

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 367.

(ano VII)

(11/06/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



11/06/2015 Kiyoshi Harada
» [Compensação de tributos com precatórios](#)

ARTIGOS

11/06/2015 Viviane Magalhães Pereira Arruda
» [O sistema carcerário brasileiro e os artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, alínea E e XLIX e 37 parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988](#)

11/06/2015 Isaias Cantidiano de Oliveira Neto
» [Teoria da Reserva Sucessória e as Técnicas de Reprodução Assistida](#)

11/06/2015 - Tayson Ribeiro Teles
» [Relação entre docente e aluno: improbidade administrativa ou assédio sexual?](#)

11/06/2015 Teddy Arthur Monteiro Terán
» [O contrato de aprendizagem e a estabilidade gestante: \(in\) aplicabilidade do item III da Súmula 244 do TST](#)

11/06/2015 Deivid Rodrigues dos Santos
» [Conduta de ação autoritária, no interesse do Estado](#)

11/06/2015 Shirlei Maria da Silva Costa
» [A surdez e a exclusão escolar](#)

COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS COM PRECATÓRIOS

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Site:www.haradaadvogados.com.br

Conforme é do conhecimento de todos o STF nos autos das ADIS nºs 4357 e 4425 declarou a inconstitucionalidade parcial da EC nº 62/09 que instituiu o regime especial de pagamento de precatórios judiciais, em julgamento realizado em 14 de março de 2013.

Entre os dispositivos declarados inconstitucionais figura o § 9º, do art. 100 da CF, acrescido pela EC nº 62/2009 que versa sobre a compensação dos valores devidos em precatórios por entidades políticas, com os tributos devidos pelos precatóristas à Fazenda Pública devedora por condenação judicial. Trata-se de compensação unilateral conferida apenas à entidade política devedora a ser operada pelo Presidente do Tribunal onde se processa o pagamento do precatório.

Foi suscitada a questão de ordem perante o Plenário da Corte Suprema para delimitar o alcance da decisão proferida, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Contudo, o Min. Relator Luiz Fux determinou que enquanto não fosse resolvida a questão de ordem as

entidades políticas devem continuar efetuando os depósitos de recursos financeiros nos termos do estabelecido na EC nº 62/2009.

Prosseguindo no julgamento a Corte Suprema, em Sessão Plenária do dia 25-3-2015, resolvendo a questão de ordem suscitada, procedeu a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos termos da decisão abaixo:

“Decisão: Concluindo o julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Ministro Luiz Fux (Relator), resolveu a questão de ordem nos seguintes termos: **1)** - modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016; **2)** - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: **2.1.)** fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual **(i)** os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e **(ii)** os precatórios

tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e **2.2.)** ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária; **3)** - quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: **3.1)** consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; **3.2)** fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado; **4)** – durante o período fixado no item 1 acima, ficam mantidas a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT), bem como as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, § 10, do ADCT); **5)** – delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa

que discipline *(i)* a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e *(ii)* a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório, e **6)** – atribuição de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão, e, em menor extensão, a Ministra Rosa Weber, que fixava como marco inicial a data do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.” Reajustaram seus votos os Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 25.03.2015.

A decisão modulatória que vai muito além do previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99 não é das melhores, mas, pelo menos, acaba com a insegurança reinante e previne as discussões judiciais que não permitem a finalização do processo.

O prazo de cinco anos de sobrevida do regime especial de pagamento de precatórios deveria contar a partir da data da declaração de inconstitucionalidade parcial da EC nº 62/09, ou seja, a partir de 14-3-2013. A manutenção de juros pagos até 25-3-2015 pelos índices da

poupança, ressaltando apenas os precatórios de responsabilidade da União, onde impera a aplicação do IPCA-E de conformidade com o que dispõem as suas Leis de Diretrizes Orçamentárias, não se harmoniza com o princípio da isonomia.

Mas, o tema deste artigo é a compensação de precatórios com tributos que vai adiante comentada.

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que a compensação poderá ser efetuada até o final do exercício de 2020, quando cessarão os efeitos da modulação, retornando definitivamente ao regime normal de pagamento de precatórios judiciais previsto no art. 100 da CF. Em segundo lugar, o tributo a ser compensado é apenas aquele inscrito na dívida ativa até o dia 25-3-2015. No meu entender abrange o dívida inscrita sob execução fiscal.

Em terceiro lugar, o precatório a ser compensado pode ser pertencente originariamente ao devedor do tributo compensando, ou aquele derivado de aquisição de terceiros, por via de cessão de direitos, por instrumento público ou particular revestido de formalidades legais.

A tese da compensação, também por iniciativa do precatorista, foi por nós levantada logo no início da vigência da EC nº 62/2009 tendo em vista a ordem jurídica vigente que não permite convolar uma categoria jurídica de natureza bilateral em um instrumento de implementação por vontade apenas de uma das partes. Encontrou eco na proposta de modulação de efeitos feita pelo Ministro Roberto Barroso que de início havia sido rechaçada, mas, que acabou sendo acolhida pela maioria dos

integrantes da mais Alta Corte de Justiça do País, por ser uma medida de grande alcance político-jurídico-financeiro e social que em muito contribuirá para acabar de vez com os precatórios ditos impagáveis.

Nesse sentido, teria sido melhor se a Corte Suprema ao invés de declarar inconstitucional a compensação unilateral pela Fazenda Pública tivesse dado àquele § 9º, do art. 100 da CF uma interpretação conforme com a Constituição, a fim de possibilitar de forma permanente a compensação de precatórios com tributos nos moldes regulados pelo Código Civil.

Efetivamente, era impositivo que aquela compensação unilateral fosse ajustada ao princípio do tratamento recíproco das partes: Fazenda, credor de tributo de um lado, e particular, credor de precatório de outro lado.

É preciso que o Conselho Nacional da Magistratura incumbido de regulamentar essa compensação o faça o quanto mais rápido possível, antes que governantes inescrupulosos aglutinem forças políticas para tentar esvaziar o conteúdo da decisão modulatória. Nesse sentido, o Prefeito da cidade que detém o título de recordista nacional de calotes contra precatoristas já manifestou sua insatisfação sinalizando a dificuldade de honrar a decisão da Corte Suprema.

O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E OS ARTIGOS 1º, III, 5º, III, XLVII, ALÍNEA E E XLIX E 37 PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

VIVIANE MAGALHÃES PEREIRA ARRUDA: Defensora Pública Federal no Distrito Federal, Pós-Graduação em Direito Processual Civil e Direito Constitucional.

Resumo: O presente trabalho busca analisar a perplexidade em que vive a sociedade brasileira frente ao descaso do Estado com a barbárie que ocorre diuturnamente dentro dos Estabelecimentos Penais Brasileiros. Partindo do que dispõem o artigo 1º, III e o artigo 5º, III, XLVII, e, e XLIX, da Constituição Federal de 1988, não se pode negar o descumprimento diário da Ordem Constitucional pelo Estado Brasileiro, diante dos inúmeros relatos de violências física, sexual, moral, torturas, homicídios, entre outros crimes que diariamente são praticados contra os presos que estão sob a custódia do Estado Brasileiro, a ensejar a sua responsabilidade objetiva, nos termos do disposto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988. Como detentor do monopólio da coação física legítima deve o Estado zelar pela higidez física e moral dos presos que cumprem pena em seu Sistema Prisional, mas a omissão do Estado na garantia dos direitos fundamentais dos presos é por todos conhecida e se prolonga no tempo sem perspectiva de solução, enquanto a sociedade assiste à desumanização e extermínio dos presos. Pretendemos com este trabalho, demonstrar a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para forçar o Estado, a assumir o seu

papel constitucional e efetivamente se fazer presente dentro dos Estabelecimentos Penais, dentro dos quais vigem regras e princípios próprios e nos quais os presos são largados à própria sorte e ficam vulneráveis a todo tipo de violência.

Palavras-chave: responsabilidade objetiva do Estado; higidez física e moral dos presos; estabelecimentos penais brasileiros.

1. INTRODUÇÃO

Vários são os casos do total abandono do Sistema Penitenciário Brasileiro e da ausência de responsabilização direta e objetiva do Estado, sem análise de dolo, culpa ou causas excludentes por esse fato.

Cite-se, por exemplo, o caso dos presos em caráter cautelar alocados dentro de contêineres de metal no Centro de Detenção Provisória de Cariacica no Estado do Espírito Santo, sem grades e sem janelas.

Sobre esse caso, assim se manifestou o Ministro Nilson Naves, relator do Habeas Corpus nº 142.513, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 23.3.2010^[1]:

É caso de extrema ilegitimidade; é caso de manifesta ilegalidade. Sobretudo de manifesta ilegalidade.

Como nos descreveu o relatório, estou aqui lhes falando, Srs. Ministros, da prisão à qual, são palavras dos impetrantes, falta efetiva fundamentação, e da prisão, são também

palavras das últimas informações a nós prestadas, que está sendo cumprida num contêiner. Observem, Senhores, num contêiner. Num contêiner! Isso é impróprio e odioso, ou não é caso de extrema ilegalidade? É cruel, disso, dúvida não tenho eu: entre nós, entre nós e entre tantos e tantos povos cultos, não se admitem, entre outras penas, penas cruéis (Constituição, art. 5º, XLVII, e). E a prisão cautelar nada mais é do que a execução antecipada de pena, tanto que um dos pressupostos da preventiva é a probabilidade de condenação (fumus boni iuris) – da condenação advém a aplicação de pena, da aplicação, a execução, etc. E, a propósito, computa-se, "na pena privativa de liberdade (...), o tempo de prisão provisória..." (Cód. Penal, art. 42).

Limito-me, pois, neste momento, ao aspecto da prisão cumprida num contêiner e repito, a esse respeito, as informações da ilustre Juíza da comarca de Serra:

"1. Segundo informações da Superintendência de Polícia Prisional do Estado do Espírito Santo, prestadas a este juízo por telefone, o paciente Antonio Roldi Filho está preso no Centro de Detenção Provisória de Cariacica, onde é usado

'contêiner' com adaptações como cela, situação que é do conhecimento do Conselho Nacional de Justiça - CNJ e já resultou em reclamação contra o estado do Espírito Santo na ONU."

Isso é humilhante e intolerável!

Pois se tal já resultou em reclamação, reclamo eu também. Reclamo e protesto veementemente, porquanto em contêiner se acondiciona carga, se acondicionam mercadorias, etc.; lá certamente não se devem acondicionar homens e mulheres. Eis o significado de contêiner segundo os dicionaristas: "recipiente de metal ou madeira, ger. de grandes dimensões, destinado ao acondicionamento e transporte de carga em navios, trens etc."; "cofre de carga"; "grande caixa (...) para acondicionamento da carga geral a transportar".

Decerto somos todos iguais perante a lei, e a nossa lei maior já se inicia, e bem se inicia, arrolando entre os seus fundamentos, isto é, entre os fundamentos da nossa República, o da dignidade da pessoa humana. E depois? Depois, lá estão, entre os direitos e garantias fundamentais, entre os princípios e as normas, entre as normas e os princípios: (I) não há pena sem prévia cominação legal (então também não há de haver prisão sem

previsão legal), por exemplo, prisão em contêiner; (II) não haverá, entre outras, penas cruéis; (III) assegura-se aos presos o respeito à integridade física e moral; (IV) assegura-se a todos o devido processo legal; (V) ninguém é culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (VI) a prisão ilegal há de ser imediatamente relaxada; e (VII) ninguém será levado à prisão quando a lei admitir a liberdade provisória. Podendo aqui me valer de tantos e tantos outros textos (normas nacionais e normas internacionais), quero ainda me valer de um, um da Lei de Execução Penal, o do art. 1º: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

Se assim é – e, de fato, é assim mesmo –, então a prisão em causa é inadequada e desonrante. Não só a prisão que, aqui e agora, está sob nossos olhos, as demais em condições assemelhadas também são obviamente reprováveis. Trata-se, em suma, de prisão desumana, que abertamente se opõe a textos constitucionais, igualmente a textos infraconstitucionais, sem falar dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos

(Constituição, art. 5º, § 3º). Basta o seguinte (mais um texto): "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (Constituição, art. 5º, XLIX).

É despreziva e chocante! Não é que a prisão ou as prisões desse tipo sejam ilegais, são manifestamente ilegais. Ilegais e ilegítimas.

Ultrapassamos o momento da fundamentação dos direitos humanos; é tempo de protegê-los, mas, "para protegê-los, não basta proclamá-los". Numa sociedade igualitária, livre e fraterna, não se pode combater a violência do crime com a violência da prisão. Quem a isso deixaria de dar ouvidos? Ouvindo-o a quem? A Dante? "Renunciai as esperanças, vós que entrais".

Quanto à prisão cautelar, aqui adentramos um aspecto grave do problema: a violência no cumprimento desse tipo de medida contribui, evidentemente, para o robustecimento da violência ao legitimar a violência institucionalizada.

Trago comigo, então, duas propostas. Uma, no sentido de, pura e simplesmente, revogar a prisão preventiva recaída sobre o paciente; a outra, no sentido de substituir a prisão num contêiner por prisão domiciliar. Num e noutro sentido, estendo a

proposta a tantos quantos – homens e mulheres – estejam cautelarmente (repito, cautelarmente) presos nas mesmas condições. As prisões não são ilegais, são, isto sim, manifestamente ilegais. Ilegais e ilegítimas.

Já se escreveu que "a lei garante o cidadão e o magistrado garante a lei". Antes de sermos pessoas de ideias, somos pessoas de princípios, pessoas que cultivam princípios, entre os quais, e é para isso que aqui nos encontramos, o de promover o bem de todos sem preconceitos. Por sinal, tal é o que reza um dos objetivos fundamentais da nossa República: sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Somos, também, historicamente comprometidos: é que o Judiciário tem históricos compromissos com a ideia de justiça, pois não é que andamos, é verdade, diariamente, desde que o mundo é mundo, procurando dar resposta à eterna pergunta "o que é a justiça?!" Fazemos diariamente a justiça da melhor maneira possível, conquanto, ao fazê-la, acabemos por agradar a uns e por desagradar a outros. Quanto é difícil agradar a todos!

Porém somos uns sonhadores, sonhamos o sonho do poeta, sentimos a dor do poeta, do poeta que fingia tão completamente que chegava a fingir ser dor a dor que deveras sentia. Talvez por isso é que já se disse que a justiça é o sonho humano – sonho que pouco importa aos pássaros, aos peixes ou ao Deus eterno.

Num momento de intimidação do Judiciário nos anos cinquenta, o Instituto dos Advogados prestou calorosa homenagem ao Juiz Aguiar Dias, oportunidade em que o orador daquela tarde, Dario de Almeida Magalhães, concluiu assim seu magnífico pronunciamento:

"Dos que se investem da missão de distribuir justiça, o que se exige, antes de tudo, é rigorosa independência. Para resguardá-la cerca a Constituição os juízes de garantias cabais. A tibieza e a demissão da parte deles equivalem, por isso, à traição ao dever elementar. E quando esta desgraça acontece, não há salvação no naufrágio em que se perde o regime.

Marcais com o vosso exemplo de intrepidez e energia moral a compreensão que tendes das vossas responsabilidades; e para honra da nossa magistratura, anima-nos a certeza de que no seio

dela não representais uma posição solitária, nem sois uma sentinela perdida. Sois, sem dúvida, porém, um expoente e uma segurança, numa quadra de perigos em que é preciso relembrar o aforismo de BACON: 'A lei garante o cidadão e o magistrado garante a lei'."

Sim, é a lei que garante o cidadão, e é o magistrado quem garante a lei. O caso, Srs. Ministros, é de extrema ilegalidade.

Pelo que disse linhas atrás, voto pela concessão da ordem no sentido de revogar a prisão preventiva recaída sobre o paciente, impondo-lhe, no entanto, o compromisso de comparecer a todos os atos do processo. Caso prefiram V. Exas., voto no sentido de substituir a prisão num contêiner por prisão domiciliar. Num e noutro sentido, estendo a ordem a tantos quantos – homens e mulheres – estejam cautelarmente (repito, cautelarmente) presos nas mesmas condições. Quanto à extensão dos efeitos da ordem ora concedida, fica nas mãos do Juiz do processo o exame de cada caso, cabendo de sua decisão reclamação ao Superior Tribunal. As prisões não são ilegais, são, isto sim, manifestamente ilegais. Ilegais e ilegítimas.

Cerca de 700 presos estavam nessa situação, sendo que houve reclamação contra o Estado do Espírito Santo perante a ONU, mas nenhuma responsabilização objetiva do Estado por descumprimento da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Execução Penal.

Foi divulgado um vídeo nas redes sociais em que um preso acusado da prática do crime de estupro é torturado e sofre violência sexual por parte de um grupo de presos, que filma com uma câmera de celular o seu empalamento com um cabo de vassoura, dentro de um presídio em Anápolis/GO.

Ele teve o intestino perfurado.

Atualmente cumpre pena em regime de prisão domiciliar, medida que foi adotada pelo Poder Judiciário como forma de resguardar a sua incolumidade física.

Não se tem notícia sobre providências tomadas para responsabilização objetiva do Estado de Goiás pela ofensa à integridade física e moral do preso em questão.

Lenio Luiz Streck^[2] assim se manifestou sobre a ausência de notícias acerca de providências que teriam sido tomadas em relação ao caso:

Notícia cobre notícia. Banalizamos o mal, para repetir *ad nauseam* a máxima cunhada por Hannah Arendt. E quando o mal se banaliza, perdemos a capacidade de perceber a diferença. Perdemos a capacidade de separar o joio do trigo. E quando o fazemos, ficamos com o joio. Vai mal a sociedade. E

por quê? Porque não consegue fazer uma antropofagia do mal e das maldades cotidianas. Indignamo-nos no varejo e nos omitimos no atacado. Somos um misto de anorexia e bulimia informacionais. Não queremos mastigar informações mais complexas e que possam nos fazer refletir; e quando alguma delas passar pelo nosso filtro do mal-estar-civilizacional, vomitamos (bulimia) tudo. Assim, vamos enfraquecendo.

(...)

Falamos dos alemães que ficaram inertes vendo os nazistas mandarem os judeus para os campos de concentração. No fundo, não há muita diferença entre os campos de concentração e a prisão de Pedrinhas ou de Anápolis ou do Presídio Central de Porto Alegre ou de Cascavel. E não se faz nada. Diz-se sempre o chavão: haverá investigação... Onde está nossa *intelligentia*? Há um ministério que trata do assunto “direitos humanos”. Mas que tem muito mais um efeito de flambar as coisas. Como está Pedrinhas, hoje? Outro dia houve fuga em massa. E como está o caso de Anápolis? Diz-se que o acusado-empalado foi para prisão domiciliar. Mas, se isso é verdade, porque teve sua preventiva decretada? Gostaria de por os olhos na decisão de

preventiva do acusado-empalado. Quem a tiver, mande-a, por favor. E o parecer do Ministério Público. Aliás, como a Coluna será lida pelos promotores que pediram o afastamento do diretor, eles mesmo poderiam me mandar (ou para a ConJur) tanto o pedido de preventiva como o parecer ministerial e a decisão do magistrado.

Em 21.10.2007, na cidade de Abaetetuba no Estado do Pará, uma menina de 15 anos foi presa junto com cerca de 20 homens na mesma cela da Delegacia de Polícia por aproximadamente 25 dias, durante os quais foi repetidamente torturada e estuprada pelos outros presos.

A menina foi resgatada pelo Conselho Tutelar de Abaetetuba após denúncias de outros presos.

O Conselho Nacional de Justiça do Brasil (CNJ)[\[3\]](#) puniu a juíza responsável pelo caso, a qual tinha conhecimento de que a menor estava presa em uma cela com homens, posto que o único local da cidade onde poderia ser recolhida, com aposentadoria compulsória, mas a decisão foi anulada Supremo Tribunal Federal que considerou a punição excessiva.

Atualmente a Juíza exerce as suas funções judicantes normalmente.

Alguns dos delegados e agentes policiais envolvidos foram punidos administrativamente, com perda do cargo.

A questão ganha relevo na medida em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional da responsabilização objetiva do Estado em situações envolvendo a violação

a direitos fundamentais de presos em alguns processos que aguardam julgamento pela Corte:

No Recurso Extraordinário nº 580.252, relator Ministro Teori Zavascki, discute-se a contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da submissão a tratamento desumano e degradante, em flagrante ofensa à integridade física e moral de presos;

No Recurso Extraordinário nº 592.581, relator Ministro Ricardo Lewandowski, discute-se a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Estado obrigação de fazer consistente na execução de obras em estabelecimentos penais, para garantia dos direitos fundamentais dos presos, em razão das precárias condições das penitenciárias, o que implica ofensa à integridade física e moral dos presos;

No Recurso Extraordinário nº 638.467, relator Ministro Luiz Fux, discute-se a possibilidade de responsabilização objetiva do Estado em razão de morte de preso dentro de estabelecimento penal, em ofensa a direito fundamental de garantia de higidez física e moral;

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5170, ajuizada em 20.10.2014 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pede-se que o Supremo Tribunal Federal “confira interpretação conforme à Constituição aos artigos 43, 186 e 927, caput e parágrafo único, do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), de modo a declarar que o Estado é civilmente responsável pelos danos morais causados aos detentos quando os submete à prisão em condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação”.

O enfrentamento do tema pelo Supremo Tribunal Federal nos quatro processos acima mencionados possibilitará que o Estado assuma a sua responsabilidade objetiva, por atos comissivos e omissivos, sobre a violência sofrida pelos presos que estão sob a sua guarda, considerados os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição.

A jurisdição constitucional qualificar-se-á nesses processos paradigmas como importante fator de contenção das ações e omissões do Estado transgressoras do texto da Constituição da República conferindo plena eficácia ao disposto no artigo 1º, III, no artigo 5º, III, XLVII, e, e XLIX e no artigo 37, § 6º, todos da Constituição Federal de 1988, responsabilizando objetivamente o Estado Brasileiro, por atos comissivos e omissivos, independentemente de aferição de dolo ou culpa e sem excludentes de responsabilidade, em suas três esferas, Federal, Estadual/Distrital e Municipal pelos danos causados aos presos que estão sob os seus cuidados, tendo em vista que exerce o monopólio do Aparelho Penal Repressor e Punitivo.

2. A CRISE INSTITUCIONAL DO MODELO PRISIONAL BRASILEIRO

A superlotação é um dos maiores problemas identificados nos presídios brasileiros e decorre de uma política de encarceramento em massa aliada à falta de investimentos.

O Presídio Aníbal Bruno, em Recife/PE, é considerado o pior do país.

Lá, 6.862 presos disputam as 1.466 vagas.

Segundo o Juiz José Braga Neto, Coordenador do Mutirão Carcerário realizado no local pelo Conselho Nacional de Justiça, nos meses de abril e maio de 2014, o Presídio não dispõe de condições mínimas para a custódia dos presos e afirmou: “Já coordenei diversos mutirões carcerários, visitei vários presídios, mas este é o pior local que eu já vi. As instalações são insalubres, a estrutura é antiquada e improvisada, gerando verdadeiras favelas, com celas escuras ou com pouca luminosidade e ventilação precária. Essas pessoas são esquecidas pelo governo e pela sociedade, cumprindo pena ou aguardando julgamento em situação degradante, humilhante” [4].

Mais recentemente o Presídio da cidade de Pedrinhas, localizado no Maranhão, ocupou durante meses o noticiário e as redes sociais.

A barbárie no Complexo Penitenciário de Pedrinhas chocou o Brasil.

O Juiz Douglas Martins, em visita ao Complexo Penitenciário ocorrida em 20.12.2013, informou que esposas e irmãs de presos são obrigadas a manter relações sexuais com líderes de facções criminosas, que ameaçam de morte os presos que se recusam a permitir o estupro das mulheres, concluindo:

“As parentes de presos sem poder dentro da prisão estão pagando esse preço para que eles não sejam assassinados. É uma grave violação de direitos humanos”, afirmou o juiz, que é coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) do CNJ. Ele vai incluir a

informação no relatório sobre a situação de Pedrinhas que vai entregar ao presidente do CNJ, ministro Joaquim Barbosa esta semana. A visita ocorreu após a morte de um detento quinta-feira (19/12). Seria o 58º preso morto este ano no Complexo de Pedrinhas, segundo a imprensa maranhense”[\[5\]](#).

Decapitações e esquartejamentos foram filmados pelos próprios presos em execuções de penas de morte, com extrema crueldade, cujos vídeos foram orgulhosamente exibidos nas redes sociais.

Vive-se uma verdadeira violência institucionalizada e combate-se a violência do crime com a violência da prisão.

A violação aos direitos humanos mais básicos, à dignidade da pessoa humana, à integridade física e psíquica, ocorre sem controle e aos olhos de todos.

Aos presos é reservado o tratamento mais desumano, degradante e cruel possível.

Como forma de retribuição pelo crime que cometeram, permite-se que contra eles sejam cometidos os crimes mais hediondos.

Como um verdadeiro símbolo da total falência e crise institucional do modelo prisional brasileiro, o Ministro da Justiça do Brasil, Sua Excelência, José Eduardo Cardozo, em 13.11.2012, em evento realizado na cidade de São Paulo, declarou que os presídios no Brasil são “medievais” e “escolas do crime” e ainda que “preferia morrer a ficar preso no sistema penitenciário brasileiro”.[\[6\]](#)

3. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS OCORRIDOS DENTRO DOS ESTABELECIMENTOS PENAIS BRASILEIROS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nos termos do artigo 37, § 6º da CF/88 as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A questão da omissão do Estado na garantia da dignidade da pessoa humana do preso e de sua integridade física e moral, diariamente exposta para a sociedade brasileira, conduz à reflexão sobre a necessidade de se buscar a efetiva responsabilização objetiva do Estado diante da constatação de ineficiência, descaso e degradação em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, conferindo-se concretude aos comandos constitucionais que garantem que ninguém será submetido à tortura, a tratamento desumano ou degradante, nem a penas cruéis e ainda que asseguram aos presos o respeito à integridade física e moral, em razão da mais absoluta sujeição dos presos ao castigo imposto pelo Estado: aprisionamento sob a sua vigilância.

Diante desse quadro de abandono e superlotação dos presídios brasileiros, assume especial relevo o papel do Supremo Tribunal Federal na concretização dos direitos fundamentais dos presos, que estão previstos na CF/88, sob pena de não se realizarem e se tornarem apenas promessas do Poder Constituinte Originário para a população carcerária.

Ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, cabe a guarda da Constituição, competindo-lhe assegurar a força normativa da Carta Magna, não permitindo que as normas constitucionais, em especial as asseguradoras de direitos e garantias, tornem-se vazias.

No dia 3.12.2014 o Supremo Tribunal Federal interrompeu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 580252, após o pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso, tendo o Ministro Teori Albino Zavascki proferido voto no sentido de manutenção da condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização por danos morais causados a um detento, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes.

Assim consignou o Relator em seu voto:

Portanto, repita-se, os fatos da causa são incontroversos: o recorrente, assim como os outros detentos do presídio de Corumbá/MS, cumprem pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas (porque não atendem às mínimas condições de exigências impostas pelo sistema normativo), mas também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo de dignidade.

Também não se discute que, nessas condições, o encarceramento impõe ao detendo um dano

moral, cuja configuração é, nessas circunstâncias, até mesmo presumida.

Sendo incontroversos os fatos da causa e a ocorrência do dano, a questão jurídica desenvolvida no presente recurso ficou restrita à sua indenizabilidade, ou seja, à existência ou não da obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados nas circunstâncias enunciadas. É nesses limites e sob esse enfoque que o recurso extraordinário deve ser examinado.

(...)

O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável, não sujeita a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Ocorrendo o dano e estabelecido o seunexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos, se for o caso, na forma do artigo 100 da Constituição.

(...)

Em suma, a tese de repercussão geral que proponho seja afirmada é a seguinte: considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Trata-se de julgamento ainda pendente de conclusão, cujo desfecho terá impacto em centenas de ações judiciais onde se discute a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos causados aos presos que cumprem pena em seus presídios.

Outro julgamento importante pendente de julgamento é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5170, na qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil formulou pedido para que o Supremo Tribunal Federal confira interpretação conforme a Constituição aos artigos 43, 186 e 927, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, de modo a declarar que o Estado é civilmente responsável pelos danos morais causados aos presos quando os submete à prisão em condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil fez ainda um pedido para que o Supremo Tribunal Federal edite uma sentença aditiva, determinando que o valor da indenização seja pago em parcelas mensais, iguais e sucessivas, correspondentes ao período de tempo que o preso foi mantido em condições de indignidade.

Como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal deve velar pela máxima efetividade das normas constitucionais e pela força normativa da Constituição, de modo a extrair-se a maior realização do texto constitucional, com incidência da Constituição sobre as relações sociais, impondo-se como estatuto jurídico máximo do país, com força para por si só regular casos concretos.

A discussão acerca do STF estar ofendendo o princípio da separação dos poderes ganha especial relevo para o debate jurídico no sentido de que, ao dar concreção a direitos previstos na Constituição, o Supremo Tribunal realiza a vontade do Poder Constituinte Originário, que previu direitos que não podem restar esvaziados diante da inatividade dos outros dois Poderes da República, isso em atenção à sua missão constitucional de guardião da Constituição.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN nº 5170 indicará a tendência da jurisdição constitucional, considerados os novos contornos atribuídos ao princípio da máxima efetividade e da força normativa da Constituição.

A jurisdição constitucional qualifica-se como importante fator de contenção de eventuais excessos, abusos ou omissões transgressoras do texto da Constituição da República.

4. CONCLUSÃO

Em junho de 2014, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça divulgou o seguinte diagnóstico de pessoas presas no Brasil^[7]:

Panorama Brasileiro

População no sistema prisional = 563.526
presos

Capacidade do sistema = 357.219 vagas

Déficit de Vagas = 206.307

Pessoas em Prisão Domiciliar no Brasil =
147.937

Total de Pessoas Presas = 711.463

Déficit de Vagas = 354.244

Número de Mandados de Prisão em aberto no
BNMP = 373.991

Total de Pessoas Presas + Cumprimento de
Mandados de Prisão em aberto = 1.085.454

Déficit de Vagas = 728.235

A superlotação carcerária é tema que está em debate no Brasil.

As violentas rebeliões nos presídios brasileiros e a forte presença de facções criminosas atuantes dentro e fora dos estabelecimentos penais, comandando ataques de dentro das prisões, são reveladoras da ausência do Poder Público no cotidiano das prisões.

Não obstante ser o detentor do monopólio da força física e dos meios de violência, o Estado, ao encarcerar seus criminosos, os abandona à própria sorte submetendo-os à tortura, a tratamento desumano e degradante e a penas cruéis, em clara violação à integridade física e moral dos presos.

Não há como se manter inerte diante da gravíssima violação de direitos humanos que ocorre diariamente dentro dos estabelecimentos penais brasileiros e o Supremo Tribunal Federal tem sido instado a viabilizar, por meio de suas decisões, o exercício de direitos e garantias constitucionais, a despeito da omissão do Poder Executivo, como forma de garantir a supremacia e a força normativa da Constituição, protegendo a vontade do Poder Constituinte Originário para que a Constituição não seja submetida a inaceitável desprestígio, diante da ineficácia de suas normas, em virtude de inércia do Poder Executivo no cumprimento de seus comandos, situação configuradora de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República do Brasil, estatuto político máximo do País, com a qual todos os demais atos normativos devem guardar relação de compatibilidade vertical, sob pena de nulidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 142.513. Impetrante: Durval Albert Barbosa Lima e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Relator: Nilson Naves. Espírito Santo,

23/3/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22/9/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 638.467. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Vandrey Jardim de Quevedo. Relator: Luiz Fux. Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22/9/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Teori Zavascki. Mato Grosso do Sul. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22/9/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ricardo Lewandowski. Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22/9/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5170. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relatora: Rosa Weber. Distrito Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22/9/2014.

MOLINA, Antonio García-Pablos. et. al. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. et. al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MELLO, Ana Cláudia Collaço. et al. Metodologia da Pesquisa. Palhoça:Unisul Virtual, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NOTAS:

[1] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 142.513. Relator Ministro Nilson Naves. Espírito Santo, 23 de março de 2013. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 22/9/2014.

[2] STRECK, Lenio Luiz. Senso Incomum. Vivemos entre anorexia e bulimia informacionais: assistam ao vídeo! Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-set-25/senso-incomum-vivemos-entre-anorexia-bulimia-informacionais-assistam-video>>. Acesso em: 22/9/2014.

[3]MB/MM Agência CNJ de Notícias. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/albuns/96-noticias/8930-juiza-do-pa-que-manteve-menina-pres-a-em-cela-masculina-e-aposentada-pelo-cnj>>. Acesso em: 22/9/2014.

[4] Jorge Vasconcellos Agência CNJ de Notícias. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28453-mutirao-aponta-graves-problemas-no-presidio-anibal-bruno-em-recifepe#ad-image-0>>. Acesso em: 22/9/2014.

[5] Manuel Carlos Montenegro Agência CNJ de Notícias. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27250-juiz-do-cnj-cobra-fim-da-violencia-a-familias-de-presos-durante-visitas-intimas-em-pedrinhas>>. Acesso em: 22/9/2014.

[6] Tatiana Santiago do G1 de São Paulo. Disponível em: < <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-pres-o-por-anos-no-pais.html>>. Acesso em: 2/12/2014.

[7] http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf

TEORIA DA RESERVA SUCESSÓRIA E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

ISAIAS CANTIDIANO DE OLIVEIRA NETO: Discente da Faculdade de Direito - AGES, estagiário no Balcão de Justiça e Cidadania - Fátima-BA, interesse de atuação: Direito Civil e Previdenciário.

RESUMO: A Teoria da Reserva Sucessória surge em momento oportuno, quando não há mais discussão acerca da aquisição da personalidade jurídica dos filhos que advém das técnicas de reprodução assistida, já que, Direito reconhecido em decorrência do princípio da interpretação conforme a Constituição e da Força normativa dos Princípios. Portando esta Teoria busca solucionar o problema formal de como se dará a Sucessão em casos de utilização da técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, principalmente alicerçando-se na vedação constitucional a discriminação dos filhos e nas Teorias Pré-concepcionista e Natalista.

PALAVRAS-CHEVE: Reprodução Assistida Homóloga; *post mortem*; sucessão; reserva sucessória.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo científico fundamentado em diversos autores renomados irá apresentar uma nova Teoria, a qual, não encontrada em nenhuma doutrina, Teoria da Reserva Sucessória, criada por este autor para pacificar as formalidades a serem cumpridas para a efetivação do direito sucessório de filho que advém das técnicas de reprodução assistida, primordialmente a *post mortem in vitro*. Esta Teoria tem como

marco inicial sua fundamentação que está alicerçada na doutrina da proteção integral da criança, assim como em diversos princípios constitucionais revestidos pela Teoria da Normatividade de Robert Alexy, igualmente na vedação constitucional a discriminação em decorrência do estado de filiação fazendo uma interpretação dos dispositivos do Código Civil a Luz da Constituição da República de 1988.

Consequentemente sua finalidade é indiscutivelmente a efetivação do direito sucessório de filho que advém da técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem in útero* ou *in vitro*. Porém, um dos maiores problemas enfrentados é, até quando se pode utilizar as referidas técnicas, ou seja, como ponderar os direitos da personalidade com a segurança jurídica. Como visto a Teoria é consagrada em uma trilogia, fundamentação, finalidade e temporalidade, ambas reunidas com um único propósito, pacificar a formalidade do já pacificado direito sucessório de filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

Portanto, o livro das sucessões do Código Civil de 2002 deve ser interpretado conforme a Constituição da República para que se evite uma futura breve ação de inconstitucionalidade de alguns dispositivos, como o “art. 1798 – legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, e como dito, com a vedação da distinção entre os filhos pela CR/88, com a nova era das técnicas de reprodução assistida, é importante evoluir, e para que isso ocorra, é de tamanha importância à observância de algumas teorias como a Pré-concepcionista que entende existir vida já no momento da

fecundação do óvulo pelo espermatozoide, neste momento, afirma Fábio Ulhoa (2012, p.142), “estariam preenchidas todas as condições para se considerar existente o novo ser”.

Em mesma direção, o enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil observa que, “a regra do art. 1798 do CC deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer”. Com toda razão, e para reforçar, firma-se tal entendimento a partir da constitucionalização do Direito Civil, atendendo não somente a vedação da distinção dos filhos, mas o Princípio do Melhor Interesse Da Criança, da Dignidade da Pessoa Humana.

2 DIREITO DA PERSONALIDADE

O Direito das Famílias, principalmente com a investidura da bioética e do Biodireito, vem evoluindo harmonicamente, legitimando verdadeiros legitimados, que são os filhos, seus interesses, em concordância com os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, assegurando o dever de cuidar, de acompanhar o crescimento, de alimentar, colocando-o no “caminho correto”, ou seja, o tão sonhado poder familiar, dever familiar que como afirma Maria Berenice Dias, citando Waldyr Grisard Filho (DIAS, 2010, p. 418) “é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja no plano físico, mental, moral, espiritual ou social”.

Quando se fala em reconhecimento de paternidade ou maternidade genética nos deparamos com um direito personalíssimo, que inclusive hoje, está gerando indenizações por comprovação da falta de responsabilidade para com o dever familiar. É importante salientar que no passado quando não havia exame de DNA todas as ações eram julgadas meramente por indícios de prova, ou seja, a critério e muita inteligência do Juiz, era rotineiro uma ação ser julgada improcedente por falta de prova, se deparando conseqüentemente com os efeitos do instituto civil da coisa julgada.

É importante e sabido aludir que com o advento da Constituição da República de 1988, os direitos da criança e do adolescente, com a dignidade da pessoa humana, do direito personalíssimo, estão à cima da coisa julgada material quando analisado um caso fático de direito certo e líquido na utilização da ponderação das normas fundamentais, pois reza o art. 227, CR/88 “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, a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência...”.

A afetividade, o direito de paternidade genética esta acima da coisa julgada matéria, ou seja, uma ação que foi julgada no passado improcedente por falta de prova, pois não existia o DNA, hoje esta mesma demanda pode ser impetrada, por meio de nova prova a ser estabelecida, ou já efetivada, o DNA, reza o art. 2.º - A, parágrafo único da Lei 8.560 “A recusa do réu em se submeter ao exame de código

genético – DNA gerará a presunção de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

Diniz (2008) afirma que “existem dois meios de reconhecimento dos filhos, o voluntário e o judicial, que o litigioso se compreende em ação de investigação de paternidade e a investigação de maternidade”, não muito comum. A parentabilidade pode ser consanguínea, sócio afetiva, civil, social ou por afinidade, como se pode ser observado no Código Civil e que o mesmo juntamente com a Constituição da República de 1988 não admite distinção, como foi exposto anteriormente.

Direito da personalidade é intransmissível, irrenunciável, inalienável, como afirma Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 184), “certas prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, aos poucos foram reconhecidas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, São direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem proteção legal”, esta fundamentação legal decorre principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana, alude Maria Berenice Dias (2011) que a supremacia dos princípios constitucionais ocasionou uma das maiores revoluções já ocorridas na ciência processual. O prestígio a verdade real, a importância da identidade, não só por vínculo consanguíneo, mas por todos aqueles já citados previstos na Constituição da República, tampouco por fins sucessórios, mas se trata de algo de direito, algo que persegue a vida de qualquer indivíduo é sua família, é seu parentesco, principalmente se tratando de pai e mãe.

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os *direitos da personalidade*, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra (GONÇALVES, 2014, p. 184).

O indivíduo deve ser respeitado por ser membro da sociedade, é por essa ocasião que tamanhas garantias são legíveis em nosso ordenamento jurídico. Como já fora trazido a baila a pessoa humana vai propiciar uma compreensão, uma defesa aos direitos da personalidade, tendo à defesa iminente a intimidade, a imagem, sua crença, honra e sua vida privada, ambos encontrados no art. 5.º da Carta Magna, e esta mesmo prevê a inviolabilidade destes direitos e garantias.

Após alguns apontamentos necessários acerca do direito da personalidade, é importante analisar no ordenamento jurídico pátrio quando se adquire este direito, ou seja, quando o objeto de direito passa a ser sujeito de direito, adquirindo dessa forma a personalidade jurídica, para tanto serão analisadas três teorias: a Pré-concepcionista,

Concepcionista e Natalista, ambas versam sobre o momento da aquisição da personalidade jurídica pelo objeto de direito.

É sabido que o Código Civil de 2002 em regra adota a Teoria Natalista que é aquisição da personalidade jurídica em decorrência do nascimento com vida, porém em alguns casos ele adota a Concepcionista que defende ter o nascituro personalidade jurídica, ou seja, o caso dos alimentos gravídicos, a possibilidade do nascituro ser indenizado, enfim. Todavia, a Teoria adotada neste trabalho que não é utilizada pelo Código Civil é a Pré-concepcionista que entende que após a fecundação do espermatozoide no óvulo já existe vida, ou seja, a partir deste momento já se adquire a personalidade jurídica segundo Fábio Ulhoa Coelho (2002).

Tem importância central a questão sobre o fato que caracteriza o “surgimento” de novo ser humano. S argumentos desconfortáveis com a existência daqueles embriões consideram que desde o momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo, seja *in vitro* ou *in útero*, estariam preenchidas todas as condições para se considerar existente o novo ser. A partir da fecundação, o que sucede é apenas a evolução do processo biológico. Em outros termos, para tais argumentos, não há nenhuma diferença *essencial* entre o embrião (mesmo o fecundado *in vitro*) e um ser humano adulto, em termos de dignidade (COELHO, 2012, p. 141).

A citação anterior versa sobre a referida Teoria Pré-concepcionista que, ocasiona uma grande discussão acerca do embrião *in vitro*, pois se a partir da fecundação do espermatozoide no óvulo existe vida, os embriões que são descartados estariam sendo “assassinados”. Entende-se que não, já que, estes embriões chamados de excedentários podem ser desde que exista a autorização do doador do material genético, utilizados para pesquisa em prol da própria vida humana.

Todavia, o Código Civil de 2002 é muito claro em seu regramento, art. 2.º, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Ou seja, confirmando o que foi dito anteriormente que a personalidade jurídica somente é adquirida após a confirmação do nascimento com vida, neste norte, aponta Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 101), “o essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos, com vida orgânica própria. Para se dizer que nasceu com *vida*, todavia, é necessário que haja respirado”. Portanto, é muito claro no ordenamento pátrio, diferentemente de alguns outros países, que para aquisição da personalidade jurídica e todos direitos que esta arrasta, basta um simples respirar, como reforça Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 100), “de acordo com o sistema adotado, tem-se o nascimento com vida o marco inicial da personalidade”. Esta Teoria supracitada é a Natalista, adotada como regra geral no Brasil.

Porém, como a própria regra do art. 2.º do CC/2002 afirma que, “a lei põe a salvo, desde a concepção”, e esta é a outra Teoria adotada pelo

sistema brasileiro. A Teoria Concepcionista entende que inicia a vida desde a concepção, ou seja, da fecundação do espermatozoide no óvulo, todavia, deve ser *in útero*, de toda forma, a lei entende que desde esse momento têm-se alguns direitos inerentes à personalidade, traz alguns deste Pablo Stolze Gagliano (2014, p. 134), “o nascituro é titular de direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal); pode receber doação, ser beneficiado por legado e herança; pode ser nomeado curador para defesa dos seus interesses”, dentre outros como o típico crime de aborto, e o direito ao exame de DNA para aferir sua paternidade.

Busca-se com tamanha discussão jurídica o momento certo em que se adquire a personalidade jurídica, pois somente é tendo esta que o filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem in vitro* ou *in útero* terá direito a suceder, assim preceitua Clóvis Beviláqua *apud* Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 94), “a personalidade jurídica é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”.

Destas pontuações referidas ao momento da aquisição da personalidade jurídica entende-se que esta somente é adquirida a partir do nascimento com vida, porém aqueles direitos inerentes ao nascimento com vida ficam reservados desde o momento da fecundação do espermatozoide no óvulo.

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade*

jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (Recomendação n. 1.046/89, n. 7, do Conselho da Europa), passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.808,§ 3º). Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá (GONÇALVES, 2014, p. 107).

Portanto, de todas as ponderações o que se fez, é importante citar que põe-se a salvo todos os direitos inerentes a personalidade desde o momento da fecundação do espermatozoide no óvulo, pactuando com a Teoria Pré-concepcionista, porém, como visto, alguns direitos ficarão reservados, como o próprio direito sucessório, ele herda, mas sua quota ficará reservada condicionada a Teoria Natalista, ou seja, o nascimento com vida, o mesmo ocorre com o nascituro decorrente da concepção *in útero*, tendo algumas diferenças que serão expostas no decorrer do trabalho monográfico.

3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

É com uma verdadeira evolução no cerne da biotecnologia que no decorrer temporal vem causando grandes discussões no campo do Direito das Famílias, pois esta técnica ocasionou grande reflexo jurídico

com as novas formas de filiação. Afirma Maria Berenica (2011), As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” incluem todas as técnicas de reprodução assistida.

Enunciado nº 105, I Jornada de Direito Civil STJ – art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretados como “técnica de reprodução assistida”.

É por meio dessa nova área do conhecimento científico que casais impossibilitados de terem filhos biológicos, em determinadas ocasiões poderão, contudo, na maioria das vezes, estas técnicas são utilizadas quando um indivíduo é impossibilitado biologicamente de se reproduzir, importante que ela independe do sexo.

É importante salientar que o Conselho Federal de Medicina autoriza a utilização das técnicas por qualquer pessoa, à única ressalva em vida, é que não poderá haver lucratividade em um caso específico o de substituição. Resolução 1.9576/2010, II, 1: 1.

Resolução CFM nº 1.957/2010 – quanto a técnica de reprodução assistida *post mortem*, a Resolução do CFM dispõe que “não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(falecida) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Existem divergências em ambos os campos normativos do Direito sobre o tema, pois o Código Civil não tratou da maneira que deveria. Uma das principais discussões a cerca do campo estudado do direito, são as presunções de paternidade. Aponta Carlos Roberto Gonçalves (2012), o art. 1.597 do Código Civil prevê, nos incisos III, IV e V, mais três hipóteses de presunção de filhos concebidos na constância do casamento. Mesmo após a morte em determinados casos concretos a presunção não cessará. A presunção é de tamanha importância, pois esta impede o não reconhecimento voluntário do filho pelo pai, em casos específicos para que ela exista é necessário prévia autorização do marido ou companheiro, etc.

Mesmo havendo diversas incoerências ou “lacunas” na Lei, com o surgimento e grandiosidade do Biodireito e da Bioética, fica simples observar o direito de fato, é com o magistério de Lisboa (2012) que conceituará o entendimento, “a bioética é uma ciência quem vem se destacando pela sua finalidade de obter uma melhor qualidade de vida ao ser humano”. É com base nesses estudos que o Conselho Federal de Medicina na Resolução 1.358/92 menciona que seja evitada a seleção da espécie na técnica de reprodução assistida, com uma exceção a gestação por substituição.

Por mais que o direito esteja se adaptando a grande revolução genética, importante mesmo é perceber que a técnica de reprodução assistida é uma alternativa a esterilidade, dando a casais o grande sonho de muitos, uma prole.

É imprescindível que existem duas modalidades para a utilização das técnicas de reprodução assistida, a *in vitro* onde a fecundação do óvulo ocorre fora do organismo da mulher, ou seja, o útero e a *in útero* que conseqüentemente a técnica é realizada diretamente no organismo feminino.

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (Recomendação n. 1.046, n. 7, do Conselho da Europa), passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.808, § 3º). Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum patrimônio terá (GONÇALVES, 2014, p. 107).

Por isso, tanto foi trabalhado anteriormente o momento da aquisição da personalidade jurídica material, já que, somente é com o reconhecimento desta que o direito sucessório será efetivado. O entendimento de Carlos Roberto Gonçalves é interessante e não conflitante com a norma constitucional, já que, o patrimônio a ser sucedido serve em regra para que o herdeiro tenha a possibilidade de

um desenvolvimento saudável. Porém, o mesmo Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 105) defende que, “não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe”.

Ou seja, é o que se defende no trabalho o tempo inteiro, que o ser, desde a fecundação do espermatozoide no ovulo, seja *in vitro* ou *in útero* este passar a ser sujeito de direito e ter conseqüentemente personalidade jurídica, porém alguns direitos inerentes a personalidade somente poderão ser efetivados com o nascimento com vida, consagrando deste modo, o mecanismo da reserva sucessória.

3.1 Heteróloga

A técnica de reprodução assistida Heteróloga se dá quando há a doação de material genético por homem ou mulher estranho ao vínculo conjugal, um critério que deve ser respeitado criteriosamente é o do sigilo, afirma Maria Berenice (2011), é obrigatória a manutenção do sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores. O consentimento não precisa ser por escrito, só necessita ser prévio, todavia, não é o que entende a doutrina majoritária, já que a mesma, afirma, tanto na heteróloga como na homóloga deve haver uma autorização por escrito e prévia.

Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil, STJ – Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de

reprodu o assistida com o material genético do falecido, esteja na condi o de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autoriza o escrita do marido para que se utilize seu material genético após a morte.

Todavia, defende-se que as presun es do art. 1.597, CC/2002   *juris et de jure*, esta não admite impugna o da filia o por força do direito Constitucional e da socioafetividade, se trata de uma presun o absoluta quando acatada todas as suas formalidades.   sabido salientar que a autoriza o para a utiliza o das técnicas não   de natureza infinita, na hipótese de dissolu o da sociedade conjugal   preciso que se faça a revoga o desta, mas segundo Maria Berenice (2011), contanto que ocorra antes da implanta o do embrião no ventre da mulher. Ao mesmo tempo, como visto anteriormente Carlos Roberto Gonçalves (2014) afirma que mesmo que não cumpridas as formalidades legais a boa-f  da rela o privada não se sobressai sobre o princípio da dignidade da pessoa humana que reveste o filho que está por vir.

Quando se fala em presun o de paternidade, em sentido restrito daquele que subsiste a morte do marido que   encontrada no art. 1.597, III do Código Civil de 2002, esta presun o está incluída em uma categoria de temas que mais tem causado divergência doutrinária. Maria Berenice (2011) traz a baila que há quem exija que a mulher, para submeter-se ao procedimento de fecunda o, se mantenha no estado de viúva. Tal exigência   de caráter preconceituoso, e mais, não traz certeza alguma, quem irá garantir que ela não mantem ou manteve rela es

sexuais com alguém, até porque, com o advento no exame de código genético, o DNA essa exigência se torna absurda e incerta.

Cabe ressaltar que embora seja previsto a previsibilidade de proibição de identificação do proprietário do material genético, nada obsta que o fruto desse procedimento, ou seja, o filho, não possa entrar com futura ação de investigação de paternidade. Salienta que se tratando de embriões excedentários a lei veda a utilização na inseminação Heteróloga. Carlos Roberto Gonçalves (2012), que a lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar.

Carlos Roberto Gonçalves segue a corrente que também é seguida por Maria Berenice Dias de que, havendo autorização do homem, por força da socioafetividade a paternidade não poderá ser revogada. Esta corrente trata como imoral, antijurídico, injusto e torpe, que fosse previsto em lei a possibilidade de desistência da paternidade.

Todavia, os apontamentos acerca da técnica de reprodução assistida heteróloga é somente por critério de demonstrar as espécies, já que, o foco do trabalho monográfico é, o direito sucessório de filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

3.2 Homóloga

A técnica de reprodução assistida Homóloga se dá com a utilização do material genético do próprio casal, cita Lisboa (2012), o cônjuge varão mesmo é quem fornece o material genético, isto é, o esperma, enquanto é utilizado o próprio óvulo da cônjuge virago. A inseminação artificial

homóloga encontra-se no art. 1.597 incisos III e IV do Código Civil, ou seja, a técnica *in útero*.

Todavia, também pode-se, com a utilização do material genético do casal realizar a técnica *in vitro*, haja vista, prescrição médica por alguma razão, porém para uma grande discussão a cerca dos embriões excedentários, como aponta Flávio Tartuce (2013), diz que esses embriões são decorrentes da manipulação genética, mas que não foram introduzidos no ventre materno, *estando crioconservados* em clinicas de reprodução assistida, entendimento do enunciado 107 da Primeira Jornada de Direito Civil do STJ, contudo, o trabalho não se aprofundará a cerca da natureza jurídica dos embriões excedentários.

O Código Civil como já fora citado não disciplinou sistematicamente a questão da filiação por reprodução assistida, mesmo com algumas certezas, está carregado de questões que acabam tendo que serem solucionadas com princípios fundamentais. Leciona Maria Berenice (2011), que na inseminação homóloga não necessita de autorização do marido, que a Cláusula “mesmo que falecido o marido” deve ser interpretada tão somente para fins de paternidade. Importante ressalva de respeito a um prazo de 300 dias da morte do varão, porém não é o que defende o informativo 267 da Primeira Jornada de Direito Civil do STJ com visto anteriormente.

Não para grandes discussões a cerca da modalidade de técnica de reprodução assistida, pois esta ocorre por consentimento do casal e sem este não existiria. A grande motivação de infinitas distinções e batalhas doutrinárias é por consequência da modalidade prevista no inciso III do

art. 1.597 do Código Civil “*post mortem*”, problema geral do trabalho e infinita discussão que gerou toda uma pesquisa bibliográfica, não somente tratando da possibilidade de se realizar a técnica de reprodução assistida, mas conseqüentemente o momento de aquisição da personalidade jurídica e do direito sucessório.

3.3 Homóloga post mortem

Conceitua Carlos Roberto Gonçalves (2012), que a fecundação ou inseminação artificial *post mortem* é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador (marido ou companheiro), por meio de técnicas especiais. É sobre essa possibilidade de reprodução que paira infinitas discussões jurídicas, de fato o Direito Civil é privado e o Estado deve interferir no mínimo possível, para que este poder soberano não venha a interferir no âmbito “alheio”. A corrente majoritária e a própria Lei já prever a possibilidade da técnica de reprodução, mas com algumas condições, uma delas é que a mulher esteja no estado de viúva, o que sofre grande crítica no cenário doutrinário pela Autora Maria Berenice Dias como citado anteriormente que tal condição é absurda.

Lisboa (2012) acena que A Lei Civil atribuiu efeitos jurídicos à técnica de reprodução assistida homóloga, determinando presunção de paternidade de quem cedeu o material genético. Para tanto, deve haver o consentimento prévio do marido, logicamente antecedente a sua morte, embora haja grande distinção em relação à formalidade da autorização, mas é necessário que se tenha uma autorização que tenha sido redigida em vida pelo marido e que desta não tenha sido sucedido qualquer revogação expressa do documento, ou seja, que antes da

morte o marido não tenha desistido da efetivação póstuma da técnica de reprodução homóloga *post mortem*.

Observa-se que o código não prever qualquer que seja a formalidade desta autorização, mas alguns doutrinadores pátrios seguem a corrente de que esta formalidade deve ser a da parte geral do Código Civil, a da regulação geral da forma e da prova do ato e do negócio jurídico.

Nestes casos no sentido de direito da personalidade está mais que pacífico o entendimento de direito do filho a qualquer tempo, ocorrem casos em que o pai autoriza, mas não assume, é importante citar a súmula de nº 149 do STF que prevê a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade.

Segundo Pinto (2008), o marco inicial das discussões sobre a técnica de reprodução assistida Homóloga *post mortem*, originou-se do romance protagonizado por um casal francês que enxergava na utilização desta técnica a única chance de realizar o sonho de gerar filhos. O caso do “Affair Parpalaix” em 1984 que narra a história de um casal apaixonado em que o futuro marido descobriu um câncer nos testículos que após o processo de quimioterapia ficaria estéril, este procurou um centro de reprodução para conservar seu sêmen, após o casamento e em uma tentativa sexual veio a óbito e logo depois a esposa descobriu que não estava grávida, procurou o centro onde se encontrava guardado o material genético do seu falecido esposo e propôs a inseminação, o que não lograra êxito, pois no país a Lei não previa hipótese de inseminação *post mortem*, depois de uma longa batalha no judiciário a viúva

conseguiu que fosse feita a inseminação, mas infelizmente não fora possível, pois o matéria genético não mais estava fértil.

4 TEORIA DA RESERVA SUCESSÓRIA

Após todos os mecanismos que foram utilizados para pacificar o direito sucessório de filho advindo de inseminação artificial homóloga *post mortem*, constitucionalização do direito civil, força normativa dos princípios, dentre outras, a Teoria da Reserva Sucessória é o mecanismo de pacificação para todas as discussões anteriores que surge para preservar o direito do filho já concebido ou vivo e também do que está para ser concebido. Tempos atrás, o direito não tinha como versar sobre a sucessão *post mortem* no nível que hoje se encontra, pois as técnicas científicas eram “tímidas”. Porém, atualmente, após toda uma revolução científica, com o Direito se tornando cada dia mais humano e justo, pode-se não somente pensar no direito sucessório de filho advindo de inseminação homóloga *post mortem*, mas trazer soluções para efetivar um Direito líquido e certo.

Portanto, a Teoria da Reserva Sucessória estabelece um mecanismo para reservar parte do patrimônio do *de cujos* com a finalidade de se efetivar a sucessão do herdeiro necessário que está por vir, ou seja, ficará reservada uma quota legal do espólio na proporção das demais quotas para o possível herdeiro. Caso este não venha a adquirir direitos jurídicos e conseqüentemente

legitimidade para suceder, esta quota legal será partilhada em partes iguais para os herdeiros que sucederam anteriormente.

Como dito, esta Teoria tem como pilar a finalidade, fundamentação e temporalidade, sem dúvida a mais importante é a temporalidade que vai tratar de até quando este procedimento de reprodução assistida pode ter reflexos sucessórios, pois também é importante não se esquecer dos herdeiros vivos, que tem o mesmo direito do filho que está por vir. É necessário estabelecer uma regra para que o inventário transite em julgado, respeitando ao mesmo tempo a segurança jurídica.

É pacífico na Doutrina o direito sucessório *post mortem*, porém, existe uma grande dificuldade de como se dará e há qual tempo, neste norte existe discussão a cerca do lapso temporal em que a viúva poderá utilizar a técnica de reprodução com fim de filiação e conseqüentemente arrastando todos Direitos inerentes a personalidade para sua prole. Nesse norte podem-se encontrar alguns rumos na própria lei, como a petição de herança que tem um prazo prescricional de 10 anos conforme Súmula 149 STF combinada com o art. 205 do Código Civil de 2002; no mesmo interim por analogia a sucessão testamentária, a prole eventual vide art. 1.800, § 4.º do Código Civil de 2002 tem-se o prazo de 2 (dois) anos para a concepção.

Todavia, foi a evolução da genética que nos trouxe até esta “lacuna jurídica”, e a Lei de Biossegurança de nº 11.105/05 tem algumas peculiaridades justamente baseando-se em estudos

científicos, estes atualmente estipulam um prazo de 3 (três) anos no máximo para que a técnica de reprodução assistida estudada seja realizada com segurança e que o filho venha a nascer saudável. Foi baseado nesse estudo que a Lei supracitada em seu art. 5.º estabeleceu “é permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendida as seguintes condições”, inciso II “sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento”.

Registre-se, que observando a atualidade e a visão Constitucionalista do Código Civil, todos os dispositivos citados neste trabalho atendem o Princípio do Melhor Interesse da Criança e da Dignidade da Pessoa Humana. Portanto, a fundamentação desta Teoria se dá através da utilização do Princípio do Melhor Interesse da Criança, da Dignidade da Pessoa Humana, da Isonomia, dentre outros; A finalidade é garantir e estabelecer mecanismos para uma efetivação do Texto Constitucional que veda a distinção entre os filhos consequentemente trazendo uma base legal para o direito sucessório *post mortem* e; a temporalidade como explicitado anteriormente, baseando-se no melhor interesse da criança e no seu nascimento saudável, através da pesquisa científica, fica

estabelecido um lapso temporal de 3 (anos) a partir do colhimento do material genético, não do falecimento do *de cujos*.

Deve haver uma interpretação conforme a Constituição do art. 1.798 do Código Civil com a finalidade de que se evite uma declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, sendo, extensivamente, incluído como legitimado a suceder nas formalidades legais o filho advindo de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

6 CONCLUSÃO

A partir do que anteriormente foi demonstrado e apontado, que o direito civil apenas permite a utilização das técnicas de reprodução assistida, mas em momento algum cita o direito a sucessão legítima do filho advindo da técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem* que fora elaborado essa pesquisa. Os princípios no nosso ordenamento jurídico ficaram como critério de colmatação de lacuna, é na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que se encontram esses critérios, em primeiro lugar a analogia, em segundo o costume e em terceiro os princípios, ou seja, para cada caso concreto em análise pelo judiciário que não houvesse uma lei aplicável, o princípio só era aplicado em último caso.

Hoje não temos mais essa aplicabilidade, como citado anteriormente é com a chegada do pós-positivismo que o princípio ganha força normativa, desse modo todas as vezes que para um caso concreto não tenha lei aplicável, mas exista um princípio que se aplique, não existe mais lacuna por força da normatividade do princípio que não é

mais critério de colmatação, mas norma, e norma com supremacia e força axiológica.

Tanto a Lei quanto a jurisprudência é concretamente omissa com relação ao problema trazido a baila.

A respeito da discussão se o instituto do casamento é de natureza pública ou privada, este é de ambas, pois a família é de fonte de direito natural, mas ao casar-se em acordo com as leis dos homens, esses passam a ter que cumprir com o ordenamento civil, que prevê nulidades do casamento, os regimes de bens, ou seja, mesmo o casamento sendo algo natural, a convivência familiar ser milenar e de natureza humana independente de regramento, para uma boa convivência é preciso que o Estado tenha uma interferência, não de forma exagerada, mas de forma reguladora.

Hoje o afeto saiu do anonimato, ganhou força, mas infelizmente é passível de controle do Estado, ou seja, não deixou de ser natural, mas poderá ser norteado pelo homem, e é de importância que tudo aquilo que é natural não deve ser quantificado ou barrado pelo sistema, mas sim interpretado em sua essência, o homem é ou não afetivo por sua natureza, não se pode impor afeto de um indivíduo para o outro, essas forças não são humanas, são divinas, por tanto não se deve regular, apenas sentir.

É de tamanha importância citar a evolução Constitucional com relação aos direitos dos filhos, respeitando e fazendo com que seja respeitado o princípio da igualdade. Ao olhar para o passado e saber que a mulher era vista como material de produtividade e reprodução, de que

não tinha direito sucessório, que se o pai falecesse sem um filho varão quem tinha o poder de culto era o filho adotado, de que a mulher desde o ser filha ao ser esposa era objeto que devia total respeito ao homem, pater e esposo.

Deu-se início a era donde a família é a principal educadora da sociedade, em todos os sentidos, é fonte primordial de socialização do indivíduo, deixando esta de ser uma célula do Estado, hoje é vista como célula da sociedade, e como no seu surgimento é vista e defendida como o alicerce da, ou seja, como a estruturação do homem, desde seu nascimento até sua morte, todos os princípios do homem, que o carrega em seu modo de viver, estes ensinamentos devem vir corretamente de seu seio familiar, é por estas e outras razões que a família ganhou atenção do Estado.

O Código Civil alude que a transmissão da herança é de imediato, ou seja, faleceu a pessoa, automaticamente a herança se transmite aos seus herdeiros, porém a sucessão somente acontece a partir do trânsito e julgado da ação de inventário, quando o litígio ou acordo é levado ao poder judiciário para que seja feita a partilha das quotas. Um grande problema que ocorre no Brasil é a partilha de bens sem a elaboração de inventário, filhos que sem o consentimento dos pais ainda em vida, vendem a posse de terrenos, casas, etc. é demonstrado a importância de cadastrar os imóveis no cartório de registro público, para que futuramente não venha a aparecer porções de complicações perante a Receita Federal, e caracterizando a posse do bem imóvel, não a propriedade que é direito real, e tem efeitos *erga omnes*.

Após uma farta exposição de Teorias e princípios que pacificam a legitimidade sucessória do filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, dando uma interpretação a luz da Constituição ao artigo 1.798 do Código Civil, faz-se necessário apelar para o legislativo que seja hábil para evitar uma evidente ação de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo citado e outros mais. Neste norte como o critério do prazo para que se possa realizar a técnica de reprodução assistida, é importante salientar que se deve abster-se a quem tem competência científica para tanto, pois, o que estamos aqui descrevendo é em função da evolução científica que faz necessário o direito regular, não é possível que o Conselho Federal de Medicina legisle norma de caráter geral, porém é interessante que o poder legislativo observe as indicações do mesmo, como dito e percebido na lei de Biossegurança, o material genético está seguro para ser utilizado no máximo em 3 (três) anos.

Portanto, é muito importante observar não só a leitura do artigo 1.798 do CC a luz da Constituição, mas também utilizar a força normativa dos princípios para suprimir a “lacuna” legal, já que, não tem Lei que regule a determinada situação em análise. Lacuna entre aspas, pois o princípio é norma, todas as vezes que se pode aplicar um princípio a um determinado caso concreto, não existe lacuna, neste sentido respeitando os prazos estabelecidos em tópicos anteriores e o princípio da dignidade da pessoa humana em especial, não se pode fechar os olhos para o direito sucessório aqui defendido, se o pai colhe o matéria genético, é

sem dúvida, uma declaração de vontade que deseja utilizar da técnica “procriativa”.

Do mesmo modo em que o *neoconstitucionalismo* o Direito Privado não perde sua qualidade e característica, apenas uma “nova roupagem”, é primordial respeitar os interesses dos particulares, que não são proibidos de utilizar da técnica, a Lei não diz que o filho advindo de reprodução assistida homóloga *post mortem* não tem direito sucessório, ela apenas não fala, mas a Constituição da República veda, repudia, proíbe a distinção entre os filhos, o prazo de três anos, desde que bem estruturado e organizado formalmente não irá de maneira alguma prejudicar o princípio da segurança jurídica, o direito da personalidade e os atributos inerentes a eles em uma possível ponderação, com toda certeza se sobressairiam. Portanto é inadmissível acreditar em um não direito sucessório do filho advindo de técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

Negar o direito sucessório é escancaradamente afrontar diversos princípios Constitucionais e direitos fundamentais é com a bioética que se deve administrar e regular o uso dos métodos de reprodução assistida, para que o ser humano, a vida humana e o material genético humano não seja “coisificado”. Mas volto a afirmar que o reconhecimento da paternidade através da presunção do Código Civil, o reconhecimento do exercício do poder familiar, do direito da personalidade, obrigatoriamente todos os direitos inerentes à personalidade migram.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.98. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

____. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales. 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, Fabi Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

____. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

____. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

____. **Curso de direito civil brasileiro**, direito das sucessões, 20. ed, São Paulo: SARAIVA, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

____. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

____. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: direito de família e sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PINTO. Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida**: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 02 de Junho. 2015.

RELAÇÃO ENTRE DOCENTE E ALUNO: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OU ASSÉDIO SEXUAL?

TAYSON RIBEIRO TELES: Mestrando do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu - Mestrado em Letras: Linguagem e Identidade da Universidade Federal do Acre (UFAC). Especialista em Gestão Administrativa na Educação pela ESAB, de Vila Velha-ES (2014). Graduado, na Área de Administração, em Tecnologia em Gestão Financeira, pelo Centro Universitário Oswaldo Cruz, de Ribeirão Preto-SP (2013). Servidor Público Federal Efetivo do Ministério da Educação. Membro do Conselho Regional de Administração do Acre (CRA/AC), assentado no Registro n.º6-0079. Bem como, atualmente, é Acadêmico do 7.º Período do Curso de Direito da UFAC.

Resumo: O presente estudo se assenta no escopo de verificar se uma relação interpessoal amorosa (ou a tentativa de uma relação) entre um(a) docente/professor(a) de instituição pública e um(a) aluno(a) em que há forçosidade por parte daquele, que “assedia”o(a) aprendente, é considerada pela Ciência Jurídica pátria como Crime de Assédio Sexual ou de Improbidade Administrativa?

Palavras-chaves: Relação interpessoal amorosa. Docente. Aluno(a). Assédio Sexual ou Improbidade Administrativa?

Abstract: This study is based on the scope of verifying whether a loving interpersonal relationship (or trying a relationship) between a (a) teaching / teacher (a) public institution and (a) student (a) where there forçosidade by part of that, that "harass" the (a) learner, is considered by

the Legal Science homeland as Crime of Sexual Harassment or Administrative Misconduct?

Keywords: Loving interpersonal relationships. Teaching. Student (a). Sexual harassment or Administrative Misconduct?

Introdução

Na hodiernidade é consabido que apenas se pode forjar relacionamentos amorosos com pessoas, sejam do sexo oposto ou não, se houver a reciprocidade de desejo e volição pelo acontecer da relação. Não se pode obrigar outrem a relacionar-se amorosamente com quem não queira.

Nesse espeque, tal característica de somente ser factível erigir relações amorosas com quem queira integra a chamada liberdade sexual. Sendo que, para Noronha (1992, p. 99):

“Tal liberdade não desaparece nas próprias espécies inferiores, onde se observa que geralmente o macho procura a fêmea, quando ela se acha em cio, isto é, predisposta ao coito. Nelas, também, a requesta antecedente é o fato observado pelos zoólogos [...] Os odores, as cores, as formas, a força, o som, as danças etc. são sempre recursos postos em prática antes do amplexo sexual [...] No homem, a requesta antecede ao ato, mesmo entre os selvagens. São sempre a música e a dança os atos preliminares da união dos sexos, como anota Havelock Ellis [...] Fácil, pois, é conjecturar quão intenso é o

primitivismo bárbaro do que atenta contra a disponibilidade sexual da pessoa”.

1 Definição de Assédio Sexual

Maria Helena Diniz, apud Aref Abdul Latif, (1998) diz que Assédio Sexual é o ”ato de constranger alguém com gestos, palavras ou com emprego de violência, prevalecendo-se as de relações de confiança, de autoridade ou empregatória, com um escopo de obter vantagem sexual (p.298)”.

Nesse viés, pode-se definir o Assédio Sexual como a atitude de incomodar ou perseguir alguém com pedidos ou pretensões não correspondidas e insistentes, com conotação sexual explícita ou implícita. Desse *modus*, trata-se de um comportamento sexual não desejado pela sociedade, porquanto afeta a liberdade individual do corpo, que é tanto entronada no Brasil ao ponto de no Direito Penal figurar o minimalismo (somente se vai para a cadeia- cerceamento da liberdade do corpo- por crimes relevantes).

2 Relação entre docente e aluno: improbidade administrativa ou assédio sexual?

É sabido que o Assédio Sexual pode ocorrer não só no ambiente de trabalho, mas também entre professores e alunos; em hospitais, com médicos e pacientes etc., mas, ***prima facie*, somente o Assédio Sexual nas relações de trabalho é punido no Brasil.** A Lei Federal n.º 10.224, de 16.05.2001, estabeleceu o artigo 216-A do Código Penal, o qual traz a definição legal para Assédio Sexual:

“Constranger alguém com intuito de levar vantagem ou favorecimento sexual,

prevalecendo-se o agente de sua forma de superior hierárquico, ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função (BRASIL, 2001)”.

Nesse passo, entende a maioria da doutrina pátria que para a configuração do tipo Assédio Sexual **o agente tem que se prevalecer da condição de superior hierárquico ou de sua ascendência**. Nesse foco, parece factível que, malgrado não seja superior hierárquico, o agente que detenha em relação à vítima certa ascendência, como é o caso de um professor em relação ao seu aluno, comete Assédio Sexual.

Nessa perspectiva, no crime de Assédio Sexual, exige-se a finalidade *de obter vantagem ou favorecimento* sexual, o que na doutrina clássica se chama de "dolo específico", bem como a condição de superioridade do agente em relação à vítima, decorrente de uma relação de emprego ou do exercício de um cargo ou função. Assim, poderia se depreender que caso o dolo do docente seja específico poderia sim haver Assédio Sexual de professor para com aluno.

Porém, entendem os Tribunais Superiores que o “Assédio Sexual” de professor *in faciem* de aluno não seria, em si mesmo, um Assédio Sexual. Seria um ato de improbidade administrativa.

Nesse prisma, veja-se excerto de julgado do STJ atinente a recurso proveniente do TJSC, em 2013:

STJ. Administrativo.Improbidade Administrativa.

Assédio sexual de professor da rede pública. Prova testemunhal suficiente.

Violação aos princípios da administração pública. Dolo do agente. Ato ímprobo. Caracterização. Precedentes do STJ. Lei 8.429/1992, art. 11. 1. Cinge-se a questão dos autos a possibilidade de prática de **assédio sexual como sendo ato de improbidade administrativa previsto no caput do art. 11 da Lei 8.429/1992**, praticado por professor da rede pública de ensino, o qual fora condenado pelas instâncias ordinárias à perda da função pública. [...]. 4. É firme a orientação no sentido da imprescindibilidade de dolo nos atos de improbidade administrativa por violação a princípio [...] **(DOC. LEGJUR 137.4285.0000.2300) (Grifos nossos)**.

Considerações Finais

Portanto, o desiderato do presente trabalho chega ao fim com a constatação de que uma relação interpessoal amorosa (ou a tentativa de uma relação) entre um(a) docente/professor(a) de instituição pública e um(a) aluno(a), em que existe certa imposição por parte daquele, que “assedia”o(a) aprendente, é considerada pela **Jurisprudência** da Ciência Jurídica pátria como Crime de Improbidade Administrativa, o qual é possuidor de sanções mais graves em cotejo ao preceito secundário do Art. 216-A do Diploma repressivo pátrio.

Referências

AREF ABDUL LATIF, Omar. Assédio sexual nas relações de trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 41, maio 2007. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1826>. Acesso em: 02 jun. 2015.

CONSULTORJURÍDICO.COM. Artigo. **Assédio sexual de professor é ato de improbidade**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-23/assedio-sexual-professor-alunas-rede-publica-ato-improbidade>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

JusBRASIL. **TJ-SC - Apelacao Criminal : APR 230895 SC 2001.023089-5**. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5050014/apelacao-criminal-apr-230895-sc-2001023089-5>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

JUSNavegandi. **O novo delito de assédio sexual**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2285/o-novo-delito-de-assedio-sexual>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, vol. 3**, 20ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1992, p. 99.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA DO BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 02 jun. 2015.

_____. **Lei Federal n.º 10.224/2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110224.htm> Acesso em: 02 jun. 2015.

O CONTRATO DE APRENDIZAGEM E A ESTABILIDADE GESTANTE: (IN) APLICABILIDADE DO ITEM III DA SÚMULA 244 DO TST

TEDDY ARTHUR MONTEIRO TERÁN: Advogado e pós graduando em direito previdenciário pela Universidade Tiradentes.

RESUMO: O direito   profissionaliza o do jovem   parte integrante   sua forma o educacional. Possui previsão constitucional e infraconstitucional, no Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90) e no Estatuto da Juventude (lei 12.852/13). Por meio de inova o legislativa (leis 10.097/2000 e 11.180/2005), a CLT passou a prever e regulamentar o contrato de aprendizagem, como um contrato de trabalho especial e por prazo determinado. Entendimento inicial do TST de inadmissibilidade e posterior modifica o de entendimento em fun o de decisão do STF. Interpreta o do item III da súmula 244 conforme leitura da corte suprema a respeito da estabilidade gestante. Admissibilidade da estabilidade gestante aos contratos de aprendizagem.

ABSTRACT: The right to the young professional is part of the education of the youth training. Has constitutional and infra forecast, the Statute of Children and Adolescents (Law 8.069 / 90) and the Statute of Youth (Law 12,852 / 13). Through legislative innovation (laws 10.097 / 2000 and 11,180 / 2005), CLT now provides and regulate the apprenticeship contract as a special employment contract and for a specified period. Initial understanding of the inadmissibility of TST and subsequent modification of understanding in the Supreme Court decision

function. Item III interpretation of the scoresheet as 244 reading of the Supreme Court regarding the pregnant stability. Admissibility of pregnant stability to learning contracts.

SUMÁRIO: Introdução. Do direito à formação profissional do jovem. Do contrato de aprendizagem e da estabilidade gestante. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui embasamento na seguinte problemática: os contratos de aprendizagem estão abarcados pela expressão “contratos por tempo determinado”, utilizada na redação do item III da súmula 244 do TST?

À vista do questionamento acima, este trabalho possuirá como objetivo central: pesquisar aplicabilidade ou inaplicabilidade da estabilidade gestante aos contratos de aprendizagem.

Para tanto, este trabalho estará estruturado basicamente em dois títulos, quais sejam: a) do direito à formação profissional do jovem; b) do contrato de aprendizagem e da estabilidade gestante.

No primeiro título serão estudados as bases constitucionais de sustentação do contrato de aprendizagem.

No segundo título será enfrentado o objeto desta pesquisa e, em título seguinte, serão procedidas as considerações finais e conclusivas.

1 DO DIREITO À QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL DO JOVEM

O direito à qualificação profissional do jovem possui previsão no art. 205 da Constituição da República de 1988[1], que possui a seguinte redação: *a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*

Segundo o art. 227 da CRFB/88: *é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito (...) à profissionalização (...).*

Interpretando os dispositivos acima, CELSO DE MELLO[2] acentua que o conceito de educação: “é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução”, devendo: “... propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando”, tendo: “por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho (...)”.

Atento a este espírito, e não menos importante, são as preleções legislativas no plano infraconstitucional, que podem ser observadas precipuamente em dois diplomas, quais sejam: o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA[3] e o Estatuto da Juventude[4].

No que toca à criança e ao adolescente o ECA[5], por meio da redação do art. 62, prevê que é garantida a formação técnico-profissional, de acordo com as diretrizes e bases da educação.

Dissertando acerca do terminologia “formação técnico-profissional”, utilizada pelo diploma acima, MARIA INÊS CUNHA[6] assevera que esta expressão refere-se: “a garantia de acesso e

frequência obrigatória ao ensino regular” e também à “atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente e horário especial para o exercício das atividades” [7].

Quanto à qualificação profissional do jovem, o art. 14 da lei 12.852/2013 expõe que: “O jovem tem direito à profissionalização, ao trabalho e à renda, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, adequadamente remunerado e com proteção social”. Assegura ainda que, *in verbis*:

Art. 15. A ação do poder público na efetivação do direito do jovem à profissionalização, ao trabalho e à renda contempla a adoção das seguintes medidas:

I-promoção de formas coletivas de organização para o trabalho, de redes de economia solidária e da livre associação;

II-oferta de condições especiais de jornada de trabalho por meio de:

a) **compatibilização entre os horários de trabalho e de estudo;**

b) **oferta dos níveis, formas e modalidades de ensino em horários que permitam a compatibilização da frequência escolar com o trabalho regular;**

III - criação de linha de crédito especial destinada aos jovens empreendedores;

IV - atuação estatal preventiva e repressiva quanto à exploração e precarização do trabalho juvenil;

V-adoção de políticas públicas voltadas para a promoção do estágio, aprendizagem e trabalho para a juventude;

VI-apoio ao jovem trabalhador rural na organização da produção da agricultura familiar e dos empreendimentos familiares rurais, por meio das seguintes ações:

a) estímulo à produção e à diversificação de produtos;

b) fomento à produção sustentável baseada na agroecologia, nas agroindústrias familiares, na integração entre lavoura, pecuária e floresta e no extrativismo sustentável;

c) investimento em pesquisa de tecnologias apropriadas à agricultura familiar e aos empreendimentos familiares rurais;

d) estímulo à comercialização direta da produção da agricultura familiar, aos empreendimentos familiares rurais e à formação de cooperativas;

e) garantia de projetos de infraestrutura básica de acesso e escoamento de produção, priorizando a melhoria das estradas e do transporte;

f) promoção de programas que favoreçam o acesso ao crédito, à terra e à assistência técnica rural;

VII-apoio ao jovem trabalhador com deficiência, por meio das seguintes ações:

a) estímulo à formação e à qualificação profissional em ambiente inclusivo;

b) oferta de condições especiais de jornada de trabalho;

c) estímulo à inserção no mercado de trabalho por meio da condição de aprendiz. (Grifo nosso).

Visando uma melhor implementação da política de profissionalização do jovem, as leis 10.097/2000 e 11.180/2005 fizeram inserir novos dispositivos na Consolidação da Leis Trabalhistas – CLT, que passou a partir de então a regulamentar o contrato de trabalho de aprendizagem, com vistas a suplementar a carência, neste particular, da educação brasileira[8].

2 DO CONTRATO DE APRENDIZAGEM E DA ESTABILIDADE GESTANTE

Como já se deixou antever anteriormente, o contrato de aprendizagem existe em função da realidade carente da educação nacional, conforme nos ensina MARIA INÊS CUNHA[9]:

As distorções do ensino brasileiro, os índices de repetência e de evasão escolar somados a? necessidade de o jovem ingressar no mercado de trabalho, ainda que informal, para complementar a renda familiar, contribuem para pouca profissionalização ou baixa qualificação.

Em vista disso, o contrato de aprendizagem foi introduzido no diploma consolidado por meio das leis 10.097/2000 e 11.180/2005, fazendo assim surgir essa nova espécie de contrato de trabalho, com finalidade peculiar[10].

A partir de tal introdução, a legislação consolidada considera aprendiz “o trabalhador menor de vinte e quatro anos e maior de quatorze anos, sujeito a? formação metódica do ofício em que exerça o seu cargo”[11].

Conforme o parágrafo único do art. 6º do Dec. 5.598/05[12], a formação metódica consiste em: “atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho”.

Em relação à finalidade da aprendizagem, conforme já entendeu o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região: “O contrato de aprendizagem objetiva a formação profissional de jovens de 14 a 24 anos, com o objetivo de inseri-los no mercado de trabalho”[13].

Em razão dessa finalidade peculiar o contrato do jovem aprendiz se diferencia das demais justamente por visar a “inserção no mercado de trabalho em condições adequadas”[14], diferentemente dos

outros contratos de trabalho, que regulamentam sujeito já inserido no mercado de trabalho.

Para a consecução desse objetivo, a Recomendação nº. 87 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, orienta que o empregador preste auxílio ao “indivíduo para resolver problemas referentes à escolha de uma profissão ou ao processo profissional, levando-se em conta as características do interessado e a relação com as possibilidades do mercado de trabalho” [15].

Uma vez que o contrato de aprendizagem se presta a inserir o aprendiz no mercado de trabalho, o contrato “deve ser ajustado por escrito e por prazo determinado não superior a dois anos, exceto quando se tratar de aprendiz portador de deficiência” [16].

Segundo o Tribunal Superior do Trabalho – TST, o empregador se obriga a dar cumprimento a ele pelo prazo previsto em lei para a aprendizagem, mas não se obriga a contratar definitivamente o aprendiz; e ainda, doutro lado, também, o aprendiz não está obrigado a continuar a prestar serviço à empresa [17].

Em outras palavras, ALICE MONTEIRO DE BARROS [18] ensina que: “no contrato de aprendizagem, a principal obrigação do empregador é propiciar a formação profissional (obrigação de fazer), seguida da obrigação de pagar salário (obrigação de dar)”.

Face essa finalidade do contrato de aprendizagem, as empresas de qualquer natureza estão obrigados a empregar e matricular jovens-aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem em número equivalente a 5%, no mínimo, e 15%, no máximo, dos

trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional (conforme redação do art. 429 da CLT c/c art. 9º do Decreto 5.598/2005[19]).

Tal premissa interpretativa do contrato de aprendizagem justifica ainda o afastamento da aplicação de alguns dispositivos da CLT afetos ao contrato por prazo determinado (da natureza puramente profissional). Como é o caso das indenizações previstas nos arts. 478[20] e 480[21], do diploma consolidado, conforme determinação contida no §2º[22] do art. 433 da CLT.

Em suma:

Por meio de uma interpretação finalístico-teleológica da legislação trabalhista, mormente no que se refere ao capítulo previsto na CLT, verifica-se que a preocupação maior do legislador é garantir sua inserção no mercado de trabalho em condições adequadas ao seu desenvolvimento saudável, devendo-se averiguar as atividades que serão desenvolvidas pelo menor aprendiz, a fim de evitar o labor em circunstâncias impróprias e em locais que coloquem em risco sua saúde e integridade física[23].

Portanto, à vista de se tratar o contrato de aprendizagem como espécie de contrato por prazo determinado, surge aqui outro aspecto relevante a ser considerado, qual seja: a estabilidade gestante.

Isso porque, conforme entendimento consolidado do TST, nos contratos por prazo determinado, há também a garantia da estabilidade provisória da gestante, estabelecida no art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (item III da Súmula 244[24]).

A estabilidade gestante foi inserida no texto da CLT por meio da lei 12.812/2013, que fez nascer o art. 391-A, com o teor de que o estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória do ADCT.

De acordo com o STF e com o TST, a estabilidade decorre do só fato de estar em estado de gestação a empregada, independentemente de ciência por parte do empregador. Tal fenômeno decorre da adoção da teoria objetiva da garantia à estabilidade gestante. Senão vejamos, no STF

SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, b) CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66)- PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO - O acesso da servidora

pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes (...)[25]

No TST:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. RECUSA DA EMPREGADA DE RETORNO AO TRABALHO. RENÚNCIA À ESTABILIDADE. INEXISTÊNCIA. A estabilidade da gestante encontra-se prevista no art. 10, II, letra b, do ADCT, que exige, para sua plena configuração, que a empregada esteja grávida na data da imotivada dispensa do emprego, ou seja, a estabilidade decorre do próprio fato da gravidez. Esta C. Corte adotou a teoria da responsabilidade objetiva, considerando que a garantia constitucional tem como escopo a proteção da maternidade e do nascituro. Nesse contexto, tendo em vista tratar-se a estabilidade provisória de gestante de uma garantia também ao nascituro, e não apenas à mãe, não há renúncia resultante da recusa da empregada de retornar ao trabalho,

conforme entendimento da e. SBDI-1. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 10, II, b, do ADCT e provido[26].

Contudo, imperioso se faz indagar aqui o alcance da expressão: “contratos por prazo determinado”, utilizada na redação do item III da súmula 244 do TST. Afim de que se possa saber se alcança ou não os contratos de aprendizagem, que passaram a ser regidos pela CLT.

Nesse diapasão, em julgamento de relatoria de MARIO SERGIO MEDEIROS PINHEIRO, em 16/10/2012, o TRT da 1ª Região, entendeu que:

CONTRATO DE APRENDIZAGEM. GESTANTE. DIREITO À ESTABILIDADE A estabilidade provisória decorrente de gravidez também é aplicável aos contratos de aprendizagem. O contrato predeterminado não tem o condão de inibir a estabilidade da gestante, a qual se configura em uma garantia constitucional inderrogável. A mera confirmação objetiva o estado gestacional, independentemente, da precariedade do contrato entabulado entre as partes, é o fator primordial para garantir à mulher a estabilidade requerida - entendimento ratificado pela jurisprudência de vanguarda do Supremo Tribunal Federal - guardião da Constituição da República. Recurso da reclamada que se nega provimento[27]

Da mesma forma, o TRT da 10ª Região, em julgamento realizado em 06/09/2013, sob a relatoria de RIBAMAR LIMA JUNIOR, entendeu que:

AGRAVO. DECISÃO PROFERIDA NOS TERMOS DO ARTIGO 557 DO CPC. EQUÍVOCO NA ANÁLISE DE PRESSUPOSTOS. Constatado equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, há que se dar provimento ao apelo. 2. CONTRATO DE TRABALHO POR TEMPO DETERMINADO. APRENDIZ. ESTABILIDADE DA GESTANTE NO EMPREGO. O direito da empregada gestante à manutenção provisória em seu emprego até cinco meses após o parto alçou ao patamar constitucional (ADCT, artigo 10, inciso II, alínea b), contexto que não se altera nas hipóteses de contrato de trabalho por prazo determinado, dentre eles o contrato de aprendizagem, conforme entendimento majoritário consagrado na Súmula nº 244, item III, do colendo TST. A despeito de sua finalidade especial - de formação técnico-profissional metódica -, não há dúvidas de que o contrato de aprendizagem qualifica-se como contrato de trabalho, razão pela qual a ele possui aplicação a Súmula citada. 3. Agravo conhecido e provido; recurso ordinário conhecido e desprovido[28].

Não é só, o TRT da 4ª Região, em julgamento realizado em 10/06/2014, sob a relatoria de MARIA MADALENA TELESCA:

O espírito da legislação pertinente - alínea b, do inciso II, do art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - é resguardar o nascituro; o dispositivo constitucional não restringe o direito à garantia de emprego à empregada contratada por tempo indeterminado. Logo, não cabe à norma infraconstitucional, que dispõe sobre o contrato de aprendizagem, afastar o direito assegurado à reclamante[29]

Preservando o entendimento acima, e em relatoria da mesma desembargadora, o TRT4:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONTRATO DE APRENDIZAGEM. As disposições contidas na alínea b, do inciso II, do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, visam a proteção do nascituro e aplicam-se aos contratos por prazo determinado, hipótese do contrato de aprendizagem, por aplicação do item III, da Súmula nº 244 do TST[30].

Em sentido contrário, o TRT da 10ª Região, em julgamento de relatoria da Desembargadora CILENE FERREIRA AMARO SANTOS, na data de 19/03/2014, entendeu que:

A extinção do contrato de aprendizagem por advento do seu termo não se confunde com dispensa sem justa causa, logo, não autoriza a aplicação analógica da Súmula 244, II, do TST, nem dos arts. 7º, XVIII, da CR, 10, II, b, do ADCT, logo, incólumes tais dispositivos[31].

Modificando o entendimento acima firmado àqueloutro caso, o TRT da 10ª Região, em julgamento de relatoria de JOSÉ LEONE CORDEIRO LEITE, na data de 29/10/2014, entendeu que:

ESTABILIDADE GESTANTE. CONTRATO DE APRENDIZAGEM. O art. 10, II, 'b', do ADCT, garante à empregada gestante a estabilidade no emprego a partir da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O objetivo social dessa norma é a proteção à maternidade, garantindo à gestante a reintegração no emprego dentro do período de estabilidade ou a respectiva indenização quando decorrido aquele. O Col. Tribunal Superior do Trabalho já firmou entendimento pelo reconhecimento do direito à estabilidade gestante, mesmo nos contratos por prazo determinado (Súmula 244 do TST)[32].

Apesar da tendência jurisprudência acima, o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Secretaria de Inspeção do Trabalho, expediu a Norma Técnica nº 70/2013/DMSC/SIT, com a seguinte ementa:

Aprendizagem. Estabilidade da empregada aprendiz gestante. Súmula 244. Inaplicabilidade. Caráter especial do contrato de aprendizagem, que tem por objeto a formação profissional do aprendiz, de modo que não se pode obrigar o empregador a firmar o que seria, na verdade, um novo contrato com regime jurídico diverso da aprendizagem e com objeto diverso (trabalho produtivo ao invés de formação profissional).

Todavia, em julgamento realizado em 22/11/2011, por voto de relatoria do Min. CELSO de MELLO, o STF, visando conferir maior efetividade às normas da CRFB/88, ao que se assemelha, possui interpretação ampliativa do termo “contrato por prazo determinado”. Vejamos:

As gestantes, quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário, têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do

estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, b), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952 . - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- -administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes.[\[33\]](#)

À visto disso, importante notar que esse entendimento ampliativo da garantia à estabilidade gestante aos trabalhadores em geral e aos contratos por prazo determinado, foi incisivo para a modificação do entendimento anterior do TST, que entendia, antes de 14/09/2012 (dada da sessão que alterou a redação do item III da súmula 244), que não era extensivo aos contratos por prazo determinado a estabilidade gestante.

A partir de então, tais contratos passaram a ser objeto da estabilidade gestante, vez que o que se quer proteger não é apenas o trabalho da mulher, mas sim, e principalmente, o nascituro[34].

Sendo assim, o direito do trabalho estaria atingido o seu desiderato legal, uma vez que, conforme a óptica de MAURÍCIO GODINHO DELGADO[35], o ramo trabalhista do direito possui como elementos caracterizadores o fato de ser “progressista e modernizante”.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, foi possível verificar que o direito à profissionalização é aspecto integrante do direito à educação, uma vez que esta deve propiciar a instrução e formação do cidadão, além de profissionalizá-lo e adequá-lo ao mercado de trabalho.

Diante da falha do sistema educacional brasileiro, o contrato de aprendizagem possui como finalidade a de proporcionar a profissionalização do jovem para que possa estar adequado à inserção ao mercado de trabalho.

Tal finalidade deve ser adimplida dentro de um prazo legalmente fixado para o contrato de aprendizagem, razão pela qual esse contrato se constitui como espécie dos contratos por prazo determinado.

Face essa natureza jurídica, os tribunais passaram a discutir se haveria ou não a incidência da estabilidade gestante, fixada no ADCT, aos contratos por prazo determinado, sendo a jurisprudência ainda vacilante.

Entretentes, é possível se extrair tendência do STF em se estender a estabilidade gestante aos contratos de aprendizagem, uma vez que as normas constitucionais devem possuir máxima efetividade.

Portanto, conclui-se que é a interpretação mais adequada ao termo “contrato por tempo determinado” é aquela que incorpore também os contratos de aprendizagem, conforme entendimento já manifestado pelo STF.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

_____. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Decreto-Lei nº 5.452/1943. Publicada no DOU em 14 de setembro de 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. Ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. Ed. São Paulo: LTr, 2012.

CUNHA, Maria Inês M. S. A. **Direito do Trabalho**, 6ª edição. Saraiva, 2010. VitalBook file.

CREMONESI, André. FABRE, Luiz Carlos Michel. **Direito Do Trabalho - Vol. 15 - Col. Preparatória Para Concursos Jurídicos**. Saraiva, 2011. VitalBook file.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional: versão compacta**, 9ª edição. Atlas, 2014. VitalBook file.

MARQUES, Fabíola. ABUD, Cláudia José. **Direito do trabalho**, 8ª edição. Atlas, 2013. VitalBook file.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 30ª edição. Atlas, 2014. VitalBook file.

PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito Constitucional**, 3ª edição. Método, 2013. VitalBook file.

NOTAS:

[1] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Art. 205.

[2] *Apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 30ª edição. Atlas, 2014. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522488117/page/858>>. Acessado em: 03/02/2014.

[3] BRASIL. Lei 8.069 de 16 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

[4] _____. Lei 12.852 de 6 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE.

[5] _____. Lei 8.069, 1990, Art. 62.

[6] CUNHA, Maria Inês M. S. A. **Direito do Trabalho**, 6ª edição. Saraiva, 2010. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502112759/page/242>> Acessado em: 02/12/2014.

[7] Segundo o art. 7º do Decreto 5.598/05: A formação técnico-profissional do aprendiz obedecerá aos seguintes princípios: I - garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino fundamental; II - horário

especial para o exercício das atividades; e III - capacita o profissional adequada ao mercado de trabalho.

[8] Para mais informa es sobre a educa o brasileira, acesse: <http://educador.brasilecola.com/trabalho-docente/a-qualidade-educacao-brasileira.htm>

[9] CUNHA, Maria Inês M. S. A. *Direito do Trabalho*, 6^a edi o. Saraiva, 2010. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502112759/page/243>> > Acessado em: 04/12/2014.

[10] Cf. Art. 428 e seguintes da CLT.

[11] GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, 19^a edi o. Forense, 2011. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4913-6/page/469>> Acessado em: 03/12/2014.

[12] BRASIL, Decreto 5.598 de 1^o de dezembro de 2005. Regulamenta a contrata o de aprendizes e dá outras providências. Publicado no DOU em 2 de dezembro de 2005.

[13] TRT-10, Relator: Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 19/03/2014, 3^a Turma.

[14] TST - RR: 6411220115110053, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/09/2014, 6^a Turma, Data de Publica o: DEJT 10/10/2014.

[15] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 449.

[16] MARQUES, Fabíola. ABUD, Cláudia José. *Direito do trabalho*, 8^a edi o. Atlas, 2013. VitalBook file. Disponível em:

<<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522478712/page/16>

> Acessado em: 03/12/2014.

[17] TST-E-RR-60.161/92.1 – Ac. SDI-1 3.348/97 – Rel.: Min. Vantuil Abdala. Revista Genesis. Curitiba, nov. 1997, n59, p. 672.

[18] BARROS, Alice Monteiro, *op cit.*, p. 452.

[19] _____, Decreto 5.598 de 1º de dezembro de 2005. Regulamenta a contratação de aprendizes e dá outras providências. Publicado no DOU em 2 de dezembro de 2005.

[20] CLT. Art. 478 - A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses.

[21] CLT. Art. 480 - Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem

[22] Art. 433. (...) § 2º Não se aplica o disposto nos arts. 479 e 480 desta Consolidação às hipóteses de extinção do contrato mencionadas neste artigo.

[23] TST, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 26/03/2014, 6ª Turma.

[24] _____, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 244: GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012: I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT); II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a

reintegra o se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade; III - A empregada gestante tem direito   estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposi es Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244> Acessado em: 13/12/2014.

[25] STF - RE: 634093 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/11/2011, Segunda Turma, Data de Publica o: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011.

[26] TST - RR: 5533520115150029 , Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 01/10/2014, 3ª Turma, Data de Publica o: DEJT 03/10/2014.

[27] TRT-1 - RO: 13452320115010079 RJ , Relator: Mario Sergio Medeiros Pinheiro, Data de Julgamento: 16/10/2012, Primeira Turma, Data de Publica o: 2012-11-08. E ainda, no mesmo sentido: TRT-1 - RO: 0001345-23.2011.5.01.0079 - DOERJ 08-11-2012. Relator: Mario Sergio Medeiros Pinheiro, Data de julgamento: 2012-10-16. 1ª Turma. Data de publica o: 2012-11-08.

[28] TRT-10 - RO: 145201310210000 DF 00145-2013-102-10-00-0 RO, Relator: Desembargador Ribamar Lima Junior , Data de Julgamento: 28/08/2013, 3ª Turma, Data de Publica o: 06/09/2013 no DEJT

[29] TRT-4, Relator: MARIA MADALENA TELESCA, Data de Julgamento: 10/06/2014, Vara do Trabalho de Viamão.

[30] TRT-4 - RO: 00003668020135040411 RS 0000366-80.2013.5.04.0411, Relator: MARIA MADALENA TELESCA, Data de Julgamento: 10/06/2014, Vara do Trabalho de Viamão

[31] TRT-10, Relator: Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 19/03/2014, 3ª Turma

[32] TRT-10 - RO: 01092201301010000 DF 01092-2013-010-10-00-0, Relator: José Leone Cordeiro Leite, Data de Julgamento: 29/10/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: 07/11/2014 no DEJT.

[33] STF - RE: 634093 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/11/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011.

[34] Segundo o TST: “...Nesse contexto, tendo em vista tratar-se a estabilidade provisória de gestante de uma garantia também ao nascituro, e não apenas à mãe...” (TST - RR: 5533520115150029, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 01/10/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014).

[35] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 61.

CONDUTA DE AÇÃO AUTORITÁRIA, NO INTERESSE DO ESTADO

DEIVID RODRIGUES DOS SANTOS:
Bacharelado em Direito, pela Faculdade AGES.

RESUMO: E este artigo conduz a uma reflexão sobre conhecimentos da arte política dos antigos, e ainda a dos estadistas de seu tempo, e expressa de forma inequívoca à mentalidade da época. Explicitando uma série de normas conselhos ao príncipe, o autor expôs uma conduta de ação autoritária, no interesse do Estado. Dessa maneira, Maquiavel demonstrou a política renascentista de constituir Estados fortes, com a superação da fragmentação do poder, que caracterizou de forma concreta a idade média.

PALAVRAS-CHAVE: Política; poder; povo; Estado; manutenção de poder.

1 INTRODUÇÃO

Os principados. Salienta ainda a definição de Estado que segundo ele que todos os governos que tiveram e têm autoridade sobre os homens assemelham-se a repúblicas ou principados. Adiante, propõe-se a descrever com mais ênfase, de acordo com suas peculiaridades, preliminarmente os hereditários e os mistos. A cerca destes, é de bom alvitre enunciar de sua concepção, que estes são os menos tangíveis de dominação por parte de um usurpador qualquer e também os de maior capacidade de preservação de poder em face da força existente no comando de um príncipe com característica já tradicional. Na questão das

leis, afirmando a maneira como se devem governar as cidades ou principados que, antes da conquista, tinham leis exclusivas. Maquiavel propõe a maneira de como devem discorrer as injúrias ao povo, que segundo ele todas devem ser impostas de uma só, nas sociedades orientadas por princípios e valores individualistas, as vontades e os desejos de cada um são sempre mais importantes que a vontade e os desejos da maioria. Contudo nas sociedades orientadas por princípios e valores comunitários, as coisas são bem diferentes bem à sociedade de hoje tem as mais modernas políticas e mecanismo de aplicação das leis àqueles cidadãos que direta ou indiretamente ferem os princípios constitucionais e legais para que, durando pouco tempo, marquem muito menos, por outro lado é também interessante a maneira com que as benesses devem possam ser proporcionadas ao povo, de forma paulatina, para ser bem melhor saboreadas por eles. Partindo desse princípio, denota-se que, para a chegada do cidadão comum ao principado é necessário conquistar a simpatia, que o levará a atingir seus objetivos. O autor afirma que somente estes principados são seguros e felizes devido às condições que o domínio religioso oferece a estes príncipes, Estados e súditos: os príncipes detêm o Estado, mas não o defendem, pois não há risco deste lhe ser tirado; e os súditos, mesmo não sendo governados, não se importam e nem pensam numa separação de seu príncipe.

No Estado, o poder mais alto encontra-se concentrado no imperador, que delega este poder para seus inferiores, os príncipes, os duques e todos os outros vassalos. Esse sistema feudal é uma imagem e uma réplica exata do sistema hierárquico

geral;   uma expressão e um símbolo dessa ordem cósmica universal estabelecida por Deus e que  , portanto, eterna e imutável. (Cassirer, 2003: 163-164)

2. A LIBERDADE, SÚDITOS, O ÓDIO

O Estado esta sempre preparado para emergência inesperada e, também, para que seus soldados o estimem e possam ser de confiança. Dentre as qualidades apontadas estão   generosidade, que deve se balanceada pela parcim nia e economia. Tão antag nicas quanto às características apontadas acima estão   crueldade e a piedade. Aliás, as considera es a este respeito tornaram, fizeram boa parte da fama do autor, com suas afirma es em rela o a ser temido ou amado. Ele afirma que, na impossibilidade de reunir ambas as características, ou de ter que renunciar a um deles,   melhor ser temido, pois trair a alguém a quem se teme   bem mais difícil do que a quem se ama. No entanto, ao passo que não se conquista o amor, deve-se evitar o ódio, respeitando os bens e as mulheres dos súditos. Um aspecto em destaque   no que diz respeito   posi o do príncipe para com os seus exércitos; não deve se importar com a fama de cruel para com eles, pois, sem esta fama, nunca se mant m um exército unido nem disposto a qualquer combate. A discussão de como evitar o desprezo e o ódio. O ódio aparece quando se perdem bens e honra, pois assim os súditos passam a viver insatisfeitos e o desprezo surge quando o príncipe   considerado volúvel e indeciso, características que ele deve evitar a qualquer custo. No que diz respeito às fortifica es a obra mostra que deve construi-las e armar parte de seus súditos para sua própria segurança, caso tenha medo de seu povo, mas em caso contrário,

deve abandoná-las. Os de melhor caráter são os que pensam, sobretudo no príncipe, sem procurar útil para si próprio em todas as ações que comete.

Esse crescimento do homem e do indivíduo projetou-se como fundamento das novas relações sociais sobre as quais foi erigida a sociedade européia moderna, e figurou, da mesma forma, no centro das construções políticas correspondentes “a constituição da modernidade não dizia respeito à teoria isolada, mas a atos teóricos indissolivelmente ligados a mutações de prática e realidade” (Hardt e Negri, 2001: 91-92).

As razões da ascensão e da decadência dos Estados e os meios pelos quais poderiam os estadistas fazer com que perdurassem. Mas o alcance do seu pensamento se projeta além dessa esfera de perquirição, em razão do qual é usualmente citado como tendo inaugurado a ciência política modernapessimista, no sentido de que o abuso do poder é intrínseco ao ser humano, ocorrendo sempre que a memória das condições originais de crise que levaram à constituição de cada forma de governo se perde no tempo e os detentores do poder nele se sentem seguros.

3 O ESTADO, PARTICIPAÇÃO ATIVAS DOS CIDADÃOS

Nas tarefas cívicas se torna uma exigência, assim como a organização institucional de um espaço em que o poder é exercido pelos membros da comunidade política. Vou deixar de lado aqui o problema das diferenças. Ruptura frente à tradição do pensamento político na medida mesmo em que demonstra o caráter agônico da vida civil, a “indissociável

sociabilidade” que une e separa os homens vivendo em um regime político marcado pelas incessantes. Confrontos das forças sociais. Em resumo, teríamos, de um lado, um republicanismo “institucional”, na perspectiva do qual a lei e a ordem são não somente os efeitos mas o âmbito próprio da liberdade e, de outro lado, um republicanismo “conflitivo” em que a sociedade   essencialmente aberta e o espaço público para a a o.

CONCLUSÃO.

Pode-se dizer que os fins justificam os meios,   verdade. Mas apenas na medida em que estes meios não entram em contradi o com os fins almejados. Quer dizer, nem tudo   permitido! São   aceitável aquilo que contribui para que se atinja o fim e que não represente a nega o deste. Toda experiência do ‘socialismo real’ expressa a comprova o histórica de que não basta proclamar certos fins – por mais justos que sejam –   preciso encontrar meios adequados. Muito já foi dito e escrito sobre esta assertiva. Ela permanece atual. Em primeiro lugar,   difícil não reconhecer que há uma rela o entre fins e meios. construtivo exige que ela se oponha   tirania,   corrup o,   fortuna e até mesmo   religião, naquilo que ela tem de indu o   paralisia e   passividade.

REFERÊNCIAS

ABENSOUR, M. **A democracia contra o Estado. Marx e o momento Maquiaveliano.**

trad. de C. P. B. Mourão, C. F. Santiago, E. D. Gal ry. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe.** São Paulo: Martin Claret, 1998.

WEBER, Max. **“Ciência e Política Duas Vocações”**. Tradução de Jean Melville. Martin Claret, 2001.

A SURDEZ E A EXCLUSÃO ESCOLAR

SHIRLEI MARIA DA SILVA COSTA:
Acadêmica da Faculdade AGES.

RESUMO: A surdez é uma incapacidade auditiva, a qual o indivíduo possui, ou seja, ele recebe as correntes sonoras, não tendo a possibilidade de compreender as expressões que são por essas correntes transmitidas. Desse modo, o indivíduo precisa ser inserido na sociedade e não ser excluído por ela.

PALAVRAS-CHAVES: Surdez; Inclusão; Exclusão.

1. INTRODUÇÃO

A surdez é a impossibilidade ou a pouca capacidade de ouvir.

O papel da família é de fundamental importância para a adaptação do surdo na sociedade, além do autoconhecimento de suas qualidades e talentos.

Nesse sentido, a exclusão social ocorrida em sala de aula para com surdos, pode ser acometida pela má formação de professores que demonstra o caos que reza a educação inclusiva, esta que deveria acolher e propiciar momentos comuns a todos os educandos, mas infelizmente nem sempre é assim.

O que na maioria das vezes ocorre, é o surdo ser deixado de lado, fazendo uma pintura sem nenhum cunho pedagógico, enquanto os demais discentes estão inseridos no processo de aprendizagem, contrariando o que determina o Decreto nº 5.626 de 22 de dezembro de 2005, o qual prevê:

Art. 22. As instituições de ensino responsáveis pela educação básica devem garantir a inclusão de alunos surdos ou com deficiência auditiva. (HONORA, 2009, p. 37)

2. A SURDEZ E A APLICAÇÃO DAS LIBRAS, COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL

Essa inclusão referida pelo decreto leva em consideração a inserção das Libras ao processo de ensino aprendizagem. Para que isso ocorra, faz-se necessária a formação dos docentes e a inclusão de um interprete à sala de aula.

A formação **desses** docentes na Língua de Sinais deve ser fundamental, pois, ela é primeira língua do sujeito surdo, ou seja, sua língua materna. Além disso, pode ser considerada uma tecnologia para o processo de ensino aprendizagem, pois, utiliza de artifícios pedagógicos que contribuem para a construção do saber.

Afinal, ser surdo não significa, como muitos pensam, não existir processos cognitivos, por utilizarem sinais para a comunicação.

O surdo pode se desenvolver com habilidades cognitivas e linguísticas ao lhe ser assegurada o uso da língua de sinais em todos os âmbitos sociais em que transita. (Gesser, 2009, p. 79)

Assim, como o indivíduo ouvinte, o surdo precisa se comunicar em todos os ambientes, desde instituições escolares, hospitalares, bem como, locais onde trabalha ou de lazer. Pois, o surdo possui habilidades inerentes a sua especificidade auditiva.

3. CONCLUSÃO:

Por fim, é preciso que a família compreenda a surdez como uma manifestação comum, pois assim, a sociedade resignificará seus conceitos e conseqüentemente, a formação do professor para que esteja coerente com o indivíduo que nela habita e convive, não mais sendo a surdez motivo de exclusão escolar e social.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

GESSER, Audrei. **Libras?: Que língua é essa? Crenças e preconceitos em torno da língua de sinais e da realidade surda.** São Paulo: Parábola, 2009.

HONORA, Márcia. **Livro ilustrado de Língua Brasileira de Sinais: desvendando a comunicação usada pelas pessoas com surdez.** São Paulo: Ciranda Cultural, 2009.