem o conhecimento e concordam com tal relação. É baseado na poligamia ou não monogamia, quando existe um relacionamento amoroso e sexual no qual os envolvidos entram consenso e decidem como será o relacionamento. A sociedade ocidental não aceita essa nova concepção de relacionamento, possuem o pensamento tradicional de que uma relação amorosa só pode existir entre duas pessoas e o envolvimento com mais parceiros é censurado. Destarte, quando se fala em relacionamentos, cada indivíduo tem o direito de escolher o que lhe faz feliz. Já no caso concreto, os magistrados irão analisar a legalidade das uniões poliafetivas para que produza seus efeitos jurídicos.

MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia aplicada ao desenvolvimento da presente pesquisa tem como objetivo um estudo sobre o reconhecimento da pluralidade da família, tendo como base o poliamorismo como entidade familiar, bem como explorar os princípios norteadores do direito de família, os quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana, pluralidade familiar, da busca da felicidade e da afetividade.

Nesse sentido, os dados e métodos utilizados para o desenvolvimento do presente resumo foi com base em pesquisas bibliográficas através da análise de doutrinas e artigos aliados a sites jurídicos, bem como reportagens de casos concretos que afirmam sobre a temática em questão.

DESENVOLVIMENTO

O presente resumo tem como objetivo analisar as relações familiares existentes no ordenamento jurídico e se aprofundar na pesquisa dos princípios que norteiam o direito de família, bem como esses novos laços familiares trazem uma discussão polêmica a cerca dessas relações. Em alguns países, a poligamia é uma cultura bem antiga, na qual o fato de um homem se relacionar, ter uma união estável e até casar com mais de duas mulheres é mais do que normal e aceito pela sociedade. Porém no Brasil, este assunto já vem sendo discutido há alguns anos, e não tem sido aprovado por grande parte da sociedade que preza pela “moral e bons costumes”, devido uma visão cultural de que o casamento só possa existir entre duas pessoas e a formação de famílias baseadas no modelo pai-mãe-filhos.

Pensadores possuem a teoria que a contar do século XX, o ser humano acredite no romantismo, idealizando um amor eterno, que seja fiel, gerando assim, um vínculo de dependência. O que às vezes não ocorre, causando grandes decepções, devido à grande expectativa depositada no parceiro. Desta forma, o polimorismo se trata de um novo conceito de amor, em que o fato de existir mais de um parceiro traz uma estabilidade, sem decepções. Não que seja necessário buscar outras pessoas para se relacionar a fim de complementar esse sentimento, e sim existir uma ligação de companheirismo, carinho, afeto, amizade e liberdade.

Com o tempo a sociedade passou por diversas mudanças tais como: religiosas, culturais, políticas, e essa ideia fixa de que o casamento era somente para constituir família, indestrutível, foi se dirimindo, para que a coletividade se adaptasse a essas mudanças. A família de hoje é baseada na relação de afeto e não mais no fator biológico. Segundo Maria Berenice Dias.

As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, com mais liberdade, buscam realizar o sonho de ser felizes sem se sentirem pressionadas a permanecer em estruturas preestabelecidas e engessadoras. As novas famílias buscam construir uma história em comum, na qual existe comunhão afetiva. Cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar de uma comunidade de vida para outra que lhe pareça mais atrativa e gratificante (DIAS, 2011, p. 44).

Assim, foram surgindo outras espécies de famílias, tais como as monoparentais, parental ou anaparental, pluriparental, paralelas ou simultâneas, homoafetivas, poliafetivas. Porém, ainda há um preconceito e essas novas famílias não são bem vistas, e sequer aceitas pela sociedade retrógrada. Os simpatizantes dessa pluralidade familiar defendem suas opiniões com base nos princípios elencados na Constituição Federal, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, princípio da afetividade, princípio da pluralidade familiar, princípio da afetividade.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os princípios existem para direcionar a compreensão e aplicabilidade de normas, são tidos como regras do ordenamento jurídico. Desta forma, os princípios

inerentes aos vínculos familiares, devem servir como um direcionamento na hora de avaliar todos os tipos de relação que contenha questões familiares.

O atual perfil da família no ordenamento constitucional brasileiro afasta a ideia de um organismo autônomo e independente, mas também não apresenta a família passiva e dependente, exclusivamente, do protecionismo estatal. Sua função instrumental implica o reconhecimento de responsabilidades dos seus membros de tal forma que o sistema constitucional de proteção à família não pode ser compreendido no âmbito isolado dos deveres de proteção do Estado (PEREIRA, 2015, p. 61).

O princípio da Dignidade da pessoa humana está disposto na Constituição Federal de 1988, e o Estado tem a obrigação de colocá-lo em prática por meio da atuação de seus governos. É a soma de princípios e regras, as quais têm como objetivo assegurar que todo cidadão tenha resguardado e respeitado seus direitos. Tem como função preservar o bem estar de todos os cidadãos.

Tal princípio traz consigo uma valorização e proteção do indivíduo dentro da família, considerando-o como pessoa, prezando por sua vida, levando e consideração o respeito ao indivíduo, possibilitando que tenha seus direitos da personalidade resguardados.

Carmem Lúcia Antunes Rocha foi a pioneira destacando a relevância do princípio da dignidade humana em nosso ordenamento jurídico, salientando que foi a partir dele que formou um novo pensamento no sistema jurídico, se tornando a dignidade a ser princípio e fim do Direito:

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer

por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal. (ROCHA, 1999, p.72)

Desta forma, comprova-se que o direito de família está estreitamente relacionado aos direitos humanos e à dignidade da pessoa, tendo reconhecimento jurídico na igualdade entre homem e mulher, entre filhos, bem como os variados exemplos de família.

O princípio da afetividade é aquele que comanda o equilíbrio das relações socioafetivas, é o principal responsável por construir o padrão de família da atualidade. Antigamente as famílias seguiam o poder do patriarca. Os laços familiares eram estabelecidos através dos bens da família e poder econômico, com grande representação da política e religião. Paulo Luiz Netto Lobô afirma:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua. (LOBÔ, 2004, p. 155)

O princípio da afetividade une os indivíduos pela afeição, o convívio e a opção de formar uma família. Encontra-se de forma implícita na Constituição Federal como uma inspiração da família, na qual as pessoas criam laços afetivos. A mulher não depende do marido, não é aquele casamento com imposições, no qual a mulher mantinha por questões financeiras e sociais. Para Rolf Madaleno:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares para dar sentido e dignidade à existência humana. Nos vínculos de filiação e parentesco a afetividade deve estar sempre presente, pois os

vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, ao contrário, a afetividade pode sobrepor-se aos laços consanguíneos. (MADALENO, 2008, s.p.)

O pluralismo familiar é considerado pelo Estado a possibilidade de vários padrões de família, das mais diversificadas formas possíveis. Para Ana Paula Araújo *et all*, o pluralismo familiar é de grande importância e tem uma função relevante na sociedade contemporânea e na formação das novas famílias:

A afetividade no decorrer do tempo, vem gerando consequências importantes e concretas, por sua marcante função social, bem como causando alterações profundas no modo de pensar a família brasileira. (ARAUJO *et all*, 2016, p. 182)

De acordo com Maria Berenice Dias:

A mudança em tal direito é evidente, já não se fala mais da família constituída pela mulher e o homem através do casamento, a realidade de família vem mudando onde hoje já se torna possível a convivência com famílias recompostas de forma homoafetiva, monoparentais, pluralizando o conceito de família. (DIAS, 2005, s.p.)

Através do princípio da pluralidade familiar eliminou-se a exclusividade de só um modelo de família, assegurando desta forma a liberdade de constituir família da forma desejada, sendo aceitas famílias socioafetivas e plurais, e garantindo os direitos e garantias individuais. A incessante busca pela felicidade é um direito nato e não depende de inclusão no ordenamento jurídico. Não se pode proibir ou atrapalhar um indivíduo de ser feliz, isso contraria a moral e o direito de cada cidadão.

O Princípio da busca pela felicidade é implícito e deriva dos direitos fundamentais, onde também está inserido o princípio da dignidade da pessoa

humana Segundo Ronald Dworkin não cabe constitucionalizar o direito à busca de felicidade, mas assegurar que a dignidade humana seja preservada em suas diferentes dimensões, sob pena de termos uma verdadeira depressão coletiva constitucionalizada. (DWORKIN, 2002) Afinal, de acordo com um ditado popular, a felicidade pode despertar inveja e pessoas negativas. O ser humano deve buscar a harmonia entre uma vida real e com expectativa de plenitude em relação à felicidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hoje em dia as pessoas priorizam a felicidade, o afeto, e não o padrão de família exigido na cultura de antigamente. A satisfação afetiva de cada indivíduo não vem prevista em lei. Ainda há muito o quê ser discutido em relação ao poliamorismo, pois não é justo que os indivíduos adeptos dessa relação afetiva não tenham direito de ter uma estrutura familiar por não estarem dentro dos padrões de família regulamentados em lei. A sociedade se transforma e renova a cada dia, e o Direito deve se adequar às necessidades e pretensões sociais.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Ana Paula de. O pluralismo familiar e a liberdade de constituição de uma comunhão de uma vida familiar. *In: Judicare: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Alta Floresta, Alta Floresta*, v. 9, n. 1, 2016, p. 182-191. Disponível em: <file:///C:/Users/Tau%C3%A3%20Verdan/Downloads/42-13-85-1-1020170629%20(1).pdf>. Acesso em 17 mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. A ética do afeto. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 10. N. 668, 4 mai. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6668/a-etica-do-afeto>>. Acesso em 17 mai. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. 5. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. *In*: XXVII Conferência Nacional de Advogados – Justiça: realidade e utopia Rio de Janeiro, **ANAIS...**, 29 ago. 1999, p. 69-92. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:2000;000583289>>. Acesso em 17 mai. 2018.

**PESQUISA CIENTÍFICA
NO
DIREITO II**

COMENTÁRIOS ACERCA DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA

Camila Barbosa da Rocha⁷³
Tauã Lima Verdan Rangel⁷⁴

INTRODUÇÃO

Inicialmente, a respeito da temática ora abordada, serão explicitados diversos conceitos do direito de família a fim de construir ao leitor a base do entendimento, acerca do que será tratado abaixo. O principal assunto tratado no referido resumo, é o termo “alimentos”, que em Direito de família, trata de muitos outros conceitos, além de subsistência e alimentação. Carrega consigo o entendimento de vestuário, alimentação, educação, e desta forma, sendo garantido pelos pais, que a sua prole, consiga se encaixar no cenário atual de uma sociedade muito exigente, e nada Democrática.

O que ocorre, é que atualmente, com a evolução do Direito, para seu encaixa na sociedade, muitos outros conceitos foram atualizados, mas principalmente o de família. Atualmente, não mais se atribui a palavra família, uma situação matrimonial, entre homem e mulher, com a figura do *pater*, que resguardava todo poder familiar,

⁷³ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, camilabarbosadarocha@hotmail.com

⁷⁴ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

enquanto a mulher cuidava apenas dos serviços do lar, e nada mais poderia fazer sem a permissão do seu marido.

No atual cenário representado pela sociedade, a família, está ligada ao afeto, e muitas das vezes formadas por pessoa do mesmo gênero, neste dapasão surgiram muitas figuras paternas, e maternas, que nada tinham a oferecer ao menor, sem que uma base familiar seja instituída. Neste momento o Direito entre em ação para evitar possíveis danos a sociedade regrando quais pessoas terão responsabilidade de alimentar aos menores na falta de recurso de seus genitores.

MATERIAL E MÉTODOS

Foram utilizados dados e métodos para a confecção do presente resuma, de forma a expor hipóteses sobre o tema sob dois enfoques. No primeiro, foram realizadas ponderações acerca do termo alimento e qual sua utilização no Direito como Ciência, dentro da sociedade. Em um segundo momento foi realizada análise sobre a temática geral do dever de sustento, conjuntamente com a obrigação dos avós de alimentação na falta de recursos por parte dos genitores. Foi utilizada, a pesquisa dedutiva para chegar a uma conclusão sólida, através de pesquisas em artigos e doutrinas, bem como, a pesquisa em sites jurídicos que asseveram sobre a temática em questão.

DESENVOLVIMENTO

Nesta seção serão tratados em tom de comentários iniciais, sobre o histórico e desenvolvimento do termo “alimentos”. Pois se sabe que o ser humano é social, e

para isso necessita viver em um ambiente, organizado e bem estruturado para que consiga sobreviver.

Todo indivíduo possui direito à subsistência, assegurada pelo próprio trabalho, exercido livremente e preconizado constitucionalmente (Constituição Federativa da República de 1988, artigo 5º, XIII). Quem não possui meios e nem condições básicas de prover à subsistência necessária, não pode ser deixado à sua própria sorte. É imposto, então, aos parentes, ou às pessoas ligadas por um vínculo civil, a obrigação de proporcionar-lhe as mínimas condições necessárias para a sobrevivência, não sendo caracterizado como favor ou ato de generosidade, mas sim como uma obrigação judicial descrita em lei. A obrigação de prestar alimentos, além de um dever moral, é um dever jurídico, permitindo a lei que os parentes exijam uns dos outros os alimentos de que necessitem para a subsistência. Na linguagem comum, a palavra alimentos diz respeito à alimentação propriamente dita, ao sustento, àquilo que o indivíduo necessita para viver; na acepção jurídica, alimentos, além do sustento, compreende vestuário, habitação, assistência médica e, se o alimentado é menor, despesas com educação (GONÇALVES, s.d., s.p.).

A primeira das sociedades que os indivíduos são apresentados é a família, pois dali surge os conceitos a serem seguidos, uma criação bem estruturada, a crença que se toma partido em seguir, como comumente as virtudes que irão ser carregadas por toda vivência. Nada mais justo que dentre seu âmbito familiar, todos façam de tudo para auxiliar uns aos outros no desenvolvimento individual, social e intelectual. A principal forma é obtenção de recursos necessários para manter-se vivo. A Constituição Federal de 1988 assevera que são todos responsáveis pelos menores de idade com prioridade, no texto do seu artigo 227, *caput*.

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

Nesse sentido, não há como se falar em limites de responsabilização alimentícia em apenas os genitores proverem os alimentos necessários a subsistência do menor. Contemplará sobre a responsabilidade subsidiária dos avós, quando existir falta dos genitores, ou quando estes não conseguirem manter a obrigação adimplida no que diz respeito aos alimentos dos menores. Chamados no polo passivo das ações alimentícias, os avós passarão daquela data em diante, a ser responsáveis pela manutenção de seus netos.

A obrigação alimentar resultante do parentesco possui como pressuposto a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante em fornecê-lo, sendo dever mútuo e recíproco entre os ascendentes e descendentes em virtude do qual, os que possuem recursos financeiros devem conceder alimentos para o sustento dos parentes que não podem prover o sustento pelo seu próprio trabalho. O dever de alimentar possui natureza diversa da obrigação de sustento, vinculando-se ao poder familiar e aos parentes de pessoas menores e incapazes. Na solidariedade familiar havida entre pais, filhos menores de dezoito anos e filhos incapazes, os quais se encontram sob o poder familiar, vigora um dever alimentar com característica ilimitada, podendo até ser exigida a venda de bens pessoais dos genitores para assegurar por todas as formas o direito à vida, onde todos os esforços devem ser exercidos pelos mesmos para atender todas as necessidades dos filhos ainda menores e incapazes (GONÇALVES, s.d., s.p.).

Em termos gerais, os magistrados quando delimitam obrigações avoengas, serão eles abordados de forma conjunta e concorrente, pois todos os avós sejam maternos ou paternos têm a mesma obrigação alimentícia, por ocupar a mesma posição parental perante o alimentado. Neste diapasão, tem-se como maior discussão

a responsabilização em conjunto ou não dos avós, mesmo que haja divórcio entre os genitores, ainda sim o mais importante é a situação financeira que se encontram os filhos, pois no tocante, a não existir mais relação entre os avós, todos eles são parentes muito próximos na linha sucessória do alimentado.

Além do texto constitucional, deve haver destaque a alguns artigos do dispositivo Civil em vigência, sendo estes, os artigos, 1.694 e 1695 do Código Civil.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento (BRASIL, 2002).

O alvo do presente capítulo é analisar a obrigação alimentar no tocante, a quais os verdadeiros obrigados, e a sua ordem de exigência, quando o magistrado obtiver provas para realizar o chamamento ao processo. Ou quando do início da lide, já houver um litisconsórcio passivo entre os genitores e os avós, evitando assim que em momento algum fique sem seu sustento o alimentado.

No artigo 1.694 do Código Civil, o legislador, trouxe mudanças e inovações, quando dispôs sobre a prestação obrigacional dos alimentos, pois embora muitos são os parentes que podem receber a obrigação de alimentar, abarcados estão em um único artigo do dispositivo.

No direito de alimentar prevalece o interesse da sociedade na proteção e preservação tanto da vida como da família, associando a ordem pública com o princípio constitucional preceituado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, quando aponta ser objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária. Já no âmbito do relacionamento familiar, havido pela mesma carta política Brasileira como sendo à base da sociedade, a merecer especial proteção do Estado (artigo 226), os componentes de cada grupo familiar carregam o dever da solidariedade alimentar (GONÇALVES, s.d., s.p.).

Nota-se que nesse capítulo, será tudo tratado em benefício do estudo de quais as melhores formas de prestar alimentos aos menores, e também quais as relações os avós tem com tal prestação. A relação avoenga existe resultante de responsabilidade conferida pela carta magna, conjuntamente com o Código Civil de 2002. Essa relação gerou responsabilidade, como também a possibilidade de litisconsórcio passivo contra os pais e avós. Podendo os avós, quando comprovada falta de possibilidades de pagamento pelos pais, a complementação ou completo pagamento por eles, protegendo em primeiro lugar a vida do alimentado, e posteriormente a sua dignidade que é defendida constitucionalmente.

DISCUSSÃO

Como já é sabido o conceito de alimentos, tem confirmação por vários objetos doutrinários, uma vez que diversos autores conversam entre si a respeito da temática abordada. Em segundo lugar devem-se abordar os pressupostos da obrigação alimentar que estão dispostos no art. 1.694 do Código Civil em seu § 1º, no qual é exposto que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. Com isso, é formada uma grande relação, que faz jus a um parentesco entre as partes, como também a necessidade do

reclamante, a possibilidade do reclamado em fornecer os alimentos solicitados, e uma proporcionalidade da relação. Tudo isso, para que não seja feita fora dos ditames legais, ou que seja ordenado que o fornecedor de alimentos, não consiga garantir sua subsistência, para manter a outrem (GONÇALVES, 2014, p. 536).

Esta obrigação não se altera diante da precariedade da condição econômica do genitor: “O pai, ainda que pobre, não se isenta, por esse motivo, da obrigação de prestar alimentos ao filho menor; do pouco que ganhar, alguma coisa deverá dar ao filho”, a “alegada impossibilidade material não pode constituir motivo de isenção do dever do pai de contribuir para a manutenção do filho; eventualmente; a obrigação, no entanto, sempre subsistiria” (CAHALI, p. 546 apud BETTIO, s.d., p. 11).

O autor Rolf Madaleno, estuda o presente tema e garante da mesma forma que:

A solidariedade familiar entre pais e filhos é ilimitada e vai ao extremo de exigir a venda de bens para cumprimento da obrigação filiada ao princípio constitucional do direito à vida, dentro da dignidade da pessoa humana (art. 1º e 5º, da CF), [...] quando se admite ser ilimitada a obrigação dos pais de prestar alimentos ou sustentar seus filhos, assim como seriam ilimitados e imensuráveis os esforços e sacrifícios paternos, em prol da prole, no íntegro devenir diário da sociedade conjugal, sobrepondo-se aos seus interesses pessoais, quando em confronto com as necessidades dos descendentes menores, ou incapazes de por si buscarem seu efetivo sustento (MADALENO, 1998, p. 50).

O legislador, não se absteve em lembrança que não são obrigados a alimentar somente os pais. Ora, existe ressalva no disposto do Código Civil em seu art. 1.696 que fala “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em

falta de outros”. Desta forma, mantém-se a defesa dos direitos do menor, e as garantias são resguardadas, quando não só os pais devem garantir seu alimento.

Segundo a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, são obrigados a prestar alimentos, reciprocamente, os ascendentes, descendentes, os irmãos os cônjuges e os companheiros. Importa mencionar que o conceito de família vem sendo modificado com o passar do tempo. Há alguns anos a família era formada unicamente pelos pais e seus filhos biológicos. Hodiernamente, o que se constata, é que os laços da afetividade são tão importantes quanto os da consanguinidade. Em que pese o texto da Lei Civil não contemplar o dever alimentar nas uniões homoafetivas, os tribunais, suprindo esta lacuna, têm decidido que os alimentos são devidos também nas uniões homoafetivas, eis que decorrem, logicamente, de princípios constitucionais, tais como o dever de solidariedade social (art. 3º, CF) e da dignidade humana (art. 1º, III, CF). Na linha reta, a obrigação recai primeiro nos ascendentes, assim, nos pais e na impossibilidade destes, nos avós. Na falta de ascendentes a obrigação recai nos descendentes, quais sejam: os filhos e netos, uns na falta ou impossibilidade dos outros (MENEZES, 2015, s.p.).

Quando visto em necessidade de sua subsistência ser resguardada, e na falta dos genitores, ou até mesmo quando estão presentes, mas não podem garantir seu próprio sustento e os de seus filhos, fica a cargo dos avós ou aos ascendentes mais próximos (BEZERRA, 2016, s.p.).

Os pais têm o poder familiar, que significa, a um só tempo, poder dever e direito. A expressão “pátrio poder” foi substituída por poder familiar em razão da igualdade substancial entre os pais na educação dos filhos e na sociedade conjugal (CF 226, § 5º). O poder familiar reflete um conjunto de direitos e deveres dos pais com relação à pessoa e ao patrimônio dos filhos. É um poder-dever derivado de uma necessidade natural, visto que toda pessoa humana, na infância e na adolescência, precisa de alguém para ajudá-la na sua criação, educação, sustento e administração de seus bens (BETTIO, s.d., p. 10).

Existe premissa resguardada, no tocante ao art. 1.697 do mesmo Código, ao qual é estabelecido o presente texto, “na falta dos ascendentes cabe à obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”. Ou seja, em qualquer lado da linha de parentesco pode ser exigida obrigação alimentar, pela ordem, dos mais próximos consanguineamente, aos mais distantes. Neste diapasão, surge uma grande discussão, existente principalmente pelo exposto em lei, quando observado o artigo 1.694, pode-se notar, que é claro o texto dizendo que, podem os companheiros e cônjuges, pleitearem pensão alimentícia uns dos outros. Mesmo não sendo foco do presente texto é uma das formas que busca garantir e esclarecer a obrigação alimentar mesmo não vindo ao caso a discussão ser entre pais e filhos (BEZERRA, 2016, s.p.).

A responsabilidade alimentar recebe, no Código Civil, tratamento uniforme. Inexiste distinção de critérios para a fixação do valor da pensão em razão da natureza do vínculo obrigacional. Estão regulados de forma conjunta os alimentos decorrentes dos laços de consanguinidade, de solidariedade, do poder familiar, do casamento ou da união estável. Os alimentos devem sempre permitir que o alimentando viva de modo compatível com a sua condição social. Ainda que seja esse o direito do credor, na quantificação de valores é necessário que se atente às possibilidades do devedor de cumprir o encargo. Assim, de um lado há alguém com direito a alimentos e, de outro, alguém obrigado a alcançá-los (DIAS, 2015, p. 604).

O conceito mais trabalhado e aceito em relação aos pressupostos da obrigação alimentar está ligado ao vínculo parental, que é de longe o de mais fácil compreensão uma vez que de acordo com costumes, e lei, sempre foi primordial o dever dos pais em alimentarem seus filhos. Conforme defende o autor Yussef Cahali: “A incapacidade ingênita de produzir os meios necessários para a manutenção de sua condição humana faz com que se lhe reconheça, por um princípio natural jamais

questionado, o superior direito de ser nutrido pelos responsáveis por sua geração” (CAHALI, p. 15 apud BETTIO, s.d., p. 11). Observado de outra faceta e há outro tempo, a obrigação dos filhos de alimentarem seus pais quando já se encontrarem em idade avançada e estes não conseguirem prover o próprio sustento. Tal garantia é protegida na égide da Constituição de 1988, em seu art. 229, que estabelece: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988).

É o mais importante de todos. Incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade. O encargo envolve, pois, além do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva também o moral, para que, por meio da educação, forme seu espírito e seu caráter (GONÇALVES, 2005, p. 372).

Segundo Maria Berenice Dias (2015), encontrando-se o filho dentro do poder familiar, os pais lhe devem alimento, pois esse é o dever do sustento. Essa obrigação é trazida pelo art. 229 da CF, e os deveres inerentes ao poder familiar são descritos no art. 1634 do CC e 22 do ECA, sendo estes sustento, guarda e educação.

Entre sustento e alimentos há considerável diferença. A obrigação de sustento é imposta a ambos os pais. Trata-se de obrigação de fazer que não possua relação com a guarda. Normalmente a obrigação alimentar é imposta ao não guardião, mas é possível sua fixação ainda que residam os pais sob o mesmo teto. Na guarda compartilhada, mesmo quando existe a divisão equilibrada do tempo de convívio (CC 1.583 § 2º), o genitor com melhores condições econômicas não fica dispensado de alcançar alimentos ao filho (DIAS, 2015, p. 580-581).

O dever de prestar alimentos é visto como obrigação de dar, e sendo sempre representada por alguma quantia em dinheiro. Mas podem ser ainda, modificados e sofrerem também extensão de conteúdo e forma prestacional. A previsão alimentícia dos menores é a de absoluta necessidade, e mesmo em uma ação de alimentos, onde não são peticionados alimentos provisórios, deverá o magistrado fixa-los a fim dessa presunção de necessidade absoluta. Mesmo atingindo a maioridade civil aos 18 anos, não enseja ao completo fim do poder família, pois em algumas situações, fica ainda sendo necessária, a obrigação alimentar. Por conseguinte, presume-se que o filho estude, não sendo extinta a obrigação alimentar, porque, enquanto for mantida essa situação de estudos, devem os genitores, continuar a fornecer alimentos, mesmo agora sendo presunção relativa de necessidade de alimentos. Mas complementada pelo óbice de assegurar-lhe a educação (DIAS, 2015, p. 581).

Em relação ao fim da obrigação alimentar, sendo esta existente entre pais e filhos, é impossível que magistrado já de imediato, ofereça termo final a tal obrigação. Seria completamente ineficaz, ora, que mesmo sendo fixada uma data para o fim da prestação alimentar, não poderia a figura paterna deixar de prover o sustento de seu filho. O cancelamento de tal obrigação, só pode ser confirmado por decisão judicial e feito seu pedido em uma ação autônoma, ou seja, não pode existir esse pedido no mesmo bojo da ação de alimentos (DIAS, 2015, p. 582).

O casamento pelo filho ou passar ele a viver em união estável ou em concubinato são fatos que não ensejam, por si, a exclusão da obrigação alimentar. Ainda que surja o dever de mútua assistência entre cônjuges e companheiros, tal não autoriza a cessação unilateral do pagamento dos alimentos. Não só a separação (CC 1.703), também o divórcio, a anulação do casamento e a dissolução da união estável mantêm inalterado o dever de sustento com relação à prole. Dispositivo com o mesmo teor se encontra entre os deveres dos cônjuges (CC 1.568). A preocupação com a guarda e o sustento pelos

descendentes é ele tal ordem que é referida entre os deveres do casamento (CC 1.566 IV) e ela união estável (CC 1.724), bem como quando se trata da separação e elo divórcio (CC 1.579) (DIAS, 2015, p. 582).

Nota-se em todos os apontamentos efetuados pelos diversos autores apresentados, a extrema importância de alimentos para manutenção da vida, intelectual e social, dos menores. Os pais têm a priori, obrigação de alimentar, porém na dificuldade ou na falta deles, esta responsabilidade, poderá ser revista e passada para o próximo da cadeia, buscando sempre manter os direitos e dignidade do menor.

Como já explicitado, não é de responsabilidade apenas dos pais, prestar alimentos aos menores que necessitem para sua subsistência. Nesse mesmo escopo, deve ser lembrado que todos os familiares têm obrigação de prestar alimentos, exercício esse, garantido pelo poder familiar. Não importa qual modalidade de prestação será atingida àquele que necessita de auxílio, podendo ser esta obrigação de dar, quando periodicamente os genitores ou responsáveis alcançam com valores. Sendo possível também a possibilidade de ocorrer prestação sob forma de obrigação de fazer, quando a primeira linha, tem relação direta entre pais e os menores (LACKS; DULLIUS; HIPPLER, s.d., s.p.).

Porém, mesmo existindo a premissa que os pais devem de imediato dar sustento a sua prole, não é inexistente a possibilidade de outros laços que decorrem do poder familiar, sendo obrigações distribuídas a outros parentes que mantêm certo grau de parentesco ou que se mantêm em linha reta ou colateral de consanguinidade.

A obrigação alimentar não é somente dos pais em decorrência do poder familiar. A reciprocidade de obrigação alimentar entre pais e filhos (CF 229 e CC 1.696) é ônus que se estende a todos os

ascendentes, recaindo sempre nos mais próximos. Se quem deve alimentos em primeiro lugar não puder suportar totalmente o encargo, são chamados a concorrer os parentes de grau imediato (CC 1.698). Assim, a obrigação alimentar, primeiramente, é dos pais, e, na ausência de condições de um ou ambos os genitores, transmite-se o encargo aos ascendentes, isto é, aos avós, parentes em grau imediato mais próximo (DIAS, 2015, p. 588).

Mas não deve ser imaginado o cenário de qualquer indivíduo ser responsabilizado pelos alimentos de pessoas, que ora, em algumas hipóteses nem se conhece. Há um regimento todo bem estruturado, que a lei disponibiliza para orientação, não só dos magistrados, quando da, proferir sentença de ações de alimentos, mas também para as próprias famílias se encontrarem no mundo jurídico, de quem realmente a criança tem direito de perfazer os ganhos para que seu mínimo existencial seja mantido. No estabelecido e disciplinado pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1697, diz o seguinte: Na falta dos ascendentes cabe à obrigação aos descendentes, guardada à ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (BRASIL, 2002). E como complemento é transcrito no artigo 1698 do Código Civil o seguinte texto:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide (BRASIL, 2002).

Mantendo o tão defendido significado que antes de tudo, deve-se responsabilizar e chamar ao dever aquele principal na relação, em destaque o genitor. Posteriormente, o parente mais próximo ao alimentado, na linha de sucessão, primeiramente, respeitando aos ascendentes ou descendentes, e faltando-lhes, será

movida obrigação para o mais remoto na linha de parentesco. É legalmente organizado desta forma, para que seja evitado caos, se houver falta de recursos do parente mais próximo. Evitando surpresas e fatos supervenientes, que por ventura possam aparecer, ficando nesse caso o parente mais distante responsável por arcar com os alimentos, enquanto se mantiverem presentes as situações (LACKS; DULLIUS; HIPPLER, s.d., s.p.).

Sobre essa obrigação prevê o artigo 1.698 do CCB se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. Portanto se o parente mais próximo a ser chamado a prestar os alimentos, não puder suportar os encargos sozinho, poderá chamar a lide outros parentes de grau imediato, que concorrerão nas mesmas condições, como devedores subsidiários, de forma semelhante ao disposto no art. 77, III, do CPC, passando a ter na relação processual, vários coobrigados (LACKS; DULLIUS; HIPPLER, s.d., s.p.).

Sendo tratado anteriormente, a estruturação de como decai a responsabilidade alimentícia entre os parentes, na falta dos mais próximos ao alimentado, ou por falta de condições daqueles que primeiramente devem ser chamados ao bojo do processo de alimentos. Faz-se necessário o conceito de parentesco, sendo este em linhas gerais, definido como “uma relação existente entre pessoas que se unem vinculando as que descendem de um mesmo tronco comum. Deriva também de laços conjugais ou de união estável onde cada um dos cônjuges ou companheiros se une aos parentes do outro pela afinidade” (LACKS; DULLIUS; HIPPLER, s.d., s.p.). Neste diapasão, é cediço relembrar que em épocas passadas, não eram consideradas, modalidades de parentesco a adoção, filiação sócio afetiva, e inseminação artificial, ou seja,

basicamente apenas os filhos advindos do casamento, religioso e posteriormente no civil é que poderiam ter parentes.

No que tange aos alimentos devidos a filhos adotivos, salienta-se que com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, não há mais parentesco adotivo, pois, após a consumação da adoção por decisão judicial, o filho é igual aos demais consanguíneos dos pais que o adotaram, rompendo-se integralmente os laços com a família de origem. (LOBO, 2009, p. 185 apud LACKS; DULLIUS; HIPPLER, s.d., s.p.).

A legislação trata de forma clara, acerca dos parentes, e tem-se primeiramente que os de linha reta, que são classificados como os que descendem uns aos outros. E há aqueles parentes colaterais, que possuem o mesmo tronco comum. Existe uma diferenciação que a doutrina clássica utiliza com frequência, sendo que entre os parentes em linha reta e colateral, os primeiros descendem uns dos outros enquanto os últimos encontram-se ligados apenas por um mesmo ancestral (LACKS; DULLIUS; HIPPLER, s.d., s.p.).

Neste escopo, os mais próximos do alimentado na linha parental são os avós, já que na falta dos pais, ou na sua incapacidade de manter a subsistência dos filhos, os avós são os antecessores mais próximos e onde terão a responsabilidade alimentar movida mais rapidamente.

Em decorrência de seu vínculo de parentesco tão próximo, os avós são movidos à responsabilidade de atender obrigação de fornecer alimentos. Esta obrigação ao qual trata a autora Maria Berenice Dias (2015), diz respeito a ser tratada de maneira, sucessiva, subsidiária e complementar. Complementados pelas suas características principais, fica de muito mais simples aplicação o vínculo alimentício,

ora, deve-se pensar na possibilidade real do genitor, não ter possibilidade de manter a subsistência de sua prole.

Assim, duas circunstâncias abrem oportunidade para a convocação do ascendente mais remoto à prestação alimentícia: a falta de ascendente em grau mais próximo ou a falta de condição econômica deste para fazê-lo; o grau mais próximo exclui aquele mais remoto, sendo o primeiro lugar na escala dos obrigados ocupado pelos genitores; apenas se faltam os genitores, ou se estes se encontram impossibilitados financeiramente de fazê-lo, estende-se a obrigação de alimentos aos ulteriores ascendentes, respeitada a ordem de proximidade (CAHALI, 2002, p. 676 apud DIAS; SOUZA, 2015, s.p.).

De acordo com a irrepetibilidade dos alimentos, sem que exista real prova da incapacidade, ou de uma efetiva redução na capacidade financeira, e em cumprir a obrigação pela posição que ocupa em referência ao menor. Ocorre de acordo com a Lei Civil, que com diversos inadimplementos, enseja o genitor a possibilidade de abertura de ação de alimentos, essa ação poderá ser direcionada diretamente aos avós, porém, em resposta à sua segurança jurídica, não é possível a cobrança de débitos anteriores de alimentos, muito menos executar alimentos em nome dos avós, quando estes não foram pagos pelo genitor, seria a clássica transferência de dívida sem consentimento, ou também chamada, pagamento por terceiro de dívida alheia (DIAS, 2015, p. 588).

Torna-se translucido que o requerimento alimentício poderá ser direcionado aos avós, desde que uma situação que leve a exceção do transcrito em Lei esteja ocorrendo. Mas nunca será possível, que seja exigido dos mesmos pagarem dívidas já existentes e vencidas, por impossibilidade de outrem adimpli-las. Existe uma forma processual de evitar, que vários débitos passem a existir, e apenas em outra ação consiga chamar os avós à obrigação. A constituição de um litisconsórcio passivo

facultativo sucessivo é aceito pela Lei Processual. Pois, mesmo sem provas que evidenciem a verdadeira falta de recursos do genitor, pode-se a princípios, colocar no polo passivo do mesmo processo os avós e os pais, a fim de evitar a falta de pagamento, e garantir que desde a citação o menor já consiga ter a obrigação cumprida por meio de uma cumulação da ação (DIAS, 2015, p. 588).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tom conclusivo, demonstra-se que mesmo sendo principal alvo de cobrança alimentícia, os pais do menor, não fica esse papel exclusivamente para os mesmos nos casos em que as condições dos genitores demonstram-se inapropriadas para a manutenção. Neste diapasão, até mesmo a lei assevera os graus de parentesco para que na falta de uma cadeia, tenha outra pessoa para que a obrigação seja cumprida evitando assim que o menor fique prejudicado.

O maior tema de discussão da presente matéria é a obrigação de alimentar dos avós. No caso de os mesmos não terem responsabilidade alguma com o menor, cumpre ser por eles provido o alimento? Nestes casos, em que for devidamente provado pelo genitor a falta de condições para manter sua própria subsistência, aos parentes mais próximos fica o dever de manter a subsistência do menor. Neste caso, em relação ascendente, após os pais, estão os avós.

O assunto que maior pede explicação e exemplificação por parte da doutrina é a parcela de responsabilidade de cada avó perante a esta responsabilidade. Já existe entendimento sobre tal assunto, ficando decidido que quando os cônjuges, ou genitores, não estão em condições de manterem a alimentação de seus filhos, recai sobre todos os avós a mesma parcela de culpa, ou seja, a todos os quatro avós da criança, recai o mesmo valor referente a pensão alimentícia.

REFERÊNCIAS

BETTIO, Ana Paula Engrazia. **Obrigação alimentar dos pais aos filhos maiores.**

Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/ana_paula.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2018.

BEZERRA, Denilson Ribeiro. **O dever de prestar alimentos entre pais e filhos e as hipóteses que relativizam o Princípio da Reciprocidade.** Disponível em:

<<https://denilsonbezerra.jusbrasil.com.br/artigos/246328091/o-dever-de-prestar-alimentos-entre-pais-e-filhos-e-as-hipoteses-que-relativizam-o-principio-da-reciprocidade>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

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 05 mai. 2018

_____. **Lei nº.10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10.406.htm>. Acesso em 05 mai. 2018.

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

DIAS, Luciano Souto; SOUZA, Talitha Figueiredo. Alimentos avoengos: a obrigação conjunta dos avós paternos e maternos pela prestação alimentícia aos netos. In:

Revista Jus Navigandi, Teresina, a. 21, n. 4.777, 30 jul. 2016. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/35317/alimentos-avoengos-a-obrigacao-conjunta-dos-avos-paternos-e-maternos-pela-prestacao-alimenticia-aos-netos>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

GONÇALVES, Susély Aparecida Fonseca. Relação avoenga e a obrigação alimentar.

In: **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 13, n. 1.018. Disponível em:

<<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2661>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. v. 2. 10 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil – São Paulo: Saraiva, 2005

LACKS, Sandra Ostroski; DULLIUS, Aladio Anastacio; HIPPLER, Aldair. Direito alimentar uma obrigação subsidiária dos avós. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 16, n. 109, fev. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12780>. Acesso em: 05 mai. 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 50.

MELO, José Mário Delaiti de. A obrigação de prestar alimentos pelos avós. In: **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília, 05 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-obrigacao-de-prestar-alimentos-pelos-avos,41967.html>>. Acesso em: 05 mai. 2018

MENEZES, Josefa do Espírito Santo. Obrigação de alimentar: pais e filhos. In: **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília, 12 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,obrigacao-de-alimentar-pais-e-filhos,52043.html>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

O PRINCÍPIO DA CELERIDADE NOS PROCESSOS DE INTERDIÇÃO À LUZ DO MELHOR INTERESSE DO IDOSO COM O MAL DE ALZHEIMER

Claudia Lima Teodoro⁷⁵
Tauã Lima Verdan Rangel⁷⁶

INTRODUÇÃO

A curatela, recorrente na prática do direito civil, preocupa-se em amparar, proteger, aqueles que por algum motivo encontram-se incapazes de gerir suas vidas e bens patrimoniais. O instituto da curatela surgiu no direito romano, como diversos outros direitos do ordenamento jurídico nacional. Inserido na Lei das XII tábuas estavam expressas algumas normas relacionadas as pessoas incapazes portadores de doenças mentais, bem como surdez e invalidez permanentes e prodigalidade, o que significa a manifestação de comportamentos que comprometam o patrimônio da pessoa por essa não portar discernimento suficiente para administrar suas despesas e negócios que, na maioria das vezes, são ruinosos (ANDRIGHI, 2005, p. 3).

⁷⁵ Graduanda do 10º Período de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, claudia.lteodoro@hotmail.com;

⁷⁶ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Ao logo dos anos, o instituto da curatela serviu para proteger apenas os interesses de natureza patrimonial e a sociedade em relação ao curatelado no exercício de seus direitos personalíssimos. Nesse passo, a dignidade foi reconhecida como fundamental, logo restou necessário a manutenção do instituto da curatela (MENEZES, CORREIA NETO, s.d., p. 2).

Entretanto a curatela deriva de um processo de interdição, destarte a interdição absoluta resulta na nomeação de um curador para o incapaz e, assim, os atos da sua vida civil devem ser praticados por meio desse representante legal. Nas interdições parciais, a pessoa do curador realiza os atos da vida civil do curatelado na medida de sua incapacidade. (ANDRIGHI, 2005, p. 3).

Conta que o conceito de incapaz/incapacidade esteve em construção ao longo dos anos, como esboça Alves, Leite e Machado (2008, s.p.) atualmente, está relacionado a um declínio funcional, para tanto, torna-se necessário considerar os aspectos físicos que estão relacionados ao desempenho sensitivo e motor, os aspectos cognitivos que estabelecem o desenvolvimento intelectual e os aspectos emocionais que caracterizam nas condições adversas da vida cotidiana, como alegria, tristeza, stress entre outras derivações.

MATERIAIS E MÉTODOS

Os materiais e métodos usados para desenvolver o corrente resumo expandido foram artigos, doutrinas e as Leis referentes ao tema abordado, através de uma análise qualitativa, discorrendo sobre o instituto da curatela ao longo dos anos.

DESENVOLVIMENTO

Com Estatuto da Pessoa com Deficiência, sancionado em 06 de julho de 2015, a noção de absolutamente incapaz passou a compreender apenas os menores de dezesesseis anos, e estabeleceu os relativamente incapazes da seguinte forma (BRASIL, 2002):

Art. 4 - São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanentemente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial (BRASIL, 2002).

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da pessoa com deficiência, como é conhecido, foi baseado na Convenção de Nova York, sobre os direitos da pessoa com deficiência e adaptada a realidade brasileira (LOVISON, 2016, p.1). O Estatuto alterou diversas disposições do Código Civil no que se referia a incapacidade e os resultados dos atos praticados pelas pessoas que não detém plena capacidade para o fazer, modificando assim, toda a sistemática relacionada a incapacidade. A finalidade deste estatuto é, principalmente, proteger as pessoas portadoras de limitações para praticar os atos da sua vida civil, garantir e promover a igualdade no exercício de seus direitos e as liberdades fundamentais, tendo como objetivo primordial executar a inclusão social e a cidadania a essas pessoas com deficiência (PASSOS, 2016, p. 2).

Logo, destaca-se que apenas a presença da enfermidade ou deficiência mental não é suficiente para que o indivíduo seja interditado, mas sim todas as circunstâncias que o cerceiam, como comportamento biológico e psicológico, que levarão o juiz e o perito a analisarem o grau que se encontra a incapacidade da pessoa em gerir seus atos (ANDRIGHI, 2005, p. 3). Destarte, apenas o fato de possuir um “transtorno mental de qualquer natureza”, não implica em sua seleção como incapacitado. Há um limite a ser respeitado quanto ao grau de capacidade que cada pessoa possui, considerando cada caso e circunstâncias que o sujeito estará inserido (REQUIÃO, 2016, p.6-8).

De acordo com o art. 2º do Estatuto de Pessoas com Deficiência versa que a pessoa deficiente é aquela que sofre de limitações a longo prazo, independentemente da natureza – sensorial, física, intelectual ou mental –, a qual não influencia a capacidade civil, mantendo intacta a sua capacidade de casar, constituir família, manter a sua fertilidade, vedando a prática de esterilização sem a anuência da pessoa, direito a família e a convivência nesse ambiente, convivência social, direito a guarda, tutela, a curatela e adoção, como elenca o art. 6º do EDP (MADALENO, 2017, p. 1795).

Segundo o Estatuto, para avaliar determinada pessoa com deficiência, o poder Executivo deverá criar meios para que esta ocorra e deverá se “realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar” considerando: “os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação”. (BRASIL, 2015).

A palavra interdição está diretamente relacionada a atos de proibição e de impedimento, a uma ação de privação judicial e legal, e abrange interesses tanto individuais como coletivos, no mais, a interdição é “um ato de responsabilidade

pública, que é exercido a partir de uma decisão judicial, em defesa dos interesses da sociedade” (MEDEIROS, 2006, p. 2). A interdição “é o procedimento judicial pelo qual se declara extinta a capacidade de atos jurídicos, inclusive atos ilícitos, ou se reduz tal capacidade” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p.214, *apud*, MEDEIROS, 2006, p. 11).

De acordo com Medeiros (2006, p. 13), o que caracteriza um processo de interdição é a falta de discernimento de alguém para a prática de determinadas ações. Galdino (2014, s.p.) afirma que a curatela é como se fosse uma consequência do advento da interdição, isso se explica diante do amparo e da proteção do interditando, que num momento predecessor, a medida supramencionada não era nada mais além de um instituto civil com a finalidade de proteger os bens do curatelado, hodiernamente, com a evolução desse entendimento, a curatela passou a se pautar no princípio fundamental que é o da dignidade da pessoa humana.

Em sua lição, Rolf Madaleno (2017, p. 1793) acentua que a expressão “curatela” abarca dois significados. O primeiro está relacionado a nomeação do juiz nos casos em que a lei impõe nomeação de um curador especial em defesa dos direitos do incapaz, caso inexistir a figura do representante legal ou seus direitos estejam contrapostos e também ao réu preso, citado por edital ou hora certa e aos ausentes. Por outro lado, existe o sentido estrito da expressão que submete os maiores de idade ou nascituros ao instituto interdição e posterior curatela, pois não detém discernimento para reger sua vida civil devido a causa transitória ou permanente estão impedidos de expressarem sua vontade.

Segundo o entendimento de Maria Berenice Dias (2016, p. 1149), a curatela é uma medida protetiva extraordinária que visa suprir as necessidades dependendo da situação de cada caso, se possível, durará menos tempo possível. Será exercida a curatela sobre os direitos patrimoniais e negociais, não alcançando os direitos

personais, por isso o curatelado detém o direito de se casar e exercer o poder familiar. Quanto as pessoas com deficiência, essas possuem o direito de trabalhar, votar, testemunhar e obter documentos necessários.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Com a chegada da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com deficiência, mais conhecido como o Estatuto da pessoa com deficiência, alterou diversas disposições do Código Civil na questão da incapacidade e os resultados dos atos praticados pelas pessoas consideradas limitadas para produzi-los, modificando todo sistema provado relacionado a incapacidades. Esse estatuto veio para proteger as pessoas portadoras de limitações para praticar os atos da sua vida civil, bem como garantir e promover a igualdade no exercício de seus direitos e as liberdades fundamentais, com a finalidade de executar a inclusão social e cidadania por parte dessas pessoas com deficiência (PASSOS, 2016, p. 2).

Segundo Passos (2016, p. 2-3), a capacidade civil é regra e a incapacidade é exceção e há de ser tratada de acordo com cada caso concreto para que a curatela seja exercida por tempo limitado enquanto for imprescindível, de forma a proteger a pessoa enquanto se encontrar em situação de vulnerabilidade. De acordo com o CC/2002:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

- I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
- III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

V - os pródigos.

[*omissis*]

Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro. (BRASIL, 2002)

Em suma, a curatela poderá ser concedida para atender os indivíduos incapazes que estão inseridos nas seguintes condições: a) toxicômanos (dependentes químicos), b) ébrios habituais (alcoólatras), c) pródigos (esbanjadores que não conseguem administrar os bens patrimoniais), d) nascituros (aquele que irá nascer), e) aqueles que estão impossibilitados de exprimir sua vontade (como por exemplo surdo-mudo e indivíduos com funções comprometidas por conta de acidentes), f) a curatela especial que está restrita apenas a administração de bens estende-se aos ausentes (indivíduos que se encontra fora do domicílio e de paradeiro desconhecido), g) a curatela dos psicopatas (VERDAN, 2012,s.p.).

No entanto, judicialmente, pode se afirmar que o instituto da curatela não tem como finalidade privar a pessoa de exercer todos os atos da sua vida civil, bastando seus atos passarem pelo crivo de seu curador, exceto nos casos de incapacidade absoluta, como aqueles que são portadores de deficiência grave ou enfermidade mental (DIAS, 2016, p. 1149).

Quanto a curatela é importante salientar o caráter de duplo alcance: pois está poderá obter um caráter permanente para aqueles que apresentam incapacidade ou obter caráter temporário intuindo abranger aqueles que por ventura, apesar de possuir a capacidade integral, encontram-se temporariamente impossibilitados de gerir seus interesses (VERDAN,2012, s.p.)

Considerar o instituto de curatela como medida extraordinária é reconhecer que outras alternativas devem ser esgotadas até a chegada desse ponto, como por exemplo o processo de tomada de decisão apoiada⁷⁷ prevista no art. 84 e estabelecida no art. 1.773 do CC/2002 (GAGLIANO, 2016, s.p.)

De acordo com o artigo 1.775-A do CC/2002, é permitido a curatela compartilhada, permite-se a divisão de tarefas entre dois curadores ao mesmo tempo, no intuito de garantir maior proteção e funcionalidade, evitando a sobrecarga de tarefas que usualmente fica a cargo de uma pessoa, este tipo de curatela geralmente é estabelecida entre parentes (MADALENO, 2018, p. 1282).

Ainda é possível a autocuratela, segundo Madaleno (2018, 1273-1274), a autocuratela está configurada como um mandato preventivo. Neste procedimento uma pessoa capaz, antecipando uma situação de incapacidade que poderá ocorrer (como, por exemplo, um possível coma após uma cirurgia de risco) firma uma declaração de efeito legal, que exprime a vontade de quem gostaria como curador e como gostaria que este gerisse seus bens e até mesmo sua vida civil, este documento terá validade somente se a incapacidade ocorrer. Tal atitude não exclui um possível processo de interdição e a nomeação de outro curador. Conforme o artigo 747 do CPC/20015:

Art. 747. A interdição pode ser promovida:

I – pelo cônjuge ou companheiro;

II – pelos parentes ou tutores;

III – pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;

IV – pelo Ministério Público.

⁷⁷ Processo pelo qual a pessoa com deficiência, elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculo e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil” .Art. 1783-A CC/2002 (BRASIL, 2015).

Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial (BRASIL, 2015).

Diante do exposto, qualquer pessoa legitimada pelo caput, poderá ajuizar uma ação de interdição, constando no que é permitido, o Ministério Público só poderá iniciar ação perante a ausência ou negligência dos legitimados dos incisos I, II e III, ou quando os enquadrados nos incisos I e II não apresentarem capacidade que os permitam, outra condição expressa e descrita no art. 748 é que a pessoa que sofrerá o processo de interdição apresente doença mental grave (BRASIL, 2015). O processo de interdição busca o reconhecimento da incapacidade do reu, tendo como objetivo nomear um curador para administrar o interesse daquele que sofrerá a interdição (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 677)

Na petição inicial, é responsabilidade do autor relatar os motivos pelos quais o possível interditado demonstra ser incapaz para reger a administração de seus bens e/ou atos da vida civil (BRASIL, 2015). O requerimento deverá apresentar comprovação para legitimar sua demanda, anexando laudos médicos e/ou outros documentos, caso não seja possível, deverá relatar o motivo que o impede. Os casos que exigem celeridade, conforme o art. 749 CPC/2015, o juiz poderá nomear um curador provisório, desde que esta urgência seja comprovada (ANDRADE; SILVA, 2015, p. 1360). Caso o autor da petição não der conta de preencher os requisitos iniciais da petição, o processo será extinto ou arquivado (MONTENEGRO FILHO, 2016, p.677)

Faz parte do processo a realização de uma entrevista, onde o interditando será questionado pelo juiz com o intuito de analisar sua vida, “negócios, bens, vontade, preferências e laços familiares e afetivos” e o que mais julgar necessário, o juiz poderá deslocar-se até o local em que se encontra o interditando, se assim a situação

exigir (BRASIL, 2015) A perícia técnica torna-se imprescindível, pois nem sempre a falta de discernimento e os sintomas da incapacidade são visíveis, só mesmo profissionais especializados para avaliar determinadas posturas e ações, isso porque a interdição busca atender e assegurar os interesses do interditado e não quem iniciou a petição (MADALENO, 2018, p. 1275). A perícia será realizada por uma equipe multidisciplinar e avaliará a necessidade ou não de submissão ao instituto da curatela (BRASIL, 2015).

Apesar da legislação não prever a interdição total, há um entendimento, como foi expresso pelo Desembargador Francisco Loureiro do Tribunal de Justiça de São Paulo, que

[...] quando necessário a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei, qual seja, a uma interdição total se lhe faltarem as mínimas condições de discernimento, até porque o direito de poder tomar as suas próprias decisões pressupõe que ao menos a pessoa seja capaz de fazê-lo... (MADALENO, 2018, p. 1276-1277)

Os efeitos da interdição, após sentenciada serão válidos imediatamente, mesmo interpondo recurso de apelação (MADALENO, 2018, p. 1277) Cabe ressaltar que a decisão judicial e a escolha do curador estará sempre pautada no interesse do incapaz, naquilo que melhor lhe cabe. A interpretação do juiz diante do caso e daquilo que foi exposto no processo será crucial para a decisão da interdição, a escolha do curador e os limites da curatela (ANDRADE; SILVA, 2015, p.. 1361-1362).

Exercer a função de curador representa um *mumus publico*, isso porque a princípio não é passível de escusa, compete ao magistrado pautar as decisões nos interesses do curatelado, por isso quando o curador solicita o levantamento da curatela, é analisado os motivos apresentados, se possuem fundamentos ou não (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 685). A função de curador é indivisível e gratuita,

seu exercício presta um benefício coletivo, englobando noções de solidariedade e humanidade, o curador tem o mesmo direito, garantia, obrigações e proibições do tutor (MADALENO, 2018, p. 1257, 1278). Este deverá ser responsável pela assistência, alimentação, administração de bens (quando houver) em proveito daquele que está sob a curatela. É vedado ao curador adquirir bens do curatelado, assim como dispor desses bens a título gratuito e cessionar crédito contra o curatelado (BRASIL, 2002).

Geralmente, a pessoa que exerce a curatela, ou seja, o curador é uma pessoa que já está inserida no dia a dia do curatelado, como uma pessoa do próprio círculo familiar daquele que está a ser interditado. São exemplos, a esposa, o esposo, companheiro(a), pai, mãe, irmã(o), bem como os descendentes (filhos e netos) ou amigo próximo, nos termos do art. 1.775 do Código Civil. Caso essas figuras supramencionadas não existam, o magistrado deve nomear uma pessoa para atender ao caso (BRASIL, 2002)

A idoneidade configura-se como requisito para o encargo de curador, e sua administração está sob fiscalização de um magistrado podendo responder por prejuízos que causar ao curatelado. O curador deverá apresentar ao magistrado um balancete anual e em dois e dois a prestação de contas, ou sempre quando o magistrado julgar necessário. Quando o curador é o cônjuge casado em regime universal de bens, essa obrigatoriedade será dispensada (MADALENO, 2018, p. 1278)

CONCLUSÃO

Contudo, observou-se no exposto que a pessoa amparada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, passou a ter mais autonomia, que a legislação em questão

buscou eliminar o estigma, e o preconceito que acompanham a palavra incapacidade. O instituto da curatela vem se desenvolvendo ao longo do tempo sempre com intuito de preservar e proteger a integridade daquele que não obtém capacidade suficiente para gerir os atos de sua vida civil. É fruto de um processo de interdição em pessoas que apresentam uma limitação sensorial, mental, física, intelectual, que caracteriza uma situação de falta de discernimento. A recorrência a este instituto deverá ser tomada como a última alternativa diante da situação vivenciada. No entanto é importante ressaltar que a lei prevê a celeridade para os casos que apresentem urgência e que a nomeação do curador pelo juiz está amparada na vontade e no bem estar do curatelado.

REFERÊNCIAS

ALVES, L.C.; LEITE, I.C.; MACHADO, C.J. Conceituando e mensurando a incapacidade funcional da população idosa: uma revisão de literatura. In: **Ciências e Saúde Coletiva**, v. 13, p. 1199-1207, 2008. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232008000400016&script=sci_abstract&tlng=es>. Acesso em 20 mai. 2018.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; SILVA, Gilberto Antonio Neves Pereira da. Notas sobre as implicações do novo Código de Processo Civil na autonomia do curatelado. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n. 2, 1 quadr. 2015.

Disponível em:

<<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7797/4435>>. Acesso em 15 mar. 2018

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Interdição e Curatela**. Disponível em

<http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf>. Acesso em 20 mai. 2018.

BRASIL. **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 mai. 2018.

_____. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com deficiência. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em 20 mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GALDINO, Vandson dos Santos. Curatela: conceitos, características e inovações trazidas pelo Código Civil de 2002. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 18 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47461&seo=1>>. Acesso em 20 mai. 2018.

LOVISON, Willian. **Análise da Teoria da (In)Capacidade e do Instituto da Interdição à luz do Código Civil — Lei N.º 10.406/2002 — e do Estatuto da Pessoa com Deficiência — Lei N.º 13.146/20151**. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/willian_lovison_2016_2.pdf>. Acessado em 17 mar. 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEDEIRO, Maria Bernadette de Moraes. A antonímia proteção/exclusão presente nos estudos da interdição/curatela. In: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 60, ago. 2007-abr. 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. CORREIA NETO, Jáder de Figueiredo. **Interdição e Curatela no Novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e no Direito Civil Constitucional**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>>. Acesso em 20 mai. 2018.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PASSOS, Bruna Rocha. **O procedimento de interdição com as alterações introduzidas pelo estatuto das pessoas com deficiência**. Disponível em <www.periodicos.ufes.br/ppgdir-semanajuridica/article/download/12749/8846>. Acesso em 20 mai. 2018.

REQUIÃO, Maurício. **As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44152859/RTDoc_16-3-24_8_39_PM.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1521315919&Signature=Lz4RrfHLZzlGliisTlgd%2FCtR8IA%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAs_mudancas_na_capacidade_e_a_inclusao_d.pdf>. Acesso em 17 mar. 2018.

VERDAN, Tauã Lima. O Instituto da Curatela: Ponderações Singelas acerca do Direito Assistencial em Matéria de Família. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, v. 201, p. 01-23, 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-instituto-da-curatela-ponderacoes-singelas-acerca-do-direito-assistencial-em-materia-de-familia,37902.html>> . Acesso em 05 mar. 2008

A HISTÓRIA DO JUIZADO ESPECIAL

Flávio José Silva Ferreira⁷⁸
Tauã Lima Verdan Rangel⁷⁹

INTRODUÇÃO

O intuito desse trabalho é expor a historicidade existente no curso do processo da busca do acesso à justiça, tratando a respeito das *Small Claims Courts* Norte-Americanas, como um sistema “base” para a implementação do sistemas de Juizados Especiais, que foram editados através da Lei nº 7.244/84, até chegar na edição da Lei 9.099/95 que constitui os Juizados Especiais, instituídos sobre critérios únicos, a fim de sumarizar e simplificar os ritos, dando maior eficácia ao acesso à justiça.

MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia empregada na condução do presente é o indutivo, auxiliado por revisão de literatura e pesquisa bibliográfica como técnicas de pesquisa.

⁷⁸ Graduando em Direito pela Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, flavioferreira15@hotmail.com;

⁷⁹ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

DESENVOLVIMENTO

As *Small Claims Courts* originaram-se em Nova Iorque, no ano de 1934, tendo como escopo a redução do valor para se julgar uma ação. Contudo, no decorrer do tempo, este tipo de corte teve um grande aumento no seu campo de atuação, julgando cerca de setenta mil casos por ano, e ainda tendo extraordinários resultados conciliatórios (PISKE, 2006, s.p.). Esse tipo de resultado se deve ao trabalho bem feito dos árbitros, sendo estes advogados que se candidatavam voluntariamente e que eram selecionados para um determinado período. É interessante destacar que no modelo norte-americano de pequenas cortes, os advogados selecionados para atuarem como árbitros nada recebiam em termo de remuneração (TEIXEIRA, 1979, p. 125).

Nota-se que se trata de um tribunal informal, pelo qual, mesmo sem advogado, as pessoas podem ingressar em juízo pleiteando indenizações, sendo que muitas dessas ações são casos de acidentes no trânsito, nas relações de vizinhança, entre outras. Esse rito é bem simplificado, tendo como base a informalidade e a oralidade, apenas indo para julgamento, caso não se tenha um resultado positivo na conciliação ou na arbitragem (PISKE, 2006, s.p.). Nesse sentido, Piquet Carneiro aduz que:

A própria disposição física do tribunal estimula as partes a se encaminharem ao árbitro. Na sala de audiência, onde se encontra o juiz-presidente instalado no bench, o ambiente é solene (sem prejuízo da informalidade do processo), e grande o número de pessoas. Em pequenas salas adjacentes, encontram-se os árbitros, sem plateia, os quais se sentam a mesma mesa que as partes. (CARNEIRO, 1985, p. 26-27)

No Brasil, esse sistema acima narrado se faz presente através dos Juizados Especiais Cíveis, porém estes surgiram através dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem do Rio Grande do Sul no ano de 1982, que, de forma posterior, passou pelo crivo da Lei 7.244/1984, que regulava os Juizados de Pequenas Causas (CLIVATI, 2006, p. 12).

Por volta da década de 1970, a estrutura judiciária não condizia mais com sua demanda, deixando os cidadãos com grandes dificuldades para alcançar o acesso ao judiciário, pois o sistema não alcançava uma celeridade e eficácia necessária. Diante destes problemas, ficava evidente que qualquer um do povo, que buscasse o Judiciário para conseguir a resolução de sua lide, de forma pronta e eficaz, diante daquela estrutura, não iria atingi-la. Assim, tendo isso em vista, doutrinadores e juristas passaram a defender a criação de Juizados de Pequenas Causas, com base em modelos de outros países (GALVÃO, 2010, p. 06).

A contrário senso, Os Juizados Cíveis não foram as primeiras medidas criadas para a efetivação do acesso à justiça no país. Como dito, esta premissa partiu do Estado do Rio Grande do Sul, vindo a implementar, de forma inovadora, em 1982, os Conselhos de Conciliação e Arbitragem para resolução dos pequenos conflitos, demonstrando dessa forma a preocupação por uma justiça abrangente, que abarcasse todos os cidadãos (CLIVATI, 2006, p. 46). Nesse sentido, aduz Álvaro de Sousa:

De fato, o procedimento concentrado e simples adotado nos Juizados Especiais iniciou-se no Rio Grande do Sul, onde instituiu-se o primeiro Conselho de Conciliação, no qual se pretendia resolver, extrajudicialmente, os conflitos de interesses mais simples, objetivando, assim, reduzir a quantidade de processos judiciais e, ao mesmo tempo, permitir a ampliação do acesso à justiça. (SOUSA, 2004, p. 53)

Essas ações de menor valor passaram a ter cada vez mais atenção, ao ponto do Judiciário objetivar a criação de um novo tipo de procedimento, no qual as demandas seriam de forma mais célere, destinada ao povo comum, cujo valor econômico fosse baixo, eis então que surge os Juizados Especiais de Pequenas Causas, através da Lei. 7.244 em novembro de 1984, fazendo parte da justiça ordinária, cujo compromisso era julgar discussões, litígios pequenos, podendo o autor optar pelo julgamento, ficando disciplinado no art. 1º⁸⁰ do ordenamento supra (CLIVATI, 2006, p. 46-47).

A Lei, ora em comento, combinou dois regimes primários para resolução de conflitos, sendo eles a conciliação e a arbitragem, ainda definindo causas de pequeno valor como aqueles que não ultrapassassem o teto de 20 salários mínimos, tendo por objeto a condenação de forma pecuniária, com a entrega de coisa certa móvel “ou cumprimento de obrigação de fazer, a cargo de fabricante ou fornecedor de bens e serviços para consumo, ou, ainda, a desconstituição e a declaração de nulidade de contrato relativo a coisas móveis e semoventes (art. 3º)” (ABREU, s.d., p. 13).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A preocupação com o acesso ao judiciário não foi deixada de lado pelo legislador constituinte de 1988, que inseriu na Carta Magna, no artigo 98, I, a criação de Juizados Especiais pela União, Distrito Federal e territórios, e pelos Estados, estando presente juízes leigos e togados, sendo estes competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas com menor complexidade. Atualmente, o §1º do

⁸⁰ Art. 1º - Os Juizados Especiais de Pequenas Causas, órgãos da Justiça ordinária, poderão ser criados nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, para processo e julgamento, por opção do autor, das causas de reduzido valor econômico.

supramencionado artigo, prevê a criação de Juizados Federais (LEWANDOWSKI, 2015, p. 10).

Vale lembrar que mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 já existia a Lei nº 7.244/1984, que tratava sobre os Juizados de Pequenas Causas, sendo posteriormente revogada pela lei nº 9099/95, possibilitando a criação dos juizados cíveis e criminais pelos entes federativos mencionados.

Em 2004, o legislador constituinte, observando a realidade no país, editou a emenda constitucional nº 45, acrescentando ao artigo 5º da Carta Maior, o inciso LXXVIII, in verbis: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, de modo a ampliar o efetivo acesso ao poder judiciário (GALVÃO, 2010, p. 7-8). Este princípio se tornou um dos mais importantes na estrutura do poder judiciário, após ter sido incluído no rol do artigo 5º da CF/88, devendo ser respeitado no rito comum e ainda estando instituído no artigo 2º da Lei 9.099/95 (GALVÃO, 2010, p. 7-8). Neste diapasão, Marcelo Novelino assevera:

Esse princípio, apesar de dirigido também ao juiz, tem como principal destinatário o legislador, impondo-lhe a tarefa de aperfeiçoar a legislação processual com o escopo de assegurar uma razoável duração ao processo. A reforma de estatutos processuais com esta finalidade representa um fenômeno universal. (NOVELINO, 2008, p. 345)

Ao arquitetar a Lei 9.099/95, o legislador definiu os Juizados Especiais como sendo um “órgão da justiça ordinária”, porém em concordância entre os doutrinadores e o legislador, fica claro que independente de algum conceito, os juizados vieram para garantir uma Justiça célere, eficaz e acessível. (CLIVATI, 2006, p. 53).

O legislador, ao criar a Lei dos Juizados Especiais, teve cautela ao dispor sobre os princípios, positivando os comandos que regem e orientam o processo, sempre devendo ser respeitados, para que haja uma harmonia processual, e mesmo sem mencionar sobre o devido processo legal, este sempre deve ser observado (CATALAN, s.d., p. 06-07), tendo em vista que “ o processo deve cumprir seus escopos jurídicos, sociais e políticos, garantindo: pleno acesso ao judiciário, utilidade dos procedimentos e efetiva busca da Justiça no caso concreto” (PORTANOVA, 1997, p. 48).

Os princípios que norteiam os Juizados Especiais, estão previstos no artigo 2º da Lei 9099/95, sendo estes: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, sendo que este último sempre que possível deve buscar a conciliação e a transação, como dispõe a lei supra. Adiante, será analisado cada princípio (ANDRADE, 2013, s.p.).

Partindo do princípio da oralidade, deve-se saber que o processo não será nem totalmente escrito, e nem oral, devendo ser utilizado os dois métodos citados, porém a oralidade se faz mais presente neste tipo de ação, evitando assim a lentidão que existe num rito ordinário. Mesmo que muitos dos atos sejam orais, o procedimento não dispensará a forma escrita para os registros, tais como: documentação, recursos, contestações, etc. (ANDRADE, 2013, s.p.). Seguindo no princípio da simplicidade, este vem estabelecer que o processo deverá ser o mais simples possível, já que este não exige aquela complexidade encontrada na justiça ordinária, como por exemplo a utilização de prova pericial no procedimento do JEC (ANDRADE, 2013, s.p.).

O princípio da informalidade muda a forma de propor uma ação na justiça, afinal, a parte que está se sentindo lesada poderá narrar seu caso ao atendente judiciário, e este reduzirá a termo, após lavrado, será marcada a audiência de conciliação, esta restando infrutífera, será designado uma audiência com um juiz

togado, que após tomará sua decisão tendo por base os fatos narrados (ANDRADE, 2013, s.p.).

Observando o princípio da celeridade, se tem a possibilidade de prestar de forma rápida a justiça, contudo, sem prejudicar os atos processuais. Este foi o princípio que deu início aos Juizados Especiais, já que à época, se buscava uma justiça menos burocratizada, desta forma, menos morosa que a justiça comum. Por último, a economia processual, visa o máximo de resultado, com o mínimo de esforço, para aquele que busca-la, aproveitando todos os atos que emanarem durante o processo (ANDRADE, 2013, s.p.).

A Lei 9.099/95, veio para proporcionar uma justiça mais célere/ágil, menos burocrática, informal, de forma a atingir todos os cidadãos (MARTINS, s.d., p. 20). A lei supra, definiu a Competência em seu terceiro artigo, utilizando critérios de valor, matéria e condição financeira da parte, incidindo em causas de menor complexidade e até 40 salários mínimos (CLIVATI, 2006, p. 64).

CONCLUSÃO

Em tom de conclusão, pode-se perceber que o Brasil está cada vez mais perto do acesso efetivo à justiça. Quando o Judiciário apresentava dificuldades na questão de morosidade processual, foi apresentado aos cidadãos os Juizados de Pequenas Causas, com seu rito diferenciado, podendo o cidadão “comum” ingressar em juízo de forma mais rápida e desburocratizada.

Em 1995, o legislador, editou a lei 9.099, surgindo assim os Juizados Especiais, esculpindo seus princípios no art. 2º da referida lei, pelos quais este rito, vinha a ser mais simples, podendo a própria pessoa ingressar em juízo, com limite, nesse caso,

de até 20 salários mínimos, demonstrando dessa forma que, o acesso à justiça nunca esteve tão próximo ao cidadão.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais** – Uma Experiência brasileira de Acesso à Justiça. Disponível em:
<http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2018.

ANDRADE, Priscilla Guimarães. O acesso á justiça: a efetividade dos juizados especiais cíveis. In: **Jurisway**: portal eletrônico de informações, 08 ago. 2013. Disponível em:
<https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=11523>. Acesso em: 15 mai. 2018.

CATALAN, Marcos Jorge. **Juizados Especiais Cíveis: Uma Abordagem Crítica à luz da sua principiologia**. Disponível em:
<https://portal.tjpr.jus.br/download/je/DOCTRINA/Uma_abordagem_%20critica.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2018.

CLIVATI, Joana Maria de Pieri. **Os juizados especiais cíveis como instrumento de acesso à justiça**. Disponível em:
<<http://siaibib01.univali.br/pdf/Joana%20Pieri%20Clivati.pdf>>. Acesso em 14 mai. 2018.

GALVÃO, Tiago da Fontoura. **Princípio da Celeridade na nova perspectiva dos Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em:
<http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_2010/TiagodaFontouraGalvao.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2018.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Palavra do Presidente. In: **Revista CNJ**, Brasília, v. 1, dez. 2015, p. 4-5. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/1e1621f54a699dc3746f7a86160a2c77.pdf>>. Acesso em 14 mai. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PIQUET CARNEIRO, João Geraldo. Análise da estruturação do funcionamento do Juizado de Pequenas Causas da Cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo (org.). **Juizado Especial de Pequenas Causas** (Lei no 7.244, de 7 de novembro de 1984). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

PISKE, Oriana de Azevedo Magalhães. **Abordagem histórica e jurídica dos juizados de pequenas causas aos atuais juizados especiais cíveis e criminais brasileiros – Parte I**. Disponível em:
<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-i-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>. Acesso em: 14 mai. 2018

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOUSA, Álvaro Couri Antunes. **Juizados Especiais Federais Cíveis: aspectos relevantes e o sistema recursal da Lei 10.259/01**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEODORO, Warlen Soares Teodoro. **Acesso à justiça no paradigma de Estado Democrático do Direito**. Disponível em:
<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f85a33edd5813b5>>. Acesso em 14 mai. 2018

ALIENAÇÃO PARENTAL NO GENITOR ALIENADO

Jessyca Boechat Soares⁸¹
Tauã Lima Verdan Rangel⁸²

INTRODUÇÃO

A família passou por diversas modificações, já que a entidade familiar é considerada pela Magna Carta de 1988, o pilar de sustentação de uma sociedade, merecedora de ampla proteção estatal. Por um longo tempo, a definição do que seria família esteve atrelada aos elos sagrados do casamento, uma vez que, apenas o homem e a mulher que se uniu pelo matrimônio, visando à procriação, formavam uma família. Atualmente, a entidade familiar ganhou novos moldes, instituindo como família também a união estável, buscando promover a busca pela felicidade de seus integrantes, o ordenamento jurídico passa a reconhecer a importância do afeto nas relações familiares.

Entretanto, nem sempre a família exerce integralmente seu papel, pois com os avanços legislativos referentes ao direito de família, e a independência da mulher com seu ingresso no mercado de trabalho o número de divórcios aumenta gradativamente. O que possibilita em caso de divórcios litigiosos o surgimento da

⁸¹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade de Bom Jesus do Itabapoana, 10º Período, jessycaboecat@hotmail.com

⁸² Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Síndrome da Alienação Parental (SAP), promovendo a ofensa dos direitos das crianças ou dos adolescentes envolvidos.

Sendo a SAP uma maneira de violência contra os menores executada por seus pais ou responsáveis, na maioria dos casos, visualizadas na disputa pela guarda, ato esse que acarreta sérias consequências no desenvolvimento do menor alienado podendo durar por toda vida. Para ter um maior entendimento acerca do assunto, o presente resumo expandido apresentará uma breve análise do poder familiar, a Síndrome da Alienação Parental a fim de apontar as suas consequências, seus mecanismos de prevenção que são utilizados na busca de se combater esse fenômeno.

METODOLOGIA

Para a realização do presente trabalho, utilizou a análise da doutrina e da legislação, além, das pesquisas realizadas em portais eletrônicos especializados, condizentes com o tema abordado.

DESENVOLVIMENTO

A família passou por grandes modificações no decorrer do tempo, uma vez que no passado a entidade familiar “era formada, apenas pelo matrimônio, sendo reconhecida apenas a união entre o homem e a mulher pelo casamento com o propósito de procriação”. (BARRETO, 2012, s.p). Essa entidade familiar era submetida ao pátrio poder realizado pelo pai sobre sua prole que detinha sobre os mesmos o direito de vida e de morte (PEREIRA, 2017, p. 54). Diferente do que é vivenciado, atualmente, onde a família é orientada pelos princípios constitucionais.

A família moderna tem como base estruturante o afeto que viabiliza a formação dos mais variados tipos de família, como os decorrentes da união estável, sendo todas essas espécies de família protegidas pelo ordenamento jurídico (STOLZE, 2013, s.p). Seguindo as transformações da entidade familiar, o pátrio poder também passou por mudanças “sendo alterado para poder familiar que é realizado por ambos os genitores, uma vez que não há no atual ordenamento jurídico distinção entre o homem e a mulher” (RIBEIRO; CABRAL, 2013, s.p).

Entretanto, algumas famílias não exercem integralmente a sua missão, sendo presente em muitos núcleos familiares quando a relação termina de forma litigiosa, que desenvolve em um dos cônjuges uma serie de sentimentos como traição e vingança (DIAS, 2015, s.p), cenário onde se desenvolve a Síndrome da Alienação Parental sendo compreendida como uma forma de violência contra os menores envolvidos “sendo exercido pelos próprios genitores ou por aquele que é responsável que possuem sua guarda” (BARUFU; ARAUJO, 2012, s.p). A Síndrome da Alienação Parental foi apresentada por Richard Gardner como sendo:

Um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação (GARDNER, 2002, *apud* RAFAELI, 2002, s.p).

Geralmente, a Síndrome da Alienação Parental se manifesta quando um dos genitores “por não conseguir digerir de maneira adequada o luto da separação, surgindo uma mistura de sentimentos como abandono e traição que colaboram na utilização dos filhos como meio para atingir seu ex-companheiro” (SALVADOR, 2016, s.p). Já por Alienação Parental, Richard Gardner a considerou como processo que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem

explicação, onde a criança contribui com o processo de desmoralização do genitor (GARDNER, apud RAFAELI, 2002, s.p). A Associação de Pais e Mães enumera algumas maneiras que auxiliam na identificação da Alienação Parental (SILVA, 2012, s;p), a saber:

Rejeitar a transferir as ligações telefônicas aos filhos; Planejar diversos exercícios com os filhos no horário em que o outro genitor deve efetuar seu direito de visita; Identificar o novo companheiro (a) como seu novo pai ou mãe; Reter as cartas e pacotes enviados aos filhos; Depreciar e desacatar o outro genitor na frente dos filhos; Se recusar a fornecer notícias ao outro genitor referente às atividades que os filhos desenvolvem; Se referir ao outro genitor de maneira grosseira da outra companheira do ex-cônjuge; Recusar que o genitor visite os filhos; Não comunicar as atividades importantes como médico, dentista psicólogo ao outro genitor; Mudar ou ocultar nome ou sobrenome dos filhos; Responsabilizar o outro genitor pela má conduta dos filhos; Inferiorizar os presentes dados pelo outro genitor, impedindo que utilizem os objetos dado por ele (SILVA, 2012, s.p).

Em decorrência da prática da Alienação Parental a criança alienada pode desenvolver uma serie de problemas como a depressão infantil, crises de ansiedade, tendência suicida e dependência de álcool e drogas (ASSUMPCÃO, 2011, s.p), acarretando grave comprometimento no desenvolvimento emocional e social do menor.

RESULTADO E DISCUSSÃO

A temática referente à alienação parental é um tema bastante discutido, tendo em vista, sua constante manifestação no ordenamento jurídico nas ações relacionadas ao direito de família, assim, “com objetivo trazer maior esclarecimento aos tribunais e na busca pela definição, suas características, e os mecanismos para combater a

alienação parental que foi apresentada o projeto de nº 4. 053/2008” (STAUB, 2010, s.p), que trazia essas informações.

Após a aprovação do projeto na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva aprovou em 26 de agosto de 2010, a lei nº 12.318/2010 que trata acerca da alienação parental (BRASIL, 2010), que conceituou a Alienação Parental como sendo:

A interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010)

A legislação também elenca as condutas que caracterizam o ato de alienação parental por parte de um dos genitores, como dificultar o exercício da autoridade parental; dificultar o contato do menor com o outro genitor; mudar de forma repentina de endereço (BRASIL, 2010), entre outros atos dispostos no texto legal. Quando reconhecido o indicativo de alienação parental, o magistrado poderá aplicar umas das sanções previstas pelo art. 6º da lei nº 12.318/2010, a saber:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental (BRASIL, 2010)

Conforme exposto no artigo acima mencionado as punições variam desde uma simples advertência, nos casos onde a alienação corresponde a um grau leve até a suspensão do poder familiar, nas situações mais graves da alienação (MAIA, 2014, s.p). O legislador ao determinar as sanções a serem impostas ao genitor alienante tem finalidade de inibir a Síndrome da Alienação parental, entretanto, é necessário que os genitores, assim como os responsáveis por menores tenham ciência da gravidade da alienação parental.

Outro mecanismo muito discutido como meio eficaz no combate a alienação parental é a guarda compartilhada que é considerada como sendo uma importante ferramenta no combate a alienação parental, sendo entendida como:

A viabilidade das crianças que são filhas pais separados conviverem com seus genitores, onde estes possuem na mesma proporção a autoridade sobre os filhos em comum, vindo a tomar decisões conjuntas no que se refere ao bem estar dos menores, promovendo a eles o contato com seus pais (GAL, 2017, s.p).

O instituto da guarda compartilhada se configura por ambos os genitores exercerem a autoridade parental no que diz respeito aos filhos menores, além de exercitar o direito de convivência de forma igualitária (CORDEIRO, 2016, s.p). Razão pela qual é vista como sendo um instrumento de grande importância no combate a alienação parental, “uma vez que nenhum dos genitores pode impedir o contato com o genitor não guardião, pois ambos possuem poder sobre a prole” (SPERONI, 2015, s.p).

Outra ferramenta que busca amenizar as práticas de alienação parental, a mediação familiar é apontado como forma eficaz no combate desse fenômeno, onde se tem a “presença de um terceiro imparcial que exerce a função pública em

processos envolvendo conflitos familiares viabilizando a possibilidade de uma solução conflitos de maneira extrajudicial” (CNJ, 2015). Entretanto, é importante ressaltar que a Lei nº 12.318/10 vetou a prática da mediação nos casos envolvendo direito de convivência dos menores, sendo considerado um direito indisponível, como pode ser analisado nas razões do veto da lei de alienação, a saber:

Art. 9º

“Art. 9º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental.

§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou o que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial.”

Razões do veto

“O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é indisponível, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, não cabendo sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

Ademais, o dispositivo contraria a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que prevê a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual eventual medida para a proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável.”(BRASIL, 2010)

Apesar do veto existente na Lei nº 12.318/2010, a respeito da vedação da mediação nos casos de alienação Parental, vários tribunais do país passaram a empregar a mediação familiar, nas situações em que há menores envolvidos

(VIANA, 2013, s.p). Procurando sempre conscientizar os genitores da importância de manter os elos entre a criança e o genitor não guardião para que ela possa crescer em um ambiente saudável buscando sempre o bem estar do menor.

CONCLUSÃO

Perante o exposto, percebe-se que em casos de divórcio, a guarda é judicialmente conferida visando o bem estar dos menores envolvidos no conflito, procurando sempre preservar seus direitos. Contudo, quando a Síndrome da Alienação Parental se estabelece o genitor guardião, ignora seus deveres e se converte em alienante, com o propósito de distanciar sem nenhum motivo a criança do genitor não guardião, assim como de seus familiares, uma vez que a alienação pode ser praticada por outras pessoas diferentes dos genitores.

O ato da alienação parental é visto como um meio de violência contra a criança ou adolescente que gera severas consequências psicológicas que podem durar por toda vida adulta da criança alienada, sendo penalizado pela lei nº 12.318/2010. De forma é indispensáveis todas essas medidas que foram expostas no decorrer da pesquisa seja utilizada no combate a alienação parental para que essa conduta seja extinta do nosso cotidiano.

Pois, são as crianças as mais prejudicadas com essa conduta, tendo em vista que sofre pela ausência de um dos genitores, que apesar de terem o desejo de conviver com aquele que ama é impedida pela crueldade de seu genitor guardião. Sendo também muito doloroso para o genitor alienado por ser excluído do contato com seus filhos, sendo uma ferida que nunca cicatriza, podendo ser compreendido como sendo a morte de um filho vivo.

REFERÊNCIAS

- ASSUMPÇÃO, Vanessa Christo de. **Alienação Parental e as Disputas Familiares através de falsas acusações de abuso sexual**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/vanessa_assumpcao.pdf> . Acesso em 19 mai. 2018.
- BARRETO, Luciano Silva. **Evolução Histórica e Legislativa da Família**. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf> . Acesso em 19 mar. 2018.
- BARUFI, Melissa Telles; ARAÚJO, Sandra Maria Bacca (coord.). **Alienação Parental: Vidas em preto e Branco**. Porto Alegre: Escola Superior de Advocacia OAB/RS. 2012. Disponível em: <<https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/2._Cartilha_Alienacao_Parental_OAB-RS.pdf> . Acesso em 19 mai. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 19 mai. 2018.
- CORDEIRO, Marília Nadir de Albuquerque. Da guarda compartilhada - aspectos doutrinários e jurisprudenciais. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 21 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55692&seo=1>>. Acesso em: 19 mai. 2018.
- CNJ. **O que é mediação?** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/85618-o-que-e-mediacao>>. Acesso em 19 mai. 2018.
- DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da Alienação Parental, o que é isso?** Disponível em <<http://www.apase.org.br/94013-berenice.htm>>. Acesso em 19 mai. 2018.
- GAL, Maria Eugenia Von. A Guarda Compartilhada como Forma de Evitar a Alienação Parental. In: **Jus Brasil: portal eletrônico de informações**, 2017. Disponível

em: <<https://movongal.jusbrasil.com.br/artigos/427133417/a-guarda-compartilhada-como-forma-de-evitar-a-alienacao-parental>>. Acesso em 19 mai. 2018.

GARDNER, Richard. **Síndrome da Alienação Parental**. RAFAELI, Rita (trad.). Disponível em:< <http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm> >. Acesso em: 22 mai. 2018.

MAIA, Ronald. Alienação Parental. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28253/alienacao-parental>>. Acesso em 19 mai. 2018.

RIBEIRO, Luciana Gonçalves; CABRAL, Maria Laura Vargas. O poder familiar e o conceito moderno de família à luz do ECA. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5087, 5 jun. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58043>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

SALVADOR, Luciana. **Luto de uma separação**. Disponível em <https://www.psicologalucianasalvador.com/single-post/2016/05/13/O-Luto-de-Uma-Separa%C3%A7%C3%A3o-1> Acesso em 19 mai. 2018.

SPERONI, Emanuelle Loise Kolling. **A guarda compartilhada como possível solução para alienação parental**. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/855/1/Emanuelle%20Loise%20Kolling%20Speroni.pdf>> Acesso em 19 mai. 2018.

STAUB, Maria Derotilde Sá. **A Síndrome da Alienação Parental e o Projeto de Lei nº 4.053 como meio para evitá-la**. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/925/1/Maria%20Derotilde%20S%C3%A1%200Staub.pdf>>. Acesso em 19 mai. 2018.

STOLZE, Pablo. **Material de apoio Direito de família**. Disponível em: <http://pablostolze.com.br/2013.2.LFG.Familia_01.pdf>. Acesso em 18 mai. 2018.

VIANA, Kátia Maria. Alienação Parental: Instituto da Mediação como possibilidade de resolução de conflitos. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 2013. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj045701.pdf>> . Acesso em 19 mai. 2018.

NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

João Paulo Padilha Aquino⁸³
Tauã Lima Verdan Rangel⁸⁴

INTRODUÇÃO

Os princípios gerais do direito têm por objetivo resolver problemas na aplicação do direito em situações onde não existam regras claras disponíveis no sistema para a resolução de casos concretos. Nesse contexto, o princípio se constitui em um fundamento de uma norma jurídica, não estando definido em nenhum diploma legal (REALE, 2003). Os princípios no direito penal podem estar contidos na Constituição Federal de forma implícita ou explícita, assim como na doutrina e jurisprudências, servindo como referência para a aplicação da lei em cada caso concreto (DANTAS, 2015).

O Princípio da Insignificância, ou princípio de bagatela, não possui definição no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, é um princípio doutrinário, sendo defendida a sua aplicabilidade pela doutrina e jurisprudência. De acordo com Toledo (2002, p. 133), o princípio da insignificância, “que se revela por inteiro pela sua própria

⁸³ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, rokerol171@gmail.com;

⁸⁴ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se com bagatelas”. Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo analisar o referido princípio no ordenamento pátrio.

MATERIAL E MÉTODOS

O estudo foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, apresentando informações buscadas em livros, artigos e jurisprudência constantes em bases de dados jurídicas, considerando os trabalhos disponíveis gratuitamente, na íntegra e em língua portuguesa, sem limitação de data.

DESENVOLVIMENTO

O princípio da insignificância é conceituado por Santos e Sêga (2000, s.p.) como aquele que “permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois como irrelevantes”. Para Gomes (2010, p. 21), “é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal”. De acordo com Mañas:

É um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não

atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (MAÑAS, 1994, 58).

Gomes (2001) ressalta que, para que a ação seja considerada irrelevante e seja aplicado o princípio da insignificância, é necessário que as seguintes circunstâncias judiciais seja irrelevantes: antecedentes, culpabilidade, conduta social, motivos do crime, personalidade, consequências, etc. Com o objetivo de facilitar a aplicação do Princípio da Insignificância, o Supremo Tribunal Federal determinou quatro requisitos indispensáveis para sua aplicação: ausência de periculosidade social da ação; mínima ofensividade da conduta do agente; a inexpressividade da lesão jurídica causada e a falta de reprovabilidade da conduta (BRASIL, 2004).

Nesse contexto, cabe ao juiz analisar a conduta do agente e se esta carece de materialidade, sendo de suma importância que se observe a personalidade do sujeito, para aplicar ou não tal princípio. Também não deve ser aplicado tal princípio em situações que atentem contra a vida, a saúde, a integridade física e a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2004). O princípio da insignificância se encontra sustentado em outros princípios que legitimam sua existência e aplicação, a saber, os princípios da fragmentariedade, da intervenção mínima do Estado, da proporcionalidade, da igualdade, da liberdade, razoabilidade e subsidiariedade.

No que se refere à natureza jurídica do princípio da insignificância, não há consenso doutrinário, existindo três correntes sobre o tema. A primeira entende se tratar de excludente de tipicidade, sendo esta a doutrina majoritária; a segunda assevera que se trata de excludente de antijuridicidade; e a terceira afirma que se trata de excludente de culpabilidade. De acordo com Nucci (2009, p. 189), a tipicidade se refere a adequar o fato ao tipo penal, ou “fenômeno representado pela

confluência dos tipos concreto e abstrato. Neste sentido, entende-se que tipicidade é a justaposição da situação concreta ao tipo abstrato definido em lei”.

Na aplicação do princípio da insignificância, Gomes (2001) defende que o magistrado deverá absolver o agente da conduta criminosa irrelevante pela atipicidade material do fato, aliviando, desta forma, a sobrecarga do Judiciário, além de voltar a aplicação de pena a fatos que sejam indiscutivelmente merecedores de castigo e de conteúdo reprovável elevado. No mesmo sentido, Bitencourt leciona que:

É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado (BITENCOURT, 2016, p. 19)

Logo, se a conduta não lesou de forma significativa o bem jurídico tutelado, entende-se que esta seja atípica, por falta de tipicidade material, sendo, portanto, uma natureza jurídica de excludente de tipicidade supralegal, servindo-se, segundo Ribeiro (2012, s.p.), “em última instância como parâmetro restritivo de interpretação da norma penal”. Ainda na defesa do excludente de tipicidade, Mañas afirma que:

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devem ser estranhos ao direito penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas

as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade.

A concepção material do tipo, em consequência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal (MAÑAS, 1994, p. 53).

Dentre os que defendem a antijuridicidade formal, Fragoso (2006) entende que esta ocorre se na ação típica não há uma causa de exclusão da ilicitude (estado de necessidade, exercício regular do direito, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal). Para Nóbrega (2018), ao se examinar as circunstâncias deve-se ponderar os bens jurídicos envolvidos no caso concreto com a relevância do bem jurídico tutelado pelo tipo penal e o bem jurídico protegido pela conduta de quem praticou a ação típica. Também defendendo a excludente de antijuridicidade no princípio da insignificância, Pereira leciona que:

A insignificância no tipo indiciário se manifesta, como visto de regra na antijuridicidade material, pois é esta que contém o bem jurídico e exige a sua lesão e acima de tudo, que seja insignificante, sem o que não se poderá conceber a existência de crime (PEREIRA, 1991, p. 50).

Para Greco (2015), a insignificância leva ao afastamento da ilicitude por ausência de antijuridicidade material, que se configura na relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, que ocasione lesão ou ponha em perigo um bem juridicamente protegido. A corrente que defende se tratar de exclusão de culpabilidade, esta se constitui em um juízo de reprovação ao autor do ato, composto por:

Imputabilidade, dolo ou culpa *strictu sensu* (negligência, imprudência, imperícia); exigibilidade de conduta diversa, nas circunstâncias de um comportamento conforme ao direito. Assim, a censura de culpabilidade pode ser feita ao agente de um injusto típico penal se ele, ao praticar a ação punível, não agiu de outro modo, conformando-se às exigências do direito, quando, nas circunstâncias, podia tê-lo feito, isto é: estava dotado de certa dose de autodeterminação e de compreensão (imputabilidade) que o tornava apto a frear, reprimir, ou a desviar sua vontade ou o impulso que o impelia para o fim ilícito (possibilidade de outra conduta) e que, apesar disso, consciente e voluntariamente (dolo) ou com negligência, imperícia ou imprudência, desencadeou o fato punível (TOLEDO, 2002, p. 226).

Segundo Cornejo (1997), a falta de proporcionalidade entre o fato insignificante e a sanção penal torna adequado o afastamento da pena, pois estando ausente sua justificação ética se exclui a culpabilidade. Segundo Silva (2010, p. 70), constatando-se a falta de “proporcionalidade entre o fato insignificante e o castigo a ser aplicado ao autor, é necessária a absolvição do acusado, pois encontra-se ausente a justificação ética da pena”.

DISCUSSÃO

Para Jorio (2008, p. 59), em um Estado Democrático de Direito e reforçando a tese de que o Direito Penal é a *ultima ratio* do sistema, não se pode entender que a simples adequação formal da conduta ao tipo (tipicidade formal) seja o bastante para responsabilizar penalmente o indivíduo, pois “algumas ofensas, muito embora hajam atingido bens altamente valiosos, o fazem de maneira mínima, verdadeiramente microscópica, insignificante”.

Resta afirmar que o princípio da insignificância exclui a tipicidade do crime, tornando atípico o fato delituoso, não motivando punição do agente, haja vista não

haver lesão ao bem tutelado pelo Direito Penal. A esse respeito, Masson ressalta que:

Na sua incidência, opera-se tão somente a tipicidade formal (juízo de adequação entre o fato praticado na vida real e o modelo de crime descrito na norma penal), falta a tipicidade material (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico). Em síntese, exclui-se a tipicidade pela ausência da sua vertente material (MASSON, 2015, p.28).

São, portanto, considerados insignificantes os delitos de bagatela por não possuírem suficiente relevância jurídica para a aplicação do direito penal, que nesses casos deve intervir de forma mínima. Assim, se houver o reconhecimento da insignificância em um caso concreto, a tipicidade da conduta é afastada por não haver relevância jurídica, ou seja, não há crime (BITENCOURT, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da insignificância vem sendo uma matéria largamente debatida pelo Direito Penal brasileiro, especialmente devido à grande sobrecarga de ações que não possuem suficiente relevância jurídica, o que acarreta ainda mais morosidade ao sistema. Assim, sua aplicação funciona como forma de dar maior celeridade à justiça e não penalizar desproporcionalmente aqueles que tenham tido condutas consideradas atípicas.

Concordando com a doutrina majoritária, pode-se entender que, diante dos delitos considerados insignificantes ou de bagatela, por não possuírem suficiente relevância jurídica para a aplicação do direito penal, que nesses casos deve intervir de forma mínima. Assim, se houver o reconhecimento da insignificância em um caso concreto, a tipicidade da conduta é afastada por não haver relevância jurídica, ou

seja, não há crime. Vale destacar que cada caso concreto deve ser analisado, pois o princípio se modifica segundo a proporção, sendo admitidos acréscimos, adaptações e supressões, podendo ser inclusive excluído algum requisito.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: Habeas Corpus. HC 84.412-SP. Relator: Min. Celso de Melo. De 19/11/2004. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em: 13 abr. 2018.

CORNEJO, A. **Teoria de La insignificância**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997.

DANTAS, J. A. B. **A necessidade e a possibilidade do reconhecimento do princípio da insignificância pelo delegado de polícia nos crimes de bagatela**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, 2015.

GOMES, L. F. Direito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância do fato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 789, n. 90, jul. 2001.

_____. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, R. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2015.

JORIO, I. D. **Latrocínio: a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MAÑAS, C. V. **O Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MASSON, C. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NÓBREGA, A. O. **Teoria do delito e princípio da insignificância**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI277175,21048-Teoria+do+delito+e+principio+da+insignificancia>. Acesso em: 18 abr. 2018.

NUCCI, G. S. **Lei penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, C. F. O. O conceito de bem jurídico e o princípio da insignificância. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, v. 10, n.13, p. 45-50, 1991.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, B. S. A atual importância do Princípio da Insignificância no Direito Penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 96, jan. 2012.

SANTOS, M. M.; SÊGA, Vi. A. Sobrevivência do princípio da insignificância diante das disposições da Lei 9099/95. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 4, n. 46, out. 2000.

SILVA, I. I. **Princípio da insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2010.

TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

Joaquim Jacintho da Silveira Neto⁸⁵
Tauã Lima Verdan Rangel⁸⁶

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tecerá comentários a respeito da aplicabilidade de instrumentos para resolução de conflitos, buscando a celeridade processual defendida como princípio Constitucional, chamado de Devido Processo Legal também ressalvado na carta processual civil. Para tanto, além de buscar auxílio Estatal para aplicabilidade de tais instrumentos, pesquisa-se sobre, formas de o acesso à justiça tornar-se exercício de cidadania em um sistema adversarial processual beligerante.

Nota-se que, apesar de vários direitos fundamentais existirem no plano legislativo, no plano concreto, esses encontram uma série de barreiras à sua efetivação. A atualização civilista trouxe consigo a regulamentação para institutos que utilizam o Direito Fraterno e a cultura do diálogo como base. Assim, ao analisar o acesso à justiça como direito fundamental, previsto expressamente no artigo 5º da Carta de 1998, denota-se que muitos são os obstáculos para sua plena concretude. A

⁸⁵ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, joaquimdoposto@hotmail.com;

⁸⁶ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

primeira e efetiva solução seria aplicabilidade de tais instrumentos, dando ênfase a Mediação, que torna o processo mais célere, os acordos mais sólidos, e as partes, após resolverem o litígio, ainda assim, manter uma relação saudável, pois elas mesmas chegaram a um consenso. Os obstáculos para incorporação de tais manobras civilistas se dão por fatores variáveis, vinculados desde a concepção processual beligerante até a estrutura arcaica e ultrapassada do Poder Judiciário, bem como ausência de recursos humanos.

MATERIAL E MÉTODOS

Os dados e métodos utilizados para elaborar o presente resumo são expostos sob dois enfoques. No primeiro, foram realizadas, ponderações acerca do acesso à justiça, e de como ele pode ser utilizado por todos cidadãos regidos pelo presente ordenamento jurídico. E um segundo momento analisou-se os métodos utilizados para que os conflitos sejam tratados da forma menos dispendiosa possível, evitando assim, o aumento exacerbado de tais conflitos, cultivando a cultura do diálogo, conseqüentemente, adequando por fim o instituto da mediação, na norma processual brasileira. Foi utilizada, a pesquisa indutiva para chegar a uma conclusão sólida, através de pesquisas em artigos e doutrinas, bem como, a pesquisa em sites jurídicos que discriminam a temática em questão.

DESENVOLVIMENTO

O ser humano, por enquadrar-se em espécie sociável, apenas consegue manter-se vivo e evoluir, quando localizado em uma sociedade firme e bem formada. Porém, mesmo existindo tal vocação, desenvolve-se uma singularidade de formação

e comportamento, haja vista, que é extremamente necessária existência de normas para limitar os direitos de cada um dos indivíduos. Essa norma torna-se necessária para que todos tenham acesso a tudo, equilibrando assim a vida em sociedade. Em razão de todo exposto, é natural que existam relações interpessoais, e até mesmo intergrupais, onde ocorra divergências de diversas ordens, este fenômeno é muito conhecido em todos os grupos da sociedade, o chamado conflito.

[...] é natural que as relações intersubjetivas e até mesmo intergrupais sejam marcadas por divergências de ordens diversas (emocionais, sociais, políticas, ideológicas, familiares, profissionais), as quais podem ser definidas como a gênese de um dos fenômenos mais comuns e recorrentes de qualquer sociedade: o conflito. (LUCENA FILHO, s.d., p. 2).

Sobre o presente tema, deve-se inicialmente tratar por duas principais vertentes, ora, que se situa o direito dentro dos estudos que serão realizados. O direito não é uma ciência que a priori estuda o conflito, uma vez que tal ciência é utilizada para dirimir os problemas de adequação e mutação da sociedade, para que com o Estado como órgão superior hierarquicamente, limite os direitos de cada ser, para que todos possam ter os seus direitos protegidos.

O tratamento dos conflitos sociais é feito pelo Estado através de suas leis positivadas. Porém, seu caráter nocivo aliado aos seus prejuízos econômicos e emocionais resultam em uma busca por novas formas de tratá-los, objetivando menor sofrimento às partes e maior eficiência na satisfação de seus interesses. (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 40).

Observa-se que é pelo advento da teoria tripartite que nasce o conceito de jurisdição, já que, as funções soberanas do Estado soberano surgiram em resultado a

sua aplicação. Muitas vezes na aplicação de suas atribuições os poderes se deparam com colisões em atribuições de outro poder. Tal fenômeno não deve ser interpretado como falta de soberania, uma vez que não é permitido apenas que o poder realize funções típicas de seu cotidiano. Isso decorre do sistema de “freios e contrapesos” que é defendido constitucionalmente, ele defende que se é para um bem maior pode o Poder Executivo julgar alguma causa interna, como o Judiciário legislar acerca de algum tema trabalhado no seu dia a dia, e também o Legislativo, administrar seus próprios proventos sem que os outros poderes interfiram (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 146). Esse conjunto de características, todos unidos dão origem às sociedades modernas, com uma grande diversidade de etnias. E esse é o desafio do Direito contemporâneo, conseguir gerir todos os conflitos existentes numa sociedade adversarial, por isso da criação de métodos alternativos para a solução de conflitos (BRANCO, 2005, s.p.).

O conflito é extremamente ligado à vida humana, embora algumas correntes doutrinárias o tenham como prejudicial à sociedade, outra corrente acredita ser ele a única forma para que se consiga prosperar e desenvolver. Este elemento é da natureza humana, pois o ser humano é sociável e em suas relações interpessoais sempre existiu divergência, uma vez que, cada pessoa tem suas crenças, criação diferente, habita sociedade e locais que não coincidem com todos outros indivíduos. Conflito em sua raiz etimológica no latim, *conflictos*, com significado em desacordo, choque. Elias, por sua vez, afirma que:

A definição detalhada de conflito é um processo de oposição e confronto que ocorre entre indivíduos ou grupos nas organizações, quando as partes envolvidas exercem poder na busca de metas ou objetivos valorizados e obstruem o progresso de uma ou várias metas. Isso é de fácil visualização nas organizações sejam elas públicas ou privadas (ELIAS, 2013, p. 126).

Assim, devem-se observar as abordagens que o conflito já sofreu no decorrer da história, para finalmente serem levantadas hipóteses de qual melhor forma para tratamento de conflitos. Conforme explicita Robbins, destacam-se três principais abordagens a respeito de tratamento de conflitos: a visão tradicional, a das relações humanas e a interacionista. Numa visão tradicional decorrente das atitudes de grupos existentes na década de 1930 e 1940, é entendido o conflito como um termo ruim e prejudicial para a sociedade, sendo ele interpretado como uma disfunção entre indivíduos pelo motivo de falhas na comunicação, e falta de confiança entre as pessoas, culpados também são os administradores e governantes que não se viam capazes de atender as necessidades e desejos da sociedade em questão (ELIAS, 2013, p. 126).

A segunda abordagem, teoria esta utilizada desde os anos 40 até a metade dos anos 70, chamada de “a visão das relações humanas”. Tem como argumento principal de o conflito ser consequência natural e inevitável de qualquer grupo de pessoas, ora, sendo o ser humano sociável, e com diferença entre pensamentos surgem atritos. Porém, não sendo de tudo ruim, tendo possibilidade dos conflitos serem positivos na sociedade, no diapasão de determinar o desempenho deste grupo. De acordo com Alves,

Conflitos são naturais e em muitos casos necessários. São o motor que impulsiona as mudanças. No entanto muitos conflitos são desnecessários e destroem valores, causando prejuízo para as empresas e pessoas que nela trabalham. O principal desafio dos gestores é identificar os conflitos produtivos e contra produtivos e gerenciá-los (ALVES, 2015, s.p. *apud* CARNAVALE, 2015, s.p.).

A terceira abordagem refere-se à visão internacionalista, sendo esta a mais recente, cuja idealização é que o conflito pode ser uma força positiva, além de

defender que este é extremamente necessário para desempenho e eficácia de um grupo social. Utilizando-se desse pensamento, objetiva-se o encorajamento de todos os líderes para que mantenham os conflitos existentes, mas de maneira controlada a fim de ser ele suficiente para deixar o grupo criativo, autocrítico, viável e desenvolvendo estratégias para boa organização (ELIAS, 2013, p. 127).

Porém, com o aumento demasiado no número de ações que foram postas para apreciação do Judiciário e a complexidade das relações sociais, o Estado não vem cumprindo da forma adequada àquilo que ficou sob sua responsabilidade (SALES; CHAVES, 2014, p. 396). Sendo claro que a sociedade atual está completamente descontente com a tamanha morosidade da “perpetuação” e conclusão dos processos. Objetivando uma diminuição dos efeitos devastadores que o alto número de ações vem causando no poder Judiciário despreparado, pode ser citada a edição da Lei dos Juizados Especiais de número 9.099 de 26.09.95, que é empossada pelos seguintes princípios: informalismo, simplicidade, celeridade, gratuidade no primeiro grau de jurisdição, oralidade, economia processual, conciliação e publicidade. Para todos os operadores do Direito merece destaque o princípio que a priori foi explorado ao máximo o da conciliação, para que antes mesmo de acionar o magistrado mostram-se as próprias partes que não é necessário um terceiro imparcial para que seus conflitos fossem resolvidos (CABRAL *et all*, s.d., s.p.).

Diante de todo exposto, encontram-se numa posição privilegiada os métodos extrajudiciais no tratamento de conflitos. Tais mecanismos resgatam para si a premissa do diálogo como mecanismo de empoderamento e amadurecimento dos envolvidos no processo de gestão dos conflitos. Igualmente, tais métodos reafirmam os direitos humanos resguardados constitucionalmente, exemplificando a igualdade, uma vez que qualquer indivíduo pode resolver, seus conflitos juntamente com a outra parte, apenas precisando de um terceiro imparcial. Este conceito desconstrói

aquela antiga visão de ganhadores e perdedores, formando melhor ainda nova cultura adversarial mais leve.

A construção dos direitos humanos deve-se a uma série de conflitos em prol do processo de emancipação humana, fonte principal da evolução do direito, uma vez que sem eles, não haveria grande adaptação das normas a sociedade. Mesmo, tradicionalmente, sendo visto como prejudicial, os conflitos como eliminador da paz social e causador de rupturas do direito tradicional, foi o responsável pela criação de diversos direitos basilares à existência e convivência humanas. Demonstra sob essa faceta que sem outros meios não seria possível o amadurecimento pessoal e o desenvolvimento do sistema Democrático. O Estado que é dotado de monopólio e autonomia para tratamento dos conflitos e gerir os mecanismos para desenvolvimentos dos consensos entre as partes litigiosas, muitas vezes não conseguem restabelecer estas partes a situação como se encontravam antes de adentrarem a tutela jurisdicional. Por faltar harmonia na cultura adversarial brasileira, faz-se necessária mudanças em diversos pontos e paradigmas no tratamento dos conflitos (RANGEL, s.d., p. 2-3).

As transformações proporcionadas pelo uso da Mediação, permitem que os tratamentos de conflitos sejam encarados com dupla oportunidade, sendo estas a possibilidade de desenvolvimento de ambas as partes, gerando uma maior determinação nos resultados buscados. O empoderamento dos “mediandos”, e gerar a confiança entre as partes, resultando numa busca divergente da beligerância num sistema adversarial que tem como maior característica numa morosidade instaurada, sem que outro conflito se materialize (RANGEL, s.d., p. 19).

Para tanto, os resultados colhidos pela mediação, além do auxílio prestado as partes que se encontram com psicológico, já abalado, é o aprendizado quanto as formas diversas para resolução de conflitos, sendo estas formas as apropriadas para

resolver disputas. Quando os acordos são duradouros, evita-se a busca pela tutela jurisdicional modificando a experiência brasileira sobre a mediação. Finalmente, destaca-se a mensagem passada pela mediação como sendo a mais correta solução, para problemas jurídicos. Aqui, juízes, advogados e mediadores, nem sempre devem se prender a normas positivadas para encontrar o resultado de uma disputa, e sim utilizar-se de técnicas e criatividade, nunca deixando de respeitar o Direito e a positivação das normas (SALES; CHAVES, 2014, p. 407-409).

A Mediação, tradicionalmente, é um instituto que recebeu reconhecimento e fortalecimento de seus debates a partir da Constituição de 1988 e a premissa de acesso à justiça, bem como as consequências de tal alargamento, a exemplo da morosidade. O novo CPC, promulgado por meio da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, conferiu tratamento legislativo à temática, disciplinando-a a partir de um viés judicial. Posteriormente, o instituto em comento, com o advento da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, recebeu disciplina em legislação específica. Com a instauração da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram implantados métodos para facilitar a política de tratamento de conflitos. Essa resolução foi promulgada considerando a necessidade de mutação do Poder Judiciário, tanto em estrutura, quanto no preparo de servidores para desempenhar a função de mediador com destreza.

No processo de mediação sempre se fará extremamente necessário o respeito aos princípios, uma vez que são estes fundamentais para utilização adequada e eficaz de tal método. Primeiramente, o terceiro que irá auxiliar, na busca de um resultado homogêneo e benéfico a ambas as partes, deve ser pessoal totalmente imparcial, evitando assim o benefício exacerbado de uma das partes. O tratamento proposto para os assistidos deve ser igualitário, tendo liberdade de escolherem o mediador

que melhor lhes convém, e esta liberdade ultrapassa todas as barreiras, pois fica a cargo também das partes toda e qualquer decisão que interferir no resultado.

DISCUSSÃO

A principal discussão levantada, é de quais os melhores artifícios e instrumentos a serem utilizados para que num futuro não muito distante, possa ser alcançada uma utopia processual, quando qualquer pessoa que procurar o judiciário, será atendida e terá seu litígio resolvido. Mas primeiro deve-se desenvolver ainda mais e conseguir que seja aplicado os instrumentos extrajudiciais, para que se resolvam os problemas sem que uma sentença proferida pelo juiz seja o único modo aceito pela sociedade de se conseguir cumprimento a um acordo.

Pode-se notar, de acordo com relatório de números do Conselho Nacional de Justiça, que vem havendo aumento na demanda de processos no Poder Judiciário. No período de 2009-2015, esse crescimento encontra-se acentuado em todos os graus de jurisdição sendo ele, 57,6%, como consequência tem-se um enorme crescimento no congestionamento de tal Poder, sendo este de 74,1%, em números existe no poder Judiciário um total de 38.376.483 processos pendentes.

A criação de um sistema para regular os interesses contrapostos foi justificada para que fosse protegida toda a necessidade humana, como também a sociedade da própria barbaridade humana. Por este motivo, e para um melhor convívio, foi convencionado a criação de normas que aplicaria sanções aos violadores do seu conteúdo, em face de um descumprimento (LUCENA FILHO, s.d., p. 2).

Nota-se que os conflitos fazem parte do cotidiano da vida humana, e também de toda e qualquer sociedade. De acordo com Dinamarco (2004, p. 117 *apud* TARTUCE, 2008, p. 25), o conflito é “a situação existente entre duas ou mais pessoas

ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação de vida e a impossibilidade de obtê-lo". Porém, Carnelluti (1944 *apud* TARTUCE, 2008, p. 25) "expõe que o conflito de interesses surge, pois as necessidades dos homens são ilimitadas, enquanto que os bens passíveis de satisfazer tais necessidades são limitados, sendo, portanto, inevitável o surgimento de disputas".

Dessa forma, observa-se que toda e qualquer manifestação de conflito é inevitável, pois acompanham a história humana. E mesmo no princípio das civilizações já eram buscadas, formas de solucionar, conflitos do jeito mais rápido e com menor sofrimento de ambas as partes (AGUILAR, 2012, p. 13). A primeira forma utilizada para solução de conflitos no início da estrutura da sociedade incipiente foi a autotutela, também chamada de "justiça pelas próprias mãos". Ainda no ordenamento jurídico brasileiro, existem formas desse tipo de defesa, como por exemplo, direito a greve e o instituto da legítima defesa, mas a sua aplicação é feita de forma restritiva, e apenas em algumas situações excepcionais.

Conforme, explicitado anteriormente, o conflito acompanha a humanidade desde o alvorecer do seu surgimento, mesmo antes da codificação dos ordenamentos jurídicos ou, ainda, da formação da sociedade como é conhecida contemporaneamente. Assim, os seres humanos não conseguiriam viver isoladamente, já que, no decorrer da vida, se aprende e se desenvolve diversas habilidades para se relacionar, formando o jeito de ser, a desenvoltura intelectual e a vivência em sociedade. O primeiro contato que se tem com o mundo é dado pela família, ali que primeiras influências surgem, como também na formação escolar. O próximo passo é relacionar-se com as pessoas de uma sociedade regional, ou até mesmo do país, chamada de sociedade civil, nesta fase é encontrado os formadores de opinião culturais como crença, artes, música. Nestas relações sociais podem-se notar as características dependendo dos indivíduos que a compõe, por cada um, ter

seus interesses, formações, nascem os conflitos sociais, mas não apenas, pois com estes conceitos pode-se retirar a solidariedade (BRANCO, 2005, s.p.).

Em um passado não muito distante, a sociedade vivenciava uma época em que se acreditava ser o Poder Judiciário o único a resolver os problemas com conflitos existentes entre os indivíduos que dali faziam parte. A grande necessidade de estar o Estado sempre à disposição para que resolvesse tais problemas, fazia com que sempre o poder Judiciário fosse tomado por salvador dos pobres e oprimidos. Nesse cenário, quaisquer problemas, por mais simples que fossem, os particulares deixavam nas mãos do Estado para que ele resolvesse, originando-se daí a cultura do litígio. Assim, vários são os processos iniciados a cada dia no Judiciário, todos eles sem prazo para acabar, indicando uma situação que demonstra necessidade de mudança da cultura utilizada no Brasil e incrustada na presente sociedade. A estimativa é que a cada 5 segundos uma nova demanda é distribuída no Poder Judiciário, onde 40% dos processos são de matérias extremamente simples, sendo que as partes poderiam simplesmente resolver por acordo consensual (SALES; CHAVES, 2014, p. 396-397).

Com estabelecimento da cultura do diálogo, os resultados tornam-se cada vez mais produtivos, pois as partes que chegam a um consenso, não tendo por resultado uma sentença judicial, ora que uma das partes sempre era perdedora. A identificação dos interesses comuns faz-se naturalmente, de certa forma, formulando de maneira eventual um consenso entre as partes litigiosas. Por meio de todas essas inovações, acredita-se numa mudança cultural, onde o “desafogamento” do poder Judiciário, não teria outra opção senão se concretizar. Os problemas de morosidade do Judiciário não são recentes, há anos já vem ocorrendo e cada vez mais se intensificando, o aumento das demandas judiciais demonstra que a única forma de

resolução desta crise implantada é utilizar-se de métodos extrajudiciais para resolução dos conflitos (RANGEL, s.d., p. 18).

São três os argumentos que se podem considerar como principais para gestão e implementação das formas alternativas de resolução de conflitos.

Em primeiro lugar, na medida em que desafogam o judiciário, as ADR (*Alternative Dispute Resolution*) podem constituir uma solução à crise da Justiça.

Em segundo lugar, ocorre a defesa das formas “alternativas” de resolução de controvérsias enquanto manifestação de uma nova forma de justiça – uma justiça coexistencial, não contenciosa, conciliativa, descentralizada, mais acessível e humana, que independe da autoridade oficial do juiz, que emanará de uma autoridade social – mediadores ou conciliadores de caixas, de fábrica, de escola.

Um terceiro argumento a favor das ADRs (*Alternative Dispute Resolutions*) refere-se à possibilidade real de acesso à Justiça Civil de todas as pessoas (TELLO, 2017, p. 57-59).

Referente aos métodos alternativos de resolução de conflitos, existem vários a serem citados, como a mediação, a arbitragem e a conciliação. Cada um destes instrumentos tem suas características e são dotados de particularidades que não se confundem. A arbitragem ocorre quando as partes, por livre e espontânea vontade utiliza-se de um terceiro, sendo este o árbitro ou Tribunal Arbitral, que deverá resolver as diferenças entre as partes, guiando-se por regras contidas no manual de procedimento arbitral, emitindo uma sentença que terá mesma força de título executivo judicial, contra a qual não caberá qualquer recurso, exceto embargos de declaração (CNJ).

Ocorre quando a fixação da solução de certo conflito entre as partes é entregue a um terceiro, denominado árbitro, em geral por elas próprias escolhidas. Em se tratando de arbitragem obrigatória, essa

livre escolha pode ser restringida pela lei reguladora do sistema, todavia não se trata da hipótese nacional.

No direito brasileiro, a arbitragem só pode se dirigir a acerto de direitos patrimoniais disponíveis e está prevista na Lei n. 9.307/96. O árbitro não pode ser o juiz, no exercício de sua função judicante - sob pena de confundir-se com a jurisdição (SENA, s.d., p. 96).

As recentes alterações incorporadas no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.105/15, modificaram a concepção de tais instrumentos, uma vez que não mais devem ser interpretados como meios extrajudiciais ou alternativos. A explicação é que ao tratar de conflitos, todos os meios, mormente criados, são composição de mecanismos estatais para pacificação social. A estimulação criada pelo novo Código de Processo Civil, de que as partes participem mais ampla e efetivamente da resolução de conflitos próprios, demonstrando a efetivação de processo mais democrático, aumentando o uso da dialética. Assim, mesmo que por meio de seus patronos constituídos, haverá possibilidade das partes interagirem mais efetivamente nos processos que sejam de seu interesse, independente ou não da intervenção estatal para resolução de conflitos (TELLO, 2017, p. 65).

Precisamente com a preocupação de aumentar a participação e a confiabilidade do jurisdicionado com o processo e seu resultado que a política pública de incremento de acesso à justiça tem fomentado consistentemente a mediação de conflitos – definida como um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por um terceiro, neutro ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição. Trata-se de uma negociação assistida ou facilitada por um ou mais colaboradores em que se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades. (AZEVEDO, 2014, s.p.).

Para que a adaptação do novo sistema alternativo de resolução de conflitos fosse absorvida, foi estabelecida a necessidade de criação, nos Tribunais de Justiça, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), de acordo com artigo 7º da Resolução nº 125, coordenados por magistrados e composto por magistrados, na ativa ou aposentados, desenvolvendo diversas funções deliberadas pela lei. Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou CEJUSCS) foram instalados pelos Tribunais do Poder Judiciário, conforme preceitua artigo 8º da Resolução nº 125, pois ali ocorrerão as sessões de mediação e, caso não haja tal estrutura, poderiam ser presididas, na Vara ou Juizado respectivo, desde que acompanhada pelo magistrado responsável (BRASIL, CNJ, 2010).

Uma das exigências de maior importância, impostas pelo CNJ, era da devida preparação de seus servidores para que os serviços prestados fossem de qualidade elevada e exitosa, evitando, assim, morosidade como as atividades tradicionais. Essa capacitação deveria ser feita por cursos especializados, não sendo dispensada possibilidade de terceirização. Os cursos basicamente são formados pela sua parte teórica, e principalmente pelos estágios supervisionados, sendo esta a parte prática.

Quanto aos dados estatísticos, conforme estabelece o artigo 13 da Resolução nº 125, foi estabelecida a necessidade de criação, pelos Tribunais, de um banco de dados específico para tratar de exposição de todos os dados referentes à prestação dos serviços de mediação de acordo com Resolução nº 125 do CNJ. Posteriormente, tais dados devem ser compilados pelo órgão responsável, demonstrando assim o desenvolvimento e desempenho de cada um dos centros de resolução de conflitos, por meio do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ).

Portanto, após um processo que vai além da resolução dos conflitos, buscando, assim, uma solidificação das relações sociais, a cooperação entre os

indivíduos é o que mais transmite segurança e tranquilidade aos assistidos, para que assim consigam sair do confronto. Reduzindo consideravelmente os sentimentos que muitas vezes bloqueiam e dificultam a realidade, para Santos: “a estrutura da mediação é a topografia de um espaço de mútua cedência e de ganho recíproco” (SANTOS, 1988, p. 21 *apud* SALES; CHAVES, 2014, p. 263-264).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tom de conclusão, entendem-se como métodos extrajudiciais de tratamento de conflitos, os mecanismos que empoderam as partes para resolução dos próprios litígios, fazendo assim que o monopólio Jurisdicional seja retirado do Poder Judiciário. Forçando a retirada de algumas competências, vez essa dos juízes, e as repassando para homens médios, com integridade moral, e imparciais quanto ao caso, tornando-se completamente aptos, para que sejam verdadeiros conselheiros, no que se trata de resolução de conflitos.

O que é visado com esse novo sistema de resolução de conflitos, e a proliferação da cultura do diálogo, conjuntamente, com o Direito Fraterno, mantendo as relações entre as partes, sempre bem fortes, pois, a concepção passada para as partes, é a melhor forma delas mesmas sentarem e discutirem sobre seus problemas, até que um acordo duradouro, seja obtido.

A melhor forma de propagar tal, sistema, é com uma mudança drástica, na cultura processual brasileira, vez que, o povo brasileiro, está acostumado a um juiz togado, resolver qualquer problema por mais simples que seja. A informação que deve ser propagada aos cidadãos é que qualquer homem médio devidamente instruído e imparcial poderá arcar, com ônus de resolução de conflitos.

O curso de mediação torna-se necessário, para que o instrumento processual seja devidamente utilizado alcançando o máximo de efetividade. Em sua utilização os princípios da mediação, são impreterivelmente utilizados, sobre pena de ser maculada a sessão e ser inválido tal acordo. Outra acepção condenada pelo sistema é a de haver arbítrio do mediador, forçando um acordo, e desta forma, perderia totalmente sua natureza jurídica.

Além do mais com auxílio de um Estado menos rígido a respeito de investimentos, mesmo quando o objeto de litígio for contra ele, obter incentivos a maior acessibilidade dos menos favorecidos, conciliado com diversos preceitos alcançados no decorrer destas discussões, é possível obter acesso à justiça por todos aqueles que precisarem, não importando esclarecimento, renda, cultura.

Portanto se o povo for mais bem esclarecido sobre seus direitos e com qual facilidade eles podem ser resolvidos, o Estado for a favor de financiar as criações para dar acesso à justiça a todos os desfavorecidos, e os membros do Poder Judiciário melhor aplicar os instrumentos a sua disposição, será possível, chegar a esse objetivo comum.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Catarina Paulo Martinho. **Mediação escolar e relação escola-família**. Universidade de Lisboa Instituto de Educação, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/8191/1/ulfpie043223_tm.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2018.

AZEVEDO, André Gomma de. **A mediação de conflitos como instrumento de consolidação do acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/09/19/mediacao-de-conflitos-como-instrumento-de-consolidacao-acesso-justica/>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

BRANCO, Anselmo Lázaro. **Sociedade:** Relações sociais, diversidade e conflitos. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/geografia/sociedade-relacoes-sociais-diversidade-e-conflitos.htm>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf?sequence=1?concurso=CFS%202%202018>. Acesso em 08 mai. 2018;

_____. **Conselho Nacional de Justiça.** Justiça em Números 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 mai. 2018.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat *et all.* **Mediação de conflitos no direito das famílias.** Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_27073628_MEDIACAO_DE_CONFLITOS_NO_DIREITO_DAS_FAMILIAS.aspx>. Acesso em: 08 mai. 2018.

CARNAVALE, Jose Cleber. **Gestão de conflitos:** transformando conflitos organizacionais em oportunidades. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/gest%C3%A3o-de-conflitos-transformando-organizacionais-em-jose-cleber>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

ELIAS, Lidiane; DALMAU, Marcos Baptista Lopez; BERNARDINI, Isadora de Souza. A importância da Gestão de conflitos nas relações de trabalho: Um estudo de caso na Secretaria de Saúde de Biguaçu/SC. **Coleção Gestão da Saúde Pública – Contribuições para a gestão do SUS**, Volume 8, Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2013, p. 124-145.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **As teorias do conflito:** Contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ff8033cf9437c21>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **A comunidade como *locus de promoção das práticas de mediação***: o empoderamento do indivíduo no tratamento de conflitos. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86ff096395a37c9d>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

_____. Cultura do diálogo e mediação na Administração Pública: a consensualidade e o empoderamento na condução do processo administrativo e disciplinar. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 09 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,cultura-do-dialogo-e-mediacao-na-administracao-publica-a-consensualidade-e-o-empoderamento-na-conducao-do-proc,589022.html>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

_____. **Direito Fraternal e sua aplicação no Cenário Jurídico brasileiro: a Cultura do Empoderamento e da Solidariedade versus Sistema Adversarial**. Disponível em: <<http://www.conima.org.br/arquivos/16137>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Conflito, Poder Judiciário e os equivalentes jurisdicionais: Mediação e Conciliação. Doutrina Nacional. In: **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, jun. 2014, p. 391-415. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/208/144>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

SENA, Adriana Goulart de. **Formas de resolução de conflitos e acesso à Justiça**. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. São Paulo: Método, 2008.

TELLO, Ricardo Alejandro Lopez. **Tratamento adequado de conflitos: O efetivo acesso à justiça como forma de promoção do empoderamento social no Brasil**. Universidade node de julho – UNINOVE. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/1640/2/Ricardo%20Alejandro%20Lopez%20Tello.pdf>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisdição e competência. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, 2000, p. 145-182. Disponível em:
<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1167/1100>>.
Acesso em: 08 mai. 2018.

A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO PENAL NAS MEDIDAS CAUTELATES SUBSTITUTIVAS DA PRISÃO PROCESSUAL INSTITUÍDAS PELA LEI Nº 12.403/2011

Julliana Guimarães de M. Dutra Leal⁸⁷
Tauã Lima Verdan Rangel⁸⁸

INTRODUÇÃO

No dia 04 de julho de 2011 entrou em vigor a Lei nº 12.403, que alterou 32 artigos do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), revogou integral ou parcialmente nove dispositivos, trazendo diversas mudanças. Dentre elas, questões relacionadas à fiança, liberdade provisória, prisão processual e demais medidas cautelares. Acerca das alterações, pode-se citar como de grande importância a criação de medidas cautelares, as quais poderão substituir a prisão preventiva, tornando-a aplicável apenas para os casos imprescindíveis. (CURY; CURY, 2011)

É válido destacar que as novas medidas já são conhecidas em outros institutos, seja como condição para cumprimento da pena no regime aberto, gozo de suspensão condicional do processo ou livramento condicional, seja como pena alternativa ao cárcere. De toda forma, o que se pretende agora é aplicar as mesmas medidas

⁸⁷ Graduanda do 10º Período do Curso de Direito da faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana – RJ.

⁸⁸ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

restritivas à liberdade como forma de contornar a decretação da prisão preventiva (NUCCI, 2014. p. 564.)

Apresentadas as medidas, devemos saber que tais serão cabíveis em crimes punidos com pena privativa de liberdade, independentemente da pena, observada a necessidade e adequação da medida ao caso concreto, pois não são medidas automáticas, devendo assim, necessariamente, ser fundamentadas. (CURY; CURY, 2011).

MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia empregada para a elaboração do presente trabalho será o método indutivo, utilizando a análise bibliográfica e a revisão de literatura como técnicas de pesquisa. O presente trabalho tem como objetivo fazer um breve esclarecimento do assunto.

DESENVOLVIMENTO

O presente estudo tem por objetivo tratar das medidas cautelares que estão previstas nos nove incisos do artigo 319 do Código de Processo Penal Brasileiro:

Artigo 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

- III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.
- VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX– monitoração eletrônica (BRASIL, 1941).

Agora que a lei prevê várias medidas cautelares diversas da prisão, como comparecimento em juízo, proibição de ausentar-se da comarca, entre outras, se a pessoa cumpriu medidas cautelares diversas da prisão, não há dispositivo legal que indique a possibilidade de detração quando cumprida alguma dessas medidas cautelares antes da sentença penal condenatória transitada em julgado.

A primeira medida cautelar diversa da prisão foi baseada no modelo Português (art. 198º CPP), onde é expressamente exigido que o comparecimento leve em conta as atividades profissionais do acusado, e ainda o local onde ele reside, fazendo com que o comparecimento possa ser feito não apenas no Órgão Judiciário, mas também na delegacia de polícia. Aury Lopes Júnior (2011, p.127) afirma em sua obra que “o modelo brasileiro optou pelo total controle judiciário da medida, desconsiderando a facilidade de aproveitar a estrutura policial e também a maior eficácia do controle”.

A segunda medida cautelar foi inspirada também na legislação portuguesa, com uma abordagem mais clara, sendo aplicada aos crimes dolosos, com pena máxima superior a 3 anos. Diferentemente do Brasil que não tem a fixação da duração. Entretanto, já existia em nosso ordenamento na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06, art. 22, III, c), onde era limitada apenas aos casos de violência doméstica, com a Lei 12.403/11 passou a vigorar em todo o Processo Penal, cabendo novamente ao Judiciário a fixação dos prazos, prazos estes que deveriam ter sido criados pelo legislador, pois o que cabe ao poder judiciário é o trabalho de execução da norma emanada originalmente. (NICOLITT, 2012, s.p.)

Sendo frequentemente utilizada para crimes que envolvem torcidas organizadas que praticam atos violentos; crimes que envolvam o ambiente de bares e boates; casos de violência doméstica; e até mesmo crimes que está envolvida a prostituição, devendo o réu se distanciar dos locais onde tais práticas se realizam. Tem como difícil incumbência, se desviar das críticas no que se refere à fiscalização dessa medida cautelar, fazendo, inclusive, que se considere que a mesma nasceu com um “defeito genérico”, nas palavras de Aury Lopes Júnior (2011), uma vez que o mesmo afirma não vislumbrar tutela do processo ou de seu objeto.

Na terceira medida cautelar, novamente, o legislador nada mais fez do que estender uma medida já prevista em nosso ordenamento, na Lei Maria da Penha, em seu art. 22, III, a e b. Tendo similaridade com a Constituição, que tem raiz cautelar, determinada à prevenção de determinada pessoa, bem como à preservação da norma. Essa medida surgiu, pela primeira vez, na Lei 11.340/2006, que tutela a violência doméstica e familiar, como medida protetiva de urgência, que obriga o agressor a se manter afastado da ofendida, de seus familiares e testemunhas, estabelecendo-se um limite mínimo de distância entre estes e o agente. (NICOLITT, 2012, s.p.)

Para Aury Lopes Júnior (2011, s.p) “o objeto desta tutela será uma pessoa determinada, em regra a vítima, testemunha e até mesmo um coautor do crime, mas sempre alguém individualizado”. Outra medida conhecida no ordenamento processual brasileiro, a quarta medida cautelar, usada na suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/95). Com a Lei nº 12.403/11, ingressa como medida cautelar que pode ser aplicada isolada ou cumulativamente. Tendo ainda, o legislador, ao vincular a garantia da investigação ou instrução, encerrando, portanto, a fase investigatória ou instrutória, a medida não pode ser mais aplicada. (NICOLITT, 2012, s.p.). Para Silvio Maciel a medida cautelar recebe várias críticas da doutrina:

Não vemos no que a saída do acusado da comarca possa comprometer o bom andamento das investigações ou do processo. Se a saída não tem a finalidade de fuga, isso significa que o indiciado ou acusado estará à disposição da polícia e do Judiciário nas pouquíssimas vezes em que for intimado a comparecer diante das autoridades; se a saída demonstra concretamente intenção de fuga, é o caso de se decretar prisão preventiva (MACIEL, 2011, p. 138)

Assim como as outras medidas, a quinta medida cautelar, possui natureza cautelar, uma vez que possui o recolhimento noturno nos dias de folga, para que se seja evitada a fuga, bem como para tutelar a prova. Entretanto, tem pouca eficácia em nosso ordenamento, traduzindo-se em mais uma subversão à presunção de inocência. Portanto, a finalidade é que o indivíduo permaneça em sua residência no período em que esteja inativo, não importando o horário da jornada de trabalho. (NICOLITT, 2012). Tal medida impõe o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (319, V, CPP). Essa medida restringe mais a liberdade do acusado que as demais cautelares, pois:

[...] ela se aproxima das medidas de caráter satisfativo ou de prevenção específica *ante factum*. Tanto é que se assemelha à 'limitação de final de semana, prevista como medida substitutiva da pena privativa de liberdade (art. 43, VI, CP). Contudo, a medida cautelar restringe mais a liberdade do acusado que a referida medida executiva, pois a limitação de final de semana exige o recolhimento em lugar específico pelo prazo máximo de 5 horas por final de semana, e a medida cautelar prevê a restrição da liberdade com o recolhimento domiciliar durante todas as noites da semana, e a restrição total nos dias de folga (final de semana ou não). (BARROS; MACHADO, 2011. p. 159.).

A sexta medida cautelar também foi inspirada no direito português, tendo influência, no direito italiano, porém com maior amplitude, possibilitando a interdição de atividades, funções e direitos. Tendo afastamento do cargo pertinência temática com o crime. A princípio, não faz sentido aplicar o afastamento de função pública em razão de uma lesão corporal dolosa ou furto, que se tenha se valido da atividade que exerce e se pretende afastá-lo. De acordo com Silvio Maciel, “essas medidas cautelares têm a finalidade de garantir a preservação da ordem pública ou da ordem econômica, porque somente podem ser decretadas para se evitar a prática de novas infrações”. (MACIEL, 2011, p.162)

Além disso, Aury Lopes Júnior (2011) se atentou à questão do lapso temporal das medidas cautelares, afirmando que o sistema cautelar brasileiro não consagra um prazo máximo para as mesmas, o que acabaria por trazer resultados gravíssimos para o imputado, que se vê submetido, por prazo indeterminado, a severas restrições de direitos fundamentais. Traz como exemplo a suspensão da atividade de natureza econômica que poderá representar até mesmo uma antecipação de pena e, principalmente, a morte econômica de pessoas e empresas. (LOPES JUNIOR, 2011)

Para que essa medida de internação provisória (sétima medida cautelar) seja utilizada é necessário que os crimes sejam praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, podendo ser decretada aos inimputáveis e semi-imputáveis, uma vez que o imputável não pode sofrer medida de segurança, não há sentido algum aplicar-lhe a internação como medida cautelar. Posto isso, aos inimputáveis e semi-imputáveis a medida somente pode ser aplicada se houver risco de reiteração. Os requisitos são cumulativos e não alternativos. (BIANCHINI *et all*, 2011)

Aury Lopes Júnior (2011) faz inúmeras críticas à essa medida cautelar, tais como: ausência de limitação de sua duração; ‘perícia’ para demonstrar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, e ao quesito ‘risco de reiteração’. Quanto à primeira crítica, o autor chama atenção para o fato de não ter limites a duração da cautela podendo assim gerar abusos. (LOPES JUNIOR, 2011)

Dispõe o artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal que: “VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial” (BRASIL, 1941). No que se refere ao requisito da resistência injustificada a ordem judicial, onde, para ele, o dispositivo não poderia ser mais vago e inconsistente, uma vez que fica difícil saber a que tipo de ordem judicial o dispositivo se refere; em quais situações o juiz expediria determinações de conduta ao investigado ou acusado; e por que razão aquele que deixaria de cumprir uma ordem judicial se sentiria compelido a fazê-lo sob a ameaça da fiança.

A medida cautelar que impõe o monitoramento eletrônico (nona medida cautelar) foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 12.258/2010, que alterou a redação da Lei de Execução Penal e consagra a tecnologia como aliada na persecução penal permitindo o monitoramento para o preso condenado, em duas

hipóteses taxativamente previstas: a) ao preso beneficiado com a saída temporária no regime semiaberto; b) ao que se encontra em prisão domiciliar. (BIANCHINI, 2011)

A questão mais grave da monitoração eletrônica se refere aos limites do respeito à dignidade humana. Pois a colocação de aparelhos eletrônicos junto ao corpo da pessoa constitui, por si só, inevitável constrangimento, na medida em que sinaliza, à evidência, tratar-se de alguém sob permanente monitoramento. Depois de mencionada as nove medidas cautelares presentes no artigo 319 do Código de Processo Penal, cabe ressaltar que o estudo ora analisado trata ainda da influência das atenuantes inominadas na aplicação da pena que não possuem previsão legal, porém podem ser reconhecidas pelo juiz, no artigo 66 do Código Penal, que dispõe: “**Art. 66.** Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”. (BRASIL, 1941).

E, ainda, cabe ressaltar o instituto da detração, que quando se faz jus de uma medida cautelar durante a persecução penal, e ao final do processo a pena aplicada foi mais gravosa, não há que se fala em detração. Diante disso, afirma Botttini que:

Imagine-se o caso em que houve a aplicação de cautelar de prisão domiciliar por dois anos, e a sentença condena o réu a cinco anos com regime inicial fechado. Nesse caso, não haverá detração alguma e o tempo passado com parcial restrição de liberdade será “perdido” pelo réu. Aqui seria adequada ao menos de uma compensação, um desconto na pena de prazo ao menos proporcional à gravidade da cautelar aplicada (BOTTTINI, 2010, s.p.).

Todavia, ao se tratar do instituto da detração, resta claro que quanto maior a restrição da liberdade, maior será a detração, e conseqüentemente as que tiverem menor restrição à liberdade do acusado, menor será a sua detração.

DISCUSSÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou no dia 11/10/2017, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) 5526/2016, que pode definir se o órgão pode afastar ou determinar medidas diversas de prisão a parlamentares sem a confirmação das Casas Legislativas. Retirado providencialmente da gaveta, esse julgamento definirá a situação do senador Aécio Neves (PSDB-MG), que teve seu afastamento e recolhimento domiciliar noturno determinados pela 1ª Turma do tribunal em 26 de setembro. (MACEDO, 2017)

A maioria dos ministros entendeu que o STF pode impor as chamadas medidas cautelares aos parlamentares, mas que a decisão será remetida em até 24 horas para Câmara ou Senado na hipótese de a medida cautelar impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular do mandato. (RAMALHO; GARCIA, 2017). A decisão sobre quais dessas medidas serão submetidas ao Congresso será do próprio STF, caso a caso. Ao receberem uma medida cautelar do STF, deputados ou senadores decidirão, pelo voto da maioria de seus membros, sobre a aplicação da medida. (RAMALHO; GARCIA, 2017). Algumas das medidas cautelares que o Judiciário pode determinar são: (RAMALHO; GARCIA, 2017): afastamento do mandato; recolhimento noturno domiciliar; proibição de o parlamentar ter contato com determinadas pessoas; impedir que ele deixe o país; proibição de frequentar determinados lugares. Entretanto, se tais medidas impossibilitarem o exercício regular do mandato, serão submetidas à decisão final do Legislativo. (RAMALHO; GARCIA, 2017)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, resta claro que as medidas cautelares que entraram vigor com o advento da Lei 12.403/2011, trouxeram grandes inovações ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que a prisão preventiva passa a ser aplicada em último caso, podendo na maioria dos crimes serem substituída pelas medidas cautelares. Cabe ainda destacar que o magistrado pode, a qualquer tempo, rever a medida cautelar decretada, entendendo não ser o caso de mantê-la, bem como voltar a decretá-la, se novas razões advierem. (art.282, parágrafo 5º, do Código de Processo Penal).

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares: nova reforma do Processo Penal – Lei nº 12.403/2011**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011

BIANCHINI, Alice *et all*. **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403**, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz Novo CPP não desconta medida cautelar cumprida. In: **Conjur**: portal eletrônico de informações, 21 set. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-set-21/projeto-cpp-nao-desconta-pena-grave-medida-cautelar-cumprida#author>>. Acesso em 18 mai. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 20 mai. 2018.

CURY, Rogério; CURY; Daniela Marinho Scabbia. A criação das medidas cautelares. In: **Revista Prática Jurídica**, Consulex, a. 10, n. 31.

LOPES JÚNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

MACEDO, Isabela. Afastamento e medida cautelar contra parlamentar ferem Constituição, dizem especialistas. In: **Uol**: portal eletrônico de informações, 11 out. 2017. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/afastamento-e-medida-cautelar-contraparlamentar-ferem-constituicao-dizem-especialistas>>. Acesso em 20 mai. 2018.

MELO, Ednilson Andrade Arraes. **Em defesa da sociedade civil**. São Paulo: Editora Escala, 2011.

NICOLITT, André Luiz. **Curso “O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal”**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAMALHO, Renan; GARCIA, Gustavo. STF decide que afastamento de parlamentares depende de aval do Congresso. In: **G1**: portal eletrônico de informações, 11 out. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-decide-que-pode-impor-medidas-cautelares-mas-que-aplicacao-sera-submetida-ao-congresso.ghtml>>. Acesso em 20 mai. 2018.

A REPERCUSSÃO DA MÍDIA NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Larissa Passalini Paixão⁸⁹
Tauã Lima Verdan Rangel⁹⁰

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 assegura em seu *caput* do Art. 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo assegurado o direito a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Configuram princípios basilares para a evolução da humanidade e de um Estado Democrático de Direito, priorizando a vida, a liberdade e a igualdade. Para essa formação a comunicação social é um aspecto que cada vez mais se torna necessário e eficiente para a integração dos povos de âmbito social e cultural. Direitos humanos são garantidos universalmente por consequência do impacto que tem a comunicação em seu efeito global.

A utilização dos veículos midiáticos é essencial à democracia, pois constitui ato de publicidade e conhecimentos dos fatos sociais, pelo qual os indivíduos podem compartilhar ideias e conhecimento. No entanto, a mídia ofertada pelo

⁸⁹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, larissapassalinip@hotmail.com;

⁹⁰ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

sencionalismo, com a intenção de obter lucro, passa ao telespectador matérias que mexem com a sua estrutura psíquica e física, gerando um verdadeiro desconforto social. O foco maior é em casos criminais, pois é um tema que causa indignação e repercussão perante a população, onde acaba gerando um pré-julgamento daquele que cometeu o crime. O Poder Judiciário brasileiro atua na busca pela aplicabilidade justa e necessária, dentro da lei, não podendo se converter para o que clama a sociedade, pois assim fazendo poderá realizar um julgamento eróneo e não reversível.

O medo e a insegurança social faz com que as pessoas utilizem das ferramentas midiáticas para propagar sua indignação com a organização do Estado e com a Justiça aplicada no Brasil. Diante das manifestações generalizadas por pessoas de todos os cantos do país relacionando um crime específico cometido, ocorrem as mutações legislativas no Direito Penal brasileiro, pois há necessidade de alterar normas penais e criar novas leis com a finalidade de atender ao pedido manifestado pela sociedade para a prática daquele crime.

Com isso, tem o presente estudo o objetivo de demonstrar a necessidade dos meios de comunicação para o desenvolvimento social, assim como a sua utilidade para o bem comum social e, ao mesmo tempo, demonstrar que a prática desenfreada das mídias sensacionalistas pode afetar o devido processo penal. É direito constitucional o devido processo legal, seguindo todo o trâmite necessário para o bom funcionamento da função do processo, que é de garantir a sociedade que a justiça não falhará diante de uma infração penal, onde somente aquele que comete um crime será punido.

MATERIAL E MÉTODOS

Os dados e métodos utilizados para elaborar o presente resumo são expostos sob dois enfoques. No primeiro, foram realizadas, considerações acerca dos meios de comunicação com referência em casos criminalísticos, formando opiniões públicas e afetando direitos garantidos ao acusado. Em um segundo momento analisou-se a atuação da mídia na interferência da legislação penal brasileira, citando casos de crimes que modificaram normas da lei penal, bem como originaram novas leis.

DESENVOLVIMENTO

Pelo presente estudo busca-se refletir sobre a atuação dos meios de comunicação, mais precisamente do meio televisivo, ao retratar em suas transmissões informações acerca de um crime cometido. A informação é para a sociedade uma ciência importante e necessária na obtenção de um processo democrático, no qual liberdades de expressão e de pensamentos são vistos como direitos humanos de caráter universal. Os meios de comunicação, assim, tornam-se um instrumento fundamental na busca de uma globalização na troca de informações, integralizando grupos sociais e acoplando culturas.

A sociedade tem a necessidade de transmitir e receber informações, sendo que esta foi preponderante para a incorporação da liberdade de imprensa e de expressão aos catálogos dos direitos individuais das constituições liberais modernas e nas convenções internacionais, como um direito fundamental do ser humano utilizar-se dos meios de comunicação para receber informações que lhe sejam úteis ao seu próprio benefício e ao enriquecimento cultural, social e econômico da sociedade em que vive. (FERREIRA, 2014, s.p.).

Dentro da sociedade capitalista os veículos de comunicação tem papel central, na medida em que definem a vida cotidiana do indivíduo, criando hábitos, costumes, conceitos e atribuindo estereótipos. As pessoas costumam inserir ou excluir do seu conteúdo social, intelectual e material, aquilo que é disponibilizado pela imprensa – seja por meio da televisão, do jornalismo impresso, da internet ou de outros veículos de massa – e aplicando certa ênfase aos acontecimentos, aos problemas e às pessoas, em face do discurso midiático (WOLF, 1987, p. 62).

No entanto, os veículos focados nos crimes populares, em especial a televisiva, oferecem duas vertentes aos telespectadores, por um lado de propagar conteúdos que podem auxiliar na atuação da polícia do Estado e por outro influenciando no sistema processual penal brasileiro, no que se refere aos direitos assegurados em lei.

Entretanto, as informações difundidas pelos veículos midiáticos nem sempre condizem com a realidade, podendo ser definidas, muitas vezes, como parciais, posto que são retratadas por intermédio do prisma de quem as escreve e/ou as observa, bem como, na maioria das vezes, acabam por demonstrar somente uma versão sobre eventual ocorrido, camuflando informações precisas e completas, pondo em circulação somente o que retrata a forma de pensar de determinado meio de comunicação (seja por influência política ou econômica). (DIETERICH et al, 2013, p. 198).

Muito se discute no que tange a relação da mídia e o direito penal, afinal a mídia tem a função social de ofertar notícias, sendo muitas das vezes essas notícias de cunho criminal. A mídia é responsável por introduzir na grande massa matérias de cunho social, político, econômico, educacional e cultural, levando ao espectador informações e entretenimento. Dieterich *et al* sustentam que:

Entretanto, as informações difundidas pelos veículos midiáticos nem sempre condizem com a realidade, podendo ser definidas, muitas

vezes, como parciais, posto que são retratadas por intermédio do prisma de quem as escreve e/ou as observa, bem como, na maioria das vezes, acabam por demonstrar somente uma versão sobre eventual ocorrido, camuflando informações precisas e completas, pondo em circulação somente o que retrata a forma de pensar de determinado meio de comunicação (seja por influência política ou econômica). (DIETERICH *et all*, 2013, p. 198).

Na esfera jurídica, esse efeito midiático sofre grandes prejuízos quando relacionado a postura do juiz, que deve agir legalmente diante os parâmetros estipulados em lei. O magistrado detém conhecimento jurídico, tendo o dever de zelar pelo melhor desenvolvimento do devido processo legal, dentro de seus limites. E, para que haja um processo legal e justo, princípios como o devido processo legal, imparcialidade do juiz, fundamentação legal, publicidade, presunção de inocência, dentre outros, precisam ser reconhecidos mesmo diante de casos midiáticos.

Assim, para que o processo seja justo e válido, é preciso que o juiz atue de forma imparcial, ou seja, não se demonstre de forma tendenciosa para qualquer das partes. O juiz deve colocar-se entre as partes e acima delas, esta é a principal condição para que possa exercer a sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. (DIETERICH *et all*, 2013, p. 198).

Assim como poderá vir a interferir na imparcialidade do juiz e nos direitos assegurados ao acusado, tanto em âmbito constitucional como penal, a mídia tem, também, o condão de influenciar na Legislação Penal, sob o argumento de relevante interesse público. Muitas leis penais já foram sancionadas em razão do clamor social ofertado pela mídia mediante casos criminalísticos. Uma lei que merece destaque dentro deste contexto é a Lei de Crime Hediondos que foi promovida no final dos anos 80 e início dos anos 90 por conta da alta criminalidade que se encontrava

presente na sociedade. Os delitos considerados mais graves já tinham um respaldo constitucional no art. 5º, inciso XLIII⁹¹, mas a pressão midiática fez com que a criação da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) fosse acelerada e sancionada em 1990, sendo esta uma das leis mais midiáticas produzidas no Brasil.

Posteriormente, em 1993, a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) foi modificada por um projeto de lei promovida por ação popular pela escritora Gloria Perez, reunindo 1,3 milhão de assinaturas, fazendo com que fosse incluindo o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos. Isto se deu em face do assassinato da atriz Daniella Perez, filha da escritora, morta com 18 punhaladas em 28 de dezembro de 1992, numa emboscada feita por seu par romântico na trama, Guilherme de Pádua, e a mulher dele, Paula Thomaz. O assassinato gerou clamor social e mobilizou a sociedade com campanhas a respeito da alteração legislativa, originando a primeira emenda constitucional popular brasileira e modificando a história da lei penal.

A democracia tem como principal fundamento a liberdade, seja ela de locomoção ou de expressão, pois são necessárias à sociedade e ao indivíduo humano. O Brasil, Estado Democrático de Direito, tem em seu aspecto cultural, em razão do desenvolvimento econômico e político que desencadearam diversas fragilidades sociais, uma visão de que a justiça é “cega” ao deixar diversos acusados livres ou atribuindo benefícios penais. A mídia tem como característica ser os olhos da

⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 26 fev. 2018. **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] **XLIII** - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

sociedade, pois a partir dela os grupos sociais tomam conhecimento dos fatos que ocorrem diariamente no país e no mundo. Por isso, frequentemente vemos a mídia tomar o lugar do Poder Judiciário, sendo influenciando na criação de novas leis, sendo julgando antecipadamente o acusado por um crime ou efetivamente interferindo no andamento do processo penal.

DISCUSSÃO

O grande impasse é o choque que ocorre entre a mídia e o direito penal diante de casos criminalísticos divulgados diariamente a partir de matérias de cunho sensacionalista e tendencioso. O noticiário diariamente distribui matérias que provocam o medo e a insegurança social, mostrando a criminalidade, crimes bárbaros e a violência na cidade. A repercussão social desses fatos mobiliza a sociedade, originando a revolta e insatisfação com a Justiça do Estado brasileiro, vindo a realizar alterações de dispositivos legais e a criação de novas leis penais, tudo com o intuito de atender ao clamor social originado pelas indignações a respeito do crime.

Se de um lado temos um Estado que deve zelar pelo bem estar da sociedade, evitando que ocorram insegurança e violação de direitos, de outro temos os meios de comunicação pleiteando tais direitos, fazendo isso por meio de divulgações e debate. A liberdade de expressão é um efeito social necessária à democracia e, em contrapartida, temos a atuação do juiz que deve ser prestada com imparcialidade, evitando que haja um processo com vícios que poderá levar a condenação de um indivíduo supostamente autor de um crime, mas que em decorrência da grande repercussão midiática teve sua imagem violada, gerando uma pré-condenação social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto pode-se verificar que o conflito da relação mídia versus poder judiciário penal é concreto em nosso âmbito social-cultural, acarretando em diversos direitos violados.

No entanto, muita das divulgações prestadas pelos meios de comunicação tem um cunho finalístico na obtenção de lucro, não se importando com os efeitos produzidos na esfera penal e na vida individual daquele que vem sendo exposto diante da sociedade. A justiça não pode seguir o modelo imposto pelos meios de comunicação, agindo em desconformidade com a lei, por ter em suas mãos casos criminalísticos de repercussão geral. Deve o juiz agir com imparcialidade e visão técnica jurídica para se efetivar uma decisão judicial justa, condenando ou não àquele acusado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 set. 2017.

DIETERICH, Aline *et all*. A influência da mídia no Poder Judiciário. In: **(RE) Pensando Direito**: Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo, a. 3, n. 5, jan.-jun. 2013, p. 191-207. Disponível em: <<http://local.cnecsan.edu.br/revista/index.php/direito/article/view/64/59>> Acesso em 11 set. 2017.

FERREIRA, Carla Danielle Lima Gomes. A influência da mídia no processo penal brasileiro e a ruptura dos direitos fundamentais sobre o acusado. In: **Jurisway**: portal eletrônico de informações, s.d. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13766>. Acesso em 11 set. 2017.

WOLF, Mauro. **Teorias da Comunicação**. 8 ed. Lisboa: Editoria Presença, 1987.

A RELAÇÃO ENTRE O MEIO AMBIENTE E A PROPRIEDADE PRIVADA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

Laura Madeira de Moraes⁹²

Tauã Lima Verdan Rangel⁹³

INTRODUÇÃO

Em Estocolmo no ano de 1972, foi realizada pela ONU (Organização das Nações Unidas), a primeira grande conferência em prol do Meio Ambiente. A gravidade dos riscos ambientais foi o principal assunto. Ficou estipulado que cada país participante da Declaração de Estocolmo elaborasse e instituisse legislação e programas ambientais pertinentes, levando sempre em consideração os princípios constantes nessa declaração. Nacionalmente, após essa conferência, foi estabelecida a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente em 1981 que foi recepcionada pela Constituição Federal em 1988. A Carta Magna em seu art. 225 instituiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito difuso e, além disso, como um direito intergeracional. Isso significa que a todos alcançam sua preservação e todos

⁹² Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, laurammbji@hotmail.com;

⁹³ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

são prejudicados da sua degradação, inclusive as gerações que ainda estão por vir. Nesse contexto, foram criados programas fiscais como uma forma de proteger o meio ambiente e incentivar a economia verde.

A Constituição Federal também dispôs no artigo 5º, XXIII que a propriedade deve atender a sua função social, ou seja, o proprietário pode usar, gozar e dispor, bem como reavê-la, desde que o exercício dessa propriedade corresponda aos anseios da sociedade, pois como já exposto, seu mau aproveitamento atinge a todos. O presente resumo versa sobre a relação entre o meio ambiente e a propriedade privada à luz da Constituição Federal de 1988 e a tributação ambiental.

MATERIAL E MÉTODOS

A confecção do presente resumo expandido baseou-se em revisões bibliográficas a partir de pesquisas realizadas em doutrinas, artigos científicos, jurisprudências, demais sítios eletrônicos especializados que discorriam sobre o tema abordado.

DESENVOLVIMENTO

Pelo presente estudo busca-se refletir sobre a relação entre o meio ambiente e a propriedade privada à luz da Constituição Federal de 1988, e a tributação ambiental, demonstrando que os primeiros legisladores das normas regulamentadoras do Estado brasileiro, como a Constituição Imperial de 1824 e da Constituição de 1937 não cuidaram em fazer qualquer menção em proteção ao meio ambiente, assim como as Constituições Republicanas de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1969 cujos textos igualmente não se preocuparam em reservar um espaço à regulação das questões

ambientais, diferentemente, a Constituição Federal de 1988 dedicou-se em elaborar um artigo especificamente voltado para a proteção ambiental, “a Constituição Federal de 1988 trouxe significativo avanço à proteção do meio ambiente. A nova carta, no art. 225, disciplinou, de forma precisa e atualizada o assunto” (FREITAS, FREITAS 1992, p.13 *apud*, BRITO, BRITO, 2012, s.p.).

A Constituição de 1988, trata do meio ambiente como um direito adquirido de todo cidadão brasileiro “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” (BRASIL,1988). Sampaio apresenta a importância de a Carta Magna tratar do meio ambiente como essencial para uma vida digna.

[...] pela primeira vez na história do Direito brasileiro o meio ambiente foi objeto de tratamento direto e minudente do texto constitucional, como um bem em si mesmo considerado, integrante do patrimônio público e indispensável à existência da vida e à manutenção de sua sadia qualidade e que, nessa condição, deve ser objeto de atenção e proteção do Poder Público e da própria coletividade (SAMPAIO, 1993, p.09 *apud*, BRITO, BRITO, 2012, s.p.).

Alves Junior (2012, s.p.) comenta outra determinação estabelecida pelo legislador constitucional no 225, caput, da Magna Carta de 1988, onde além do princípio do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ainda, se extrai outro preceito presente no Direito Ambiental e de suma importância em nosso ordenamento jurídico, o da intervenção estatal obrigatória na proteção do meio ambiente. Devendo o Poder Público atuar em defesa do meio ambiente, tanto no âmbito administrativo, quanto nos âmbitos legislativo e jurisdicional, adotando políticas públicas e os programas para cumprir esse dever imposto.

Essa disposição oferecida pela legislação ordinária, se mostra não somente como uma regra essencial no exercício de uma democracia participativa, mas também é instrumento de defesa e promoção do artigo citado. A Carta Magna garante a todos o interesse difuso ao meio ambiente e dispõe várias normas com o intuito de assegurá-lo, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, prevê a qualquer cidadão o direito de manejar ação popular que vise anular ato lesivo ao meio ambiente.

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: [...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL, 1988).

A partir da Constituição Federal de 1988 o meio ambiente passou a ser tido como um bem tutelado juridicamente conforme apresentado por José Afonso da Silva “a Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental” (SILVA, 2004, p. 46 *apud* SILVA, 2009, s.p.) proporcionando maneiras para sua proteção e controle. Atualmente, um dos principais problemas mundiais gira em torno da preservação ao meio ambiente, devido a crescente incidência de danos causados pelo ser humano que se mostram cada vez mais impactantes ao meio ambiente e a todos os titulares do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Antunes (1998, p.41 *apud* BRITO, BRITO, 2002, s.p.) apresenta o entendimento de que se analisarmos apenas pelo ponto de vista legislativo, o Brasil se encontra em uma situação favorável em relação a proteção do meio ambiente, tendo em vista que,

em muitos aspectos, o ordenamento jurídico é mais bem estruturado do que em muitos países do chamado primeiro mundo, sendo assim, o país possui uma base legal mínima capaz de assegurar a proteção legal do meio ambiente e com isso assegura o bem estar comum de toda a sociedade. Matos esclarece a importância da positivação das questões ambientais para a preservação dos recursos naturais e manutenção da vida humana.

[...] a inclusão da preocupação com o meio ambiente na nova Constituição Brasileira foi fundamental para o alcance de uma estrutura jurídica no Direito Brasileiro que possibilite a implementação de instrumentos eficazes para a proteção ambiental. Esse fato histórico é um marco extraordinário para os que militam em favor da proteção do meio ambiente, pois a questão, a partir daquela data, estava constitucionalizada (MATOS, 2001, p.94 *apud* BRITO, BRITO, 2012, s.p.)

A Constituição Federal catalogou os direitos fundamentais em cinco grupos diferentes: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. O direito à propriedade faz parte de uns dos direitos individuais e coletivos, estabelecido ainda no primeiro capítulo dos direitos fundamentais. O legislador relaciona esse direito ao conteúdo econômico e patrimonial e que transfere a tutela ao Estado.

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:
XXII- é garantido o direito de propriedade
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL,1988)

O direito de propriedade privada direcionado ao sentido econômico, aponta a ideia de domínio sobre um bem, quando esse proporciona ao proprietário ganhos futuros, quando a propriedade privada oferece ao dono condições de produtividade e possibilidades de lucro. Pontes de Miranda apresenta que o direito à propriedade privada é o domínio ou qualquer direito patrimonial exercido sobre um bem. Tal conceito desborda o direito das coisas. 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 apud, MELLO, 2017, p. 134)

É através de políticas públicas que o governo disponibiliza vários instrumentos, dentre esses, aqueles que abarcam a incidência da tributação nas políticas direcionadas à gestão do meio ambiente (BERNARDI, 2007, s.p.). Via de regra, Renato Bernardi (2007, s.p.) salienta que o tributo detém a função de custear as atividades governamentais, todavia não pode ser desconsiderado seu aspecto de norteador quando a ação dos contribuintes para setores com alta produção e/ou adequados ao interesse público. Assim, o Poder Público quando inserido na extrafiscalidade tributária exerce uma função conciliatória entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente de forma alcançar o desenvolvimento sustentável (art. 170, incisos III e VI c/c art. 225 da CF). E continua

A tributação ambiental adequada, considerando o valor constitucional a que foi prestigiado o meio ambiente, pode ser um dos instrumentos para se alcançar um desenvolvimento preocupado com as gerações, tanto presentes, quando futuras (BERNARDI, 2007, s.p.).

Nesse sentido, Tôrres (2005, 101-102) define a tributação ambiental como uma vertente do direito ambiental que tem como finalidade reger as relações tributárias conjuntamente ao exercício de competências ambientais, com intuito de determinar a utilização do tributo na função instrumental como garantidor, promotor ou preservador de bens ambientais. Isso inclui também os efeitos legais indiretos, como emprego de fundos, sanções e indenizações, excluídas as isenções. Cabe ressaltar que as isenções e os incentivos fiscais atuam como estimulantes da preservação ambiental por parte do Estado.

DISCUSSÃO

Nas antigas legislações, o meio ambiente não era compreendido no texto constitucional, ganhando destaque em relação a proteção ambiental com a Constituição de 1988. A concepção do direito de propriedade privada, passou por várias alterações ao longo dos anos, até alcançar o entendimento de direito fundamental estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e regulamentado pelo Código Civil Brasileiro, desse modo, Ramos (2014, s.p.) estabelece que, antes de a Constituição Federal da República Federativa do Brasil consagrar o princípio da função social o domínio sobre a propriedade privada era intocável, o interesse individual do dono era sagrado. No entanto, com a atualização da Carta Magna o direito de propriedade não é mais absoluto e sagrado devendo o proprietário cumprir a função social da propriedade, assim, o direito de propriedade não é mais um direito liberal ou de abstenção tradicional, no qual seu titular pode exigir a ausência de turbação ao seu exercício.

Conforme Ronquim Filho (s.d., p. 24) destaca ser uma inovação no âmbito da economia ecológica, sendo uma “Justiça Fiscal”, levando em consideração que aquele

que conserva a sua propriedade em prol da comunidade deve ser beneficiado e esse benefício vem em forma de descontos no imposto para a manutenção do direito à propriedade elencado a função social. Cabe ao Estado aplicar o tributo ambiental, isso não é uma faculdade e sim uma obrigação, pois um meio ambiente devidamente preservado e protegido alcança a todos, assim, o Estado deve diligenciar para que isso ocorra, como uma das formas também de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para tanto, a Declaração de Estocolmo que surgiu durante a conferência mundial sobre o Meio Ambiente em 1972, foi o marco inicial da preocupação ambiental de forma a buscar um equilíbrio entre a relação humana e ambiental. Com a chegada da Constituição Federal de 1988, o direito ao meio ambiente passou a ser um direito fundamental, delegando ao Poder Público juntamente a coletividade defender e preservar para as presentes e futuras gerações, bem como constitucionalizou o direito de propriedade. Então houve uma ligação desses dois direitos no sentido de construir e efetivar as cidades sustentáveis a partir do uso de instrumentos fiscais e tributários. Dessa maneira, considerando esse preceito constitucional, vemos a aplicação dos tributos ambientais, seja na isenção, bem como na redução de alíquotas e bases de cálculo para aqueles indivíduos adeptos de comportamentos ecologicamente corretos.

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 mai. 2018.

BERNARDI, Renato. **Tributação ecológica**: o uso ambiental da extrafiscalidade e da seletividade tributárias. Disponível em <<http://www.prolegis.com.br/tributa%C3%A7%C3%A3o-ecol%C3%B3gica-o-uso-ambiental-da-extrafiscalidade-e-da-seletividade-tribut%C3%A1rias/>>. Acesso em 25 mai. 2018.

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 23 mai. 2018.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves; BRITO, Álvaro de Azevedo Alves. A tendência ambientalista da Constituição Federal de 1988. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 17, n. 3143, 8 fev. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21040>>. Acesso em: 23 mai. 2018

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito das Coisas**. 2 ed. Rio de Janeiro-RJ: Freitas Bastos, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RONQUIM FILHO, Adhemar. **Direito Tributário Ambiental**. Disponível em: <<http://plantaofiscal.net/pdfartigo/98.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2018.

SILVA, Thomas de Carvalho. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 12, n. 63, abr 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5920&revista_caderno=5>. Acesso em 25 mai. 2018.

TÔRRES, Heleno Taveira. Da Relação entre Competências Constitucionais Tributária e Ambiental – Os limites dos chamados tributos ambientais. *In*: _____ (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo, Malheiros, 2005.

CIDADANIA E DEMOCRACIA SEMIDIRETA NO BRASIL

Leonardo Oliveira Marçal⁹⁴
Tauã Lima Verdan Rangel⁹⁵

INTRODUÇÃO

Ao final do período militar no Brasil (1964-1985) e a posterior promulgação da Constituição de 1988, os termos direitos fundamentais e cidadania se tornaram bastante populares, devido ao retorno dos direitos políticos, que possibilitaram ao povo voltar a votar e ser votado e a garantia de efetivar os direitos democráticos de segurança, liberdade, desenvolvimento e justiça social, causando grande euforia na população (MORAES; SILVA JÚNIOR, 2011). Neste período, havia um pensamento otimista de que a cidadania e a democracia retornariam ao cenário social e político nacional. No entanto, tal fato não ocorreu e a chamada democracia social (emprego, saúde, moradia, lazer, igualdade étnica) ainda é utopia para muitos, prevalecendo a democracia eleitoral, com políticos e instituições políticas desacreditados (CREMONESE, 2007).

Na atualidade, entende-se o conceito de democracia como algo além da participação do povo nas decisões políticas e escolha dos seus representantes, que

⁹⁴ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, leonardooliveiramarc@gmail.com;

⁹⁵ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

permita ao cidadão ter reconhecidos e garantidos seus direitos fundamentais e para que exerça sua cidadania, deve desfrutar de uma sociedade justa, que lhe garanta tais direitos, dentre os quais o da segurança (MAFRA, 2006). Desde a Constituição de 1988, o Brasil possui uma democracia semidireta, por meio dos dispositivos constitucionais do plebiscito, da participação popular, da iniciativa popular e do referendo. Diante desse contexto, este estudo tem como objetivo analisar cidadania e a democracia no Brasil até se chegar ao modelo semidireto existente atualmente.

MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica exploratória, com abordagem qualitativa, onde se buscou responder a seguinte questão: o cidadão deve ter o direito de autodefesa garantido através da utilização de arma de fogo? Para responder a esta questão, buscou-se artigos, livros e leis relacionados ao tema.

DESENVOLVIMENTO

Segundo Carvalho (2002), a cidadania, enquanto princípio de garantia da igualdade jurídica, política e social mínima vigente nas repúblicas contemporâneas, ainda encontra dificuldades quanto a sua realização no Brasil, especialmente no que diz respeito a um de seus componentes originários, os direitos civis que ainda de acordo com o autor:

São direitos cuja garantia se baseia na existência de uma justiça independente, eficiente, barata e acessível a todos. São eles que garantem as relações civilizadas entre as pessoas e a própria existência da sociedade civil surgida com o desenvolvimento do

capitalismo. Sua pedra de toque é a liberdade individual (CARVALHO, 2002, p. 9).

Ser cidadão é ter garantia de todos os direitos civis, políticos e sociais que asseguram a possibilidade de uma vida plena. Esses direitos não foram conferidos mas exigidos, integrados e assumidos pelas leis, pelas autoridades e pela população em geral. A cidadania não é dada, mas construída em um processo de organização, participação e intervenção de indivíduos e grupos sociais. Assim, só na constante vigilância dos atos cotidianos o cidadão pode apropriar-se desses direitos fazendo eles valerem de fato porque se não houver essa exigência eles não sairão do papel (TOMAZI, 2013).

Observa-se, portanto, que atualmente não se pode discutir a cidadania desconectada dos direitos humanos, que são a base para uma cidadania plena em um Estado Democrático de Direito.

É denominada democracia semidireta as formulações institucionais firmadas pela Constituição de 1988, o objetivo do modelo participativo de democracia proposto não é substituir o sistema representativo mas possibilitar a conscientização social, essencial para a efetivação da cidadania que só é possível com uma participação política permanente, plena e ativa de todos. No entanto, a Constituição ainda apresenta muitas limitações em especial no que se refere as dimensões social e econômica onde residem os principais obstáculos a construção e concretização dos direitos humanos e da cidadania na vida social brasileira (SILVA *et al.*, 2013).

Da independência do Brasil, em 1822, até o final da República Velha, em 1930, no que se refere à cidadania, só pode ser citada a abolição da escravidão, em 1888, que, apesar de ter incorporado os ex-escravos no rol dos direitos civis, só o fez no sentido formal. Segundo os ensinamentos de Oliveira (2010), tampouco os senhores

da época exerciam a cidadania, não havendo um povo organizado ou consolidação do sentimento de nacionalismo, tratando-se, portanto, do que denomina “cidadania em negativo”.

Para Carvalho (2002), no Brasil, a partir do século XX, a ordem dos direitos apontada por Marshall foi invertida, pois primeiro foram estabelecidos os direitos sociais e ampliados os direitos políticos no período ditatorial do Estado Novo (1937-1945) para depois serem implantados os direitos civis formando uma pirâmide invertida. Há uma grande diferença entre a cidadania formal e a cidadania real no Brasil. Segundo Carvalho (2002), entre 1930 e 1945 ocorreu um momento significativo relacionado à legislação social, no entanto, esta foi inserida em um ambiente com baixa ou nenhuma participação política e com vigência precária dos direitos civis. Desta forma, os direitos foram dados como benefícios sociais, comprometendo a sua compreensão como direitos e o entendimento destes pela população como requisito para a cidadania. Segundo Santos (1987), após 1930 até 1964 a sociedade pagou alto preço político, pois:

No primeiro momento, caracterizou-se a relação entre o poder e o público pela extensão regulada da cidadania. Caracteriza-se o segundo pelo recesso da cidadania política, isto é, pelo não reconhecimento do direito ou da capacidade da sociedade governar-se a si própria. E isto reflete-se em todos os níveis, inclusive nas instituições da política social (SANTOS, 1987, p. 89).

O período do Regime Militar (1964 a 1985) teve como característica primordial a restrição completa dos direitos fundamentais, cada vez com maior aprofundamento através dos Atos Institucionais, que tinham por objetivo a legitimação do poder dos militares, assim como a doutrina da Segurança Nacional, significando a ausência de democracia, cerceamento dos direitos constitucionais,

perseguição política, censura e repressão a todos que se opunham ao regime militar (NUNES, 2016). Neste período, ocorreu o mais violento e intenso movimento restritivo aos direitos civis e políticos no país, tais como a suspensão do Habeas Corpus, instituição de assassinatos e tortura dos presos políticos e direito de defesa restrito. Dentre os Atos Institucionais, o AI-5 foi o que mais restringiu direitos, dando plenos poderes ao Executivo, através do fechamento do Congresso Nacional (JESUS, 2010).

Em 1984, ocorreu a campanha pelas eleições diretas para presidente, denominada Diretas Já, sendo considerada como o momento mais expressivo da mobilização popular na história do Brasil. Apesar de não ter logrado êxito naquele momento, havendo eleição indireta para a presidência da República, os militares deixaram o poder e teve início a redemocratização. Ocorreu então a restituição dos direitos civis, no entanto, estes continuaram a beneficiar apenas uma parcela da população: aqueles com maior escolaridade e com maior poder aquisitivo (OLIVEIRA, 2010). Segundo Behring e Boschetti (2011), a redemocratização teve seu auge com a Constituição de 1988, denominada Constituição Cidadã, devido à garantia de diversos direitos sociais, sendo uma conquista dos setores organizados da sociedade. No entanto, apesar dos avanços, não conseguiu ainda atingir o cerne da questão social.

A partir da década de 2000, no entanto, ocorreu um deslocamento das políticas públicas para fora da cidadania regulada, em busca de uma cidadania ampliada, através dos programas sociais, com destaque para o Programa Bolsa Família, criado em 2004, beneficiando uma parcela da população historicamente excluída, independente de vínculo profissional formal, não havendo vinculação dos direitos ao lugar que ocupam no processo produtivo, em busca de materializar

direitos fundamentais, como educação e saúde e consequentemente o direito a vida, efetivando a cidadania (CEIA, 2016).

Na história do Brasil, devido à concentração de poder econômico nas mãos de poucos, há uma clara divisão social, levando grande parcela da população a se considerar inferior, delimitando os direitos e deveres de cada um. Nesse contexto, as possibilidades dos brasileiros são poucas, além de votar e serem votados, sendo também este direito limitado pelo poder econômico envolvido nas eleições, havendo poucos espaços para uma participação popular de fato (MAMEDE, 1997).

O neoliberalismo surgiu em um momento de crise do capitalismo, em reação aos ideais liberais, criticando a interferência do Estado na economia, especialmente no campo social, atacando o Estado de Bem Estar Social. Segundo Ferraro (2005), é uma ideologia que busca legitimar a exclusão social em favor do mercado. Assim, desde o ano de 2016, o Brasil vem aderindo ao neoliberalismo, relegando as políticas públicas conquistadas através da Constituição de 1988, implantando reformas que têm por fim atender os interesses de pequena parcela da população, em detrimento da maioria da população, reprimindo, consequentemente, a cidadania participativa (POCHMANN, 2017).

DISCUSSÃO

A estruturação dos direitos de cidadania no Brasil esteve constantemente atrelada aos interesses das elites socioeconômicas e políticas e poucas vezes foi resultado de um projeto com ampla participação popular e com vistas a inclusão social. De acordo com Carvalho (2002) no Brasil se vive uma “estadania”, pois muitos direitos são resultado de uma concessão do Estado, feita de cima para baixo a uma população muitas vezes desinteressada da coisa pública e os direitos costumam ser

vistos como concessões ou benefícios oferecidos pelos grupos dominantes ao restante da população.

No Brasil, em lugar de se destacar mecanismos de construção da ordem, destaca-se sistemas de manutenção da ordem, através de estratégias repressivas, em geral a cargo dos organismos policiais e judiciais, vistas como necessárias à administração deste paradoxo. Assim, as estratégias empregadas na manutenção da ordem, ou são militares, organizadas nas técnicas de destruição do inimigo; ou são jurídicas, voltadas à punição de infrações da ordem. Nenhuma delas está adequada à construção e manutenção de uma ordem pública democrática, que deve ser baseada na negociação pública e coletiva dos interesses divergentes de partes iguais (SILVA, 2003).

A cidadania é entendida como fator de inclusão social, no entanto, sua efetividade para todos requer da elite econômica a perda de privilégios, servindo tal fato para explicar tantas disposições antidemocráticas por parte da classe dominante. Nesse contexto, vêm se firmando o neoliberalismo, com sua defesa do livre mercado, idealizado por Hayek e defendida pelas classes dominantes (SANTOS; SANTOS, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil possui dispositivos constitucionais que permitem ao cidadão participar das decisões políticas do país, através do plebiscito, participação popular, referendo e iniciativa popular, a fim de garantirem que a vontade do povo seja respeitada.

No entanto, tais mecanismos não são o bastante para que a cidadania seja efetivada. Para que se tenha uma cidadania participativa, não bastam leis, não sendo

algo que possa ser concedido, mas conquistado através da luta dos indivíduos em busca da liberdade e participação nos espaços políticos e sociais, em busca da garantia dos direitos fundamentais para todos

Portanto, o grande desafio da democracia semidireta no Brasil, para garantir o pleno exercício da cidadania, consiste em colocar em prática as normas constitucionais, com a implementação das políticas sociais necessárias, garantindo ao povo a concretização dos direitos que só existem nas leis.

REFERÊNCIAS

BEHRING, E. R; BOSCHETTI, I. **Política Social: fundamentos e história**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

CARVALHO, J.M. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CEIA, M. E. T. O projeto trabalhista: garantismo e cidadania regulada. In: **Legis Augustus**, v. 7, n. 1, p. 1-20, 2016. Disponível em: <apl.unisum.edu.br/revistas/index.php/legis augustus/article/download/1032/687>. Acesso em 19 mai. 2018.

CREMONESES, D. A Dificil Construção da Cidadania no Brasil. **Desenvolvimento em Questão**, v. 5, n. 9, p. 59-84, jan.-jun. 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/.../93>>. Acesso em 19 mai. 2018.

FERRARO, A. R. Neoliberalismo e políticas sociais: a naturalização da exclusão. **Estudos Teológicos**, v. 45, n. 1, p. 99-117, 2005. Disponível em: <http://www3.est.edu.br/publicacoes/estudos_teologicos/vol4501_2005/et2005-1f_aferraro.pdf>. Acesso em 19 mai. 2018.

JESUS, S. C. S. **Da “cidadania regulada” à cidadania regressiva: um estudo de caso do projeto de cooperativismo urbano da CUT**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais da Filosofia) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

MAFRA, F. A constitucionalização e a processualidade dos direitos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 9, n. 29, mai. 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/id=6301?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1145&revista_caderno=9>. Acesso em 19 mai. 2018.

MAMEDE, G. Hipocrisia: o mito da cidadania no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 134, p. 219-30, abr.-jun. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/238>>. Acesso em 19 mai. 2018.

MORAES, A. P. B.; SILVA JÚNIOR, G. L. A Cidadania e a Evolução dos Direitos Fundamentais no Brasil. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, v. 15, n. 21, p. 1-9, 2011. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/344>>. Acesso em 19 mai. 2018.

NUNES, R. S. A história do direito e a ditadura militar. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55150&seo=1>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

OLIVEIRA, P. J. J. A Cidadania é para todos: Direitos, Deveres e Solidariedade. **Caderno Virtual**, v. 1, n. 21, p. 1-20, 2010. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/391/270>>. Acesso em 19 mai. 2018.

POCHMANN, M. Estado e capitalismo no Brasil: a inflexão atual no padrão das políticas públicas do ciclo político da Nova República. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 38, n. 139, p. 309-30, abr.-jun. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v38n139/1678-4626-es-38-139-00309.pdf>>. Acesso em 19 mai. 2018.

SANTOS, R. S.; SANTOS, J. A. G. Capitalismo e cidadania: direitos sociais e os primórdios da industrialização no Brasil. In: XV Semana de Economia e I Encontro de Egressos de Economia da UESB. Vitória da Conquista, **ANAIS...**, 13-17 fev. 2017. Disponível em: <http://www.uesb.br/eventos/semana_economia/2016/anais/GT2%20-%206.%20Diagnóstico%20dos%20indicadores%20socioeconômicos%20de%20Vitória%20da%20Conquista-Ba.pdf>. Acesso em 19 mai. 2018.

SANTOS, W. G. **Cidadania e justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

SILVA, A. et al. **Sociologia em movimento**. São Paulo: Moderna, 2013.

SILVA, J. **Segurança Pública e Polícia: Criminologia Crítica e Aplicada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOMAZI, N. D. **Sociologia para o ensino médio**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

EUTANÁSIA: ENTRE O DIREITO Á MORTE DIGNA E A INDISPONIBILIDADE DA VIDA

Luane Gomes de Oliveira⁹⁶
Tauã Lima Verdan Rangel⁹⁷

INTRODUÇÃO

A eutanásia no ordenamento jurídico é conhecida como homicídio, praticado em pacientes com doenças sem cura e em fase terminal. Mas que não irá morrer decorrente a doença, mas decorrente a prática exteriorizada feita por outra pessoa, que irá se encarregar de dá fim ao sofrimento em que o paciente se encontra. Antigamente, essa prática era feita pelas chamadas “abafadoras”, utilizado na Europa por mulheres que aceleravam a morte dos pacientes, utilizando diversos métodos.

Na eutanásia, quem realiza a conduta de levar o paciente á morte não é ele mesmo, mas outra pessoa que pode ser o médico. Diferente do suicídio assistido, que uma pessoa que pode ser o médico, ajuda o paciente a morrer, também por solicitação do mesmo, utilizando medicamento para tal ato, ou seja, um suicídio assistido.

⁹⁶Graduanda do 10º Período de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, luane.bj@hotmail.com;

⁹⁷Professor Orientador. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista Lato Senso em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, taua_verdan2@hotmail.com.

No Brasil, não existe tipo penal específico para a eutanásia, ou para quaisquer outras das outras modalidades, aparece apenas no Código Penal quando toca no assunto de diminuição da pena por relevante valor social ou moral, é dado, por exemplo, o homicídio eutanásia. De acordo com algumas pesquisas, a eutanásia fica um pouco dividida, uns acham que a prática deveria ser autorizada, levando-se em consideração o que o paciente quer, que na maioria das vezes não quer dar trabalho aos seus parentes, outros acham que a morte deve ser de maneira natural. Não vendo essa prática uma maneira saudável.

MATERIAL E MÉTODOS

Foram utilizados publicações de autores e doutrinadores da área do direito com estudos e discussões a respeito do funcionamento da Eutanásia: Entre o direito à morte digna e a indisponibilidade da vida.

DESENVOLVIMENTO

A eutanásia no ordenamento jurídico é descrita como a figura típica do homicídio, praticado em pacientes com doenças sem cura e em fase terminal. Mas que não irá morrer decorrente da doença, e sim da prática exteriorizada feita por outra pessoa, que irá se encarregar de dar fim ao sofrimento em que o paciente se encontra. (BATISTA, 2009)

A eutanásia é o método de antecipação da morte, ou seja, o paciente que possui uma doença incurável a qual não suporta a dor, e muito menos continuar no estado em que se encontra, decide por um fim a tudo isso. No ordenamento

Brasileiro, a eutanásia está elencada no código penal uma prática de homicídio privilegiado, conforme o artigo 121, do Código Penal.

Antigamente, a eutanásia era feita pelas chamadas “abafadoras”, utilizado na Europa por mulheres que aceleravam a morte dos pacientes, utilizando diversos métodos, visto como uma forma de libertação, tendo em vista, que muitos dos pacientes não consentiam com tal ato. Hoje em dia, o princípio da eutanásia consiste especificamente na morte com a conscientização/pedido do paciente em questão, por meio de uma injeção letal. (BATISTA, 2009)

No Brasil, não existe tipo penal específico para a eutanásia, ou para quaisquer outras das outras modalidades, aparece apenas no Código Penal quando toca no assunto de diminuição da pena por relevante valor social ou moral, é dado, por exemplo, o homicídio eutanásia. (BATISTA, 2009)

[...] o ato pelo qual uma pessoa põe termo à vida da outra, que sofre de enfermidade incurável ou então a aleijados padecendo de dores cruéis, atendendo às suas solicitações repetidas, levada puramente pelo espírito de piedade e humanidade (PINAM, apud NÁUFEL, 1998, p. 445.)

A eutanásia equivale à prática de antecipação da morte, sendo diagnosticado por médicos especialistas ao qual garante através de exames que a doença é incurável. Essa prática tem por objetivo amenizar o máximo o sofrimento do paciente ao qual não aguenta mais com fortes dores, causando sofrimento não somente a ele, contudo os familiares que estão próximos ajudando na reabilitação e cuidados (BATISTA, 2009).

Como se observa no artigo 15 do Código Civil, afirma-se que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2002). No caso há uma breve comparação. Tratando-

se de eutanásia, o paciente em estado terminal seria penalizado, com total e plena consciência de que não há cura. Assim, resta a ele somente o sofrimento. Desta forma, pede que acabem com o tal sofrimento injetando um remédio que venha a desfalecer o mesmo. Porém como mostra o artigo 15 do Código Civil, negar-se de se tratar, de lutar pela vida, sendo que o mesmo não diz se é para pessoas com doenças incuráveis ou não é totalmente aceito e permitido por lei.

[...] A prática da distanásia e a eutanásia realizada por alguns médicos, vem sendo discutido e analisado gerando grande preocupação com relação a morte do paciente e a maneira menos dolorosa de enfrentar isso. Enquanto a eutanásia atenta se em colocar como prioridade o bem estar do paciente em estado terminal, acabando com seu sofrimento [...] (MARTIN, 1998, p.172).

Em se tratando da saúde, o artigo 196 da Constituição deixa bem claro que é dever do estado zelar pela saúde e todos os direitos e deveres mencionados em seu artigo 5º, assim como garantir 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. Mas não obriga as pessoas a aceitarem isso. (BRASIL, 1988)

Como já foi dito, não há lei que tipifique a eutanásia como crime, mas a mesma se encaixa em alguns requisitos do artigo do Código Penal e assim responsabilizada no artigo 121, §1º caso o agente tenha agido por violenta emoção, a pedido da vítima a pena será diminuída. No artigo 122 do Código Penal, se for por egoísmo ou paciente tiver sido auxiliado a optar por essa prática, a pena será duplicada. (BRASIL, 1940)

DISCUSSÃO

No Brasil, a eutanásia não é admitida, sendo um fato caracterizado como crime, conforme o artigo 121 do Código Penal, essa tema é um tanto problemático, tendo em vista que ele não é bem visto aos olhos da humanidade. Sendo assim, um pouco difícil de abordar. Em muitos países, a prática da eutanásia é considerada um ato ilícito, assim como no Brasil. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 destaca-se por preservar a vida como um bem maior para a sociedade, tendo o Estado o dever de resguardar esse direito e o proteger. O estado não aceita esse procedimento, acreditando, que mesmo os seres humanos apresentando um estado crítico e vegetativo, por mais que pareça não ter fim, possa lá no fundo do túnel encontrar a cura.

Não podendo o paciente decidir sobre sua própria vida, se quer ou não continuar com a dor e o sofrimento, mesmo sabendo que não há chances alguma do paciente se recuperar. No Brasil mesmo a prática sendo ilícita, mesmo que seus familiares aceitem essa prática, ela é tipificada como crime de homicídio aos olhos da CF/88. Entende-se hoje em dia o termo eutanásia como forma ou abstenção de metodologias as quais possibilitam agilizar ou ocasionar o fim de um doente ao qual se encontra com alguma enfermidade ao qual não tenha mais cura, com intenção de libertá-lo do máximo sofrimento que o rodeiam ou por outras causas relacionadas à ética. (LEPARGNEUR, s.d)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eutanásia no Brasil é considerada ilegal e desta forma considerada crime de acordo com a legislação brasileira, e quem auxilia na sua execução é denunciado pela

prática de homicídio. Além de ser amplamente repugnado pelos religiosos, que consideram inaceitáveis tal prática.

Entretanto deve-se analisar tal prática de acordo com a parte médica, levando em consideração o sofrimento pelo qual o paciente está passando, que na maioria das vezes se encontra em estado vegetativo e/ou terminal. Entretanto para tal prática ser aceita a mesma deveria ser constitucionalizada, estabelecendo normas e regras para sua prática e também realizando uma fiscalização para que não haja abuso em sua realização.

No Brasil, essa prática não é aceitável e seu debate não é muito discutido em seus projetos de leis. No senado, há um projeto de Lei em discussão do ano de 1996 que “autoriza a prática da morte sem dor em casos específicos”, entretanto, nunca se manifestaram acerca do projeto. Porém, com o novo Código Penal Brasileiro o mesmo estabelece primordialmente a eutanásia como crime, apesar de o texto em discussão se encontra arquivado no Senado. Por outro lado, a prática da eutanásia é inserida nos crimes de homicídio, impossibilitando o entendimento a respeito das penas as quais serão aplicadas acerca deste delito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Américo Donizete. A Eutanásia, o direito à vida e sua tutela penal. *In*: **Conjur**: portal eletrônico de informações, 21 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-21/eutanasia-direito-vida-tutela-penal-luz-constituicao>>. Acesso em 16 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 mai. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 16 mai. 2018.

_____. **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 16 mai. 2018.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. *In*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, OSELKA, Gabriel, GARRAFA, Volnei. **Iniciação à Bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

LEPARGNEUR, Hubert. **Bioética da Eutanásia:** argumentos éticos em torno da eutanásia Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/292/431>. Acesso em 16 mai. 2018.

NÁUFEL, José. **Novo Dicionário Jurídico Brasileiro.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SEXUALIDADE ATRAVES DO TEMPO: O PROCESSO HISTÓRICO DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE

Luiza Aparecida Nascimento da Silva⁹⁸
Tauã Lima Verdan Rangel⁹⁹

INTRODUÇÃO

De início, a sexualidade é uma parte fundamental da existência humana, desde o seu nascimento até a hora da sua morte, estando presente em cada parte de sua vida, seja nos relacionamentos ou em suas relações, podendo dizer que desde a criação de Adão e Eva (SPITZNER, 2005, p.9). Entretanto, o jeito que ela é vivida muda com o passar dos tempos. Dessa maneira, a história da sexualidade tem início com base nos antropólogos, quando estes apontam que o animal humano é distinto dos outros seres vivos, tendo em vista que sexualidade tem a ver com comportamento. Comparando o ser humano com outros animais os mesmo têm inúmeras zonas erógenas espalhadas pelo corpo, ocorrendo assim à estimulação sexual (STEARNS 2015).

De acordo com os antropólogos, o ser humano vive na terra há mais de dois milhões de anos, e na grande maioria deste tempo vivia da coleta e da caça, e nessa

⁹⁸ Acadêmica do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, email: luizaanpereira@hotmail.com;

⁹⁹ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

sociedade a mulher ocupava um lugar central, era considerada sagrada, pois gerava a vida, os homens nessa época não tinham o conhecimento de como era a reprodução e acreditava que a gravidez advinha dos deuses (MEIRELES, SANCHEZ, VALLE, 1999, p.11). Tal trabalho tem como tema a construção da identidade humana através do direito ao nome social escolhido.

MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia empregada para a elaboração do presente trabalho será o método indutivo, utilizando a análise bibliográfica e a revisão de literatura como técnicas de pesquisa. O presente trabalho tem como objetivo fazer um breve esclarecimento do assunto.

DESENVOLVIMENTO

O tema escolhido sozinho já é um tema polêmico e de grande controvérsia e muito discutido, seja pela sociedade ou até pelos doutrinadores que debatem sobre esse tema. O *Ramapithecus*, o ancestral direto do homem, quanto ao acasalamento, era a fêmea que possuía uma posição posterior ao macho e o atraía, para o sexo que tinha um intercurso breve e uma finalidade apenas de instinto, logo assim o sexo passa a ser algo agradável e visava a manutenção do casal (SPITZNER, 2005, p.17). A era paleolítica era dominada pelo matriarcado, pela valorização do feminino e desta forma permaneceu por milhares de anos.

No final desta época era natural para a fêmea humana ficar grávida e amamentar, como também era “natural”, ambos os sexos entregarem-se ao ato sexual somente para satisfação física. Como nesse tempo o frio era extremo o que

possibilitava as grandes caças e com isso a efetuação de trocas entre tribos, tal contato intertribal colocou um ponto final em todos os relacionamentos incestuosos, pois a união sempre dentro de um grupo social tornava inevitável a consanguinidade, onde o incesto surgia como o primeiro tabu da humanidade (SPITZNER, 2005, p.19).

Já na era neolítica, o homem passa a conhecer sua função biológica reprodutora e controlando-a passa a controlar a sexualidade feminina, desta forma passa a ter a mulher como propriedade do homem e o casamento como é visto hoje. A sexualidade feminina era rigidamente controlada pelos homens, a mulher era obrigada a ser virgem na hora do casamento, podendo ser morta se isso não ocorresse (MEIRELES, SANCHEZ, VALLE, 1999, p.12).

Pode-se observar então que a mulher passou de quase divindade por poder conceber outra vida, para propriedade do homem, não detendo poder nem para decidir sobre sua própria sexualidade, passou a ser somente aquela que conceberia um dos muitos filhos de seu marido. Em diversas culturas passadas a mulher era considerada inferior ao homem, inclusive quanto a sua sexualidade, podendo o homem ter um harem se quisesse, enquanto a mulher deveria se manter virgem até o casamento.

Segundo Tannahill (1983, p. 67), citado por Spitzner (2005, p.21), a esposa hebreia partilhava os favores sexuais do marido com uma ou mais esposas e concubinas secundárias, ficaria divorciada se ofendesse o marido e seria apedrejada até a morte se fosse infiel; o sexo era tido apenas para procriar. Neste sentido, é ilustrativa a seguinte passagem:

Mulheres, sujeitem-se a seus maridos, como ao senhor, pois o marido é a cabeça da mulher, como também Cristo é a cabeça da igreja, que é o seu corpo, do qual ele é o salvador. Assim como a igreja está sujeita

a Cristo, também as mulheres estejam em tudo sujeitas a seus maridos. (BÍBLIA SAGRADA, Efésios cap. 5, vers. 22-24).

Já no Egito antigo era comum a homossexualidade, mesmo não tendo um reconhecimento formal, e poucas evidências. A exigência social do casamento e da constituição de uma família vinha em primeiro lugar, à homossexualidade era vista como inconveniente pela sua esterilidade. Na visão egípcia da vida, a interação entre masculino (homens) e feminino (mulheres) era responsável por estabelecer a força regeneradora do universo, enquanto a homossexualidade era vista como a negação desse poder de “dar vida”. Portanto, a homossexualidade era considerada um desperdício de sêmen e insatisfatória por ser improdutiva (BRANCAGLION JÚNIOR, 2011, p.76).

Os gregos tinham o sexo e a sexualidade como algo divino, e acreditavam que o homem e a mulher não poderiam viver separadamente. Os atenienses aristocráticos utilizavam a pederastia como método de ensino. Assim, o homoerotismo era praticado pelo homem mais velho, *Erastes*, e pelo mais jovem, *eromenos* (SOUZA, 2008). O termo pederastia, de acordo com as pesquisas historiográficas atuais, denotava na Atenas do período clássico o sentido educativo, sendo a combinação do processo preparatório do futuro cidadão ateniense com o amor metafísico só conhecido entre os homens (VRISSIMTZIS, 2002, 101-102 apud SOUZA, 2008, p.18).

A primeira figura era “o amante”, em outras palavras, um cidadão, geralmente, com mais de trinta anos, que exercia um papel ativo na sociedade e que possuía experiência em si para exercer a função pedagógica no sentido de instruir, tal como faz um mestre, a seu amado. O jovem que figurava como *eromenos* deveria ter idade superior a doze anos e inferior a dezoito, filho de cidadão, que era dotado do direito de “escolha” do mestre que o instruiria, uma vez que cabia ao “amado”

aceitar, ou não, o convite do “amante” (RANGEL, 2011, p.20). Aquele que resistisse mais se tornava bastante desejado. Foucault sobre tal conduta fala:

[...] não convinha (sobretudo aos olhos da opinião) que o rapaz se conduzisse passivamente, que ele se deixasse levar e dominar, que cedesse sem combate, que se tornasse o parceiro complacente das volúpias do outro, que ele satisfizesse seus caprichos, e que oferecesse seu corpo a quem quisesse, e da maneira pela qual o quisesse por lassidão, por gosto pela volúpia ou por interesse. É nisto que consiste a desonra dos rapazes que aceitam o primeiro que chega que se exibem sem escrúpulos, que passam de mão em mão, e que concedem tudo ao que mais oferece (FOUCAULT, 2003, p. 187 *apud* SOUZA, 2013, p.37).

Tal prática era visto como algo normal, do costume daquele povo, e sendo visto apenas como algo educativo. Já as mulheres eram tratadas com desprezo, entretanto nem sempre as esposas negligenciadas se queixavam, pois a despeito das dificuldades, encontravam satisfação sexual através da masturbação e da homossexualidade. Para elas a masturbação era uma válvula de segurança e, como utilizavam com frequência “olesbos” ou “dildos” (pênis artificial), estes proporcionavam a satisfação solitária tanto a elas como às tríbades (homossexuais) (SPITZNER, 2005, p.24-25).

Em Roma também estava presente a homossexualidade, que como na Grécia era natural, entretanto possuía outro nome, Sodomia. Termo, de origem bíblica, era usado para designar perversões sexuais, especialmente o sexo anal, praticado tanto por homossexuais, quanto por heterossexuais, mas acabou sendo utilizado para designar atos sexuais entre dois homens (DIETER, 2012, p.2).

Assim, a homossexualidade em Roma não se encontrava apenas nas classes mais baixas e nas ruas, mas também nos palácios e nas classes mais altas e importantes. A diferença entre a homossexualidade presente na Grécia e em Roma,

consiste no fato de que os gregos tinham liberdade para se envolverem com meninos livres pertencentes a boas famílias, diferentemente dos romanos, que pelo fato da sexualidade estar relacionada ao poder de dominação, só poderiam se relacionar com escravos, sendo proibido relacionarem-se com meninos livres (DIETER, 2012, p.3).

Já na idade média a sexualidade era bastante reprimida e o sexo era visto como pecado na Bíblia, no capítulo Gênesis destacava-se as consequências do pecado original: a ruína da familiaridade, a concupiscência, o sofrimento (no trabalho, para o homem e no parto, para a mulher) e a morte, sendo a humanidade gerada no pecado. Era certo que os leprosos na Idade Média, por exemplo, possuíam a doença, pois seus pais não souberam se conter e praticaram o ato sexual em datas não permitidas (DEGASPERI, 2015, p.19). Dalarun, por sua vez,

Este sexo envenenou o nosso primeiro pai, que era também o seu marido e pai, estrangulou João Batista, entregou o corajoso Sansão à morte. De certa maneira, também, matou o Salvador, por que, se a sua falta o não tivesse exigido o nosso Salvador não teria tido necessidade de morrer. Desgraçado sexo em que não há nem temor, nem bondade, nem amizade e que é mais de temer quando é amado do que quando é odiado (DALARUN, 1993, p. 34 *apud* SILVA, MEDEIROS, 2013, p.5).

A Igreja restringia às ocasiões para ter relações sexuais, segundo um trecho de um penitencial irlandês, descrito por McLaren:

Para quem quer que viva em matrimônio legítimo são estas as regras de conduta: continência durante as três Quaresmas do ano e às sextas-feiras, às quartas-feiras e aos domingos, e entre os dois Natais e as duas Páscoas, no caso de ir tomar o sacramento no dia de Natal e no dia de Páscoa e no dia de Pentecostes. Devem também observar continência na altura do incómodo mensal das esposas e na altura da gravidez e durante trinta noites após o nascimento de uma filha e

vinte noites após o nascimento de um filho (MCLAREN, 1990, p. 132 *apud* DEGASPERI, 2015, p. 20).

Naquela época qualquer pratica sexual que evitava a procriação era tida como pecado e quem a praticasse deveria fazer penitencia. A igreja pregava que diversos valores entre eles a virgindade, o matrimônio e a castidade (FRANCO JUNIOR, 2006, p. 127-128 *apud* LEAL, CABRAL, 2013, p.574). Dentro da virgindade todos eram conduzidos a imitar a vida de Cristo e a de sua mãe Maria; o matrimônio era a tecla mais batida pela igreja, um homem que quisesse ter uma vida sexual correta e sagrada deveria escolher uma mulher e tomá-la como esposa. Já a castidade era alimentada pelos exemplos dos santos que largavam seus lares e seus casamentos para viver uma vida de santidade (LEAL, CABRAL, 2013, p.575).

Segundo Duby (1989: 15), a Idade Média é um período masculino, uma “idade dos homens”. O que se percebe nesse momento histórico, é que os homens, pelas suas ações, pelos seus testemunhos, mesmo nas páginas dos textos literários, pertencem a um sexo superior (SILVA, MEDEIROS, 2013, p.3). A mulher é excluída da sociedade e do seio familiar segundo a definição da Igreja, quando assimila a sexualidade como fator teórico e prática do pecado, admitindo o ato sexual somente para procriação, caracterizando o poder de domínio do homem sobre a mulher, nessa época a sexualidade masculina era maior que a feminina e assim, o marido podia satisfazer-se com sua esposa e buscar ainda outras mulheres (SILVA, MEDEIROS, 2013, p.4).

Com tantas proibições da Igreja perante o casamento e o sexo, foram crescendo os casos de prostituição nas cidades, em que alguns homens desviavam-se dos seus compromissos perante a esposa, buscando fora o que não podia ter em casa como prazeroso.

Foi a Igreja, a força dominante na vida moral espiritual das pessoas na Idade Média, que tomou a iniciativa de especificar que atos sexuais as pessoas poderiam se permitir e de regulamentar, quando e com quem o sexo poderia ter lugar. O grau em que os objetivos dos eclesiásticos foram atingidos provavelmente jamais será conhecido com precisão. Mas, de qualquer modo, estimativas precisas do grau de conformidade das pessoas às normas sociais e sexuais são em qualquer tempo difíceis. Com tudo, a partir das ações e reações da Igreja, seus pronunciamentos e preocupações, podemos deduzir alguma coisa quanto às atitudes e práticas que os eclesiásticos estavam procurando combater. (RICHARDS, JEFFREY, 1993, p.33 apud SOUZA, SILVA, OLIVEIRA, 2015, p.7).

A prostituição já existia muito antes da idade Média, sendo uma das profissões mais antiga do mundo. Seu grande auge e desenvolvimento foi no período medieval, época marcada por vários momentos que mudaram a história da humanidade, tendo como grande protagonista a igreja, que controlava toda a sociedade desde o comércio, a política, a economia e os ritos da vida privada. A prostituição como outros fatos que marcaram a Idade Média, não surgiu nem tão pouco teve seu fim nesse período.

DISCUSSÃO

O tema discutido ainda é muito complexo e por essa razão poucos autores falam sobre ele. Desde a concepção, ainda no ventre materno a partir do momento em que o sexo é descoberto, a sociedade já começa a impor a qual classe pertencemos e desta forma somos criados.

De acordo com Nogueira (2001), o ser humano pode ser classificado como feminino ou masculino de acordo com seus órgãos genitais, entretanto ao se aprofundar mais no assunto percebeu que não é a biologia que identifica o gênero do

indivíduo, tendo em vista que mesmo apresentando características de tal sexo o mesmo pode não condizer com sua anatomia. Segundo Oliveira e Knoner (1995) apud Praun (2011, p.56), o termo gênero passou a ser utilizado com a finalidade de diferenciar as diversas orientações sexuais que surgiam na sociedade.

O termo gênero foi utilizado primeiramente para mostrar a diferença social e psicológica e é um conceito que surgiu por volta dos anos 70 e tinha como estopo a construção do que seria o sexo. Seguindo por tal caminho, tem-se o homem e a mulher, ou seja, a classe Humana. Segundo Ferreira (1986, p.844), a palavra Gênero também pode ser "qualquer agrupamento de indivíduos, objetos, ideias, que tenham coisas em comum". Gênero é construído a partir de comportamentos estabelecidos para cada sexo ao longo da história

[...] o gênero é igualmente utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. O seu uso rejeita explicitamente as explicações biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum para várias formas de subordinação no fato de que as mulheres têm filhos e que os homens têm uma força muscular superior. O gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as "construções sociais": a criação inteiramente social das ideias sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres. (SCOTT, 1995, p. 7 apud MIRANDA; MAIO, 2015, p.4).

Para Peres (2001, p.101-102), a identidade de gênero, está relacionada com uma questão sentimental, como o indivíduo se sente em relação a sua identidade sexual, o papel de gênero diz respeito a colocação em prática da aprendizagem recebida e tem por objetivo não apenas encenar o papel sócio-sexual como também exteriorizar e retratar a identidade sexual do indivíduo. O termo sexo tem a ver com as diferenças biológicas e nada mais é do que o termo utilizado para qualificar a pessoa biologicamente, seja ele homem ou mulher.

Sendo assim é fácil analisar a enorme complexidade desse processo que envolve a diferenciação sexual do indivíduo. Começando no momento da fecundação, sofre a ingerência de vários elementos: cromatiniano, gonático, somático, psicossocial, etc. O sexo então é resultante da combinação de todos esses fatores (PERES, 2001, p.88). As instituições sociais, tais como a família, a escola e a igreja, são as principais responsáveis por determinar os comportamentos aceitos como adequados para os gêneros masculinos e femininos.

Raul Choeri (2004, p.53) explicita “O gênero é uma identidade socialmente construída, à qual os indivíduos se conformam em maior ou menor grau. O gênero, embora ligado ao sexo, não lhe é idêntico, mas construído socialmente, a partir das diferenças percebidas entre os sexos e de comportamentos coletivamente determinados, engendrados e reproduzidos no interior das instituições sociais, como a Família, a Escola e a Igreja. É também o primeiro modo de dar significado às relações de poder.”

Em suma, enquanto sexo é uma categoria biológica, gênero é uma distinção sociológica. A partir dos conceitos expostos acima a autora Judith Butler em seu livro “Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade” discute sobre tal distinção, alegando que o sistema binário é o único parâmetro das identidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto podemos observar que o assunto tratado é de grande importância, pois faz parte da nossa sociedade e ao realizar tal pesquisa observa-se que sexualidade e gênero estão ligados e fazem parte da construção da identidade do indivíduo. A cultura e os valores são um dos principais pontos da formação do

gênero além de fazer parte da construção da identidade do indivíduo tanto no aspecto biopsicossocial e histórico-cultural

REFERÊNCIAS

BRANCAGLION JÚNIOR, Antônio. Homossexualismo no Egito Antigo. *In: Métis: História & Cultura*, v. 10, n. 20, jul.-dez. 2011, p. 69-79. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/viewFile/1339/1074>>. Acesso em 16 mai. 2018.

CHOERI, Raul Cléber da Silva. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

DEGASPERI, Patrícia, **Marcas da sexualidade construídas na Idade Média que contribuíram para o aparecimento da homofobia**. 61f. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura Plena em Pedagogia), Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Rio Claro, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/136537/000860314.pdf?sequence=1>>. Acesso em 16 mai. 2018.

DIETER, Cristina Ternes. As raízes históricas da homossexualidade, os avanços no campo jurídico e o prisma constitucional. *In: IBDFAM: portal eletrônico de informações*, 2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/As%20ra%C3%ADzes%20hist%C3%B3ricas%2012_04_2012.pdf>. Acesso em 16 mai. 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2 ed. 18 impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

LEAL, Raphael Barros; CABRAL, Flavio José Gomes. Religião e sexo: do controle na idade média e sua herança na contemporaneidade. *In: IV Colóquios de História: Abordagens Interdisciplinares sobre História da Sexualidade, ANAIS...*, 16-19 nov. 2010, p. 572-582. Disponível em: <<http://www.unicap.br/coloquiodehistoria/wp-content/uploads/2013/11/4Col-p.572.pdf>>. Acesso em 16 mai. 2018.

MEIRELES, Irmã Regina Maria; SANCHEZ, Padre Joaquin; VALLE, Padre Edênio. **Sexualidade, cultura ética e vida religiosa**. Porto Alegre: Editora Loyola, 1999.

MIRANDA, Ariane Camila Tagliacolo; MAIO, Eliane Rose. Violência contra as mulheres: A construção social e cultural do gênero e sua reprodução na escola. In: IV Simpósio Internacional de Educação Sexual: Feminismos, identidades de gêneros e políticas públicas, Maringá, **ANais...**, 22-24 abr. 2015, p. 01-15. Disponível em: <<http://www.sies.uem.br/trabalhos/2015/689.pdf>>. Acesso em 16 mai. 2018.

NOGUEIRA, Conceição. **Um novo olhar sobre as relações sociais de gênero: feminismo e perspectivas críticas na psicologia social**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011.

PRAUN, Andrea Gonçalves. Sexualidade, gênero e suas relações de poder. In: **Revista Húmus**, v. 1, n. 1, jan.-abr. 2011, p. 55-65. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/1641>>. Acesso em 16 mai. 2018.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Um grito no escuro: a (in)imputabilidade do pedófilo preferencial à luz da psiquiatria forense**. 132p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário São Camilo, Cachoeiro de Itapemirim, 2011. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj034510.pdf>>. Acesso em 16 mai. 2018.

SOUZA, Luana Neres. **A Pederastia em Atenas no Período Clássico: relendo as obras de Platão e Aristófanos**. 113f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2008. Disponível em: <https://pos.historia.ufg.br/up/113/o/SOUSA__Luana_Neres_de.pdf>. Acesso em 16 mai. 2018.

SOUZA, Maria Oliveira de; SILVA, Franciele Marcelino da; OLIVEIRA, Valeria Maria Santana. **O corpo na Idade Média: sexualidade e transformações**. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/cadernohumanas/article/.../2272/367>>. Acesso em 16 mai. 2018.

SPITZNER, Regina Henriqueta Iago. **Sexualidade e adolescência:** reflexões acerca da educação sexual na escola. 159f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2005. Disponível em:
<http://www.ppe.uem.br/dissertacoes/2005-Regina_Spitzner.pdf>. Acesso em 16 mai. 2018.

A PATERNIDADE PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

Maria Luiza Barbosa da Rocha¹⁰⁰

Tauã Lima Verdan Rangel¹⁰¹

INTRODUÇÃO

Em tom de comentários inaugurais, acerca da temática ora abordada, cumpre ser realizado breves comentários, sobre o instituto da paternidade, e sua aplicabilidade e importancia sobre a faceta da Constituição Federal de 1988. Primeiramente, apresenta-se o conceito do termo família, que é considerada a esfera inicial de vivencia de todos os indivíduos de uma sociedade bem formada e organizada. No decorrer das décadas, diversas mutações foram sendo incorporadas ao presente tema, uma vez que, em tempos antigos, apenas o matrimônio formava uma família.

Na atualidade, este conceito é bem diferente, já que está concepção é reestruturada, agora junto ao afeto, e não puramente a laços matrimoniais ou sanguíneos. Neste diapasão, encontra-se a maior discussão do presente tema, a questão da paternidade é apenas consanguínea? A presente discussão será demonstrada abaixo, uma vez que por medo de inaplicabilidade de lei morta,

¹⁰⁰ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, luizarochabjn@hotmail.com

¹⁰¹ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

deversas modificações foram reiteradas, por parte, do legislador, buscando uma melhor forma de adequação ao cenário atual.

O conceito de paternidade, em sentido histórico, era a figura do *pater*, que em seu matrimônio procriava com sua esposa, para dessa forma continuar, os laços sanguíneos e perpetuar sua família. E quando fora dos laços matrimoniais era obtido qualquer tipo de filiações, sendo está filhos adotivos, ou mesmo os chamados filhos ilegítimos, nenhuma garantia era resguardada a estes. Atualmente, o conceito de família torna-se bem diferente, pois até então o cenário apresentado é completamente diferente de outros tempos, quando as leis poucas vezes deveriam ser modificadas, hipótese esta trabalhada por conseguinte.

MATERIAL E MÉTODOS

Os dados e métodos utilizados para elaborar o presente resumo são asseverados sob dois enfoques. Em primeiro lugar foi tomado conceito, do instituto da paternidade, e como este foi evoluindo com o passar dos anos. E um segundo momento foi analisada sua presença e garantias constantes da carta magna de 1988, onde salienta-se qual a utilidade e importância de tal instituto na formação de cada um dos indivíduos que integram a sociedade. Foi utilizada, a pesquisa indutiva para chegar a uma conclusão sólida, através de pesquisas em artigos e doutrinas, bem como, a pesquisa em sites jurídicos que asseveram sobre a temática ora abordada.

DESENVOLVIMENTO

Tem-se como família, a primeira esfera que qualquer indivíduo se relaciona, sendo ela a responsável pela organização social dos indivíduos que nela habitam. É

devido a este instituto, que os primeiros ensinamentos são repassados, como os de cunho religioso, político, social e dos princípios utilizados no decorrer de toda vida. Mesmo sendo este termo muito respeitado por todos os doutrinadores, como também pelo legislador que assegura diversos direitos fundamentais, sofreu diversas mutações no decorrer da história. Cumpre salientar, que as mudanças a respeito do termo “família” principalmente os apontados na área do Direito, como Ciência. Gradativamente, a evolução foi demonstrada, não apenas por costumes aplicados em casos concretos, mas também, na cultura brasileira, “o Código Civil Brasileiro de 1916, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que vigorou em nosso país por mais de 80 anos, fazia severas distinções quanto aos filhos ao estabelecer suas classificações” (ZENI, 2009, p. 61).

Para que fosse evitada inaplicabilidade da norma, constantes modificações foram sendo implantadas no Código Civil, pois com o passar dos anos dificuldades eram encontradas, em aplicar uma norma antiga em uma sociedade totalmente diferente em outra época. No aspecto familiar, é onde as modificações da sociedade mais influenciaram, uma vez que, anteriormente várias situações eram encaradas como normalidade para época, já na atualidade, são atitudes inadequadas. Neste ponto de vista merece destaque em primeiro lugar, distinções que a própria lei anteriormente trabalhava, como a acepção de filhos legítimos e ilegítimos, ou mesmo decorrência do poder paterno sobre a vida e a morte dos filhos (SANTOS, 2013, s.p.).

Legítimos eram os que nasciam da relação de casamento civil; ilegítimos eram os nascidos de relação extramatrimonial. Os ilegítimos dividiam-se em naturais ou espúrios. Filhos ilegítimos naturais eram nascidos de pais que não estavam impedidos de se casar. Os ilegítimos espúrios eram nascidos de pais que não podiam se casar, em virtude de impedimento. Os espúrios classificavam-se em adulterinos e incestuosos. Dava-se o primeiro caso, quando o

impedimento decorria de casamento dos pais (...). Se o impedimento para o matrimônio procedia de parentesco entre os pais, o filho nascido dessa relação era chamado incestuoso (QUEIROGA, 2004, p. 212 apud ZENI, 2009, p.61-62).

O principal motivo das modificações foi evitar o nascimento de uma Lei-morta, ora, na área do Direito familiar, temas ligados aos pais e filhos tiveram de ser adequados ao novo cenário social. No Brasil, era existente a premissa que apenas os filhos decorrentes de ligação sanguínea teriam garantias, consignando filiação a uma presunção de existência de laços sanguíneos. Posteriormente, houve um exitoso avanço medicinal, tornando cada vez mais simples a utilização de testes para descoberta da verdadeira paternidade de algumas crianças. Deixado de lado o paradigma que se encontrava em, qual melhor forma de assegurar a paternidade dos menores envolvidos nas relações matrimoniais. Com a edição da carta magna de 1988, outros problemas há muito esquecidos, foram trazidos à tona, em relação à paternidade.

Nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade tem pouca valia frente à verdade afetiva. Tanto assim que se estabeleceu a diferença entre pai e genitor. Pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o que gera. Se durante muito tempo por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos confundiam-se essas duas figuras, hoje possível é identificá-las em pessoas distintas (DIAS, 2008, p. 331).

Outro tema de estudos, passava a se tornar cada vez mais diversificado, no cunho de não ser mais relacionado apenas a questão consanguínea à paternidade, uma vez que decorrente ao surgimento de várias outras formas além da biológica, o afeto passou a ser critério, e não mais complemento. Segundo comentários da autora Maria Berenice Dias a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana,

aplicado no direito de família “o mais universal de todos os princípios. Dessa forma, é um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos” (DIAS, 2008, p. 59).

As modificações referentes ao Direito de Família se iniciaram com a entrada do século passado, a edição do Código Civil de 1916, demonstra utilização das ideias de outros Estados que utilizam o Direito como instituto regulamentador, a título de exemplo, foi absorvido grande parcela dos ideais franceses, no que diz respeito à evolução de relações familiares, a título patriarcal. Demonstram-se pelos próprios escritos normativos, que a figura paterna detinha em sua maioria, ou até mesmo completamente, o instituto familiar, no tocante a área econômica, social e afetiva, uma vez que não existindo a figura masculina, não há que se falar, em núcleo familiar. Impressiona a qualquer indivíduo o simples fato que a mulher nada representava além de símbolo para procriação e algumas atividades no lar, cuidando exclusivamente de sua prole (SANTOS, 2013, s.p.).

O preceito adotado pelo Código Civil de 1916 tratava de um sistema fechado que abordava apenas disposições que favoreciam à classe dominante. Desta forma, não foram codificados institutos que a sociedade da época não queria ver disciplinados, como o modo de apropriação de bens e a vida em comunhão (FACHIN, 1995, p. 14).

Como dito acima, as influências obtidas para implantação do referido código, foram aduzidas, pela cultura decorrente da época, em que foi editada. A princípio, existiam muitas pessoas que viviam no campo, muitos escravos e índios, dependiam todos dos fazendeiros e senhores de engenho, tudo isso fez com que a sociedade existente na época, e os legisladores, elaborarem um código que fornecia um exorbitante poder patriarcal. Em decorrência disso, a diferenciação entre os filhos

biológicos e ilegítimos, como também os adotivos, era absurda, já de início, no registro do nascimento constava se a existente filiação era legítima ou não. Outra grande diferenciação muito criticada pela doutrina era na sucessão hereditária, onde os filhos ilegítimos não concorriam na sucessão. Na moradia, eles também ficavam excluídos, tudo garantido apenas, para aqueles denominados filhos legítimos.

Dentre as principais diferenciações entre os filhos legítimos e os ilegítimos (adotivos), se encontrava a questão da sucessão hereditária e da moradia, pois segundo as disposições contidas no citado diploma, o filho ilegítimo não concorria na ordem de sucessão hereditária, nem tampouco, poderia residir no lar conjugal sem a anuência de ambos os cônjuges (SANTOS, 2013, s.p.).

O início das mudanças, a tais obscuridades existentes nos diplomas legais, eram as reivindicações feitas principalmente pelas mulheres buscando maior espaço social e profissional. Várias leis foram editadas, para que com sua complementação atingissem uma melhor distribuição de direitos. Porém, apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que foi registrado o grande marco regulador de um novo modelo societário que se tornava totalmente adverso aos parâmetros previamente estabelecidos pelo Código Civil de 1916. Com a promulgação da Constituição de 1988, ficou completamente desconexo do Código Civil a regulamentação familiar, que antes era seu monopólio (FACHIN, 1994, p. 14).

Assim, a Magna Carta inovou com ao consagrar uma série de princípios constitucionais que anteriormente não eram adotados pelo Direito de Família e, assim sendo, a partir deles, o conceito de família anteriormente conhecido e difundido foi transformado, passando esta entidade a ser considerada uma união fundada no amor recíproco e não mais no conservadorismo [...]. Com efeito, conforme já tratado anteriormente, a legislação aplicável ao citado ramo do Direito, tem evoluído a passos largos, de modo que nos dias de hoje a

paternidade, que anteriormente estava relacionada única e exclusivamente ao fator biológico, passou a ser mitigada neste aspecto, na medida em que o afeto, conforme tratado acima, se tornou um fator preponderante nas questões familiares, após a promulgação da Magna Carta (SANTOS, 2013, s.p.).

Atualmente, cumpre ser realizado, comentários a respeito de um novo entendimento do que é paternidade, uma vez que, não é apenas fornecer alimentos, ou ter-se direito a partilha dos bens hereditários. Muito mais que isso é a responsabilidade de ensinamento de valores, criação de uma singularidade das pessoas, e ressalte, como manutenção da dignidade humana. A principal forma de serem alcançados tais requisitos é a convivência em um ambiente, calmo e sadio, conjuntamente com a esfera familiar, durante toda infância e adolescência do indivíduo que necessita de tratamento especial.

DISCUSSÃO

A principal discussão a respeito do presente tema é que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, muitas garantias, antes inexistentes, surgiram para que fossem melhor distribuídos os direitos fundamentais de todas as outras áreas do Direito, principalmente, a respeito do Direito de família. A proteção do Estado garantida às famílias parte do pressuposto de que é o mais especial dos institutos. No tocante ao tratado especificamente ao termo “paternidade”, sem dúvidas foi o maior avanço trazido pelo texto da recente magna carta.

Com a evolução da sociedade ao longo do tempo, as estruturas sociais foram se transformando, dentre elas a estrutura da família

passou de uma concepção tradicional, composta por um modelo ideológico fundamentado na figura paterna e sua responsabilidade dentro da família e da sociedade, para um modelo monoparental. A figura materna assume todos os encargos decorrentes dessa estrutura familiar, com responsabilidade financeira, e também, a educacional e social dos integrantes desta família. Além dos aspectos acima mencionados, na família monoparental pode ocorrer o não reconhecimento da paternidade da criança, em face da opção da genitora ou da omissão do genitor. Diante disso, pensar o reconhecimento da paternidade e sua relação com a educação apresenta-se relevante a pesquisa. Todo ser humano possui pai e mãe. Mesmo a inseminação artificial ou as modalidades de fertilização assistida não dispensam o progenitor, o doador, ainda que essa forma de paternidade não seja imediata (GOMES, 2013, s.p.).

Houve por especificação do legislador uma proibição ao que diz respeito, na distinção entre os filhos, mesmo que sejam estes obtidos fora do regime matrimonial. Item disposto no artigo 227, § 6º da Constituição Federal, que tem o seguinte texto.

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). [...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 1988).

Como já visto o texto constitucional, assevera e resguarda a igualdade entre os filhos, sendo esta deliberação interpretada e utilizada não apenas como norma, a fim de manter os filhos em um mesmo patamar como norma constitucional. Mas também, cumpre ser utilizada, a estabelecida ressalva como princípio para criação e

interpretação das normas infraconstitucionais que são e irão ser editadas. Principalmente as normas relacionadas à filiação é que esbanjam necessidade de atualização quanto ao princípio jurídico da isonomia, subsistindo a qualquer tempo a proibição que qualquer dos filhos sofram qualquer tipo de discriminação ou outro tratamento diferente. Mesmo existindo na lei maior uma garantia e obrigação que todas as outras leis sigam o entendimento constitucional, o Código Civil, de certa forma, é posterior a tal entendimento e mesmo assim, concerne que a filiação é apenas daqueles filhos que tem seus pais casados.

Imperativo, portanto, que o Código Civil abandonasse a velha terminologia que os diferenciava. Os filhos nascidos na constância do casamento eram chamados de legítimos, enquanto os frutos de relações extrapatrimoniais eram pejorativamente rotulados de ilegítimos. Ainda assim, limitou-se o legislador a excluir as palavras legítima e ilegítima, reproduzindo, no mais, com ligeiros retoques e pequeníssimos acréscimos, o que dizia o Código Anterior. Os filhos decorrentes do casamento - antes tratados no capítulo "Da filiação legítima" - agora estão no capítulo "Da filiação" (CC 1.596 a 1.606). Os havidos fora do casamento - que constavam no capítulo "Do reconhecimento dos filhos ilegítimos" - estão referidos no capítulo "Do reconhecimento dos filhos" (CC 1.607 a 1.617) (DIAS, 2010, p. 368).

Mesmo que seja constitucional a ressalva que garante aos menores o direito ao reconhecimento da paternidade, a fim de resguardar todos os direitos familiares, cuidam de sua regulamentação as leis infraconstitucionais, a título de exemplo, têm-se a aplicação da Lei nº 8.069/92 (ECA), Lei nº 8.560/92 (regulamentação de investigação da paternidade dos filhos fora do casamento) e o Código Civil de 2002 (referente a tal assunto, cuida os artigos 1.607 ao 1.617).

O reconhecimento dos filhos pode ser dado de duas maneiras, quais sejam, a maneira voluntária ou judicial. Este ato é utilizado para declarar a filiação

extramatrimonial, estabelecendo a relação pai e filho e dando origem aos efeitos jurídicos dessa relação (SOARES, 2015, s.p.). A princípio é importante o estabelecimento da paternidade biológica, que é o principal fruto de estudos, este reconhecimento é apenas ato declaratório, que por sua vez não há validade alguma apenas o conhecimento geral, sendo necessária publicidade de tal ato, pelo registro civil em cartórios.

É, por isso, declaratório e não constitutivo. Esse ato declaratório, ao estabelecer a relação de parentesco entre os genitores e a prole, origina efeitos jurídicos. Desde o instante do reconhecimento válido, proclama-se a filiação, dela decorrendo consequências jurídicas, já que antes do reconhecimento, na órbita do direito, não há qualquer parentesco (DINIZ, 2012, p. 516 apud SOARES, 2015, s.p.).

Sobre o presente assunto complementa a autora Maria, Berenice Dias:

O reconhecimento, espontâneo ou judicial, tem eficácia declaratória, constando uma situação preexistente. Isto é, tem efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da concepção. Pode ser, inclusive, levado a efeito antes do nascimento do filho, não sendo possível, contudo, condicioná-lo à sobrevivência do nascituro. Como a lei resguarda seus direitos (CC 2º), pode o genitor, com receio de falecer antes do nascimento do filho já concebido, não esperar o nascimento para reconhecê-lo. Mesmo que o filho nasça sem vida, o reconhecimento existiu e foi válido, devendo proceder-se ao registro do seu nascimento (LRP 53) (DIAS, 2010, p. 369).

Ressalta-se que o reconhecimento da paternidade é independente da voluntariedade do genitor, podendo ser declarado através de sentença, ou mesmo estabelecido pelo próprio pedido do filho. A declaração, não importando o ato que a resultou, estabelece decisão que produzirá os mesmos efeitos, respeitando desta forma, o princípio da equidade. Deveras, o reconhecimento, em qualquer das

hipóteses, será irrevogável, a menos que seja provado, vício de consentimento, ou falta de conformidade da filiação biológica. Sendo possível alvo de ação anulatória proposta por aqueles que de alguma forma mantém interesse. O principal legitimado em ações que versem nos processos de filiação é o Ministério Público, graças a sua posição de fiscal da lei, e participação em processos que menores, façam parte (SOARES, 2015, s.p.).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tom de conclusão, nota-se que anteriormente, apenas o sangue predominava nas questões de acerca de paternidade, devido ao fato que apenas do matrimônio eram realmente considerados filhos legítimos. Com a promulgação da Constituição de 1988, novos institutos surgiram como o reconhecimento voluntário da paternidade. O conceito apresentado pela doutrina referente ao reconhecimento voluntário da paternidade é reconhecido da seguinte forma pela autora Maria Helena Diniz “o meio legal do pai, ou da mãe ou de ambos revelarem espontaneamente o vínculo que os liga ao filho, outorgando-lhe, por essa forma, o status correspondente.” (DINIZ, 2012, p. 521 *apud* SOARES, 2015, s.p.).

O reconhecimento voluntário é realizado no cartório de registro civil, e deve ser feito pelo pai, mas em algumas hipóteses pode ser aceito alguém em seu lugar, desde que ele tenha dado poderes especiais mediante procuração, o faça.

Nesse caso o oficial de Registros Públicos deve estar presente, recolhendo assinatura no termo lavrado e com presença de duas testemunhas. De acordo com o artigo 1.607 do Código Civil, são legitimados qualquer dos pais, conjunta ou separadamente. Os membros do casal têm livre possibilidade de efetuar o registro em nome do pai e mãe desde que apresente certidão comprovando a ligação

matrimonial entre os cônjuges. Confirmando tal pensamento Maria Berenice Dias (2010) explica que “qualquer um deles pode comparecer ao registro civil e registrar o filho em nome de ambos os genitores, mediante a apresentação da certidão de casamento” (DIAS, 2010, p. 370-371). Porém a lei, mesmo não demonstrando o termo união estável, auxilia quem nessas situações vive, e complementa Dias, “não sendo casados, mas vivendo os genitores em união estável, se há prova da vigência da união à época da concepção, mister reconhecer a possibilidade de o declarante proceder ao registro do filho também em nome do companheiro” (DIAS, 2010, p. 370-371). Essa garantia que o cartório tem, é apenas procedimental, evitando má-fé das partes, porém, mesmo quando não provada ligação entre as partes, assevera a autora, “porém, se o genitor que pretende fazer o registro não comprovar que o outro genitor é seu cônjuge ou seu companheiro, é inviável registrar o filho também em nome dele” (DIAS, 2010, p. 370-371).

Por fim, demonstra-se que o reconhecimento voluntário é ato irrevogável, não podendo ser contestado mesmo quando feito por testamento. Existe a possibilidade de impugnação por meio de ação própria quando houver ocorrência de vício no ato. Outra possibilidade é quando provada que a verdade biológica difere do declarado (PAGOTTO, 2004, s.p.).

Assim, concentram-se na norma maior todas as garantias a evitar que o menor seja abandonado, conforme demonstrado acima se confirmando com cores quentes, não é possível que a paternidade seja negada sem que se tenha um motivo bem forte para eu seja impetrada impugnação por parte do suposto genitor. Em outra acepção é cristalina, forma evolutiva do presente instituto, uma vez que o maior medo do legislador, seria a norma inaplicável por conta mutação constante da sociedade, e outra faceta da norma criada em abstrato.

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 05 mai. 2018.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei revogada. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.

_____. **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: 05 mai. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10.406.htm>. Acesso em 05 mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

FACHINI, Luiz Edson, **Averiguação Oficiosa e investigação de paternidade**. Curitiba: Gênesis, 1995.

GOMES, Flavia. **Reconhecimento de paternidade**. Disponível em:
<<http://www.artigos.com/artigos-academicos/14359-reconhecimento-de-paternidade>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

PAGOTTO, Alisson Menezes. Noções sobre o reconhecimento de paternidade. In: **Direitonet**: portal eletrônico de informações, 11 nov. 2004. Disponível em:
<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1805/Noco-es-sobre-o-reconhecimento-de-paternidade>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

SANTOS, Douglas de Oliveira. A Constituição Federal de 1988 e o surgimento da paternidade socioafetiva. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 18, n. 3.532, 3 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23844/a-constituicao-federal-de-1988-e-o-surgimento-da-paternidade-socioafetiva>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

SOARES, Ana Pula Paixão. **O reconhecimento de paternidade na legislação brasileira vigente**. Disponível em: <<https://anapaulapaixao.jusbrasil.com.br/artigos/214674021/o-reconhecimento-de-paternidade-na-legislacao-brasileira-vigente>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

ZENI, Bruna Schlindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. **Revista Direito em Debate**, a. 17 n. 31, jan-jun. Rio Grande do Sul: Editora Unijuí, 2009, p. 59-80.

A SUBJETIVIDADE DOS CRITÉRIOS ADOTADOS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES NOS REGULAMENTOS MILITARES

Mayko de Oliveira Andrade¹⁰²
Tauã Lima Verdan Rangel¹⁰³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o Princípio da Legalidade ante as aplicações de punições disciplinares militares, uma vez que, como órgãos da Administração Pública as forças militares, sejam estas federais ou estaduais devem se pautar, sobretudo neste princípio, uma vez que a Carta Magna versa que cabe a estes agentes a manutenção da ordem pública.

MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia empregada na condução do presente é o indutivo, auxiliado por revisão de literatura e pesquisa bibliográfica como técnicas de pesquisa.

¹⁰²Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, maykojoju@gmail.com.

¹⁰³ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

DESENVOLVIMENTO

A Administração Pública é dotada de vários preceitos e normas que visam assegurar a eficiência de seu funcionamento. Tais preceitos são por diversas vezes positivados em dispositivos legais para que tenham o seu efetivo cumprimento assegurado. E dentre estes preceitos e normas, o Princípio da Legalidade é tido como a base de sustentação para o real funcionamento da “máquina administrativa”. Este princípio deve ser integralmente observado, para que haja o embasamento das ações. Entes ou indivíduos que ajam em desacordo com o que versa neste princípio estarão sujeitos às sanções impostas nos dispositivos disciplinares de seus órgãos.

Nas instituições militares, tanto estaduais quanto federais ocorre de forma semelhante, seus atos devem ser pautados, para que tenham toda legitimidade possível, no Princípio da Legalidade. E os agentes de segurança pública, ao exercerem suas funções, devem buscar trazer em suas ações toda legitimidade possível para que tenha uma validação destes atos, mas também para que estes atos tenham uma aprovação da população que é a principal interessada nas ações legítimas destas instituições. Cabe a estas instituições o fiel cumprimento de princípios basilares, como a hierarquia e a disciplina. Qualquer desvio de conduta que seja em desacordo com tais princípios são passíveis de sanções por parte dos órgãos a que estes agentes estão sujeitos.

Porém, ocorre que os agentes de segurança pública devem, assim como os demais integrantes da Administração Pública, agir conforme os dispositivos legais. Só que estes primeiros além de cumprir fielmente tais normas positivadas ainda devem observar alguns dispositivos disciplinares que são por diversas vezes regulamentados por meio de decretos executivos, sob pena de ter sua liberdade tolhida. O que traz uma questão à tona: como pode os agentes de segurança pública

cumprir fielmente os dispositivos legais e serem submetidos a observarem dispositivos que tem sua legitimidade questionada?

DISCUSSÃO

O Princípio da Legalidade é um dos principais princípios norteadores das ações desempenhadas pela Administração Pública. Este princípio, essencialmente traz em si a ideia de que todo e qualquer ato administrativo deve se pautar na Lei. Qualquer ato diverso ao que se encontra positivado em dispositivos legais pode ser considerado ilegal, à margem da lei, fazendo com que este ato seja invalidado.

Este princípio está inserido na Carta Magna no artigo 37, caput, que diz da seguinte forma: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (BRASIL, 1988) Sobre este princípio, Mello define da seguinte maneira:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro. (MELLO, 2009, p. 101)

A Constituição Federal em seu artigo 5º já afirma isso ao expor em seu inciso II que diz que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão

em virtude de lei.” (BRASIL, 1988.). Ainda versando sobre a Constituição Federal, é nela que se encontram inseridas as funções dos agentes de segurança pública. O artigo 144, nos seus incisos I a V encontram-se descritos tanto as prerrogativas dos agentes de segurança pública quanto os órgãos que as compõem, como pode ser visto a seguir:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
I - polícia federal;
II - polícia rodoviária federal;
III - polícia ferroviária federal;
IV - polícias civis;
V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (BRASIL, 1988.)

Como pode ser visto no dispositivo acima citado, é evidente a responsabilidade do Estado em manter através de suas forças de segurança pública. Porém estes mesmos agentes que devem assegurar a manutenção da Ordem Pública, e que devem fazê-lo de maneira legal, observando os dispositivos legais, tem também a obrigação de observar e acatar os regulamentos que cada um destes órgãos possuem.

Esta obrigatoriedade ainda é maior no que diz respeito aos órgãos militares de segurança pública, descritos no inciso V da Carta Magna: as polícias militares e os corpos de bombeiros militares. Estes órgãos em particular devem seguir de maneira integral os regulamentos disciplinares, os quais tem como princípios basilares a hierarquia e a disciplina. Sobre estes princípios o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro-RDPMERJ, traz em seu bojo a definição sobre o tema em seus artigos 5º e 6º, que versam da seguinte maneira:

Art 5º- A Hierarquia Policial Militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, por postos e graduações.

Parágrafo Único- A ordenação dos postos e graduações na Polícia Militar se faz conforme preceitua o Estatuto dos Policiais Militares.

Art 6º- A Disciplina Policial Militar é rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do Organismo Policial Militar. (RIO DE JANEIRO, 1983).

Porém ocorre de uma forma controversa esta obrigatoriedade de os órgãos militares de segurança pública em acatarem de forma integral estes regulamentos, sob pena de sanções disciplinares, ocorrendo até por muitas vezes a sanção disciplinar de cerceamento da liberdade.

O que gera discussão é o fato de estas penas serem impostas através de dispositivos que são meramente atos administrativos, editados por diversas vezes através de decretos do Poder Executivo. Desta forma, surgem vários questionamentos, como este de que como um ato administrativo pode cercear a liberdade de um indivíduo. Sobre isto, o Código Penal traz em seu artigo 1º a seguinte assertiva: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 1984.)

O legislador constituinte asseverou no texto constitucional no seu artigo 5º, inciso LXI: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. (BRASIL, 1988). Há que se notar que o legislador fez uma ressalva no que diz respeito à possibilidade de ocorrer prisão fora do flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada pela autoridade judiciária para os casos de transgressão disciplinar ou crime militar, mas este também trouxe ao final deste inciso que tais prisões devem ser definidas em lei, o

que não ocorre, uma vez que os regulamentos disciplinares não são dispositivos legais, mas sim, conforme mencionado anteriormente meros atos administrativos.

Outro fato a ser considerado é o que Cunha descreveu a transgressão disciplinar como uma contravenção que fere os valores da vida militar, da hierarquia e da disciplina. Ora, se nos casos de contravenções comuns não se sanciona o infrator com penas privativas de liberdade, como pode se admitir que nos casos de transgressão disciplinar militar, definidas da forma mencionada, sejam os agentes punidos com o cerceamento de seu direito constitucional de ir e vir?

Não pode se negar, porém a necessidade do instituto dos Regulamentos Disciplinares Militares, pois são estes que elencam valores indispensáveis ao bom andamento dos serviços militares, além de promoverem a manutenção dos valores basilares das instituições militares, a hierarquia e a disciplina. As autoridades administrativas militares ainda não recepcionaram e não aceitaram a questão do princípio da anterioridade da transgressão disciplinar militar, pois entendem que a autoridade deve ter discricionariedade para impor punição aos seus subordinados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto acima, é necessário que, para que se tenha uma maior legitimidade nas ações dos agentes de segurança pública, estes devem agir e seguir os princípios norteadores da administração pública, sobretudo o Princípio da Legalidade. É evidente que as forças de segurança pública militares devem se pautar aos seus princípios basilares- a hierarquia e a disciplina, sob os quais estas instituições estão fundamentadas, mas é imperioso que estes princípios devem estar descritos em dispositivos legais, e não somente em disposições administrativas.

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.html> Acesso em 19 mai. 2018.

_____. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em 19 mai. 2018.

CUNHA, Irineu Ozires. **O Julgamento da Transgressão Disciplinar e as Causas de Justificação**. Disponível em:<<http://www.pmpr.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=605>>. Acesso em 19 mai. 2018.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). **Decreto nº 6.579, de 05 de março de 1983**. Aprova o regulamento disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro – RDPM e dá outras providências. Disponível em:<<https://pmerj.rj.gov.br/decreto-6579-rdpmerj/>>. Acesso em 19 mai. 2018.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO DOMÉSTICO NO BRASIL

Ronan Delatorres de Azevedo¹⁰⁴
Tauã Lima Verdan Rangel¹⁰⁵

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca evidenciar, a evolução do instituto trabalhista referente aos cargos de empregados domésticos, sendo estes conceituados, por lei própria, além de a Consolidação das Leis do Trabalho, além da doutrina que rege o tema complementarem tal instituto. Embora, existente bem antes da consagração da Constituição de 1988, os empregados doméstico, quase não tinham proteção legal, uma vez que eram meros conceitos, mas por discriminar pessoas jurídicas, junto as cartas legais, as pessoas físicas, ora na posição de empregador, não respeitavam, qualquer direito trabalhista resguardados aos empregados.

Dessa forma, o Direito foi obrigado a se manter como Ciência mutável, e se adequar a necessidades expostas pela sociedade, fazendo assim que novas legislações fossem surgindo, assegurando o mínimo existencial de proteção a tais trabalhadores. Como forma conceitual de tal termo, tem-se como trabalhadores domésticos, aqueles que são subordinados a um terceiro, com capacidade plena laborativa, prestando

¹⁰⁴Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, ronandazevedo@gmail.com

¹⁰⁵Professor Orientador. doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF - Linha de Pesquisa: Conflitos Socioambientais, Rurais e Urbanos. Mestre em Ciências Jurídica e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, taua_verdan2@hotmail.com

Bom Jesus do Itabapoana – RJ, 23 de Maio de 2018.

serviços, pessoalmente de forma contínua, mediante remuneração, desde que não seja lucrativa tal atividade.

Com relação ao termo, será demonstrado a seguir como foi o seguimento de sua aprimoração na tutela jurisdicional brasileira, quando de uma localização quase inexistente, passou a ser norma de suma importancia a ser seguida por todos os empregadores, sendo pessoas físicas ou jurídicas.

MATERIAL E MÉTODOS

Foram submetidos dados e métodos para estruturação do presente resumo, no diapasão de formular ideias sobre a exposição de hipóteses sobre o tema sob dois enfoques. No primeiro, foram realizadas pesquisas e afirmações embasadas nas leis e doutrinas sobre a existência e evolução junto ao Direito como Ciência e a sociedade. Em segundo plano, as análises da temática geral do trabalho doméstico, e como o devido respeito deve ser empregado a tal classe de empregados. Foi utilizada, a pesquisa indutiva para chegar a uma conclusão, através de pesquisas em artigos e doutrinas, bem como, a pesquisa em sites jurídicos que asseveram sobre o tema ora abordado.

DESENVOLVIMENTO

Iniciando os comentários sobre o presente tema, deve-se estabelecer um conceito para tal acepção, dessa forma, tratando a doutrina desse trabalho, trazido será o conhecimento. O artigo 1º da Lei 5.859/72 conceituava empregado doméstico como sendo “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em residência destas” (BRASIL, 1972). Essa lei

reparou o equívoco cometido pela CLT quando ao conceituar o trabalhador doméstico, definiu-o como aquele que presta serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas (art. 7º, “a” da CLT). Portanto, os serviços domésticos têm o objetivo de satisfazer uma necessidade, ainda que não tenham propósitos de lucro.

Com o advento da nova Constituição Federal, promulgada em 1988, todas as normas que com ela colidirem não deve ser recepcionada, por serem inconstitucionais, desta forma, é mais evidente que o art.7º da CLT, foi totalmente banido frente ao art. 5º, caput c/c. o art.7º, caput, da Lei Magna c/c, Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre outras normas de direito interno e internacional (SANTOS; CONDE, 2017, p. 64).

Leite et al. conceituam como empregado doméstico:

[...] espécie de trabalhador juridicamente subordinado, plenamente capaz, que presta serviços, pessoalmente, de natureza contínua por três ou mais dias por semana, mediante remuneração, no (ou para o) âmbito residencial à pessoa física ou à família em atividade não lucrativa (LEITE et al, 2015, p. 33).

No que cerne às modalidades de trabalhador doméstico, tem classificado a doutrina como aquele empregado que realiza tarefas domésticas diárias, como lavar e passar roupas, cozinhar, arrumar a casa, dentre outros; ou ainda o motorista particular; o caseiro; a babá; a enfermeira particular; etc.

O trabalho doméstico passa a ser um reflexo da violação dos direitos humanos, e mesmo após a abolição da escravidão (que era a mão de obra disponível, no Brasil Colônia), não restava nenhuma perspectiva para os libertos, pois continuavam nas fazendas, em troca de comida e teto, onde em realidade a liberdade não se deu de forma efetiva,

pois continuavam aprisionados no aspecto social e econômico, sem nenhuma evolução, havendo uma lacuna que era a exclusão civilizatória no século XX (SANTOS; CONDE, 2017, p. 63).

Urge ressaltar que o rol de empregados descritos na Lei nº 2.757/1956, tais como porteiros, serventes, faxineiros, zeladores, estando estes a serviço do edifício, encontram-se regidos diretamente pela CLT, não sendo, pois, considerados domésticos.

A categoria doméstica não recebeu qualquer proteção jurídica do Direito do Trabalho em sua fase clássica de institucionalização (1930, em diante). Por décadas permaneceu excluída de qualquer cidadania trabalhista, previdenciária e institucional (DELGADO, 2015, *apud* SANTOS; CONDE, 2017, p. 64).

Restara estabelecido, ademais, no referido diploma legal, o limite de idade em dezoito anos, para o exercício da profissão pelo empregado doméstico, seguindo-se, desta feita, o estabelecido pela Organização Internacional do Trabalho. Em havendo a caracterização da existência do vínculo empregatício de trabalhador doméstico e adequação aos requisitos inerentes à profissão, deverá o empregador promover a sua contratação. Para tanto, o empregador deverá providenciar a assinatura da carteira de trabalho do empregado, no ato da referida admissão, com as devidas anotações pertinentes, incluindo a data do início do exercício da função e a sua remuneração. Tudo isto com observância ao prazo de quarenta e oito horas para a devolução do evidenciado documento ao funcionário.

Entretanto, inobstante ainda persista no meio social resquício dessa cultura discriminadora, não se pode negar que nos dias atuais houve evolução no patrimônio jurídico dessa classe laboral. Internacionalmente, cumpre citar o papel da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que decidiu levantar a bandeira em prol da extinção da marginalização jurídica e cultural do trabalhador

doméstico, por meio da centésima (100^a) conferência geral realizada em 2011, em Genebra, na Suíça, aprovando por expressiva maioria a Convenção nº 189 e a Recomendação 201, tendo com vetor fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana. Este instrumento traz uma gama de direitos aos domésticos, visando garantir-lhes um trabalho decente, igualando-os às demais relações de emprego (RIBEIRO FILHO; RIBEIRO, 2016, p. 47).

Em suma, empregado doméstico, nos termos do art. 1º da Lei Complementar n. 150/2015, é “aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana”.

O que diferencia de fato o empregado doméstico dos demais empregados são os requisitos trazidos pela LC n. 150/2015, conforme mencionado acima que são:

a) Ausência de Lucro: conforme configura a lei, na relação empregatícia com o empregado doméstico, não pode existir atividade lucrativa, como por exemplo: se o empregador resolve abrir um escritório dentro de um dos cômodos da casa, o empregado deixa instantaneamente de ser doméstico, passando a ser um empregado urbano (ALMEIDA, 2014).

Conforme Souza e Soares (2016, p. 181), este elemento fático-jurídico especial tem de ser considerado a partir da perspectiva do tomador de serviços, uma vez que, sob a perspectiva do trabalhador, seu ingresso no contrato se faz objetivando uma contraprestação econômica.

b) Prestação de serviços à pessoa ou à família: o que o texto deixa claro é que mesmo o empregador não tendo intenção de lucro, mas sendo ele uma empresa, em tempo algum poderá utilizar os serviços de um trabalhador doméstico na área empresarial (ALMEIDA, 2014).

Corroboram Souza e Soares (2016, p. 181), que apenas a pessoa natural, individualmente considerada, ou um grupo unitário de pessoas naturais é que pode ocupar o polo passivo dessa relação jurídica especial.

c) No âmbito residencial: o empregado doméstico não precisa obrigatoriamente prestar serviços “no” âmbito residencial, mas sim “para” o âmbito residencial, como por exemplo, o motorista particular que trabalha apenas para a residência é considerado empregado doméstico (ALMEIDA, 2014).

Como expõe Delgado, a expressão utilizada pela ordem jurídica designa:

Todo ambiente que esteja vinculado à vida pessoal do indivíduo ou da família, onde não se produza valor de troca, mas essencialmente atividade de consumo (...) Isso significa que a noção de âmbito residencial abrange não somente a específica moradia do empregador, como também, unidades estritamente familiares que estejam distantes da residência principal da pessoa ou família que toma o serviço doméstico (...). O que se considera essencial é que o espaço de trabalho se refira ao interesse pessoal ou familiar, apresentando-se aos sujeitos da relação de emprego em função da dinâmica estritamente pessoal ou familiar do empregador (DELGADO, 2015, p. 403-404).

Em suma, são entendidos como de fato domésticos os empregados que estão disciplinados pela Lei Complementar n. 150/2015. Martinez (2016) atesta que os empregados porteiros, zeladores, faxineiros e serventes de prédios de apartamentos residenciais são excluídos da categoria regida pela Lei Complementar n. 150/2015.

Isso ocorre por força do disposto na Lei n. 2.757/56, desde que os mencionados obreiros estejam a serviço da administração do edifício, e não de cada condômino em particular. Assim, por comando legal,

esses trabalhadores estão regidos pela CLT (MARTINEZ, 2016, p. 351).

Verifica-se ainda que as premissas contidas na Lei n. 2.757/56 se empregam a qualquer modalidade de condomínio residencial, e não somente aos prédios de apartamentos residenciais, conforme literalmente previsto na citada lei.

Conforme autores os direitos trabalhistas hoje consolidados são resultados de muitas lutas sociais gerais, como também de classes específicas. Em relação ao empregado doméstico, as conquistas de direitos e o reconhecimento social do seu trabalho também não foram diferentes, pois esta é uma das ocupações mais antigas e importantes, a origem dessa categoria está entrelaçada à história da escravidão, do colonialismo e de outras espécies de servidão, fato que contribuiu para a desvalorização dessa atividade (RIBEIRO FILHO; RIBEIRO, 2016, p. 46).

DISCUSSÃO

De acordo com o artigo 1º da Lei 5.859/72, o empregado doméstico, “é considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa a pessoa ou família, no âmbito residencial destas” (BRASIL, 1972).

Conforme estabelece o caput do art. 1º da Lei Complementar nº 150/2015, é considerado empregado doméstico aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de dois dias por semana (GOMES, 2017, p. 3).

Maciel (2016, p.18), destaca que o termo “doméstico” deriva do latim *domesticus* que se traduz família ou da casa que por sua vez provém de *domus* que

significa lar, sendo este o local da cozinha, porém em sentido mais abrangente pode ser compreendido como qualquer habitação, por esse motivo diz-se que o doméstico é o trabalhador que obra no âmbito residencial da família. Derivando do latim *domesticus*, traz a concepção de casa da família, ou seja, de um lar. Agora o lar tem interpretação ampla de ser qualquer habitação. Dessa forma, a figura do empregado doméstico compreende uma pessoa que trabalha no lar de uma família.

De acordo com Adad, “etimologicamente, o conceito de doméstico advém do termo em latim *domus*, que significa casa. Daí se derivou o sentido de doméstico, o empregado que exerce suas atividades na casa do patrão”². Segundo Martinez, na configuração da relação de emprego doméstico devem estar presentes os seguintes elementos: “(a) a prestação de serviço de natureza contínua; (b) a prestação de serviço para pessoa ou família; (c) a realização do serviço na residência de pessoa ou família ou no âmbito residencial desta; e (d) a participação em atividade sem fins lucrativos” (GOMES, 2017, p. 3).

Com o passar do tempo a definição jurídica de empregado doméstico no Brasil vem sendo alterada, como pode ser observado o art. 7º, “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-Lei nº. 5.452/1943, afirmando serem domésticos os trabalhadores que “prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas” e o art. 1º. da Lei nº. 5.859/1972 que diz ser empregado doméstico “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas”.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que a finalidade não lucrativa é de grande importância na configuração do trabalho doméstico, pois “o empregador doméstico não tem por intuito atividade econômica, não visando à atividade lucrativa, pois é uma pessoa ou família que recebe a prestação de serviços do trabalhador”⁶. De modo que, havendo atividade lucrativa, o empregado não será doméstico, mas regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (GOMES, 2017, p. 4).

Andrade (2017) ressalta que se entende por serviços de natureza contínua aqueles não eventuais ou esporádicos, isto é, devem ser eles permanentes; quanto à finalidade não lucrativa entende-se por aqueles serviços dos quais o patrão não obtenha lucro ou qualquer outro benefício financeiro.

Enfim, com a promulgação da Lei Complementar (LC) nº. 150/2015, também conhecida como Nova Lei do Trabalho Doméstico (NLTD), que invalidou a referida Lei nº. 5.859/1972, trouxe uma nova definição jurídica em seu art. 1º., sendo o empregado doméstico “aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana”. A promulgação desta lei pode ser considerada um marco para a categoria, não obstante, além de promover o devido reconhecimento à profissão, regulamentou inúmeros direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e na Constituição.

O trabalho doméstico consiste em diversas tarefas distintas entre si, e para a Organização Internacional do Trabalho “compreende atividades ligadas aos cuidados como serviços de limpeza, arrumação, cozinha e cuidado de vestuário, além do cuidado das crianças, idosos, pessoas com deficiência e animais, entre outras atividades”, sendo realizado de forma remunerada por uma pessoa em um domicílio que não seja o de sua unidade familiar (GOMES, 2017, p. 3).

Em suma, está compreendido no conceito de empregado doméstico a cozinheira, a copeira, a babá, o mordomo, assim como aqueles que prestam serviços nas dependências ou em prolongamento das residências, como o vigia, o motorista, o jardineiro, entre outros.

Vale ressaltar que não se considera trabalho doméstico aquele em que o trabalhador atua em empresa ou em qualquer atividade que gere lucro para o patrão.

O empregador quando decide contratar uma empregada doméstica, precisa tomar os cuidados legais para manter a carteira de trabalho doméstica assinada, garantindo todos os direitos trabalhistas, bem como, resguardando o empregador de possíveis ações trabalhistas. Entre as questões legais que o empregador doméstico precisa ficar em alerta, é quanto à composição do salário da empregada.

Salário é o pagamento que o empregador realiza ao empregado tendo em vista o contrato de trabalho, ou seja, é a contraprestação direta pela prestação do serviço (MIRANDA, 2017).

Não são considerados salários, as indenizações, ajudas de custo, que não excedam a 50% do valor do salário do empregado, os pagamentos de natureza previdenciária, a participação nos lucros e as gratificações pagas por mera liberalidade e sem habitualidade (MIRANDA, 2017, p.01).

Para Miranda (2017), a remuneração abrange além do pagamento do salário, outros benefícios, como as gorjetas. Almeida (2014, p. 90) por sua vez corrobora que o “salário é a contraprestação percebida pelo empregado em troca do serviço prestado; remuneração é a soma de todas as parcelas recebidas pelo empregado, dentre elas o salário, a gorjeta, os adicionais etc”.

Conforme disserta o artigo 457 da CLT atualizado pela Lei nº 13.467/17, o termo remuneração representa a soma do salário mais as gorjetas; todavia, mesmo na CLT, encontramos pontos em que o termo remuneração tem o mesmo significado de salário, conforme pode ser observado abaixo:

Art. 457: Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados (BRASIL, 1943).

Abaixo se encontra a descrição da redação anterior dos incisos 1º, 2º e 3º do artigo 457:

§ 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 4º A gorjeta mencionada no § 3º não constitui receita própria dos empregadores, destina-se aos trabalhadores e será distribuída segundo critérios de custeio e de rateio definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho (BRASIL, 2017).

Considerando a nova redação do artigo 457 da CLT, dada pela lei 13149/2017, as empresas poderão pagar salário sobre o valor mínimo, por exemplo: (1.000,00), e o resto pagar com ajuda de custo, diárias, ou gratificações, desta forma só vai contribuir para o INSS sobre 1.000,00, considerando o 13º e férias sobre 1.000,00, ao longo da vida esse empregado vai se aposentar com 1.000,00.

A partir desse pressuposto, todos os empregadores agora poderão e com certeza vão contratar com um salário baixo, mínimo e todas as outras parcelas vão ser por fora, pois com a nova redação do artigo essas gratificações que antes serviam para impedir que o empregador pagasse um salário menor e a diferença fosse paga como gratificações ajuda de custo, fugindo dos encargos do salário total.

Embora incontestável a importância do trabalho doméstico, durante muito tempo esse trabalhador teve menor proteção jurídica que os demais, ou por não possuir regulamentação específica, ou por ter poucos direitos assegurados, em uma evidente e injusta discriminação, que somente foi corrigida com a Emenda Constitucional nº 72/2013, regulamentada pela Lei Complementar nº 150/2015, reparando a situação de cerca de 7 milhões de trabalhadores brasileiros (GOMES, 2017, p. 4).

O que pode acontecer no Brasil em virtude dessa nova redação é que agora o empregador pode pagar 1.000,00 de salário e 4.000,00 de prêmio, de abono ou de diária ou de ajuda de custo, sendo assim, o legislador liberou o que antes era vedado. O Legislador no texto antigo o estabeleceu impedimentos quando limitava o valor das diárias, e de outras gratificações que eram colocadas por fora do salário para o empregador fugir de encargos que encareciam o custo gerado por um empregado, por exemplo: se um empregado ganhava 5.000,00, gastaria mais 5.000,00 de encargos e chegando este empregado a custar 10.000,00 mensais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode ser demonstrado, sobre o presente tema, vislumbra-se que o referido termo empregatício passou por diversas mudanças até ser devidamente

considerado como uma profissão repleta de garantias a serem seguidas, uma vez que atualmente gozam das mesmas garantias de qualquer empregado.

Os domésticos, como visto doutrinariamente, são pessoas que prestam serviços a um terceiro, e são por eles remunerados, desde que essa remuneração seja apenas para sua subsistência se encaixam nesse tipo de trabalho.

A pouco tempo atrás não havia garantia nenhuma legal, quanto a sua contratação, posteriormente, após diversas mutações na legislação trabalhista, como também a tão recente reforma, passou a manter todos os direitos que os demais trabalhadores, como férias, 13º salário, FGTS, INSS, tudo sendo pago pelo empregador, deferentemente, das formas de “escravidão” que anteriormente prosperavam.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp150.htm>. Acesso em 23 mai. 2018.

_____, **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das leis do trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 23 mai. 2018.

_____, **Lei nº 2.757, de 23 de abril de 1956.** Dispõe sobre a situação dos empregados porteiros, zeladores, faxineiros e serventes de prédios de apartamentos residenciais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L2757.htm>. Acesso em 23 mai. 2018.

_____, **Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972.** Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5859.htm>. Acesso em 23 mai. 2018.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-norma-pl.html>>. Acesso em 23 mai. 2018.

GOMES, Daniela Vasconcellos. A importância da lei complementar nº 150/2015 para a efetividade da dignidade humana do trabalhador doméstico. In: **Revista TST**, vol. 83, nº. 1, jan/mar 2017. Brasília. Disponível em <[RIBEIRO FILHO, Francisco Domiro. RIBEIRO, Sofia Regina Paiva. Evolução Histórico-Jurídica do Trabalho doméstico. In: **Lex Humana**. V. 8, n. 2, p. 45-71, 2016, ISSN 2175-0947. Universidade Católica de Petrópolis: Rio de Janeiro. Disponível em <\[https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=6634b5a38c&view=att&th=1638488244b8e4b2&attid=0.3&disp=inline&realattid=f_jhgqnswx2&safe=1&zw&sadddbat=ANGjdJ9vqrjyTaF5nNafl8sCW6uBnyTy9z3-aCSiiwtSTb4ezpm4BVnGvSDnCGPwDs529T2VZRjB10R_Q0hV5nylrxIcXcFuZyOREP5H2Me5IUh_tikxBjjmj-HjPJkZh60DLgBPhCZ-rJC3wT4zH4K2qozcf-ZiKWodNEX7QRj3oVyqr1TRvRVgai58Pwz_dcixh8Jlxbg_gfzT0pFiFEgMbZNP6EH5dqrOqV5LeNcBx9fX7UMokDdepFPggQLON0us9OvQR-Sw-BdBIHwZWTtXFplMZS1wpbwxQ1xPCSw5JVG-a6_W-u3ilFeIKwjeUQ7KXSchZjsA6b4nd2q5Cua5FT1OOIdAfhN9Kk2qLhmXN4y7kJDN911K4tlU0RDsrrd6NohXGAta8s9kB0gKCpuzas_ihR-42goW_SH6q-\]\(https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=6634b5a38c&view=att&th=1638488244b8e4b2&attid=0.3&disp=inline&realattid=f_jhgqnswx2&safe=1&zw&sadddbat=ANGjdJ9vqrjyTaF5nNafl8sCW6uBnyTy9z3-aCSiiwtSTb4ezpm4BVnGvSDnCGPwDs529T2VZRjB10R_Q0hV5nylrxIcXcFuZyOREP5H2Me5IUh_tikxBjjmj-HjPJkZh60DLgBPhCZ-rJC3wT4zH4K2qozcf-ZiKWodNEX7QRj3oVyqr1TRvRVgai58Pwz_dcixh8Jlxbg_gfzT0pFiFEgMbZNP6EH5dqrOqV5LeNcBx9fX7UMokDdepFPggQLON0us9OvQR-Sw-BdBIHwZWTtXFplMZS1wpbwxQ1xPCSw5JVG-a6_W-u3ilFeIKwjeUQ7KXSchZjsA6b4nd2q5Cua5FT1OOIdAfhN9Kk2qLhmXN4y7kJDN911K4tlU0RDsrrd6NohXGAta8s9kB0gKCpuzas_ihR-42goW_SH6q-\)>](https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=6634b5a38c&view=att&th=1638488244b8e4b2&attid=0.4&disp=inline&realattid=f_jhgqnsxt3&safe=1&zw&sadddbat=ANGjdJ9LluREHgRUT-vKcpaYsDjf-tXhDsBfGwoFpVtDWXnAZbykbeNQxkVBoa332XtjMHij4lZafZvcPqJKFljaUiWwFZRCmXfIYaterM0eNX8INBmt86tmjeBy0qnGe2BZrOijqubReWTeVUzEq0bcyoZm6OzdyXtlwBeXQzrb-v1pgJhrsEnORuh5kCUO0JB2ZRYEjGB9ed04UGf0Yq44nCmXRTG40QeMgY_Tab2q8ADMIFpWG5-QXhjkCDs3J0GvFtCCH8lknqO2AlbSwfLjVpPpbMTmmPjqusNflaNI7ysKuDP1Kz4c0HRH-Am9oC11iu8ae-oFUm27JPg8QoHG7gh62g2AtBSvaUT6Bw9pd--2LzdcBvwyPrfwGaa-ra2iMFCocDFB08a1WGBTd9z6ASNBxAb2JzvMlq8Ck95Dn9eSAudgZ5tqGSDHg0wMfW7rjCb4LjwH0AS0T47SHZfxoUAXw6l0MS3ibS4ERvrX7g14OAGazyN63Uwa2QrN2Rr_MUMVpC64GFNTyJVtcd-4nPh9crdmzqdKRJszoAig8qyZLzo155MTgS1VYEaibrKZ7O094ykdUsPAKw3aCE6k1VuTijaJNrjfjAxbAvW8f5wgmp2eY6HdoH4w>. Acesso em 23 mai. 2018.</p></div><div data-bbox=)

y6KYZu0WsiPn7l_6Uu6X1TMJacgDa9WvH-0SnJuzmqnHuWrSx5oP0EcsfoiFM-Xub8jOziejuxNB753sKPwUVruOe1FKpIBQB6rzYh-4Bucwwgd_r56U9Rdwpixrix0itx89S-4t_Blr-CXVrGBfToIbkT652dJMm9y0uNXDAA-hYXZWXHQnZ9cV2KkXX--d8tPX3WBBbqAcIA5HWdJx3c>. Acesso em 2 mai. 2018.

SANTOS, Bruna Silva dos; CONDE, Maria Eugênia. A lei dos trabalhadores domésticos como sendo um avanço nas negociações laborais. In: **Actio Revista de Estudos Jurídicos**, Maringá, n. 27, v. 1, jan.-jul. 2017. Disponível em <[---

Pesquisa Científica no Direito II](https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=6634b5a38c&view=att&th=1638488244b8e4b2&attid=0.1&disp=inline&realattid=f_jhgqns60&safe=1&zw&sadbat=ANGjdJ96YPpjmCZ6Qof3889qMCNTJG2IWfeDns_szzY_2kYll0grh6LWwKtlGIuW7ixlL5h1rAHghARNFmQ9VOVn95JerNIUOBy_Fr64X19ME3XMzLHPeBAJY3nArw2OiLtV9yP55Jtr2LLxXs0InoWpeq3hNqbLrcG-6r1SQYEgaFJ0Pu8s5Lj6Wll7EaGB1KDT3WW17CinO36h11lhc_Ec286VLxugNrJKWf87kexxMg-cQ0r9FgyOBGD6yLXomla3uEbARMWN3wqSLcqphpWpVWc4b-OJW5uWBgziM3agke_cj61I31e3e83MvsUlZS6-4-Hbrdc6aOXQnXc0Wz9bgHQLHdu3w89HPOGb0sCpONtXh3izvpjeX3-B4TbEJ92oRzXPirbWJ6touj9-HSPQqLEwFkVywBCnZUy9SaY2Tw74AZ9f7SqI2A6yj_K5zQJUxkguAuo1Tip_BzE4dJRMMyHfXUBnSvi_LyA2HS24q_creyuRJoEl9TZ6cddeJzgJA6a_3asl_fXSpxlz2M7r8JIqE2CuokmuQTvq3fl-n_2LAIK7hEEcuJL3bEVeePjg_GiME2QNtEDmKVN_sbljouLHFFXeWzsYTFGOU64ELEoZzSKfdhPwSHkcYZ7k>. Acesso em 23 mai. 2018.</p></div><div data-bbox=)

HIV/AIDS E OS PRINCÍPIOS RELEVANTES NO ÂMBITO TRABALHISTA

Talitha Ferreira de Oliveira¹⁰⁶
Tauã Lima Verdan Rangel¹⁰⁷

INTRODUÇÃO

O Direito tem por objeto principal, enquanto Ciência, o indivíduo. O ser humano apresenta-se como o elemento essencial para a dogmática jurídica, sem o qual o Direito não se sustenta, inutiliza-se. Desta feita, o presente trabalho abordar-se-á a figura do trabalhador e as enfermidades que, como humano, lhe acometem e, por consequência, recebem tutela jurídica. Dentre as muitas doenças que podem atingir o trabalhador, elenca-se, nesta pesquisa, o HIV/AIDS como objeto de estudo e, nesta parte, passa-se a discorrer sobre as características, do vírus e da doença e suas implicações diante do Direito do Trabalho.

É notório que apesar da evolução da sociedade ainda hoje há muita discriminação e preconceito com o soropositivo, mesmo sendo divulgado que estes não deverão ser marginalizados do meio social por sua doença, pois a transmissão desta não ocorre pelo simples aperto de mão ou por estar em um mesmo ambiente.

¹⁰⁶ Graduanda do 10º Período de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana, talithafoliveira@hotmail.com;

¹⁰⁷ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

Neste sentido tendo o direito o objetivo principal de regular as relações humanas e protegê-las para que haja igualdade entre todos, na medida de suas desigualdades, a Constituição Federal garante a todos os brasileiros e os estrangeiros residentes no país direito à dignidade, à vida, à liberdade, a igualdade, a saúde e a não discriminação.

No âmbito trabalhista foi muito importante à edição da súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho sobre o empregado portador do HIV, pois esta tem o propósito de coibir a dispensa discriminatória por parte do empregador quando este sabe da doença e, por motivos de preconceitos e estigmas o despede, ficando comprovado que a dispensa realmente ocorreu por essa justificativa, o ato será considerado inválido e o empregado terá o direito à reintegração no emprego, garantindo assim que os princípios próprios do direito do trabalho sejam efetivados. Diante do exposto, é necessário analisar qual o papel do Estado Democrático de Direito no combate a esta discriminação, utilizando o Poder Judiciário para fazer valer seus princípios, direitos e garantias fundamentais.

MATERIAIS E MÉTODOS

O recurso utilizado é a pesquisa de artigos que abordam o tema do presente resumo, isto é, é uma pesquisa qualitativa. O principal objetivo é discorrer sobre a dispensa discriminatória do empregado soropositivo e quais as responsabilidades do empregador nessa relação trabalhista.

DESENVOLVIMENTO

O tema proposto possui importância no mundo jurídico e social, sendo necessária a discussão deste como forma de acabar com a discriminação e o estigma que sofrem essa parcela da população. Levando em conta que o Direito tem como fim eliminar as diferenças nas relações humanas e harmonizá-las através de suas normas de proteção para que haja igualdade entre os indivíduos. A Constituição Federal em seu Título II dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, os quais são: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Moraes destaca que a doutrina classifica esses direitos fundamentais em de primeira geração, segunda geração e terceira geração, assim:

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas). Referindo-se aos hoje chamados de direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século (...) por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos (MORAES, 2016, p. 89).

Desta forma, os princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, do direito à vida, à saúde, ao trabalho e os princípios próprios do direito trabalhista, sendo eles o da continuidade da relação de emprego, da função social do contrato, da irrenunciabilidade dos direitos e o da proteção são relevantes nos casos dos trabalhadores soropositivos, tendo em vista

que no ambiente laboral é possível haver discriminações, causando a estes grandes sofrimentos pelo preconceito e estigma suportado.

Apesar da evolução da sociedade humana e da criação de normas para combater a desigualdade e a discriminação, ainda há inúmeros casos no dia a dia de pessoas que sofrem preconceitos, por exemplo, pessoas portadoras de doenças que cause algum estigma como a AIDS. Inicialmente, devemos compreender o que é essa doença, quais as consequências físicas, psicológicas e morais. Conforme o Ministério da Saúde

A AIDS é o estágio mais avançado da doença que ataca o sistema imunológico. A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, como também é chamada, é causada pelo HIV. Como esse vírus ataca as células de defesa do nosso corpo, o organismo fica mais vulnerável a diversas doenças. Há alguns anos, receber o diagnóstico de aids era uma sentença de morte. Mas, hoje em dia, é possível ser soropositivo e viver com qualidade de vida. Basta tomar os medicamentos indicados e seguir corretamente as recomendações médicas. (PORTAL DA SAÚDE, 2014, s.p.).

Como o próprio Ministério da Saúde e a Associação Médica Brasileira determinam, é possível hoje em dia que a pessoa soropositiva tenha uma vida digna com qualidade, sem precisar de se abster das suas atividades cotidianas, como o trabalho. Na verdade é até benéfico para essas pessoas que continuem com suas ocupações, e não se sintam excluídas do meio social. Entretanto, não é isso que acontece na maioria das vezes no ambiente laboral, o empregador ao saber que algum dos seus empregados possui o vírus do HIV, até por falta de conhecimento sobre a doença, o dispensa.

O princípio da Dignidade da pessoa humana, tutelado pelo art. 1º, III da Constituição Federal, tem uma enorme abrangência e, por isso, é aplicado em todos

os ramos do direito brasileiro, visto que a dignidade não é só um direito pessoal, mas também um dever do Estado Democrático. Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser garantida através do Estado, com o intuito de buscar mais igualdade e solidariedade entre os indivíduos, valores que norteiam todos os direitos básicos necessários a uma existência apropriada. Sarmento (2016) discorre que apesar deste princípio estar presente em várias Constituições e Tratado Internacional sobre Direitos Humanos, na prática ele continua sendo ignorado da maioria das pessoas, principalmente os excluídos.

O princípio da igualdade traz a ideia de isonomia de tratamento e oportunidade mediante as diferenças sociais e econômicas de cada indivíduo, portanto a igualdade deve ser garantida pelo Estado através da elaboração de mecanismos que diminuam ou reparem as desigualdades existentes no meio social para os mais vulneráveis nesta relação, com a intenção de obter uma igualdade real ou pelo menos chegar mais perto disto.

Com relação ao princípio da não discriminação é necessário fazer a distinção do princípio da igualdade, apesar de semelhantes esses princípios se divergem quanto a sua amplitude, desse modo enquanto o princípio da igualdade possui o fim de conferir os mesmos direitos a todo trabalhador que possua a mesma atividade, o princípio da não discriminação pretende acabar com as diferenças sem um motivo justo. (Santos, 2010)

A Convenção Fundamental nº 111 da OIT adotada pelo Brasil em 1965 foi uma das primeiras normas a tratar sobre o tema de discriminação no emprego e na profissão, trazendo em seu artigo 1º, § 1º, a compreensão do que seria discriminação no ambiente de trabalho, que é qualquer exclusão, distinção ou preferência que prejudique a igualdade de oportunidades ou o tratamento em emprego ou profissão. E preocupada com o impacto no ambiente laboral, na economia e na sociedade a OIT

em 2010 adotou a Recomendação nº 200, que trata sobre o HIV e a AIDS no mundo do trabalho.

A expressão “vida” possui importância não só no mundo jurídico, pois muito antes da existência de direitos e leis que a tutelavam o homem já possuía o instinto de sobrevivência e de proteção. A Constituição Federal de 1988, no *caput* do seu art. 5º determina que o direito à vida deva ser garantido a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, sendo um direito inviolável, logo, se todos os indivíduos possuem tutela jurídica do direito à vida, não seria diferente com o portador do vírus do HIV, pois estes também possuem a necessidade de ter uma vida digna em todas as fases da doença, sem nenhum tipo de discriminação, uma vez que somente assim poderá se sentir integrado na sociedade, e lutar para sua sobrevivência.

O direito à saúde encontra-se na nossa Constituição como um direito social, disposto no art. 6º, conforme explica Moraes (2016, p. 47) “os direitos sociais previsto constitucionalmente são normas de ordem pública com características de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes”. Nessa perspectiva, Sidibé declarou no Dia Mundial contra a Aids que:

O mundo não alcançará os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável — que incluem a meta de acabar com a AIDS até 2030 — sem que as pessoas alcancem seu direito à saúde. O direito à saúde está inter-relacionado a uma série de outros direitos, incluindo os direitos a saneamento, alimentação, habitação adequada, condições de trabalho saudáveis e meio ambiente limpo. (UNAIDS, 2017)

E, por último, o direito ao trabalho, em nosso ordenamento jurídico o art. 1º, IV da Constituição Federal de 1988 estabelece como um dos seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, em seu artigo 6º determina que o

trabalho é um direito social, isto é, garantido a todos de forma igualitária, protegendo-o contra as despedidas arbitrárias, conforme o inciso I, do artigo 7º.

Sendo assim, o trabalho e o direito a este é importante não só pela existência digna de um único homem, individual, deve ser levado em conta toda à sociedade, pois o homem necessita não somente do seu trabalho, mas também precisa do trabalho de outros para sobreviver (SANTOS, 2010). Para o indivíduo soropositivo o trabalho é mais que importante, é necessário, ter uma ocupação o ajuda a dispersar o pensamento da doença, pois ao contraí-la um único sentimento toma conta de suas ideias, que é a morte, sendo através da sua atividade que o portador do vírus do HIV irá conseguir meios para o seu tratamento.

Com relação aos princípios próprios do direito do trabalho alguns possuem destaque com o tema em questão, sendo eles como já citados acima o da continuidade da relação de emprego, a função social do contrato, a irrenunciabilidade dos direitos e o princípio da proteção, é preciso destacar que a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, denominada reforma trabalhista, segundo os juristas e doutrinadores apesar de prejudicial ao direito do trabalho, não revogou nenhum princípio, apenas relativizou.

O direito do trabalho preserva a relação laboral, dessa forma o princípio da continuidade da relação de emprego possui a finalidade da continuação da prestação do serviço, protegendo o empregado contra dispensas imotivadas, assim, como regra geral o contrato de trabalho deve ter prazo indeterminado.

Em atenção a este princípio deve-se levar em consideração que sendo o trabalho um direito fundamental garantido ao homem, é através da continuidade do vínculo trabalhista que o indivíduo poderá se afirmar como parte de uma sociedade, mantendo uma vida digna para ele e para todos que dele dependam. A legislação brasileira deu destaque ao princípio da função social do contrato na Constituição

Federal de 1988 ao dar um novo sentido ao termo propriedade, estabelecendo em seu art. 5º, inciso XXIII que a propriedade atenderá sua função social.

A função social do contrato tem relação com os princípios da dignidade da pessoa humana, da continuidade da relação de emprego e da proteção, pois busca um meio contratual imparcial e igualitário nas relações (GODINHO, 2015). Dado o exposto, percebe-se que a função social tem o intuito de limitar a vontade de apenas uma das partes, impossibilitando que esta vontade se sobreponha ao interesse social, no âmbito trabalhista está vinculado ao caráter alimentar que o labor possui, sendo um modo de o Estado intervir na elaboração dos contratos, com o intuito de fazer valer não somente a conveniência dos contratantes, mas que tenha relevância para toda sociedade.

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas parte da premissa que o empregado não poderá abrir mão, mesmo que de espontânea vontade, dos direitos previstos na legislação trabalhista e na Constituição Federal, pois esses direitos possuem natureza alimentar, sem o qual nenhum indivíduo sobrevive. Também denominado como princípio tutelar ou tuitivo ou protetivo (GODINHO, 2015), propõe que a parte hipossuficiente na relação laboral, neste caso o trabalhador, deve ser protegido de forma a reestruturar o equilíbrio deste vínculo. Considerando que o empregado ao requerer seus direitos estaria em efetiva desigualdade, o princípio da proteção elabora formas com o escopo de proporcionar as garantias mínimas presentes na legislação trabalhista.

Ao analisar os casos concretos dos trabalhadores soropositivos os operadores da lei deverão considerar a aplicação deste princípio, pois como já citado acima ao portador do vírus do HIV deve ser assegurado igualdade, ponderando sua situação vulnerável. Desta forma, ao observar os casos dos indivíduos portadores do vírus do HIV no ambiente de trabalho, é imprescindível que o faça a luz dos princípios

constitucionais e trabalhistas, utilizando-os sempre que necessário para garantir a esses direitos fundamentais para sua sobrevivência.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Vale ressaltar que a pessoa soropositiva tem seus direitos resguardados em relação ao trabalho ou profissão pela Convenção nº 111 da OIT, pela Reconvenção nº 200 da OIT, pela súmula 443 do TST e em 2014 foi sancionada a Lei nº 12.984 que admite como crime discriminar os portadores do vírus do HIV ou doentes de AIDS, em seu artigo 1º, inciso II.

Mas apesar de toda legislação pertinente ao tema e de todos os conhecimentos científicos divulgados nos meios de comunicação, o preconceito com essa parcela da população mundial ainda existe, ocasionando prejuízo não só ao indivíduo infectado, mas a todos os familiares e amigos que estão a sua volta e necessitam mostrar-lhe apoio. Assim, deve esse indivíduo usar de todos os seus direitos para se preservar, inclusive o direito de não contar ao empregador que possui AIDS, já que a própria Constituição Federal em seu art. 5º, X, determina que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas

Isto posto, cabe ao Estado e a toda sociedade tentar disseminar este preconceito enraizado, lutando contra esse estigma, é preciso transformar o entendimento de que o indivíduo infectado está condenado a morte, pelo contrário o portador do HIV necessita de trabalhar e, é totalmente capaz para desempenhar suas funções como qualquer um, pois é através da sua atividade que conseguirá se manter (GUNTHER; BARACAT, 2013, p.48).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir então que, o empregado soropositivo tem seus direitos resguardados não só por normas Brasileiras, mas também por convenções em que o País é signatário, e que a AIDS é como qualquer outra doença e, por isso, não deve ser motivo para discriminação, estigma e preconceitos, pois ferem os princípios fundamentais disposto na Constituição Federal de 1988.

O trabalho é garantido a todos como um direito fundamental e possui caráter alimentar, desta forma possuir um labor não é só uma forma de sobreviver economicamente, mas também insere o indivíduo no meio social, trazendo benefícios para sua saúde física e psicológica, garantido a ele e a todos que dele dependam uma vida honrada.

Enfim, enquanto a sociedade como um todo não compreender que o soropositivo possui os mesmos direitos e que a discriminação contra eles só traz prejuízos, não terá o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se efetivado enquanto direito fundamental.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < <http://planalto.gov.br> > Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. **Lei 12.984, de 02 de junho de 2014.** Define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. **Portal da Saúde:** Conceito de AIDS. Disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/286-aids/9049-o-que-e-aids>>. Acesso em: 20 mai. 2018.
GODINHO, Mauricio Delgado. **Curso de Direito do Trabalho.** 15 ed. rev., ampl. São Paulo: LTr, 2015.

GUNTHER, Luiz Eduardo; BARACAT, Eduardo Milléo. **Trabalhador soropositivo e presunção de dispensa discriminatória:** A súmula nº 433 do TST. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/95034>> Acesso em: 20 mai. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 32 ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 111.** Discriminação em matéria de emprego e profissão. Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 104/1964 e Promulgado pelo Decreto nº 62.150/ 1968. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. **Recomendação nº 200.** Recomendação sobre o HIV e a Aids e o mundo do trabalho. Aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho em sua 99ª Sessão, Genebra, 17 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/277>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNAIDS.** Unaid's destaca direito à saúde de pessoas vivendo com HIV no mundo. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unaid's-destaca-direito-a-saude-de-pessoas-vivendo-com-hiv-no-mundo/>>. Acesso em 24 mar. 2018

SANTOS, Denise Carneiro. **Proteção Jurídica do Portador do Vírus do HIV**: Análise da Despedida Arbitrária do Soropositivo. Trabalho de Conclusão de Curso na Escola Superior da Magistratura do Trabalho. João Pessoa, 2010.

SARMENTO. Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COMPROVAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PARA APOSENTADORIA POR IDADE DO TRABALHADOR RURAL

Werlen Cruz das Dores¹⁰⁸
Tauã Lima Verdan Rangel¹⁰⁹

INTRODUÇÃO

A aposentadoria pode ser entendida como uma recompensa devida ao trabalhador pelos esforços que teve ao longo de sua carreira (VASCONCELOS FILHO, 2007). O trabalhador rural esteve descoberto da proteção do regime geral de previdência social, não tendo sido incluído na Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), sendo aplicado a estes trabalhadores, até a vigência da Lei nº 8.213/91, a Lei Complementar nº 11/71 (SANTOS, 2017).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, equiparou o trabalhador rural ao urbano ao tratar dos direitos sociais, tornando-o, a partir de então, em segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e, como tal, adquirindo direito à aposentadoria, prevista no inciso XXIV, do referido artigo (BRASIL, 1988). Quando se trata de aposentadoria urbana, não existem dificuldades

¹⁰⁸ Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana;

¹⁰⁹ Professor Orientador. Bolsista Capes. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos. Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, campi Bom Jesus do Itabapoana-RJ, e do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (MULTIVIX) – unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

significativas em sua comprovação, pois o trabalhador urbano pertence a um sistema de Previdência Social que obriga a contribuição para que sejam concedidos os benefícios, bastando comprová-las (JESUS, 2015).

No entanto, quando o tema se refere à comprovação do tempo de serviço do trabalhador rural, existem dificuldades significantes, devido à essa contribuição em alguns casos não ser direta, tornando difícil, em alguns casos, a comprovação da atividade exercida por ocasião do pedido de aposentadoria por idade. Diante de tal situação, este estudo tem como objetivo discutir as formas de comprovação de tempo de serviço para a aposentadoria por idade do trabalhador rural.

MATERIAL E MÉTODOS

Realizou-se uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, onde as informações foram coletadas em artigos, livros e legislação tratando do tema, sendo utilizado somente o material disponível na íntegra e de acesso gratuito.

DESENVOLVIMENTO

A aposentadoria por idade, referida como aposentadoria por velhice até a edição da Lei nº 8.213/91, constitui um benefício que pressupõe uma idade avançada, quando o indivíduo perde, devido ao envelhecimento, sua capacidade de trabalho, sendo necessária para que possa manter sua subsistência e de sua família (BRASIL, 1999).

A regulamentação básica da aposentadoria por idade está contida no artigo 201, § 7, inciso 11, da Constituição Federal; nos artigos 48 a 51, da Lei nº 8.213/91; nos

artigos 51 a 54, do Decreto nº 3.048/99 e, no caso dos trabalhadores rurais, na Lei n.º 11.718/2008 (BRASIL, 1988; 1991; 1999; 2008).

Os trabalhadores rurais foram qualificados em trabalhador contribuinte individual, empregado rural e segurado especial, de acordo com os serviços prestados, como se pode observar no artigo 11 da Lei nº 8.213/91.

São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

V - como contribuinte individual:

a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área superior a 4 (quatro) módulos fiscais; ou, quando em área igual ou inferior a 4 (quatro) módulos fiscais ou atividade pesqueira, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos; ou ainda nas hipóteses dos §§ 9º e 10 deste artigo;

b) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade de extração mineral - garimpo, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos, com ou sem o auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua (BRASIL, 1991).

Os trabalhadores rurais caracterizados como segurados especiais são aqueles que contribuem de modo indireto para a previdência social, estando em regime de economia familiar, podendo se aposentar cinco anos mais cedo. Sua contribuição não é mensal, ocorrendo somente quando sua produção excede o consumo (OURIQUE, 2012).

A legislação previdenciária, ao definir esta figura, determinava que este segurado não poderia se utilizar de mão de obra remunerada ainda que eventual, atuando somente em regime de economia

familiar. O auxílio eventual de terceiro era admissível, mas somente em condições de mútua colaboração, não existindo subordinação nem remuneração (art.11, VII e § 1º da Lei n. 8.213/91 c/c art. 9º, VII e § 6º do RPS) (IBRAHIM, 2015, p. 193).

A aposentadoria por idade do trabalhador rural possui previsão no artigo 48 da Lei nº 8213/91, estando condicionada a dois requisitos, a saber: possuir idade mínima de 60 anos (homens) e 55 anos (mulheres) e comprovar o exercício de atividade rural (BRASIL, 1991). De acordo com Garcia:

A diminuição etária em favor do rurícola é justificada em razão das agruras do trabalho rural, que acarretam o envelhecimento físico precoce do campesino.⁶ O trabalho rural é caracterizado por condições precárias de exposição ao sol, alimentação inadequada, instalações sanitárias inexistentes e não raro abusa da mão de obra infantil. Muitas vezes se dá em condições desumanas, acarretando a privação da liberdade do trabalhador (GARCIA, 2013, p. 141).

Ainda segundo o artigo 48, § 2, no período do requerimento da aposentadoria por idade, o trabalhador rural deve estar exercendo suas atividades rurícolas, não havendo perda da qualidade de segurado se as atividades tiverem sido intermitentes (BRASIL, 1991). De acordo com o artigo 50 da referida Lei, a aposentadoria é calculada em 70% da renda mensal, acrescida de 1% a cada grupo de doze contribuições, até o limite de 100% do salário (BRASIL, 1991).

Como fica esclarecido pelo artigo 142 da referida Lei, que recebeu nova redação pela Lei nº 9.032/95 (BRASIL, 1995), alcançando igualmente trabalhadores e empregadores rurais e trabalhadores urbanos na transição, a carência das aposentadorias por idade, tempo de serviço e especial passaram a obedecer a uma tabela, que leva em conta o ano em que o segurado alcançou as condições necessárias para obter o benefício. Esta regra de transição vigoraria até o ano de 2006, no entanto,

foi prorrogado por mais dois anos através da Medida Provisória nº 312/2006. Em 2007, através da Medida Provisória nº 410, novamente o prazo foi prolatado até o dia 31 de dezembro de 2010, o que novamente privilegiou os trabalhadores rurais.

Após 31 de dezembro de 2010, finda a vigência do artigo 143, a regra mais benéfica (exercício de atividade rural em lugar da carência) permaneceu válida, para o segurado especial, no art. 39, inc. I, da Lei n. 8.213/1991, que, por possuir disciplina idêntica à da transição, não altera os requisitos do benefício e, para os demais segurados, foi absorvida pela nova regra de transição do art. 3º, inc. I, da Lei n. 11.718/2008 (GARCIA, 2013, p. 146).

Nesse contexto, o trabalhador rural, seja o empregado ou o contribuinte individual, poderia requerer sua aposentadoria até o dia 31 de dezembro de 2010 comprovando atividade rural, mesmo que descontínua, nos números de meses exigidos, enquanto para o segurado especial não havia limite de data (SANTOS 2017). Findo o prazo estipulado, o trabalhador rural passou a seguir a regra geral de carência, sendo necessária a comprovação dos recolhimentos mensais suficientes, excetuando o segurado especial, que continuou possuindo regra de carência diferenciada. Segundo Ibrahim (2015), esta ampliação é justificada pelo fato desses trabalhadores terem migrado de um sistema não contributivo para um sistema contributivo. De acordo com Jesus:

Vige no Brasil, no que diz respeito às provas, o sistema do livre convencimento motivado, conferindo ao Juiz o poder de dar às provas colacionadas nos autos sua correspondente eficácia probatória. Nesse sistema, o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas, devendo fundamentar seu convencimento através da persuasão racional (JESUS, 2015, p. 47).

No entanto, o INSS exige do trabalhador rural uma prova material que comprove o tempo de atividade laboral rural, o que pode acabar por impedir a efetivação do direito à aposentadoria. Diante da importância de tais provas, este estudo analisará os meios em que o trabalhador poderá utilizar para garantir a comprovação do seu período laboral nas aposentadorias por idade híbridas.

DISCUSSÃO

Diante da dificuldade de se comprovar o período de carência dos trabalhadores rurais, assalariados ou pequenos produtores, o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 estipulou que:

Art. 143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea a do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta lei, ou os seus dependentes, podem requerer, conforme o caso:

[...]

II - aposentadoria por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data da vigência desta lei, desde que seja comprovado o exercício de atividade rural nos últimos 5 (cinco) anos anteriores à data do requerimento, mesmo de forma descontínua, não se aplicando, nesse período, para o segurado especial, o disposto no inciso I do art. 39 (BRASIL, 1991).

Assim, não se exigia do trabalhador a prova do recolhimento, mas somente o exercício da atividade rurícola, sendo tal benefício estendido aos contribuintes individuais. Em relação ao prazo de 15 anos, Kerbauy salienta que:

Não se tratava nem de prazo decadencial, já que este supõe a existência de um direito prévio, nem de prescricional, pois este diz respeito à pretensão de obter a proteção de um direito violado por

meio de ação judicial (Código Civil, art. 189), mas de um prazo *sui generis* (KERBAUY, 2009, p. 87).

A comprovação do tempo de serviço em atividade rural tem início com uma prova material, não sendo admitida somente a prova testemunhal, como disposto no artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:
§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento (BRASIL, 1991).

Apesar de não haver uma relação taxativa de provas exigidas pelo INSS, o artigo 106 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 11.718/2008, elenca um conjunto de documentos que são aceitos, tais como bloco de notas do produtor rural, declaração de arrendamento, licença de ocupação ou permissão outorgada pelo INCRA, dentre outras. Assim, se o trabalhador rural apresentar uma das provas descritas acima, estes documentos são considerados prova plena, não havendo necessidade de provas testemunhais adicionais. Caso apresente algum documento não enumerado acima, o mesmo é considerado como início de prova material, dependendo para sua validação, de prova testemunhal (RAYMUNDO, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se, portanto, que o trabalhador rural só teve seus direitos afiançados a partir da Lei nº 8.213/91, quando passou a ter direito a aposentadoria por idade, explícita em seus artigos 48 a 51, e mais recentemente pela Lei nº 11.718/2008.

Ao regulamentar a inclusão do trabalhador rural, a Lei nº 8.213/91 tornou possível a aposentadoria por idade de maneira mais flexível, instituindo regra de transição em relação às exigências contidas na Lei Complementar nº 11/71, regulada pelo Decreto nº 69.919/72.

No que se refere às provas, foi possível constatar que, se o trabalhador rural não possuir nenhum documento para utilizar como prova documental, somente testemunhos não serão suficientes para que comprove o exercício da atividade rural, acarretando em negação do benefício pretendido. A prova testemunhal não possui a mesma força que em outros ramos do Direito, sendo utilizada de forma complementar a prova documental.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1999b.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1991.

_____. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995**. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1995.

_____. **Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999.** Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis n. 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1999.

_____. **Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008.** Acrescenta artigo à Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973, criando o contrato de trabalhador rural por pequeno prazo; estabelece normas transitórias sobre a aposentadoria do trabalhador rural; prorroga o prazo de contratação de financiamentos rurais de que trata o § 6º do art. 1º da Lei n. 11.524, de 24 de setembro de 2007; e altera as Leis n. 8.171, de 17 de janeiro de 1991, 7.102, de 20 de junho de 1993, 9.017, de 30 de março de 1995, e 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991. Brasília: Senado Federal, 2008.

GARCIA, S.M. **A aposentadoria por idade do trabalhador rural sob o enfoque constitucional:** efetivação por meio da atividade judicial. 318 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

IBRAHIM, F.Z. **Curso de Direito Previdenciário.** 12. ed. Niterói: Impetus, 2015.

JESUS, M.B. **Aposentadoria por idade mista ou híbrida:** uma (im)possibilidade para o trabalhador rural e urbano. 2015. 87 p. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

KERBAUY, L. **A previdência na área rural:** benefício e custeio. São Paulo: LTr, 2009.

OURIQUE, A.J. Elementos configuradores para aposentadoria por idade do trabalhador rural no regime de economia familiar. In: **Revista Direito, Cultura e Cidadania**, v. 2, n. 2, dez. 2012.

RAYMUNDO, C. A dificuldade dos trabalhadores rurais em comprovar a atividade rural. Documentos necessários para comprovação da atividade rural. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49256/a-dificuldade-dos-trabalhadores-rurais-em-comprovar-a-atividade-rural>. Acesso em: 8 mar. 2018.

SANTOS, R.M. **Aposentadoria por idade rural:** Uma análise dos requisitos necessários para a concessão desse benefício ao trabalhador rural segurado especial e

seus dependentes. 2017. 52 p. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luis, 2017.

VASCONCELOS FILHO, O. A. Aposentadoria espontânea: uma nova leitura de seus efeitos no contrato de emprego. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 12, n. 1351, 2007.

