

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 454

(ano VII)

05/10/2015)

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



05/10/2015 Eduardo Luiz Santos Cabette
» [Classificação doutrinária da censura](#)

ARTIGOS

05/10/2015 Ederson Couto da Rocha

» [Embargos à execução fiscal e ausência de pressuposto de admissibilidade quando a penhora for parcial. Inteligência a partir do RESP N.º 1.272.827/PE](#)

05/10/2015 Gustavo Costa Ferreira

» [MP 685, serendipidade do planejamento tributário e void-for-vagueness](#)

05/10/2015 Barbara Silva dos Santos

» [Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo - Teoria do desamor](#)

05/10/2015 Camilla Holanda Mendes da Rocha

» [Aquaviários](#)

05/10/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Apontamentos à Proteção Cultural do Ofício das Raizeiras e Raizeiros do Cerrado: Explicitações à Tutela Constitucional de Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial](#)

05/10/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Jornada de trabalho: conceito, legislação aplicável, indisponibilidade, horas noturnas, diurnas, extras, limitações legais e particularidades desse instituto](#)

CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DA CENSURA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:
Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

A censura em um Estado Democrático de Direito é praticamente um tabu, mas precisa ser objeto de estudo a fim de que possa ser devidamente conhecida, seja para sua contenção em geral, seja para sua excepcional aplicação em casos de conflitos entre o Direito de Expressão e Informação e outros Direitos Fundamentais, de acordo com uma proporcionalidade e razoabilidade.

É neste sentido que se faz relevante uma classificação dogmática ou doutrinária da censura.

Uma primeira classificação importante diz respeito à “censura prévia” e à “censura *ex post facto* ou posterior”. No primeiro caso se pensa em um controle preventivo das comunicações que se pretende veicular. Já no segundo, não há esse controle prévio ou preventivo, mas sim a possibilidade de responsabilização penal, civil e administrativa em casos de abuso. Na “censura *ex post facto*” não há limitação à expressão e informação, mas há o estabelecimento da responsabilidade ulterior daquele indivíduo ou pessoa jurídica que produziu a comunicação.

Parte-se de uma concepção em que haveria uma vedação absoluta da chamada “censura prévia” num Estado Democrático. Não obstante, há que haver uma relativização dessa postura

quando os direitos de informação e expressão se chocarem com outros direitos fundamentais (v.g. intimidade, imagem, sigilo necessário em certos casos, seja no interesse público ou particular). Caberá à Constituição sopesar essas situações e à lei ordinária regulá-las nos parâmetros constitucionais. Ademais, a aplicação e interpretação dessas circunstâncias especialmente previstas devem caber tão somente ao Judiciário e jamais a um órgão de caráter meramente administrativo.

Existe ainda a “censura pública” e a “censura privada”. A primeira é implementada pelos poderes públicos, com sanções penais, administrativas e civis aos infratores. A segunda é levada a termo por entidades públicas em nome de seus interesses particulares. Aqui entram em campo mecanismos civis, empresariais, trabalhistas, econômicos, dentre outros. Por exemplo, quando um jornal, por interesses de anunciantes, não permite a publicação de uma matéria.

Fala-se ainda de uma espécie de híbrido entre as censuras pública e privada, chamado de “censura colateral”. Nela um ente privado vai censurar o exercício de informação e/ou expressão de alguém a fim de esquivar-se de eventuais responsabilidades civis ou criminais dispostas pelos poderes públicos. Por exemplo, havendo uma proibição de veiculação de pornografia infantil via internet, um provedor proíbe esse tipo de imagem e a retira do ar a fim de evitar sanções estatais.

Finalmente vale mencionar as denominadas “heterocensura” e “autocensura”. No primeiro caso entidades públicas e privadas exercem a censura de alguém ou de alguma pessoa jurídica por meio de um controle externo. No segundo caso os próprios responsáveis pela expressão ou informação decidem silenciar devido ao temor de represálias públicas ou sociais. Essas represálias podem surgir em forma de punições penais, civis ou

administrativas ou mesmo sob o aspecto de custos econômico – financeiros ou empresariais.

Releva ter em conta que a censura em si não é nem boa nem má. Há sim uma espécie de “presunção relativa” de que seja algo contrário à conformação de uma sociedade livre e democrática. No entanto, há situações em que as liberdades de expressão e informação necessitam de freios, como, ademais, todas as liberdades quando se chocam entre si e chamam à baila o princípio dos princípios, qual seja, o Princípio da Proporcionalidade. Acontece que nesse caso delicado este deve ser indicado pela própria Constituição e regulado cuidadosamente pela lei para aplicação pelo Poder Judiciário, jamais se permitindo que órgãos administrativos do executivo possam tomar a frente numa burocratização típica de um Estado Policial e Totalitário.

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL E AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE QUANDO A PENHORA FOR PARCIAL. INTELIGÊNCIA A PARTIR DO RESP N.º 1.272.827/PE

EDERSON COUTO DA ROCHA: Procurador da Fazenda Nacional; Especialista em Administração Pública pela FGV; Especialista em Direito Constitucional pela Uniderp (LFG).

RESUMO: A viabilidade da propositura de embargos à execução fiscal, nos termos da Lei n.º 6.830/1980 não prescinde da segurança do juízo, em atenção ao disposto no art. 16, § 1º, da lei referida. Tal exigência foi reafirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Resp n.º 1.272.827/PE. Importante destacar, no nosso entendimento, que a segurança do juízo, por meio de penhora, a qual abre a possibilidade de apresentação de embargos à execução fiscal, deve ser integral e não parcial, sob pena de reduzir o sentido da norma em questão a sua inutilidade, contrariando toda a lógica da execução fiscal voltada à satisfação do crédito do credor, *in casu*, crédito público. Esta análise tem pertinência porque não raro se verifica na prática que os Juízes recebem os embargos à execução fiscal e, por conseguinte, determinam a citação do Ente Público para apresentar impugnação, a partir da existência de penhora parcial, muitas vezes em valores irrisórios quando cotejadas com o crédito executado.

PALAVRAS-CHAVE Execução fiscal. Segurança do Juízo. Embargos à Execução Fiscal. Penhora Integral. Pressuposto legal.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo, ainda que de forma breve, pretende discutir a impossibilidade de se admitir embargos à execução fiscal, lastreado nos termos da Lei n.º 6.830/1980, quando a penhora não for integral. A atualidade da discussão reside no fato de que em algumas situações práticas, a despeito do julgamento do Resp n.º 1.272.827/PE, sob o regime previsto no art. 543-C, do CPC, os Magistrados estão

admitindo o processamento dos embargos à execução fiscal, ainda que ausente o pressuposto da penhora integral, o que, no nosso entendimento contraria o espírito da Lei n.º 6.830/1980.

2. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL E NECESSIDADE DE PENHORA INTEGRAL PARA SUA ADMISSIBILIDADE

O art. 16^[1], § 1º, da Lei de Execução Fiscal – Lei n.º 6.830/1980, de forma expressa condiciona a admissibilidade dos embargos à execução à existência de garantia do juízo, sendo a penhora uma das modalidades aptas a atender este pressuposto legal.

Com a introdução no sistema jurídico do art. 739-A^[2] do CPC, veio à tona a discussão acerca da pertinência legal em se continuar exigindo, como condição de admissibilidade dos embargos, a existência prévia de segurança do juízo, tendo em vista que o dispositivo legal referido não faz tal exigência.

Como se sabe, esta regra normativa permite o processamento dos embargos à execução independentemente de o juízo estar garantido.

A partir desta introdução normativa, uma boa parte da doutrina, assim como uma parte considerável da jurisprudência, manifestou posição no sentido de que os embargos à execução fiscal não mais necessitavam de garantia do juízo para serem admitidos.

Sem adentrar nos fundamentos jurídicos de cada uma das linhas de raciocínio, o fato é que o Superior Tribunal de Justiça, no exercício de seu mister – interpretação da legislação infraconstitucional – definiu que, em razão do princípio da especialidade, os embargos à execução fiscal, para serem admitidos, devem ser precedidos de garantia.

Por oportuno, transcreve-se a ementa do Resp n.º 1.272.827/PE:

1. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei n. 8.953, de 13, de dezembro de 1994, que promoveu a reforma do Processo de Execução do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - CPC/73), nele incluindo o §1º do art. 739, e o inciso I do art. 791.

2. Antes dessa reforma, e inclusive na vigência do Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional, e do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor, somente admitindo-os excepcionalmente. Em razão disso, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n.8.953/94, conforme o evidencia sua Exposição de Motivos - Mensagem n. 237, de 7 de maio de 1993, DOU de 12.04.1994, Seção II, p. 1696.

3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73,

com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa.

4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, §4º da Lei n.8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias.

5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação

de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (*fumus boni juris*) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.

7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido a alcançada pela jurisprudência predominante,[...]. [...]

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008. (REsp [1272827](#) PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, Julgado em 22/05/2013, DJE 31/05/2013)

Com efeito, com a definição da questão em análise na seara constitucional adequada, a consequência prática seria o não processamento dos embargos à execução fiscal quando não seguro o

juízo, por meio de penhora, tendo em vista a ausência de um pressuposto legal de admissibilidade, nos termos do art. 267[3], inc. IV, do CPC.

Todavia, na prática o julgamento referido acima não está sendo observado em sua plenitude, uma vez que não raro os Magistrados têm admitido o processamento dos embargos à execução quando apresentada penhora insuficiente, ou seja, não integral, o que no nosso entendimento contraria a inteligência do julgamento em análise.

A admissão dos embargos nestas circunstâncias não se compatibiliza com a lógica e o espírito legal próprios do microssistema implementado pela Lei n. 6.830/1980, mormente porque tem o condão de esvaziar a eficácia material da execução fiscal, voltado, como é evidente, à satisfação do crédito público.

A exigência de prévia garantia do juízo, como condição para a admissão dos embargos à execução fiscal, tem por objetivo justamente realçar a primazia do crédito público.

Um ponto importante reside no fato de que a Certidão de Dívida Ativa, a qual dá lastro a execução fiscal, tem presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída, conforme dispõe o art. 204[4] do CTN.

Em outras palavras, considerando a presunção referida, não há lógica a admissão dos embargos à execução, a partir de uma garantia insuficiente e inidônea, até porque, o embargante poderá alegar em sua defesa toda a matéria que entender útil.

Em síntese, admitir embargos à execução fiscal quando o juízo não está integralmente seguro retira eficácia normativa do art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/1980, bem assim do art. 204 do CTN, além de contrariar a lógica específica implementada pelo microssistema da Lei de Execução Fiscal.

3. CONCLUSÃO

O Superior Tribunal de Justiça, no exercício de seu mister – interpretação da legislação infraconstitucional – definiu que, em razão do princípio da especialidade, os embargos à execução fiscal, para serem admitidos, devem ser precedidos de garantia.

Com efeito, com a definição da questão em análise na seara constitucional adequada, a consequência prática seria o não processamento dos embargos à execução fiscal quando não seguro o juízo, por meio de penhora, tendo em vista a ausência de um pressuposto legal de admissibilidade, nos termos do art. 267, inc. IV, do CPC.

Todavia, na prática o julgamento referido acima não está sendo observado em sua plenitude, uma vez que não raro os Magistrados têm admitido o processamento dos embargos à execução quando apresentada penhora insuficiente, ou seja, não integral, o que no nosso entendimento contraria a inteligência do julgamento em análise.

A admissão dos embargos à execução fiscal quando o juízo não está integralmente seguro retira eficácia normativa do art. 16, § 1º da Lei n.º 6.830/1980, bem assim do art. 204 do CTN, além de contrariar a lógica específica implementada pelo microssistema da Lei de Execução Fiscal, pensada para dar efetividade à execução do crédito público.

NOTAS:

[1] Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

(...)

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

[2] Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\).](#)

§ 2º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\).](#)

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\).](#)

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\).](#)

§ 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\).](#)

§ 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\).](#)

[3] Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [\(Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

(...)

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

[4] Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.

MP 685, SERENDIPIDADE DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E VOID-FOR-VAGUENESS

GUSTAVO COSTA FERREIRA: Advogado especialista em Direito Tributário e Direito Público, sócio-fundador do escritório Costa Ferreira & Hayashi - Advocacia e Consultoria.

Resumo: O presente ensaio cuida de relevantes questões referentes à relação entre as inovações promovidas pela Medida Provisória 685, de 21 de julho de 2015, e os direitos fundamentais do contribuinte no Estado Constitucional de Direito Brasileiro. Tem por objetivo, demais disso, fomentar o debate sobre os limites existentes ao Estado arrecadador no que se refere à restrição do direito do cidadão de organizar-se com vistas à redução de sua carga tributária.

Introdução

A medida provisória nº 685, de 21 de julho de 2015, nos seus arts. 7º a 12, criou a obrigação do sujeito passivo informar à administração tributária federal as operações e atos ou negócios jurídicos que acarretem a (i) supressão, (ii) redução ou (iii) diferimento de tributo. A iniciativa, alegadamente, almeja convergir a lida do planejamento tributário no Brasil com as recomendações da OCDE exaradas no plano de ações BEPS (*Action plan on Base Erosion and Profit Shifting*), mais precisamente com a recomendação nº 12 que abriga a determinação de revelação obrigatória (*mandatory disclosure rule*) de planejamentos tributários agressivos ou abusivos^[1].

Declaração obrigatória de planejamento tributário (*mandatory disclosure*)

O art. 7º da citada MP determina a peremptoriedade da informação pelo sujeito passivo – contribuinte e responsável

tributário – ao Fisco Federal do conjunto de opera es realizadas no ano-calendário anterior que redundem em economia tributária. A obrigatoriedade de tal declara o tem seus pressupostos revelados nos três incisos seguintes, a saber: (i) a ausência de razões extratribut rias relevantes   opera o perpetrada; (ii) a ado o de forma não usual, utiliza o de negócio jurídico indireto ou utiliza o de cláusula que desnature, ainda que parcialmente, os efeitos de um contrato t pico, por fim, (iii) outros atos ou negócios especificados em ato a cargo da Secretaria de Receita Federal.

A toda evidência, os pressupostos envolvidos no *mandatory disclosure* são quatro argumentos sabidamente utilizados para desconsidera o de planejamento tributário, já conhecidos pelos que estudam e militam na  rea. Resumidamente, no inciso I, emerge o (a) propósito extratribut rio, versão sutilmente mais branda do controverso *propósito negocial*. No inciso II, exsurge o (b) abuso de forma, (c) negócio jurídico indireto e (d) técnica de dissimula o. Conclui-se, em vista disso, que, na prática, toda ou quase toda declara o de planejamento tributário não será reconhecida pela Receita Federal do Brasil, de molde que a medida provisória aludida surgiu para facilitar o mister fiscalizatório do órgão fazendário. O  nico ponto positivo que, talvez, se pode extrair disso tudo   a incidência de apenas juros de mora nos tributos objetos de declara o obrigatória (art. 8 , da MP 685/15), dispensada a incidência das multas confiscatórias do art. 44, da Lei 9.430/96, hoje amplamente praticadas na fiscaliza o do planejamento tributário.

Serendipidade do planejamento tributário

Há de se observar, ademais, a consagra o pelo art. 7 , I, da MP, daquilo que se pode denominar de *serendipidade, colateralidade ou acidentalidade do planejamento tributário*, entendimento que, conquanto não revelado às claras e em som audível, impera entre os representantes das Fazendas Públicas quando instados a se manifestar sobre planejamentos tributários. O

vocábulo *serendipidade* designa o fenômeno da descoberta de coisas por acaso. Nessa quadra, a serendipidade do planejamento tributário traduz-se justamente no entendimento segundo o qual a economia tributária só pode ser oponível ao Fisco caso essa não seja a motivação precípua da operação, ato ou negócio jurídico realizado pelo contribuinte. Ora, dizer que um planejamento deve ter razões extratributárias relevantes é o mesmo que dizer que ninguém pode intencionalmente perseguir economia tributária. É dizer que será válida a economia apenas quando for um efeito acidental do comportamento do sujeito passivo da relação jurídico-tributária. Verdadeiro disparate.

Com efeito, caso prospere a medida provisória nesse particular, consagrar-se-á, definitivamente, o teratológico princípio da serendipidade do planejamento tributário que, além de contemplar uma contradição lógica, pois falar em planejamento acidental é um inequívoco oximoro, apresenta incontornável inconstitucionalidade, consubstanciada na subversão da liberdade e livre iniciativa do contribuinte por meio da positivação de uma autêntica legalidade invertida, na qual o Estado pode tudo e o cidadão só pode aquilo que lhe for expressamente permitido.

Entretanto, não se propõe, aqui, delinear os limites semânticos de cada um dos pressupostos para apresentação da declaração obrigatória de planejamento. Feitos esses lacônicos apontamentos, impende chamar a atenção ao elevado grau de imprecisão, fluidez e vagueza de cada um desses conceitos, exaustivamente debatidos na doutrina, mas nem próximo de se chegar a um consenso conceitual. Certo é que, se nem na academia logrou-se definir o âmbito de significação de cada um desses pressupostos, o será impossível ao cidadão contribuinte ou responsável tributário destinatário da novel obrigação de revelação obrigatória de planejamento tributário.

Void-for-vagueness doctrine

É neste cenário caótico que sobressai a importância da *void-for-vagueness doctrine* como parâmetro de validade das normas produzidas. Referida teoria, de ascendência do direito criminal norte-americano, exige que os atos normativos que limitem direitos fundamentais, para serem válidos, devem oportunizar ao cidadão-médio a compreensão dos seus elementos essenciais, tais como o que está permitido, o que está proibido, qual comportamento deve-se adotar e diante de que situações esse ou aquele comportamento deve ser adotado, quais as consequências do seu descumprimento etc. Dito de outro modo, a mensagem legislativa deve ser transmitida ao seu destinatário, o que só ocorre quando o legislador se vale de termos ou expressões precisos, unívocos, claros e determinados. Caso isso seja inobservado, hipótese em que o legislador regula condutas por meio de expressões nebulosas, plurissignificativas, ambíguas e indeterminadas, isto é, de conteúdo semântico quase indecifrável pelo cidadão-médio, a capacidade reguladora da norma resta prejudicada.

Nessa situação, quando há consideráveis dificuldades para captar a situação legislada, cabe ao judiciário declará-la nula por vaguides – *void-for-vagueness*. O fundamento de tal doutrina reside, na ciência jurídica norte-americano, no direito *due process of law*^[2]. No ordenamento constitucional brasileiro, teoria idêntica pode ser extraída dos direitos fundamentais à segurança jurídica e ao devido processo legal (art. 5º, XXXVI e LIV, da Constituição da República), os quais, aqui também, condicionam a repercussão das normas na liberdade e nos bens do cidadão a sua compreensibilidade e precisão.

No caso específico da MP 685/15, a vagueza e imprecisão dos termos utilizados para definir as hipóteses em que é obrigatória a declaração de planejamento tributário são tamanhos a ponto de se chegar à absurda situação de que, ou o sujeito passivo declara tudo que fez e que acarretou redução do seu custo tributário no ano-

calendário anterior, ou simplesmente fica à mercê da imposição das gravosas penalidades previstas no art. 12 da norma. Situação de insegurança absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Conclusão

Pelo exposto, à luz dos direitos e garantias fundamentais do cidadão contribuinte, o único destino certo à MP 685/15 deve ser a rejeição pelo Congresso Nacional, sob pena de se agravar, ainda mais, o cenário caótico de insegurança jurídica no país e de institucionalização do desrespeito dos direitos dos contribuintes. É questão imune a controvérsias a necessidade do combate ao planejamento agressivo e abusivo tal qual recomendado no plano de ação BEPS da OCDE, mas tal combate deve harmonizar-se com as limitações ao poder de tributar e consecutórios direitos e garantias do contribuinte. Uma medida quejanda deveria, para começar, ser veiculada por veículo normativo próprio, qual seja, lei em sentido formal emanada pelo Congresso Nacional. Demais disso, deveria contemplar taxativamente as hipóteses consideradas como ensejadoras do *mandatory disclosure*, de sorte a dirimir quaisquer subjetivismos e arbitrariedades na interpretação e aplicação da lei.

Referências bibliográficas

OCDE. *Action plan on Base Erosion and Profit shifting*. Disponível em :<http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

SCOTUS. *Connally v. General Constitution*. 1926. Disponível em:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/269/385/case.html>

Notas:

[1] Disponível para consulta em <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

[2] Nesse sentido, colaciona-se pronunciamento do Justice Sutherland no caso *Connally v. General Construction Co* 269 U.S. 385, 391 (1926), julgado pela Suprema Corte Norte-Americana: The terms of a penal statute [...] must be sufficiently explicit to inform those who are subject to it what conduct on their part will render them liable to its penalties... and a statute which either forbids or requires the doing of an act in terms so vague that men of common intelligence must necessarily guess at its meaning and differ as to its application violates the first essential of due process of law. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/269/385/case.html>

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO - TEORIA DO DESAMOR

BARBARA SILVA DOS SANTOS: Bacharelanda em direito na Faculdade Ages.

RESUMO: O presente trabalho discorre sobre a possibilidade de responsabiliza civilmente um genitor por abandono afetivo – teoria do desamor – bem como a identificação de sua natureza, o que reflete na possibilidade ou não de prescrição. Esse estudo traz entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, abordando a justificativa de diversas vertentes.

PALAVRAS-CHAVE: RESPONSABILIDADE, AFETIVIDADE, PRINCÍPIOS, ABANDONO, PRESCRIÇÃO.

1. INTRODUÇÃO

A necessidade de viver em comunidade é inerente ao homem, sendo necessária relação interpessoal ao seu autodesenvolvimento. Ao longo do tempo a família sofreu diversas transformações decorrentes da própria mudança social, nesse ínterim aparece a figura de casamento, o qual se tem, indubitavelmente, como mola propulsora de sua existência a religião, com fim de declarar formalmente a união entre o homem e mulher com caráter de exclusividade. Desde então, o direito de família tem tentado acompanhar a evolução da sociedade gerando a necessidade de regulação das relações entre os indivíduos.

Dentre as inovações relativas ao Direito de Família tem-se o estudo da possibilidade de responsabilização civil decorrente de abandono afetivo, objeto desse trabalho, tendo em vista que, atualmente, o quadro da família brasileira, deixa de se importar apenas com caráter biológico e se volta mais ao caráter afetivo.

Nesse sentido, pretende-se nesse trabalho identificar a possibilidade de se indenizar o filho que fora abandonado afetivamente por seu genitor(a), mesmo que este tenha cumprido com as obrigações geradas pelo poder familiar. Assim, esse estudo aborda posicionamentos jurisprudencial e doutrinário sobre o tema.

No primeiro tópico faz-se análise sobre a importância da família e convivência familiar e o poder dela decorrentes, necessários ao desenvolvimento do menor, bem como as hipóteses de perda do poder familiar.

Em segundo momento são expostos a principiologia pertinente a temática, destacando o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade e o da afetividade.

No terceiro tópico adentra ao assunto objeto desse estudo, expõe-se sobre a teoria do desamor e a possibilidade de indenização ao filho pela omissão do genitor (a), nesse sentido, são expostos os entendimentos da jurisprudência e da doutrina quanto ao tema.

Por último analisa-se a possibilidade de prescrição nesses casos a haja vista a discussão sobre sua natureza se tem caráter de Direito da Personalidade ou natureza de reparação, pois a partir dessa identificação se encontra a possibilidade de prescrição ou não.

2. FAMÍLIA E CONVIVÊNCIA FAMILIAR

É inimaginável uma sociedade sem família, sendo que esta é inerente ao homem, pois já nasce inserido nesse tipo de instituição. Sem ela não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica, haja vista que dela emana a estrutura do homem.

Seu papel fundamental pode ser considerado o de preparar o infante para o convívio social, acompanhando seu desenvolvimento, o

auxiliando as responsabilidades que terá, nessa perspectiva CHAVES consigna que

No âmbito familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividade de cunho natura, biológico, psicológico, filosófico..., também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha e de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade (2012, p. 38)

Diante de sua tamanha importância, nos dias atuais, a família tem tomado moldes diferentes baseados em critérios afetivos que vinculam os componentes, independentemente dos laços sanguíneos e tipo de família, uma vez que não se conhece, tal instituição, apenas aquela constituída pelo casamento ou, simplesmente, entre homem e mulher. Ela é responsável pelo pleno e harmonioso desenvolvimento da personalidade da criança, que deve crescer em ambiente de felicidade, amor e compreensão, como reconhece a convenção internacional dos direitos da criança.

Nesse sentido, como instituição exige-se dela determinadas condutas adotadas entre os componentes, como se extrai dos deveres recíprocos entre os cônjuges ou companheiros, bem como responsabilidades decorrentes do poder familiar.

Por este olhar o Código Civil prevê rol de deveres de ambos os cônjuges, como fidelidade recíproca, vida em comum no mesmo domicílio, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos,

respeito e considerações mútuos (Artigo 1.566), além de assumirem conjuntamente os encargos familiares (Artigo 1.565) gerados pela igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (Artigo 1.511 CC).

Em decorrência da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, baseado na igualdade de todos garantida constitucionalmente no Artigo 5º, I, é que não há mais que se falar em pátrio poder, como pregado pelo Direito Romano, mas poder familiar.

O poder familiar conforme STOLZE e PAMPLONA é considerado um “plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes” (2011, p. 586). Assim, esse poder representa uma autoridade conferida aos pais, não mais apenas ao varão, para que a exerçam sobre a criança enquanto menores. O artigo 1.634 do CC prevê algumas condutas decorrentes desse poder.

Da análise desse artigo pode-se identificar que, nos dias atuais, o poder familiar é a soma do exercício dos poderes entre os pais cujo interesse é voltado aos filhos e família, não ao interesse dos pais.

Nesse sentido, com advento da Constituição Federal de 1988 a devida proteção ao menor não cabe apenas aos pais, mas também à sociedade e Estado, como preceitua o Artigo 227 da Constituição Federal, como produto disso o poder familiar torna-se imprescritível, inalienável e indisponível, ainda que, com fim do vínculo conjugal, os pais não mais queiram, devem exercer tal papel, ainda que compulsoriamente.

Os excessos do exercício desse poder pode implicar em diversas sanções, sendo a perda do poder familiar medida excepcional e subsidiária, sendo aplicada somente quando outras medidas ou suspensão não forem suficientes para proteger, da melhor forma, a criança e adolescente e apenas por ato judicial. O Artigo 1.638 prevê as hipóteses da destituição:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Ante ao exposto é possível identificar o papel importante da família para a pessoa em desenvolvimento, bem como a importância dos laços de afetividade entre os componentes.

3. PRINCIPIOLOGIA PERTINENTE À TEMÁTICA

3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como princípio norteador do direito brasileiro, consagrado logo no Artigo 1º, III, da Constituição de 1988 pela sua tamanha importância, a dignidade da pessoa humana tem se tornado de suma importância no ordenamento jurídico e social, devendo ser encarado como fundamento de proteção ao ser humano e recebido nas relações familiares como pilar aos demais direitos e princípios.

Partindo da proposta alternativa, de Immanuel Kant, para a questão dos direitos e deveres do homem, pode-se considerar que cada indivíduo é um ser racional, merecedor de dignidade e respeito (SANDEL, 2014, p. 136). Desta feita, o imperativo categórico de Kant ensina os primeiros passos para se entender o princípio em tela: “haja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre ao mesmo tempo como um fim” (SANDEL, 2014, p. 154).

O respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana exige que se trate o homem como objetivo de qualquer ação, visando seu respeito e importância como ser racional, não coisa.

A dignidade da pessoa humana, além de elemento essencial aos direitos fundamentais é também um direito conferido ao homem, proteção dada aos seus direitos, visando atribuir sua importância perante a vida e sociedade, bem como ser alvo de direitos e valores constitucionalmente protegidos.

Esse princípio está ligado ao direito de família através de laços que buscam promover igualdade entre as instituições familiares, representada no repúdio ao tratamento diferenciado as várias formas de filiação ou tipos de família, maior relevância ao afeto, união, respeito, amor a fim de proteger a unidade familiar e sua dignidade, colocando a família como provedora de direitos ao lado do Estado e sociedade dentre os quais se destaca os da criança e adolescente.

Sob a ótica desse princípio, no tocante ao direito de família, tem-se a pessoa como alvo de proteção estatal, abrindo o leque que reconhece diversos núcleos familiares, não se restringindo somente a união de homem e mulher, como assevera GAGLIANO E FILHO:

“Sob o fluxo do princípio da dignidade humana, epicentro normativo do sistema de direitos e garantias fundamentais, podemos afirmar que a Constituição Federal consagrou um *sistema aberto de família* para admitir, ainda que não expressos, outros núcleos ou arranjos familiares para além daqueles constitucionalmente fixados, a exemplo da união homoafetiva” (2011, p. 77).

Considerando que é no âmbito familiar que a criança e adolescente se desenvolvem surge a necessidade de proteger sua dignidade, princípio inerente a todos independentemente de qualquer critério de diferenciação, principalmente por conta da fragilidade que se reveste, pois necessita de ajuda, tendo em vista não possuir a plena

capacidade para praticar determinados atos necessários a sua subsistência. Por isso, nasce a obrigação de todos proteger sua dignidade – artigo 15 do ECA – representada no reconhecimento da paternidade, igualdade entre os filhos, seja qual for sua origem, proteção à convivência familiar, dentre outros.

Por sua vulnerabilidade a criança e adolescente necessita de proteção familiar para zelar por sua incolumidade física, psíquica e afetiva, sendo dever não só dos familiares como também do Estado e toda sociedade respeitar e resguardar sua dignidade e demais direitos, como reza o Artigo 227 da Constituição da República e Artigos 15 e 18 do Estatuto da criança e do adolescente.

Desta forma, a afronta ao princípio do princípio da dignidade humana, no âmbito familiar, refletida na abstenção da afetividade, compreendida como suposta obrigação inerente ao exercício do poder familiar, pode ensejar em prejuízo ao desenvolvimento saudável e digno da criança e/ou adolescente e, por consequência, implicar responsabilização do desertor emocional, impingindo-o compensação por dano moral.

3.2. Princípio da Solidariedade Familiar

Corroborando com o princípio da dignidade da pessoa humana já exposto, a Magna Carta consagrou no artigo 3º, I, a solidariedade compreendida como deveres de cada indivíduo com os demais na construção de sua dignidade, transmitindo um olhar fraternal entre as pessoas. Afinal são os laços de afetividade, fraternidade e solidariedade que envolvem o direito de família.

Quanto à esfera familiar “esse princípio não apenas traduz afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação” (GAGLIANO e FILHO, 2011, p. 93).

Ao incidir sobre a família, a solidariedade impõe deveres a ela visando corresponsabilidade entre os integrantes, tendo em vista que dela emana os deveres conjugais, poder familiar e solidariedade parental, dos quais se espera cuidar, formar, desenvolver e educar os futuros cidadãos, conforme o Artigo 229 da Constituição Federal.

Ademais, sua aplicação direta é claramente identificada no Código Civil, especificamente no que concerne ao dever de prestar alimentos não só aos filhos como também a parentes, cônjuge ou companheiro (artigo 1694 CC), podendo, até mesmo, ser transmitido aos herdeiros no limite de sua herança, consoante Artigo 1.700 CC; adoção (Artigo 1.618); a obrigação dos cônjuges de concorrer para o sustento da família na proporção de seus bens ou rendimentos, independentemente do regime (Artigo 1.568 CC), dentre outros.

A solidariedade afetiva nada mais é do que o cuidado mútuo, identificado na obrigação dos deveres de lealdade, respeito, assistência, poder dos cônjuges, corresponsabilidades, afeto, zelo, independentemente da espécie de família ou origem do filho.

3.3. Princípio da Afetividade

É indubitável a necessidade de uma convivência saudável com pais para o desenvolvimento da personalidade dos filhos, o que não se esgota com a manutenção de aspectos materiais, como alimentos, educação formal e guarda, mas inclui, também, convivência e afeto, pois atualmente, a família não é formada apenas por vínculos sanguíneo, mas também por afetividade e carinho.

Ademais, toda criança e adolescente tem direito fundamental à convivência familiar, guarnecido constitucionalmente, sendo-lhe elemento constitutivo a afetividade. Pelo prisma de tal princípio, é imposto aos pais e responsáveis a obrigação de fornecer ao menor o afeto, uma vez que lhe cabe a responsabilidade por sua formação a fim de ser inserido de forma saudável na sociedade.

A jurisprudência desempenhou um papel muito importante na consolidação da afetividade no sistema jurídico brasileiro, vez que, em diversos casos concretos, reconheceu a afetividade:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. “ADOÇÃO À BRASILEIRA”.CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA.TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA.DECISÃO REFORMADA. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa apelante, apagando-lhe todo histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes a irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício próprio do apelado. (TJ/PR Apelação Cível 108.417-9, 2ª Vara de Família, Curitiba. Apelante G.S / Apelado A.F.S / Relator: Desembargador Acássio Cambi, julgado em 12.12.2001)

Nota-se que a decisão proferida no caso exposto ocorreu em 2001, ou seja, com base no Código Civil de 1916, fato que claramente se observa o judiciário reconhecendo o vínculo paterno-filial pela afetividade, mesmo sob o manto de uma legislação com visão tradicional, a qual ainda debruçada no caráter biológico, e advindo de uma adoção informal, adoção à brasileira.

O julgado supracitado foi à mola propulsora para as demais, servindo para solidificar o reconhecimento da afetividade no direito brasileiro, atualmente a afetividade e dignidade da pessoa humana tem servido de base para diversas decisões, as quais reconhecem vínculos parentais por meio da relação socioafetiva.

Outro fato interessante, que demonstra claramente a presença da afetividade como determinante do Estado de filiação, é o relacionado ao reconhecimento de filiação voluntária, quando por determinado momento, quando do afã da convivência com a genitora do menor, o varão registra a criança e/ou adolescente, porém quando a relação finda o pai afetivo ingressa com negatória de paternidade, visando anular o registro, sendo, analisando o caso concreto, o reconhecimento paterno-filial irrevogável, salvo por erro comprovado, como se depreende de um recente entendimento do STJ:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DO AUTOR. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO. AUSÊNCIA DE QUALQUER VÍCIO DE CONSENTIMENTO. ATO IRREVOGÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. "O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido

de que o 'pai registral' foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto" (Ministra Nancy Andrighi). (TJSC, Ap. Cív. n. 2010.044998-0, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 06/02/2012). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-SC - AC: 20110704580 SC 2011.070458-0 (Acórdão), Relator: Artur Jenichen Filho, Data de Julgamento: 09/09/2013, Câmara Especial Regional de Chapecó Julgado);

Quem, sabendo não ser o pais biológico, registra como seu filho de companheira durante a vigência da união estável, estabelece uma filiação socioafetiva, que produz os mesmos efeitos qual a adoção, ato irrevogável (TJ/RS, Ac.4º Grupo de câm.Cívs.,EI599.277.365,rel.Des.a.Maria Berenice Dias. J.21.10.99).

Nesse sentido identifica-se a valorização da afetividade no âmbito familiar na jurisprudência brasileira, a qual encontra respaldo em princípios constitucionais.

4. ABANDONO AFETIVO OU TEORIA DO DESAMOR: POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA RESPECTIVA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

A questão do abandono afetivo na filiação põe discussão acerca da possibilidade de responsabilização civil do genitor, em razão de sua conduta omissiva decorrente da não afetividade, e a capacidade de ensejar dano ao filho menor.

Inicialmente cabe ressaltar que a responsabilidade civil não ocorre de forma desenfreada, cabe a análise de cada caso concreto a existência dos elementos ensejadores, quais seja, conduta ilícita, dano, nexos causal,

e culpa (para alguns doutrinadores), debruçando-se, apenas, nesse trabalho, sobre os dois primeiros.

Quanto ao primeiro, tem seu conceito no Artigo 186 do CC, ocorre quando há ação ou omissão voluntária (dolo), negligencia ou imprudência (culpa) que viole direito de alguém ou lhe cause danos ainda que seja somente moral.

Ademais, quem comete o ato ilícito fica obrigado a reparar os danos decorrentes dele (Artigo 927 CC), seja material – perdas e danos (Artigo 944 e 402 do CC) consistentes nos prejuízos concretos e efetivos (Artigo 403 CC) - ou meramente moral. quanto a esse não há padrão de conceito que se possa identificá-lo, porém é possível entendê-lo através da doutrina, pelo qual, nessas entrelinhas, debruça-se sobre o que aduz Gonçalves,

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome(...) o que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação(2014, p. 387).

Nesse sentido, levando em consideração os deveres jurídicos dos pais com os filhos, o princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade é que o STJ entendeu a possibilidade de responsabilidade civil por dano moral, em análise ao caso concreto, por abandono afetivo de genitor que por sua omissão gerou dano à filha menor:

AFETIVIDADE, AMOR, MÁGOA, TEORIA DA RESPONSABILIDADE, RELAÇÕES INTRAFAMILIARES, INTERPRETAÇÃO TÉCNICA E SISTEMÁTICA DO DIREITO, DEVER DE ASSISTÊNCIA PSICOLÓGICA, PERSONALIDADE DO INFANTE, HIGIEZ PSICOLÓGICA, NECESSARIUM VITAE. É possível a

fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, pois, nos casos em que os pais se omitem do dever de dirigir a criação e educação dos filhos, a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade dos filhos, ofertando-lhes, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos. É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, pois o sofrimento causado à filha caracteriza o dano in re ipsa, traduzindo-se em causa eficiente à compensação. (VOTO VISTA) (MIN. SIDNEI BENETI) É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, ocorrendo, inclusive, tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, pois a existência do vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão. É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, exteriorizando-se o abandono em atos concretos como aquisição de propriedades, por simulação, em nome de outros filhos, falta de carinho, afeto, amor, apoio moral, falta de auxílio em despesas médicas, escolares, vestuário e reconhecimento da paternidade apenas

na esfera judicial, após longa resistência do genitor, pois está caracterizada a omissão efetiva do pai. (VOTO VISTA) (MIN. PAULO DE TARSO SANSEVERINO) É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai se omitiu do seu dever de cuidado para com sua filha, tendo resistido ao reconhecimento voluntário da paternidade, negado voluntariamente amparo material, deixado de prestar o imprescindível suporte moral, afetivo e psicológico e alienado fraudulentamente seus bens aos demais filhos, em preterição da mencionada filha, pois o genitor descumpriu totalmente seu dever de cuidado e infringiu flagrantemente as mais simples obrigações para com sua filha, ensejando tal situação o excepcional reconhecimento da ocorrência de ato ilícito no âmbito familiar, não configurando eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam indenização por danos supostamente sofridos. (REsp 1159242 / SP RECURSO ESPECIAL 2009/0193701-9, Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), Órgão Julgador T3 – TERCEIRA TURMA, 24/04/2012).

Paralelo ao entendimento jurisprudencial acima esposado, é curial salientar que há doutrinadores que da mesma forma enxergam a possibilidade de responsabilização decorrente do abandono afetivo, como preconiza STOLZE e PAMPLONA:

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter

punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor (2011, p. 737).

Por essa visão, cuidado, amor e demais sentimentos e ações produzidos pela afetividade não devem ser tratados como acessórios mas elevado a categoria de obrigação legal, uma vez que são essenciais ao desenvolvimento do menor, o que se discute, não é o amor, pois esse é uma faculdade, e, sim, a imposição do dever de cuidar.

Diferentemente de tal posicionamento, há julgados e doutrinadores que entendem não ser possível a indenização por dano moral decorrente do desamor, uma vez que não se pode exigir juridicamente amor de ninguém. Não se pode quantificar um sentimento, nem mesmo punir alguém pela não afetividade, pois o desamor não constitui ato ilícito para que enseje reparação.

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. A reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, no âmbito do direito de família, é sabidamente de interpretação restritiva, pois que, visando a traduzir o afeto humano em valor monetário, é marcada por enorme subjetividade, e não se configura pelo simples fato de os pais não terem reconhecido, de pronto, o filho. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70060154150, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,

Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 02/07/2014)

(TJ-RS - AC: 70060154150 RS , Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 02/07/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/07/2014).

Cristiano Chaves entende que a negativa de afeto entre o genitor e seu filho não implica indenização, uma vez que

Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros afetos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da obrigação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral. Enfim, em hipóteses de negativa de afeto, os remédios postos à disposição pelo próprio direito das famílias deverão ser ministrados para a solução do problema. Até porque a indenização pecuniária nesse caso não resolveria o problema central da controvérsia que seria obrigar o pai a dedicar amor ao seu filho – e, muito pelo contrário, por certo, agravaria a situação (2012, p. 164).

Considerando o acima exposto, a jurisprudência, bem como o posicionamento doutrinário majoritário, atualmente, debruçam-se no sentido de não haver possibilidade de se aplicar responsabilização pelo abandono afetivo, tendo em vista que não se configura ato ilícito, principal motivo caracterizador da indenização por dano moral, bem como, não se pode exigir afeto de outrem, principalmente por emprego da força jurídica, nem quantificá-lo ou punir genitor (a) por não amar. No entanto, esse entendimento não é consolidado, existem posicionamentos contrários, os quais constataam a possibilidade de indenizar, levando em

consideração que o cuidado é um fator muito importante no desenvolvimento do infante, assim, deve ser levado ao patamar de relevância, pelo impacto psicológicos que podem acometer o futuro adulto.

5.1. **PRESCRIÇÃO**

No caso de abandono afetivo, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de ter natureza de reparação civil, logo, sujeito à prescrição, que consiste em 3 anos, consoante Artigo 206, V, do Código Civil, contado de quando se atingiu a maioridade, tendo em vista que não corre a prescrição enquanto houver sujeição ao Poder Familiar (Artigo 197, II, c/c 1.630 ambos do CC), como se observa na recente decisão

PROCESSUAL CIVIL. ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL E MATERIAL. PRESCRIÇÃO. 1. Prescreve em 3 anos a ação de indenização por abandono afetivo, contados a partir da maioridade. Inteligência do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. 2. A reparação por danos morais e materiais decorrentes do abandono afetivo possui caráter econômico, motivo pelo qual não pode ser admitida como imprescritível. 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF - APC: 20140710162878 DF 0015915-14.2014.8.07.0007, Relator: SEBASTIÃO COELHO, Data de Julgamento: 24/09/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/10/2014 . Pág.: 199).

No mesmo liame e o STJ decidiu sobre o tema, posto no Informativo 502:

O prazo prescricional das ações de indenização por abandono afetivo começa a fluir com a maioridade do interessado. Isso porque

não corre a prescri o entre ascendentes e descendentes até a cessac o dos deveres inerentes ao p rio poder (poder familiar). No caso, os fatos narrados pelo autor ocorreram ainda na vigência do [CC/1916](#), assim como a sua maioria e a prescri o da pretensão de ressarcimento por abandono afetivo. Nesse contexto, mesmo tendo ocorrido o reconhecimento da paternidade na vigência do [CC/2002](#), apesar de ser um ato de efeitos *extunc*, este não gera efeitos em rela o a pretensões já prescritas. Precedentes citados: REsp 430.839-MG, DJ de 23/9/2002, e AgRg no Ag 1. 247.622-SP, DJe de 16/8/2010. REsp 1.298.576-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21/8/2012.

  de se ver, portanto, que a possibilidade de pretensão prescreve em três anos, tendo em vista ser considerado natureza de reparac o civil, não Direito da Personalidade, se o fosse seria imprescritível, sujeito a prescri o apenas com previsão legal.

6. CONSIDERA OES FINAIS

  guisa do exposto, apesar da controvérsia presente na doutrina e jurisprudência, que ainda não firmaram um entendimento solidificado sobre a responsabiliza o civil do abandono afetivo, não se pode elevar a categoria de obriga o o afeto, já que se insere no âmbito da individualidade de quem o oferta e violá-la também acarreta em prejuízo de igual jaez do sofrido pela criança e/ou adolescente supostamente abandonado.

Sob a vertente jurisprudencial para a responsabiliza o por abandono afetivo leva-se em conta o caso concreto, haja vista que o fato

de não reconhecer , de pronto, o filho, não pode ser elemento suficiente para caracterizar o dever de indenizar.

Já no âmbito doutrinário, embora exista doutrinadores que debruçam-se para a responsabilização, o entendimento majoritário é de descabimento, tendo em vista que não se pode exigir afeto de ninguém, nem mesmo punir por este motivo.

Do exposto, em consonância com o entendimento majoritário, o abandono afetivo, não deve servir como justificativa para exigir indenização pecuniária do genitor, embora a ausência do mesmo implique em graves consequências para o filho abandonado afetivamente. Para se compreender o cabimento da responsabilidade em comento, deve-se levar em consideração o caso concreto.

REFERÊNCIAS

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. - 4ª Ed. Vol.6. Salvador: JusPODIVM, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil- Direito de Família: A família em perspectiva Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUASSUNA, Ariano. **Auto da compadecida**.-34 ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. – 13ª Ed.- Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto.**Responsabilidade Civil**. - 9 ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126319324/apelacao-civel-ac_70059793620-rs/inteiro-teor-126319334. Acesso em 08 de novembro de 2014.

<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126514430/apelacao-civel-ac-70060154150-rs>. Acesso em 08 de novembro de 2014.

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=abandono+afetivo+e+dano+moral&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em 08 de novembro de 2014.

<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120946081/apelacao-apl-40664020128260022-sp-0004066-4020128260022>. Acesso em 08 de novembro de 2014.

AQUAVIÁRIOS

CAMILLA HOLANDA MENDES DA ROCHA: Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina - CEUT; Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci; Advogada.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 QUEM SÃO OS AQUAVIÁRIOS. 2.1 Distinção entre Aquaviário e Amador. 2.2 Distinção entre Aquaviário e Trabalhador Avulso Portuário. 2.3 Relação de emprego. 3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. 4 A LEI 9.537/97 E O DECRETO REGULAMENTAR 2.596/98. 4.1 Dos grupos de Aquaviários. 5 INGRESSO NA CARREIRA. 6 DOS DIREITOS DOS AQUAVIÁRIOS. 6.1 Segurança e Saúde. 6.1.1. Direito à alimentação. 6.1.2 Direito a higiene e conforto a bordo. 6.2 Férias. 7 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa discorrer acerca de uma classe de trabalhadores bastante peculiar: os aquaviários. Pretende-se conceituá-los, identificar as leis que os regem e, ainda, destacar os principais direitos da categoria.

2 QUEM SÃO OS AQUAVIÁRIOS

A Lei 9.537 de 11 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional, traz, logo em seu artigo 2º, disposições importantes para este estudo. É neste dispositivo que encontramos o conceito de Aquaviários (inciso II): é todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional.

Segundo Francisco Edivar Carvalho^[1],

O trabalho marítimo é realizado, exclusivamente, a bordo na execução de serviços afetos à navegação e à manutenção das embarcações que, de acordo com o porte, tipo de navegação, potência das máquinas etc. devem ter uma quantidade mínima obrigatória de tripulantes habilitados em cada função para serem conduzidas com segurança, segundo as normas da autoridade marítima, que é exercida pela Marinha do Brasil por meio da Diretoria de Portos e Costa. A supramencionada lei define tripulante como o aquaviário que exerce funções, embarcado, na operação da embarcação. Somente as pessoas engajadas na operação da embarcação é que são enquadradas como tripulantes, já que a bordo poderemos encontrar outros profissionais não-tripulantes a executarem atribuições estranhas à manutenção e à navegação, como garçons e cozinheiros, por exemplo, num navio de turismo.

2.1 Distinção entre Aquaviário e Amador

É importante ressaltar que o Aquaviário distingue-se do Amador. Ainda de acordo com o art. 2º da referida lei (inciso I), Amador é todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações de esporte e recreio, em caráter não-profissional. Portanto, apesar de ambos necessitarem de habilitação certificada pela autoridade marítima, apenas o Aquaviário pode operar embarcações profissionalmente.

2.2 Distinção entre Aquaviário e Trabalhador Avulso Portuário

O Aquaviário também não se confunde com o trabalhador Avulso Portuário. Este é regido pela Lei nº 12.815/2013 e não possui, ao contrário daquele, vínculo de emprego. O Trabalhador Avulso presta serviços de forma não-pessoal a diversos tomadores, sempre tomando o serviço por meio de um órgão gestor de mão de obra. De acordo com Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 307),

Não se deve confundir o trabalhador portuário com o trabalhador marítimo. O marítimo executa serviços profissionais necessários à navegação, a bordo de uma embarcação, com vínculo de emprego com a empresa armadora – art. 7º da Lei 9.537/97 (Lei de segurança do tráfego aquaviário.) Pode, excepcionalmente, movimentar as mercadorias transportadas quando o navio atraca no cais. Normalmente mora na embarcação e pode permanecer afastado do lar e da família por meses. Já o portuário executa serviços com (empregado portuário) ou sem vínculo (avulso), no porto, para movimentação de mercadorias provenientes do transporte aquaviário ou em atividades afins.

2.3 Relação de emprego

Como já citado anteriormente, uma das principais diferenças entre o Aquaviário e o Trabalhador Avulso Portuário é que este não detém vínculo de emprego com a empresa armadora. Já aquele, sim. O Aquaviário, à luz do Direito do Trabalho e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em especial o seu artigo 3º, presta

serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Não há dúvidas, portanto, de que o Aquaviário mantém uma relação de emprego regida pela CLT.

De acordo com Francisco Edivar Carvalho^[2],

Iniciada a prestação de serviço do marítimo ou de qualquer outro empregado, a carteira de trabalho e previdência social (CTPS) deverá ser assinada no prazo de 48 horas, previsão contida no artigo 29 da CLT. A data do assinalamento do contrato de trabalho na CTPS poderá ou não coincidir com a data de embarque constante na carteira de inscrição e registro (CIR) e no rol de equipagem, já que o trabalhador, em alguns casos, poderá ser contratado em cidade diversa, antes de embarcar, tendo que se deslocar para o porto de estadia do navio. *In casu*, configura-se tempo à disposição do empregador, a contar como efetivo tempo de serviço (art. 4º da CLT). As anotações de embarque e desembarque feitas na CIR, que é documento de certificação profissional expedida pela autoridade marítima, não garantem direitos trabalhistas. O documento hábil é a carteira de trabalho e previdência social. Além da assinatura da CTPS, em face das condições especiais em que o trabalho é desenvolvido, pode-se firmar contrato de engajamento escrito à parte, para reger a relação empregatícia.

3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Os Aquaviários são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Contudo, poucos são os dispositivos da Consolidação que tratam especificamente deste tipo de trabalhador. Assim, tendo em vista as condições diferenciadas desta profissão, especialmente pelo fato de os marítimos normalmente morarem na embarcação, a falta de dispositivos legais específicos pode gerar diversos problemas, inclusive, abuso de direito por parte dos empregadores.

Os Aquaviários também são regidos pela Lei 9.537/97 e seu Decreto Regulamentar, de número 2.596/98, bem como pelas seguintes convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, todas ratificadas pelo Brasil:

- Convenção nº 07 (Convenção sobre a Idade Mínima para Admissão de Menores no Trabalho Marítimo);
- Convenção nº 146 (Convenção Relativa às Férias Anuais Pagas dos Marítimos);
- Convenção nº 163 (Bem-Estar dos Trabalhadores Marítimos no Mar e no Porto);
- Convenção nº 164 (Proteção à Saúde e Assistência Médica aos Trabalhadores Marítimos);
- Convenção nº 166 (Repatriação de Trabalhadores Marítimos);
- Convenção nº 147 (Normas Mínimas de Marinha Mercante);
- Convenção nº 178 (Convenção Relativa à Inspeção das Condições de Vida e de Trabalho dos Trabalhadores Marítimos).

4 A LEI 9.537/97 E O DECRETO REGULAMENTAR 2.596/98

A Lei 9.537/98, além de trazer o conceito de Aquaviário, dispõe, em seu artigo 7º, o seguinte:

Art. 7º Os aquaviários devem possuir o nível de habilitação estabelecido pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações.

Parágrafo único. O embarque e desembarque do tripulante submete-se às regras do seu contrato de trabalho.

Este artigo reforça que a relação estabelecida entre o Aquaviário e a empresa armadora é de emprego. O contrato de trabalho firmado entre o empregado e o empregador é o instrumento que estabelecerá os detalhes específicos ao embarque e desembarque do Aquaviário.

4.1 Dos grupos de Aquaviários

Segundo o Decreto 2.596/98 que regulamenta a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional, os Aquaviários são divididos em seis grupos: Marítimos, Fluviários, Pescadores, Mergulhadores, Práticos e Agentes de Manobra e Docagem, vide o artigo 1º.

Art. 1º Os aquaviários constituem os seguintes grupos:

I - 1º Grupo - Marítimos: tripulantes que operam embarcações classificadas para navegação em mar aberto, apoio portuário e para a navegação interior nos

canais, lagoas, baías, angras, enseadas e áreas marítimas consideradas abrigadas;

II - 2º Grupo - Fluviários: tripulantes que operam embarcações classificadas para a navegação interior nos lagos, rios e de apoio fluvial;

III - 3º Grupo - Pescadores: tripulantes que exercem atividades a bordo de embarcação de pesca;

IV - 4º Grupo - Mergulhadores: tripulantes ou profissionais não-tripulantes com habilitação certificada pela autoridade marítima para exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação e prestar serviços eventuais a bordo às atividades subaquáticas;

V - 5º Grupo - Práticos: aquaviários não-tripulantes que prestam serviços de praticagem embarcados;

VI - 6º Grupo - Agentes de Manobra e Docagem: aquaviários não-tripulantes que manobram navios nas fainas em diques, estaleiros e carreiras.

Parágrafo único. Os grupos de aquaviários são constituídos pelas categorias constantes do Anexo I a este Regulamento.

5 INGRESSO NA CARREIRA

Para o ingresso em qualquer destes grupos, é preciso realizar cursos de ensino profissional marítimo. Após concluir todo o

procedimento, o Aquaviário receberá a CIR – Caderneta de Inscrição e Registro.

Sidney Pessanha, Capitão dos Portos do Piauí, em entrevista concedida à TV Delta e disponibilizada no canal Youtube, sobre a abertura de curso de Aquaviários naquele estado, informou que^[3]:

A Marinha do Brasil, ela tem a responsabilidade de formar o material, o pessoal humano que irá compor a tripulação das embarcações que operam nas águas jurisdicionais brasileiras. Essas embarcações são para as mais diversas finalidades, desde prospecção de petróleo, reboque, transporte de carga, transporte de passageiro, ou seja, esse curso destina-se a formar o pessoal subalterno que irá, após a conclusão do curso, estar habilitado a compor a tripulação dessas embarcações. É um curso destinado a todos os brasileiros maiores de 18 anos, que tenham nível de escolaridade acima da 9º ano do ensino fundamental, é um curso de duração de 3 meses, ministrado aqui nas dependências da Capitania dos Portos do Piauí, em horário integral, pela manhã e pela tarde. Esse curso é um curso de formação para que esse profissionais sejam colocados no mercado e possam conseguir emprego nas empresas que estão interessadas neste tipo de mão de obra qualificada. Não é um concurso público e de maneira nenhuma esse pessoal será automaticamente contratado pela marinha ou por qualquer empresa que seja. Então ele não tem

caráter de concurso público, é um curso que forma Mão de obra a ser contratada por empresas que operam na área marítima.

6 DOS DIREITOS DOS AQUAVIÁRIOS.

6.1 Segurança e Saúde

Além dos direitos previstos na CLT, como remuneração, férias, aposentadoria, recolhimento do FGTS, e outros, o Aquaviário tem direito a segurança e saúde no ambiente de trabalho. O Ministério do Trabalho e Emprego, com o objetivo de proteger e regulamentar as condições de segurança e saúde dos trabalhadores Aquaviários, editou a Norma Regulamentadora 30 – NR 30.

A NR 30 aplica-se aos trabalhadores das embarcações comerciais, de bandeira nacional, bem como às de bandeiras estrangeiras, no limite do disposto na Convenção da Organização Internacional do Trabalho de número 147, utilizadas no transporte de mercadorias ou de passageiros, inclusive naquelas embarcações utilizadas na prestação de serviços. Também se aplica aos trabalhadores das embarcações artesanais, comerciais e industriais de pesca, das embarcações e plataformas destinadas à exploração e produção de petróleo, das embarcações específicas para a realização do trabalho submerso e de embarcações e plataformas destinadas a outras atividades.

A cartilha “ABC do Trabalho em Embarcações”^[4], elaborada pelo Ministério Público do Trabalho, produzida em conformidade com a NR 30, assim assegura:

- Para a segurança dos trabalhadores aquaviários e dos demais passageiros, toda embarcação deve ser dotada dos equipamentos básicos de segurança e

salvatagem, no mínimo, de coletes salva-vidas, de boias salva-vidas, rádio comunicador VHF, material de primeiros socorros e sinalizados.

- O empregador deve fornecer gratuitamente aos trabalhadores embarcados uniforme, luvas e botas, além de outros equipamentos de proteção individuais quando a condição especial do trabalho exigir.

- O trabalhador precisa utilizar corretamente os dispositivos e equipamentos de segurança e estar familiarizado com as instalações, sistemas de segurança e compartimentos de bordo. Em razão disso, o empregador deve proporcionar treinamento e capacitação adequada aos seus empregadores.

6.1.1. Direito à alimentação

Segundo a NR 30, toda embarcação comercial deve ter a bordo o provisionamento de víveres e água potável, devendo ser observado: o número de tripulantes, a duração, a natureza da viagem e as situações de emergência. Deverá ser garantido um cardápio balanceado, cujo teor nutritivo atenda às exigências calóricas necessárias às condições de saúde e conforto dos trabalhadores, adequadas ao tipo de atividade e que assegure o bem estar a bordo.

Como os Aquaviários permanecem muito tempo confinados nas embarcações, o direito à alimentação saudável é essencial para que este possa desempenhar suas atividades com vigor e, obviamente, mantenha uma qualidade de vida digna.

É importante destacar que o empregador também deve garantir água potável durante toda a estadia.

6.1.2 Direito a higiene e conforto a bordo

Apesar de o Aquaviário trabalhar em embarcações e permanecer por um bom tempo em um ambiente confinado, é necessário garantir higiene e conforto. A NR 30 estabelece que os corredores e a disposição dos camarotes, refeitórios e salas de recreação devem garantir uma adequada segurança e proteção contra as intempéries e condições da navegação, bem como isolamento do calor, do frio, do ruído excessivo e das emanções provenientes de outras partes da embarcação.

Todos os locais destinados à tripulação devem ser bem iluminados, seja por luz natural, desde que suficiente, ou por sistema de iluminação artificial. Nos camarotes, cada beliche deve estar provido de uma lâmpada elétrica individual.

Todo membro da tripulação deve dispor de uma cama individual. É possível a utilização de beliches, desde que haja escada de acesso fixa, entretanto, não é permitido sobrepor mais que duas camas. O empregador é responsável pelo fornecimento, conservação e higienização da roupa de cama. Os colchões utilizados devem ter, no mínimo, densidade 26 e espessura de 10 cm, mantidos em perfeito estado de higiene e conservação.

6.2 Férias

O artigo 151 da CLT é um dos poucos que trata do tema. Da leitura deste artigo percebe-se que os Aquaviários são realmente um tipo especial de trabalhador que merece atenção e regulamentação específica.

Art. 151. Enquanto não se criar um tipo especial de caderneta profissional para os

marítimos, as férias serão anotadas pela Capitania do Porto na caderneta-matrícula do tripulante, na página de observações.

A Convenção nº 146 da Organização Internacional do Trabalho – OIT dispõe sobre as férias remuneradas anuais dos Aquaviários, ou, como assim denomina a convenção, da “Gente do Mar”. A convenção entrou em vigor internacionalmente em 13 de junho de 1979, mas somente foi promulgada no Brasil em 14 de setembro de 1999, pelo Decreto 3.168.

Esta convenção assegura ao Aquaviário o direito a férias anuais remuneradas, na proporção de 30 dias para cada ano trabalhado. A época em que as férias serão tiradas será determinada pelo empregador após consulta, e, na medida do possível, com o acordo individual do Aquaviário interessado ou de seu representante, a menos que a mesma seja fixada por regulamento, convenções coletivas, sentenças arbitrais ou de qualquer outra maneira conforme a prática nacional.

É importante ressaltar que o Aquaviário não poderá ser induzido, sem seu consentimento, a tirar férias anuais que lhe são devidas num lugar que não seja o mesmo de sua contratação ou de recrutamento, prevalecendo o que for mais próximo de seu domicílio, salvo convenção coletiva. Se o Aquaviário for obrigado a tirar suas férias anuais quando se encontra em lugar diverso ao da contratação ou recrutamento, terá direito a transporte gratuito até o lugar da contratação ou de recrutamento e a sua manutenção durante a viagem e os custos relacionados diretamente com a viagem correrão por conta do empregador. O tempo de viagem não será deduzido das férias remuneradas anuais.

7 CONCLUSÃO

A profissão de Aquaviário tem grande destaque internacionalmente, sendo objeto de várias convenções da OIT. Porém, nacionalmente, a legislação é escassa, ficando a cargo dos Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho disciplinar as especificidades da relação de emprego.

Em face das condições especiais de trabalho dos Aquaviários, muitas vezes seus direitos são suprimidos, devendo haver uma maior fiscalização pelo Estado brasileiro, notadamente após a ratificação da Convenção nº 178, relativa à inspeção das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores marítimos.

Devem ser asseguradas as condições mínimas de higiene, saúde e segurança no interior das embarcações, estabelecidas pela NR 30, pois todo trabalhador deve ter um ambiente de trabalho digno e ver cumpridos os direitos sociais previstos pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, F. E. (Julho de 2010). Trabalho marítimo à luz do Direito do Trabalho. Acesso em 21 de outubro de 2012, disponível em Jus Navigandi: <http://jus.com.br/revista/texto/17091/trabalho-maritimo-a-luz-do-direito-do-trabalho>

CARVALHO, F. E. (2005). Trabalho Portuário Avulso. Antes e depois da Lei de Modernização dos Portos. 1 ed. São Paulo: Ltr.

CASSAR, V. B. (2011). Direito do Trabalho. Niterói, RJ: Impetus.

DELGADO, M. G. (2004). Curso de Direito do Trabalho. 3 ed. São Paulo: Ltr.

PESSANHA, S. (4 de fevereiro de 2010). Curso de Aquaviários. (T. Delta, Entrevistador). Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=LlStLtgyCVk>.

SERRADILHA, S. (14 de abril de 2012). Aquaviários. Acesso em 21 de outubro de 2012, disponível em Trabalho e Direito: www.silviaserradilhadt.blogspot.com.br/2012/04/aquaviarios.html

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. ABC do Trabalho em Embarcações. Disponível em: http://portal.mpt.gov.br/wps/wcm/connect/02581a0047af33e7bcfcb ed0854ab81a/cartilha_aquaviario_FINAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=02581a0047af33e7bcfcb ed0854ab81a.

NOTAS:

[1] Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17091/trabalho-maritimo-a-luz-do-direito-do-trabalho>.

[2] Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17091/trabalho-maritimo-a-luz-do-direito-do-trabalho>.

[3] Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=LISLtgyCvK>

[4] Disponível em: http://portal.mpt.gov.br/wps/wcm/connect/02581a0047af33e7bcfcb ed0854ab81a/cartilha_aquaviario_FINAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=02581a0047af33e7bcfcb ed0854ab81a

APONTAMENTOS À PROTEÇÃO CULTURAL DO OFÍCIO DAS RAIZEIRAS E RAIZEIROS DO CERRADO: EXPLICITAÇÕES À TUTELA CONSTITUCIONAL DE SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL¹

Resumo: O objetivo do presente é discorrer acerca da proteção jurídica dos saberes tradicionais contidos no ofício das raizeiras e raizeiros do Cerrado e a salvaguarda constitucional da temática como patrimônio cultural imaterial. Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. Ao lado disso, a cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação

¹ Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especializando em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural Imaterial. Saberes Tradicionais. Ofício das Raizeiras.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Ponderações à Proeminência do Instituto do Registro como mecanismo de preservação dos Bens Culturais Imateriais: Singelas Explicitações; 5 Apontamentos à Proteção Cultural do Ofício das Raizeiras e Raizeiros do Cerrado: Explicitações à Tutela Constitucional de Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a*

*relação de interdependência que esse binômio mantém*². Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”³. Como bem pontuado,

² VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 15 ago. 2015.

³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo

o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”*⁴. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*⁵. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais

9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2015.

⁴ VERDAN, 2009, s.p.

⁵ BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 15 ago. 2015.

vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade⁶. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”⁷.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

⁶ MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

⁷ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2015.

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível⁸.

Cuida reconhecer, dessa maneira, que os direitos encampados sob a rubrica da terceira dimensão guardam íntima relação com a promoção da solidariedade, dispensando atenção ao ideário de unidade de indivíduos, considerados enquanto coletividade e não isoladamente. “*Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”⁹. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na

8 Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2015.

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

Constituição Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981¹⁰, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante Silva, é possível considerar o meio ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*¹¹.

Nesta senda, ainda, Fiorillo¹², ao tecer comentários acerca da aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro

10 BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2015.

11 SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

12 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal¹³.

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de*

13 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução N° 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2015.

*capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*¹⁴. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988¹⁵ está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade¹⁶.

14 THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

15 BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

16 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a

- Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2015.

humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social. Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada

pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”¹⁷. Desta maneira, é possível ponderar que a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”¹⁸. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os

17 BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 15 ago. 2015, p. 15-16.

18 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”¹⁹. Ora, cuida reconhecer

¹⁹ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca

que esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. “O *patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”²⁰, decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000²¹, que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo²², em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento

fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2015.

20 BROLLO, 2006, p. 33.

21 BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2015.

22 BROLLO, 2006, p. 33.

firmado por Fiorillo²³, que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Ao lado do exposto, necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Ponderações à Proeminência do Instituto do Registro como mecanismo de preservação dos Bens Culturais Imateriais: Singelas Explicitações

Cuida anotar que o registro do bem cultural de natureza imaterial, para ser considerado válido e legítimo, reclama harmonia com o ordenamento jurídico vigente. Com efeito, o Texto Constitucional consagra em seu bojo a definição acerca de quais bens constituem o patrimônio cultural brasileiro, estabelecendo, por via de consequência, as normas de proteção a esse patrimônio, consoante afixa a redação do artigo 216²⁴. É verificável que o dispositivo em comento faz expressa referência aos bens portadores de identidade, ação e memória dos diferentes grupos da sociedade brasileira. Desta feita, é possível salientar, oportunamente, que a Carta de Outubro de 1988 não estrutura a sociedade brasileira como um todo homogêneo, mas como uma

23 FIORILLO, 2012, p. 80.

24 BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 jul. 2013: **Art. 216.** Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: **I** - as formas de expressão; **II** - os modos de criar, fazer e viver; **III** - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; **IV** - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; **V** - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

sociedade multifacetada, constituída por diferentes grupos, cada um portador de identidades e de modos de criar, fazer e viver específicos.

Com efeito, o posicionamento é dotado de proeminência na medida em que o Texto Constitucional, com clareza solar, sublinha que o seu interesse não está centrado apenas em proteger objetos materiais que gozem valor acadêmico, mas também os bens de natureza material ou imaterial portadores de referência à identidade de cada grupo formador da sociedade brasileira. Ora, cada um dos diversos grupos, assim como seus modos de fazer, criar e viver, é objetivo de proteção conferida pelo Ente Estatal. Ao lado disso, a Carta de 1988 apresenta característico forte os ideais republicanos e democráticos, refletindo em toda s as matérias nela versadas esses corolários, até mesmo porque estrutura -se como escopo fundamental entalhado na Constituição o de edificar uma sociedade livre, justa e solidária. Desta feita, a concepção em testilha informa a maneira por meio da qual o Estado deve proteger e promover a cultura. Ademais, ao tratar da política cultural e da democracia cultural, José Afonso da Silva assinala:

A questão da política cultural está exatamente no equilíbrio que se há de perseguir entre um Estado que imponha uma cultura oficial e a democracia cultural. A concepção de um Estado Cultural no sentido de um Estado que sustente uma cultura oficial não atende, certamente, a uma concepção de democracia cultural. A Constituição, como já deixamos expresso antes, não deixa dúvidas sobre o tema, visto que garante a liberdade de criação, de expressão e de acesso às fontes da cultura nacional. Isso significa que não pode haver cultura imposta, que o papel do Poder Público deve ser o de favorecer a livre procura das manifestações culturais, criar condições de acesso popular à cultura, prover meios para que a difusão cultural se funda nos critérios de igualdade. A democracia cultural pode-se apresentar sob três aspectos: por um lado, não tolher a liberdade de criação, expressão e de acesso à cultura, por qualquer forma de constrangimento ou de restrição oficial; antes, criar, condições para a efetivação dessa liberdade num clima de igualdade; por outro lado, favorecer o acesso à cultura e o gozo dos bens culturais à massa da população excluída²⁵.

25 SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 209-210.

Nesta linha, ainda, cuida mencionar que a ação cultural pública se apresenta como absolutamente imprescindível à democratização da cultura, sendo considerada como o procedimento que propicia a convergência e o alargamento do público, tal como a extensão do fenômeno de comunicação artístico, consoante o ideário de que a política cultural é, juntamente com a política social, um dos modos utilizados pelo Estado contemporâneo para assegurar sua legitimação, ou seja, para oferecer como um Estado que vela por todos e que vale para todos. Ao lado disso, em razão da proteção cultural se fazer conjuntamente com o Estado e a sociedade, pode-se destacar que o Texto Constitucional afixou que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, lançando mão, para tanto, de inventários, registros e tombamentos, além de outras formas de acatamento e preservação.

Infere-se que, dentre os instrumentos previstos para se proteger os bens culturais brasileiros, encontra-se o instituto do registro, cuja regulamentação se dá pelo Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000²⁶, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Imperioso se faz assinalar que a criação do instituto do registro está vinculada a diversos movimentos em defesa de uma compreensão mais ampla no que se refere ao patrimônio cultural brasileiro. *“No Brasil, a publicação do Decreto 3.551/2000, insere-se numa trajetória a que se vinculam as figuras emblemáticas de Mário de Andrade e de Aloísio Magalhães, mas em que se incluem também as sociedades de folcloristas, os movimentos negros e de defesa dos direitos indígenas”*²⁷, como bem observa Maria Cecília Londres Fonseca. Igualmente, o instituto em comento reflete as reivindicações dos grupos de descendentes de imigrantes das mais diversas

26 BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2015.

27 FONSECA, Maria Cecília Londres. Para além da pedra e cal: por uma concepção ampla do patrimônio cultural in: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 62.

procedências, alcançando, desta maneira, os “excl idos” do cenário do patrimônio cultural brasileiro, estruturada a partir de 1937.

Nesta esteira, evidencia-se que o registro tem por finalidade reconhecer e valorizar bens da natureza imaterial em seu processo dinâmico de evolu o, viabilizando uma apreensão do contexto pretérito e presente dessas manifesta es em suas distintas versões. Márcia Sant’Anna, ao discorrer acerca do instituto em comento, coloca em realce que *“não   um instrumento de tutela e acautelamento análogo ao tombamento, mas um recurso de reconhecimento e valoriza o do patrimônio imaterial, que pode também ser complementar a este”*²⁸. Ora, neste cenário, o registro corresponde   identifica o e   produ o do conhecimento acerca do bem cultural de natureza imaterial, equivalendo a documentar, pelos meios técnicos mais adequados, o passado e o presente dessas manifesta es, em suas plurais facetas, possibilitando, a partir de uma fluidez das rela es, o amplo acesso ao público. Nesta perspectiva, o escopo   manter o registro da memória dos bens culturais e de sua trajetória no tempo, eis que este   o mecanismo apto a assegurar a sua preserva o.

Em razão da dinamicidade dos processos culturais dinâmicos, as mencionadas manifesta es desbordam em uma concep o de preserva o diversa daquela da prática ocidental, não podendo ser alicerçada em seus conceitos de permanência e autenticidade. Os bens culturais de natureza imaterial, a partir do esposado, são emoldurados por uma dinâmica de desenvolvimento e transforma o que não pode ser engessado nesses conceitos, sendo mais importante, nas situa es concretas, o registro e a documenta o do que interven o, restaura o e conserva o. Acrescente-se, ainda, que os bens escolhidos para registro serão inscritos em livros denominados: **(i)** Livro de registros dos saberes, no qual serão registrados os conhecimentos e modo de fazer; **(ii)** Livro das formas de expressão, o qual conter  as manifesta es literárias, musicais, plásticas, c nicas e lúdicas; **(iii)** Livro dos lugares, no qual se inscrever  as manifesta es de espaços em que se concentram ou mesmo reproduzem práticas culturais coletivas; e, **(iv)** Livro das

28 SANT’ANNA, Márcia. A face imaterial do patrimônio cultural: os novos instrumentos de reconhecimento e valoriza o in: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 52.

celebrações, no qual serão lavradas as festas, rituais e folguedos, consoante afixa o Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000²⁹.

5 Apontamentos à Proteção Cultural do Ofício das Raizeiras e Raizeiros do Cerrado: Explicitações à Tutela Constitucional de Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial

Em sede de apresentação, insta assinalar que a medicina tradicional desenvolvida pela população, sobretudo no que toca aos povos tradicionais, é manifestado por meio de diferentes ofícios de cura, advindos, sobremaneira, da síntese dos saberes tradicionais praticados pelos povos indígenas brasileiros e dos povos africanos e colonizadores portugueses. “*Os praticantes destes ofícios utilizam diversos recursos para a prevenção e o tratamento da saúde, como os remédios feitos de plantas medicinais, dietas alimentares, banhos, benzimentos, orações, aconselhamento, massagem e aplicação de argila*”³⁰. Há que se reconhecer, em um primeiro momento, que tal conhecimento reflete, com efeito, proeminente patrimônio cultural imaterial, construído a partir dos saberes populares, capazes de conferir dinamicidade e identidade vinculada aos grupos formadores da população brasileira. Ganham especial destaque, em tal cenário, as figuras dos *raizeiros* e das *raizeiras* que integram os povos tradicionais e que são detentores de conhecimentos tradicionais transmitidos através de gerações e que cuidam da saúde comunitária por meio do uso de recursos naturais e da espiritualidade. O ofício praticado por tais figuras compreende a identificação de plantas medicinais e dos seus ecossistemas de ocorrência, tal como o conhecimento

²⁹ BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2015.

³⁰ DIAS, Jaqueline Evangelista; LAUREANO, Lourdes Cardozo (org.). **Protocolo comunitário biocultural das raizeiras do Cerrado**: direito consuetudinário de praticar a medicina tradicional. Turmalina: Articulação Pacari, 2014, p. 04.

de técnicas sustentáveis para a coleta de plantas, o preparo dos remédios caseiros e a sua indicação para diversos males e doenças.

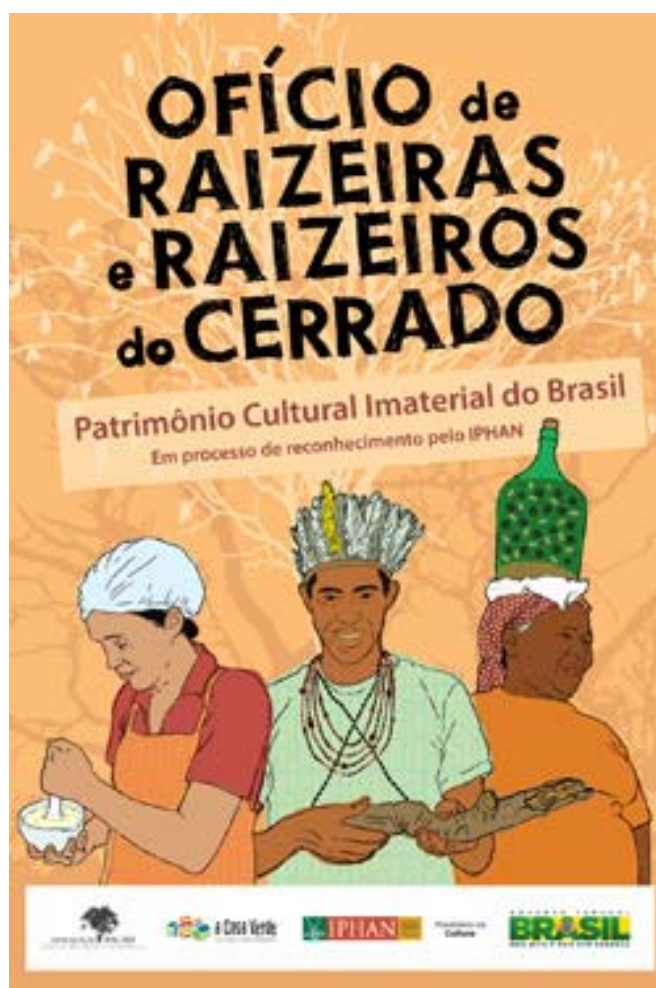


Figura 01. Cartas do Ofício de Raizeiras e Raizeiros do Cerrado. Disponível em: <<http://www.pacari.org.br/raizeiras/cartaz/>>. Acesso em 15 ago. 2015.

É oportuno assinalar que as múltiplas identidades encerradas nas figuras que praticam a medicina tradicional do Cerrado não podem ser interpretadas como individuais, porquanto compartilham experiências comuns de cura por meio do uso da biodiversidade e de conhecimentos tradicionais e, em decorrência disso, materializam uma identidade social. Ao lado do exposto, a edificação de uma identidade social foi acordada como premente para a elaboração de um protocolo comunitário, com vistas a assegurar a legitimidade a quem está reivindicando um direito consuetudinário perante o Poder Público. Destarte, a proposta que orbita em torno do reconhecimento do ofício das raizeiras e dos raizeiros do Cerrado, na condição de ofuscante

manifestação do patrimônio cultural imaterial, não está adstrita em definir uma identidade única, mas sim estabelecer uma identidade representativa de aludido ofício.

Mais que isso, há que se sublinhar, ainda no que concerne à temática, que *“é importante lembrar que a construção de uma identidade social não impede a expressão de outras identidades, podendo uma pessoa possuir multi-identidades, como no caso de uma raizeira, que pode ser, ao mesmo tempo, quilombola e camponesa”*³¹. Nesta linha de exposição, a identidade de raizeira encontra no “dom da cura por meio das plantas medicinais” o seu principal elemento de expressão. É conveniente expressar que o vocábulo *dom* teve seu conceito definido, no que toca ao ofício em comento, de maneira coletiva pelas figuras que exercem àquele, sendo descrito como algo espiritual, uma herança de sabedoria advinda da ancestralidade. Nesta linha de dicção, convém assinalar, também, que as principais características de pertencimento à identidade social das raizeiras, e que reforçam a definição coletiva, foram definidas coletivamente com o escopo de um reconhecimento mútuo e conscientização de princípios, valores e ações do seu ofício.

O primeiro aspecto caracterizador define a raizeira e o raizeiro como protetores da natureza e, para tanto, eles necessitam conhecer a dinâmica dos ambientes do Cerrado, contribuir para a sua conservação, notadamente os ambientes de nascentes d'água. *“As raizeiras sabem coletar cada planta de forma sustentável, atentando principalmente para a continuidade de sua reprodução e deixando frutos e sementes para alimentação de animais silvestres”* ³². Outro aspecto a ser destacado toca ao conhecimento que os raizeiros têm sobre o poder de cura de cada planta e, a partir deste conhecimento, sabe fazer o seu emprego correto. Desta sorte, os raizeiros possuem muita responsabilidade no momento de fazer e indicar um remédio caseiro, sendo, portanto, carecido ter conhecimento das doenças mais ocorrentes em sua comunidade, além de conhecimentos acerca da prevenção de doenças, em especial no que atina à alimentação saudável. Outra característica proeminente que define a identidade dos raizeiros está adstrita à sua relação com a comercialização dos remédios caseiros que produz, sendo esses vendidos a um preço justo ou doados a

31 DIAS; LAUREANO, 2014, p. 11.

32 DIAS; LAUREANO, 2014, p. 12.

quem não tem condições econômicas para pagar. Ora, há que reconhecer que esta dinâmica qualifica os raizeiros como agentes de acessibilidade à medicina tradicional e de solidariedade à população que necessita.

Por derradeiro, toda a vivência de uma raizeira deve ter uma preparação espiritual, seja no momento de entrar nas áreas de coleta de plantas medicinais, ou quando for prepara um remédio, ou, ainda, no momento de fazer um atendimento de saúde. A preparação vem, principalmente, de uma troca espiritual com a natureza, de energia e purificação, por isso os raizeiros precisam estar sempre em contato com o Bioma do Cerrado. A governança das raizeiras foi construída pela abrangência de suas relações sociais, demonstrada através dos caminhos que são percorridos no seu dia a dia e a tomada de decisões necessárias em cada espaço para exercer a medicina tradicional. Esta governança está fundamentada, principalmente, nos valores da identidade social de ser “raizeira”, no direito ao acesso à biodiversidade do Cerrado e na validação de seu ofício por conhecimentos tradicionais.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2015.

_____. **Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/>>. Acesso em 15 ago. 2015.

_____. **Lei N° 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 ago. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 15 ago. 2015.

BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 15 ago. 2015

DIAS, Jaqueline Evangelista; LAUREANO, Lourdes Cardozo (org.). **Protocolo comunitário biocultural das raizeiras do Cerrado**: direito consuetudinário de praticar a medicina tradicional. Turmalina: Articulação Pacari, 2014.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FONSECA, Maria Cecília Londres. Para além da pedra e cal: por uma concepção ampla do patrimônio cultural *in*: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2015.

SANTANNA, Márcia. A face imaterial do patrimônio cultural: os novos instrumentos de reconhecimento e valorização *in*: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 15 ago. 2015.

JORNADA DE TRABALHO: CONCEITO, LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, INDISPONIBILIDADE, HORAS NOTURNAS, DIURNAS, EXTRAS, LIMITAÇÕES LEGAIS E PARTICULARIDADES DESSE INSTITUTO

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE:
Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO.
Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

A legislação pátria limita a jornada de trabalho em decorrência do direito à vida, constitucionalmente assegurado, tendo em vista o fato do excesso de horas trabalhadas resultar na perda da própria vida ou, no mínimo e uma restrição à sua qualidade e, justamente por se tratar de um direito que tutela a vida, revela-se indisponível. Por direito indisponível entendamos ser um direito de relevância e interesse social em que a vontade individual é imperada pela vontade coletiva, senão vejamos o seguinte:

"A impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio". (PLÁ RODRIGUES: 2000)

Ainda nesse diapasão, o notável doutrinador Nascimento: 2003, podemos conceituar a jornada de trabalho como sendo:

"o tempo em que o empregado permanece, mesmo sem trabalhar, à disposição do empregador e quando, em casos especiais, manda computar como de jornada de trabalho o tempo em que o empregado se locomove

para atingir o local de trabalho".(NASCIMENTO: 2003).

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) traz em seu artigo 4º a seguinte orientação acerca da jornada de trabalho:

"Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada".

A jornada de trabalho no Brasil, sofreu drásticas alterações com o advento da CF/88, elencadas no Art. 7º, inciso XIII, de forma que as demais alterações referentes às jornadas de trabalho, encontram-se dispostas na CLT e em legislações específicas.

Vejamos na Constituição Federal:

“duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

DESENVOLVIMENTO

Dessa maneira, da junção dos artigos 58 da CLT e 7º inciso XIII da CF/88, determina-se que a jornada de trabalho não ultrapassasse as 8 horas diárias e 44 semanais de forma que a limitação da jornada de trabalho, atualmente vigente, não impossibilita que ela seja menor, apenas assegura um limite máximo, embora, ainda exista uma extensão através do regime de compensação e prorrogação das horas.

Já para as jornadas em regime parcial temos o limite legal de 25 horas semanais, nos ditames do artigo 58-A da CLT, onde os empregados submetidos a dita jornada perceberão salários proporcionais à jornada realizada, desde que haja acordo ou convenção coletiva de trabalho.

É de suma importância ressaltarmos que para a composição das horas trabalhadas, não leva-se em consideração o período de intervalos concedidos aos empregados, sendo tais intervalos excluídos sob a ótica do artigo 71, §2 da CLT, de forma que não é vedado ao empregador, a formulação de uma jornada de contrato de trabalho de acordo com as necessidades que lhe convém, desde que não afronte a legislação pátria vigente, sendo perfeitamente possível se ter empregados mensalista, horista ou diarista.

No tocante à jornada especial de trabalho, apesar da ausência de previsão legal, a mesma encontra-se registrada em nossa ordem econômica e vem sendo amplamente utilizada pelos sindicatos, bem como tolerada pela jurisprudência ante a adequação às necessidades de diversas empresas das áreas da saúde e segurança, de maneira que na prática, o empregado trabalha por 12 horas ininterruptas e se descansa por 6 horas consecutivas, ressaltando-se que para a sua aceitação judicial, faz-se necessário a existência de norma coletiva associada a impossibilidade da empresa implantar um outro horário, caso contrário, na inexistência de norma coletiva criando este horário, a empresa sofrerá com as penalidades previstas na lei bem como possibilidade de arcar com o pagamento de todas as horas extras efetivamente realizadas pelo empregado.

Com exceção da limitação acima elencada, mediante a existência de norma coletiva admitindo-a associada a impossibilidade por parte da empresa, de criação de outro horário a ser implantado, para fins legais e admitidos em nossa jurisprudência

pátria e fiscalizações, a jornada de trabalho imposta e constitucionalmente prevista é a de 08 horas diárias e 44 semanais, perfazendo 220 horas mensais, sendo vedado tanto pela legislação quanto pelos tribunais toda e qualquer alteração na jornada de trabalho que implique em prejuízos ao empregador.

Da mesma forma, qualquer que seja o acordo formulado entre as partes de uma relação de trabalho que implique em prejuízos por alterar a jornada de trabalho de um empregado, sendo considerado nulo de pleno direito ainda que esta jornada seja reduzida na proporção do salário e com declaração expressa do empregado, fazendo-se mister nos casos em que revele-se necessário a redução da jornada de trabalhado em uma empresa, a participação efetiva via negociação coletiva do Sindicato, bem como da Delegacia Regional do Trabalho (DRT).

É de suma importância fazermos as seguintes distinções: a hora diurna é aquela compreendida entre às 05:00 horas da manhã indo até às 22:00 horas da noite á luz do artigo 73, § 2º da CLT, ao passo que a hora noturna é aquela praticada do período que vai das 22:00 horas até às 05:00 horas para o trabalhador urbano, vez que em uma outra relação de trabalho como nas envolvendo advogados, esses horários sofrem alterações por entender haver maior desgaste ao organismo desse profissional, a fim de repor o desgaste biológico de quem trabalha á noite, por ser este um período mais penoso de trabalho, sendo criadas variantes em relação ás horas diurnas.

Assim, ainda no exemplo do advogado nos moldes da legislação aplicável á esse profissional, em especial, 7 horas noturnas trabalhadas equivalem a 8 horas de forma que esse trabalhador só poderá ter mais 1 hora acrescida à sua jornada, visando o período para descanso ou refeição, de forma que o advogado empregado irá trabalhar 7 horas, porém perceberá por 8

horas, para todos os fins legais, sendo que o menor de 18 anos por lei é vedado de trabalhar em horário noturno.

Diante da impossibilidade de algumas funções serem exercidas em horário noturno, o Estado acresceu à jornada diurna, um adicional para compensação do exercício penoso nesse horário de forma que a hora noturna percebe um adicional especial denominado de adicional noturno, cujo percentual mínimo de acréscimo é na porcentagem de 20%, segundo o artigo 73 da CLT, podendo vir a ser um percentual maior que o legalmente previsto desde que estabelecidos em convenções ou acordos coletivos, de forma que o empregado poderá exercer horas extras no período noturno desde que obedecidas às regras aplicáveis às horas extras vigente e acrescido dos 20% estabelecidos para o adicional noturno.

No tocante á supressão, entende-se que o adicional noturno possa ser suprimido, cancelado e até mesmo extinto, nos casos do empregado alterar o seu turno de trabalho, deixando de trabalhar no período noturno e passando para o diurno, segundo a leitura da Súmula 265 do Colendo TST, senão vejamos:

"Súmula 265 do TST: ADICIONAL NOTURNO. ALTERAÇÃO DE TURNO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A transferência para o período diurno de trabalho implica a perda do direito ao adicional noturno".

Quando o empregado excede a quantidade de horas ás quais ele fora contratado para laborar dá-se o fenômeno das horas extras ou suplementares que nos termos do artigo 59 da CLT e visando garantir a proteção do empregado de maneira que o limite de tempo laborado fique á cargo exclusivo da conveniência do

empregador, limitou essa prorrogação para 2 horas diárias previstas em um termo de prorrogação entre as partes, que por sua vez, pode ser substituído pelo acordo coletivo de trabalho, devendo essas horas extras serem acrescidas de 50% nos dias normais de trabalho e, nos casos de seu exercício aos domingos ou feriados, de acréscimo de 100%, de forma que as variações que correspondam a 5 ou 10 minutos de labor extra diário não serão computados para efeitos de cálculo de horas extras.

Nos casos em que a empresa venha a se encontrar em situação de emergência, ou seja, alguma situação que a coloque em risco bem como a manutenção de suas atividade econômicas, podendo resultar em prejuízos imensuráveis e irreparáveis também para seus empregados, esse limite diário das 2 horas extras poderá vir a ser rompido e o empregador, mediante apresentação do quadro fático vivenciado por sua empresa, comunicar á DRT, adimplindo um adicional de horas extras no percentual de 25%, entretanto, em hipótese alguma, poder-se-á ultrapassar o limite de 12 horas totais de trabalho diário á luz do artigo 61, §§ 1º e 2º da CLT.

Na apuração do cálculo das verbas trabalhistas serão desconsiderados os valores percebidos á época do adimplemento das horas extras pelo empregador ao empregado, mas sim a quantidade de horas extras efetivamente realizadas á luz do entendimento exarado na Súmula 347 do C. TST, que assevera:

“O cálculo do valor das horas extras habituais, para efeito de reflexos em verbas trabalhistas, observará o número das horas efetivamente prestadas e sobre ele aplica-se o valor do salário-hora da época do pagamento daquelas verbas”.

CONCLUSÃO

Pode-se extrair de todo o aduzido no presente estudo, que no concernente á conceituação da jornada de trabalho que esta, pode ser compreendida como uma medida de trabalho, que por sua vez pode ser interpretado em sentido amplo em que o empregado se coloca á disposição de seu empregador desde o momento em que sai de seu domicílio até o momento em que retorna para o mesmo, ou restrito como sendo aquele em que o empregado permanece à disposição do empregador.

No Brasil, admite-se apenas o conceito no sentido restrito, considerando que o artigo 58, § 2º da CLT, menciona que o tempo despendido pelo empregado entre o momento em que sai do seu domicílio até o local de trabalho somente será computado na jornada de trabalho, nos casos do empregado residir em local onde não é servido o serviço público de transporte, de maneira que essas horas são denominadas pela doutrina e jurisprudência como horas *in itinere*.