

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 493

(ano VII)

(02/12/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

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

Coordenador do Direito Internacional  
(AM/Montreal/Canadá): **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/Argentina): Doutor em  
Ciências Jurídicas e Sociais pela  
Universidad del Museo Social Argentino -  
UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DO DIA



02/12/2015 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [A inconstitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito brasileiro](#)

### ARTIGOS

02/12/2015 Alice Saldanha Villar

» [O novo prazo prescricional da cobrança de valores não depositados no FGTS: um breve exame do julgamento do ARE 709212 DF](#)

02/12/2015 Valeria Aparecida da Silva Pereira

» [O conflito entre o direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador no contexto da reprodução assistida heteróloga](#)

02/12/2015 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Astreintes uma ova!!!](#)

02/12/2015 Steel Rodrigues Vasconcellos

» [A hermenêutica da função social do contrato](#)

02/12/2015 Adenair Alfaia Pinto Gonzaga

» [A guarda compartilhada como imposição do juiz](#)

02/12/2015 Tauã Lima Verdian Rangel

» [Explicitações à Carta de Burra \(1980\): Primeiras Linhas à Salvaguarda do Patrimônio Cultural](#)

## A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

**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.

Dispõe o artigo 305, CTB:

Artigo 305 – “Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída. Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

Claramente o bem jurídico tutelado pela norma é o interesse da Administração da Justiça na pronta identificação do indivíduo envolvido no acidente de trânsito, a fim de que se possam promover suas responsabilizações penal, civil e administrativa.

A questão que se impõe com relação à criação desse tipo penal pelo nosso Código de Trânsito (Lei 9.503/97) refere-se à sua (in) constitucionalidade, tendo em vista o consagrado Direito de não produzir prova contra si mesmo ou Direito a não autoincriminação. Afinal, o envolvido em acidente de trânsito seria compelido, mediante a ameaça de incriminação, a permanecer no local do fato, não atuando em seu direito de autodefesa que abrange inclusive a própria ocultação, tanto é verdade que a norma não existe para outros crimes, onde a fuga do local é apenas um “post factum” não punível, constituindo no “iter criminis” a fase de exaurimento. Nem se argumente que nos casos de crimes de trânsito a fuga do local é mais incidente e justificaria a normativa em discussão. Isso porque a alegação não corresponde à realidade do

mundo da vida. Ou será que alguém vê com frequência o homicida aguardando a polícia no local do crime, o estupro, o praticante de furto ou roubo etc.? Nesse passo o artigo 305, CTB, como norma de exceção, violaria também o Princípio da Isonomia, eis que somente previsto, sem justificção para essa discriminaç3o negativa, para os acidentes de tr4nsito e n3o para outros casos criminais ou mesmo civis ou administrativos.

Na doutrina essa compreens3o quanto 3a violaç3o constitucional promovida pelo artigo 305 CTB 3e bastante recorrente. Neste sentido a manifestaç3o de Dam3sio E. de Jesus com fulcro ainda no esc3lio de Ariosvaldo de Campos Pires, alegando que o dispositivo 3e de “constitucionalidade duvidosa”. Al3m disso, aduz o autor tamb3m a inconvenç3onalidade da norma incriminadora com base no artigo 8º., II, “g”, do Pacto de S3o Jos3 da Costa Rica que estabelece que “ningu3m tem o dever de autoincriminar-se”. [1]

Por seu turno, Gomes afirma que a inconstitucionalidade tamb3m poderia derivar da proibiç3o da pris3o por d3vida, eis que a determinaç3o de que o envolvido em acidente de tr4nsito permaneça no local tem expressamente o intento tamb3m de satisfazer a responsabilizaç3o civil. Assim sendo, sabe-se que somente 3e admiss3vel a pris3o por d3vida aliment3cia, nem sequer a pris3o do deposit3rio infiel tem sido considerada vi3vel no Brasil em face da apreciaç3o da mat3ria pelo Supremo Tribunal Federal, considerando a incompatibilidade da normativa constitucional interna com o Pacto de S3o Jos3 da Costa Rica. [2] Com absoluto respeito ao entendimento exposto, discorda-se, eis que, como afirma Capez, “na realidade o agente 3e punido pelo artif3cio utilizado para burlar a administraç3o da justiça e n3o pela d3vida decorrente da aç3o delituosa”. [3]

Contudo, o argumento da n3o autoincriminaç3o e da violaç3o da isonomia parece ser bem consistente. Nas palavras de Nucci:

“Trata-se do delito de fuga 3a responsabilidade, que, em nosso entendimento, 3e inconstitucional. Contr3ria, frontalmente, o princ3pio de

que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere*. Inexiste razão plausível para obrigar alguém a se auto – acusar, permanecendo no local do crime, para sofrer as consequências penais e civis do que provocou. Qualquer agente criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor de delito de trânsito. Logo, cremos inaplicável o art. 305 da Lei 9.503/97”. [4]

Em campo oposto posiciona-se Marcão, asseverando que a obrigação, sob pena de incriminação, de permanecer no local do acidente, não viola o direito a não autoincriminação, tendo em vista que quando da apuração criminal nada obrigará o suspeito a colaborar ativamente com a produção de provas, conservando, por exemplo, seu direito ao silêncio. [5]

“Data maxima vênia” e embora a argumentação por último mencionada encontre sustento no corpo de decisões do STJ [6], há que reconhecer que se trata de uma visão reducionista do direito a não autoincriminação. Esse direito tem uma amplitude bem maior do que somente o “Direito ao Silêncio”, que é apenas uma de suas variadas manifestações, assim também não se resume aos atos formais do processo, mas abrange uma série inumerável de condutas de autodefesa do indivíduo. É neste sentido que Queiroz faz uma análise ampla do Direito Constitucional ao Silêncio, a superar sua interpretação meramente literal, de modo a abranger vários outros atos processuais. [7] Não diverge a orientação de Maria E. Queijo, quando desenvolve estudo monográfico especializado sobre a não autoincriminação. [8]

Por seu turno, na jurisprudência, o STF, em decisões monocráticas, tem se deparado com a questão da alegação da inconstitucionalidade do artigo 305, CTB, mas até o momento em que se redige o presente trabalho, tem afastado a decisão do mérito, eis que nos casos apresentados há reconhecimento de prescrição ou então falta de algum requisito de admissibilidade do Recurso

Extraordinário. Portanto, questões formais têm impedido a manifestação do STF sobre o tema até o momento. [9]

Já no STJ, há fugas da questão, sob o argumento de que a Lei 9.503/97 – mais especificamente seu artigo 305 - está em vigor e não foi declarada inconstitucional pelo STF, que seria o órgão com competência para tanto, de modo que o Recurso Especial com base somente na discussão da constitucionalidade do dispositivo não deve ser conhecido. [10] Não obstante, há também deferimento de Habeas Corpus para trancamento de ação penal referente ao artigo 305, CTB em decisão relevante daquela corte. No Recurso Especial 1.404.893-SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Machado Cruz, datado de 17.09.2014, há ratificação de reconhecimento incidental de inconstitucionalidade por Órgão Especial da corte, a configurar precedente de orientação para futuras decisões. Efetivamente o Órgão Especial do STJ, nos autos de Arguição de Inconstitucionalidade em sede de Apelação Criminal n. 2009.026222-9, de 1º. 06.2011, de relatoria da Desembargadora Salete Silva Sommariva, reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 305, CTB:

“Arguição de Inconstitucionalidade. Apelação Criminal. Art. 305 do CTB. Fuga do local do acidente para isenção de responsabilidade civil ou penal. Inconstitucionalidade. Violação aos direitos de silêncio e de não produzir prova contra si mesmo ( CF/88, Art. 5º., LXIII). Afronta ao Princípio da Igualdade. Tratamento diferenciado sem motivação idônea. Procedência da arguição”.

Porém, há que ressaltar que no “decisum” acima, embora seja concedida a ordem de Habeas Corpus, novamente se exime o STJ ao final quanto à declaração da inconstitucionalidade do dispositivo em questão, tendo em vista a alegação de que cumpre ao STF a análise estritamente constitucional da validade de lei federal.

Doutra banda Tribunais Estaduais, a exemplo do TJSP, TJMG, TJRS e TJSC, vêm reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 305, CTB por violação a não autoincriminação e à isonomia. [11]

Isso motivou a Procuradoria Geral da República, por intermédio do Procurador Geral Rodrigo Janot Monteiro de Barros, a ingressar no STF com Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 35), a fim de provocar a manifestação definitiva daquele sodalício que detém a competência para dirimir a matéria. A argumentação da Procuradoria Geral da República é a de que o dispositivo seria constitucional, pois que somente exige a presença do suspeito no local do fato, não o obrigando a colaborar com a produção de provas contra si mesmo. [12] Como já exposto, o argumento é frágil, porque reduz o alcance real do Direito a não autoincriminação. Obviamente a obrigatoriedade da presença no local impele o indivíduo a produzir *prova de autoria* contra si mesmo, o que indubitavelmente fere a garantia constitucional. Ademais, a mesma obrigação inexistente para outros crimes, não havendo motivação idônea para a discriminação negativa no caso concreto, o que traz à baila também a afronta ao Princípio da Isonomia.

Contudo, resta aguardar a manifestação conclusiva do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

## REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 4. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNEIRO, Luiz Orlando. PGR vai ao STF para manter crime para fuga de motorista. Disponível em <http://jota.info/pgr-vai-ao-stf-para-manter-crime-para-fuga-de-motorista>, acesso em 12.04.2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: RT, 1988.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de Trânsito*. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



MARCÃO, Renato. *Crimes de Trânsito*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. A amplitude constitucional do direito ao silêncio. *Boletim IBCCrim*. N. 46, p. 2, set., 1996.

#### NOTAS:

[1] JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de Trânsito*. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148.

[2] GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: RT, 1988, p. 47.

[3] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 4. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 336.

[4] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006, p. 848.

[5] MARCÃO, Renato. *Crimes de Trânsito*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 156.

[6] Agravo em Recurso Especial 572.310 – DF. Rel. Min. Rogério Schietti Machado Cruz, 18.12.2014 e HC 137.240 – SC, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª. Turma, 20.09.2011, DJe 03.10.2011.

[7] QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. A amplitude constitucional do direito ao silêncio. *Boletim IBCCrim*. N. 46, set., 1996, p. 2.

[8] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, “passim”.

[9] Vide os seguintes julgados do STF: RE 832.346 – RS, Rel. Min. Luiz Fux, 15.12.2014; RE 832.672 – RS, Rel. Min. Cármen Lúcia,

13.11.2014; RE 795.050 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 12.02.2014; RE 679.749-SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 20.04.2012.

[10] Vide os seguintes julgados: Recurso Especial 1.327.548-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 06.12.2013; Recurso Especial 1.288.841 – SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 26.09.2013; Recurso Especial 1.346.537 - SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 13.11.2012.

[11] Várias decisões neste sentido dos Tribunais Estaduais podem ser consultadas em <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=artigo+305+CTB+inconstitucionalidade> , acesso em 12.04.2015.

[12] CARNEIRO, Luiz Orlando. PGR vai ao STF para manter crime para fuga de motorista. Disponível em <http://jota.info/pgr-vai-ao-stf-para-manter-crime-para-fuga-de-motorista> , acesso em 12.04.2015.

## O NOVO PRAZO PRESCRICIONAL DA COBRANÇA DE VALORES NÃO DEPOSITADOS NO FGTS: UM BREVE EXAME DO JULGAMENTO DO ARE 709212 DF

**ALICE SALDANHA VILLAR:** Advogada, autora de diversos artigos publicados em revistas jurídicas e das obras "Direito Sumular - STF" e "Direito Sumular - STJ", São Paulo: JHMizuno, 2015.

**Resumo:** Examina-se o julgamento do ARE 709212 DF, em que o Plenário do STF reviu sua jurisprudência e decidiu que o prazo prescricional aplicável às cobranças dos depósitos do FGTS é o de 5 anos, previsto no art. 7º, inc. XXIX, da CF/88, pois trata-se de direito dos trabalhadores urbanos e rurais, nos termos do inciso III do referido dispositivo constitucional. Com isso, ficam superadas as Súmulas 362/TST e 210/STJ.

---

Por mais de vinte anos, a jurisprudência pátria afirmou que o prazo prescricional aplicável ao FGTS seria o trintenário e não o quinquenário, previsto no art. 174 do CTN. Esse entendimento foi fixado nas Súmulas ns. 362/TST e 210/STJ, tendo como fundamento os arts. 23, § 5º da Lei 8.036/90 e 55 do Dec. 99.684/90.

Porém, em novembro de 2014, no ARExt 709212/DF, o Plenário do STF discutiu novamente a questão do prazo prescricional aplicável para a cobrança das contribuições ao FGTS não depositadas tempestivamente pelos empregadores e tomadores de serviço.

Nesta ocasião, o Pleno do STF reviu sua jurisprudência e decidiu que o prazo prescricional aplicável às cobranças dos depósitos do FGTS é o de 5 anos, previsto no art. 7º, inc. XXIX, da CF/88, pois trata-se de direito dos trabalhadores urbanos e rurais, nos termos do inciso III do referido dispositivo constitucional. Com isso, ficam superadas as Súmulas 362/TST e 210/STJ.

Confira o teor do aludido dispositivo:

CF/88. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) III - fundo de garantia do tempo de serviço; (...) XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000) (grifo nosso)

Segundo o STF, os valores devidos ao FGTS constituem “créditos resultantes das relações de trabalho”, na medida em que o FGTS é um direito de natureza social e trabalhista, que decorre diretamente da relação de trabalho.<sup>[1]</sup>

Assim, aplica-se ao FGTS o prazo de prescrição de 5 anos, a partir da lesão do direito. Vale dizer, uma vez respeitado o prazo prescricional de 2 anos, que se inicia com o término da relação de emprego, só são exigíveis os valores devidos nos últimos 5 anos que antecedem o ajuizamento da ação.

Veja-se que, tendo em vista a existência dessa disposição constitucional expressa acerca do prazo aplicável à cobrança do FGTS, após a promulgação da Carta de 1988, não mais subsistem as razões anteriormente invocadas para a adoção do prazo de prescrição trintenário.

Nessa linha, conforme leciona Sérgio Pinto Martins:<sup>[2]</sup>

“Com a Constituição de 1988, o FGTS passou a ser um direito do trabalhador (art. 7º, III, da Constituição). O prazo de prescrição para sua cobrança também deve observar os prazos normais do inciso XXIX do art. 7º da Constituição. Dessa forma, não poderia o parágrafo 5º

do art. 23 da Lei 8.036 tratar diversamente da Constituição e especificar o prazo de prescrição de trinta anos. Se a lei maior regula exhaustivamente a matéria de prescrição no inciso XXIX do artigo 7º, não poderia a lei ordinária tratar o tema de forma diferente”.

Cumpra observar que, por ocasião do julgamento do ARExt 709212/DF, o Plenário também reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/1990; e 55, do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990, na parte em que ressalvam o “privilegio do FGTS à prescrição trintenária”, por afronta ao art. 7º, XXIX, da CF/88, dotado de eficácia plena e de aplicabilidade imediata.

Neste cenário, temos o seguinte quadro: à luz da regra encartada no inc. XXIX do art. 7º da CF, o prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no FGTS é de 5 anos, deixando de prevalecer o prazo prescricional de 30 anos, que era reconhecido nas Súmulas 362 do TST e 210 do STJ, que restam superadas.

O Plenário do STF, tendo em conta a mudança jurisprudencial operada, destacou a necessidade de garantia da segurança jurídica. Assim, com fundamento no art. 27 da lei n. 9.868/99, o STF atribuiu efeitos ex nunc - ou seja, prospectivos - ao julgamento do ARE 709212/DF.

Desse modo, conforme explicou o ilustre Ministro Gilmar Mendes:[\[3\]](#)

“(...) para aqueles [casos] cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta

decisão. Assim se, na presente data, já tenham transcorrido 27 anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 anos para que se opere a prescrição, com base na jurisprudência desta Corte até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, ao caso se aplicará o novo prazo de 5 anos, a contar da data do presente julgamento”

Mais recentemente, em junho de 2015, em observância à nova orientação do Pretório Excelso, o Tribunal Superior do Trabalho procedeu à alteração da redação de sua Súmula 362, *verbis*:

Súmula nº 362 do TST - FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015 I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato. II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF)

Por fim, apenas a título ilustrativo, trazemos à baila um quadro histórico-evolutivo da jurisprudência pátria a respeito do prazo prescricional aplicável para a cobrança das contribuições ao FGTS:

- a) É antiga controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da natureza jurídica do FGTS. Em virtude do disposto no art. 20 da Lei n. 5.107/1966 (segundo o qual a cobrança judicial e administrativa dos valores devidos ao FGTS deveria ocorrer de modo análogo à cobrança das contribuições previdenciárias e com os mesmos

privilégios) o TST entendia que o FGTS teria natureza previdenciária e, portanto, a ele seria aplicável o disposto no art. 144 da Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), que fixava o prazo de trinta anos para a cobrança das contribuições previdenciárias.

- b) Com base nesse entendimento, em 1980 - quando ainda vigente a Lei n. 5.107/1966, que criara o FGTS - o TST editou o Enunciado 95, segundo o qual “é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.
- c) Após a Constituição de 1988, foi promulgada a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, que deu nova disciplina ao FGTS. No tocante ao prazo prescricional, o art. 23, § 5º, desse diploma legal veicula a seguinte disposição: “o processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária”. O art. 55 do Decreto 99.684, de 8 de novembro de 1990, ato normativo que regulamenta o FGTS, teve idêntico teor.[\[4\]](#)
- d) A natureza jurídica da contribuição devida ao FGTS foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249 SP (DJ 01/07/1988). Neste julgamento, o Plenário do STF afirmou a natureza social e trabalhista da contribuição devida ao FGTS.[\[5\]](#) O Superior Tribunal de Justiça, seguindo essa orientação, firmou a orientação de que as contribuições para o FGTS não teriam natureza jurídica tributária, pois trata-se de um direito de natureza jurídica social e trabalhista, nos termos do art. 7º, III, da CF/1988). Logo, não seriam aplicáveis às execuções fiscais destinadas à cobrança dessas contribuições os dispositivos do CTN, devendo observar-se na cobrança dos valores não recolhidos o prazo trintenário.
- e) Em 2003, a Súmula 95 do TST foi cancelada pela Resolução n. 121/2003 do TST, em virtude da sua incorporação à nova redação

da Súmula 362 do TST. A Súmula n. 362 do TST ganhou redação bastante parecida, havendo, contudo, a seguinte complementação: “(...) observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”. Assim, não bastaria ater-se ao prazo de 30 anos para cobrança das contribuições fundiárias (FGTS), havendo que se respeitar ainda o prazo decadencial para o ajuizamento da reclamação trabalhista, pois, após 2 anos do rompimento do pacto laboral, nenhuma verba trabalhista pode mais ser cobrada.<sup>[6]</sup>

- f) Em 2014, no ARE 709212 DF, o Plenário do STF alterou sua jurisprudência, passando a entender que o prazo prescricional aplicável às cobranças dos depósitos do FGTS seria o de 5 anos, previsto no art. 7º, XXIX, da CF/88. Com isso, ficam superadas as Súmulas 362/TST e 210/STJ.
- g) Em junho de 2015, em observância à nova orientação do Pretório Excelso, o Tribunal Superior do Trabalho procedeu à alteração da redação de sua Súmula 362.

## CONCLUSÃO

No julgamento do ARE 709212/DF, o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do prazo prescricional de 30 anos previsto no art. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e art. 55 do Dec. 99.684/1990, passando a entender que o prazo prescricional aplicável às cobranças dos depósitos do FGTS seria o de 5 anos, previsto no art. 7º, XXIX, da CF/88. Com isso, temos o seguinte quadro:

a) Antes do julgamento do ARE 709212/DF (13/11/2014): o prazo prescricional aplicável às cobranças dos depósitos do FGTS é o de 30 anos, nos termos das Súmulas 362/TST e 210/STJ, com fundamento os art. 23, § 5º da Lei 8.036/90 e art. 55 do Dec. n. 99.684/90.

b) Após o julgamento do ARE 709212/DF (13/11/2014): O prazo prescricional aplicável às cobranças dos depósitos do FGTS é o de



5 anos, previsto no art. 7º, XXIX, da CF/88, pois trata-se de direito de natureza social e trabalhista, que decorre diretamente da relação de trabalho.

Veja-se que, em razão do julgamento do ARE 709212/DF, ficam superadas as Súmulas 362/TST e 210/STJ. Atendendo à garantia da segurança jurídica, o STF atribuiu a este julgamento efeitos ex nunc. Desse modo, para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumar primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014.

**Notas:**

[1] Cf. STF – Voto do Ministro Gilmar Mendes no ARE 709.212/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 13/11/2014.

[2] Cf. MARTINS, Sérgio Pinto. Prescrição do FGTS para o empregado. In Repertório IOB de Jurisprudência. Trabalhista e Previdenciário.13/99 – Citado no Voto do Ministro Gilmar Mendes no ARE 709212/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 13/11/2014

[3] Cf. STF – Voto do Ministro Gilmar Mendes no ARE 709.212/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 13/11/2014.

[4] Cumpre registrar que, mesmo anteriormente à Constituição de 1988, o STF já havia afastado a tese do suposto caráter tributário ou previdenciário das contribuições devidas ao Fundo, salientando ser o FGTS um direito de índole social e trabalhista. No tocante à prescrição, o STF também entendia que o prazo prescricional de cobrança seria trintenário, em virtude do disposto no art. 20 da Lei 5.107/1966 c/c art. 144 da Lei 3.807/196.

[5] Por ocasião do julgamento do RE 100249 SP o STF afirmou que “as contribuições para o FGTS não se caracterizam como crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis”, pois a atuação do Estado, “em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica torná-lo titular do direito à contribuição, mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo poder público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS”, razão pela qual “não se aplica às contribuições do FGTS o disposto nos arts. 173 e 174 do CTN”.

[6] Cf. KLIPPEL, Bruno. Direito sumular esquematizado – TST. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 138.

## O CONFLITO ENTRE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR NO CONTEXTO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

**VALERIA APARECIDA DA SILVA PEREIRA:**

Advogada. Pós-graduada em Direito Civil Aplicado do Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; brasileira; solteira; portadora do RG MG 15269-627, inscrita no CPF sob o nº 095.383.426-31.

**Resumo:** O presente artigo abordará os questionamentos éticos e jurídicos, que repercutem no âmbito do ordenamento jurídico, relativos aos conflitos entre os direitos fundamentais das partes envolvidas, de um lado o direito a identidade genética e de outro direito de intimidade do doador do material genético no contexto da reprodução assistida heteróloga. Cediço que com o desenvolvimento tecnológico e da medicina, já é possível a reprodução assistida de forma heteróloga, ou seja, uma pessoa realiza a doação de seu material genético (sêmen), sem qualquer pretensão de enriquecimento ou participação na vida que será gerada pela combinação do doador com a receptora do material, uma vez que a filiação será o casal, sem envolvimento do terceiro, sendo este apenas o doador do material genético na reprodução heteróloga.

**Palavras-chave:** Reprodução assistida, Direito a Intimidade, Direito a identidade genética, colisão de direitos, Filiação.

**Abstract:** This article will address the ethical and legal questions , which echo within the legal system, concerning conflicts between the fundamental rights of the parties involved , on the one hand the right to genetic identity and other rights of privacy of genetic material donor in context heterologous assisted reproduction. Musty that with technological development and medicine, assisted reproductive heterologous way it is possible , ie a person performs the donation of their genetic material (semen ) without any enrichment claim or

interest in life that will be generated by combining donor with the receiving material, again that the affiliation will couple, without involving the third party, this being the only donor heterologous genetic material into play.

**Keywords:** Assisted reproduction, Intimacy rights, genetic identity rights, collision of rights, affiliation.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O conflito entre os direitos fundamentais relativos à reprodução assistida heteróloga, que permite a geração de um novo ser humano dotado de personalidade e direitos individuais e indisponíveis, como seu direito a identidade genética, buscando garantir o direito à vida, à saúde e ao livre desenvolvimento da personalidade, em face ao direito de intimidade do doador do material genético, o qual tem direito ao anonimato, uma vez que a Constituição assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, no contexto da reprodução assistida heteróloga.

O ordenamento jurídico não acompanhou o avanço da Biotecnologia, uma vez que na atualidade existem diversas técnicas de reprodução medicamente assistidas, como forma de solução da infertilidade. O presente trabalho tratará especificadamente a reprodução assistida heteróloga, a qual faz uso de sêmen (material genético) doado por um terceiro anônimo, sem interesse em criar vínculos, sejam estes afetivos ou patrimoniais com a criança a ser gerada.

Insta salientar que tramita no Congresso Nacional, desde 2003, o Projeto de Lei 1.184, que regulamenta as técnicas de reprodução humana assistida. No entanto, até a presente data o mesmo ainda não foi convertido em lei, encontra-se aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de

Cidadania (CCJC),prevalecendo à dúvida de qual direito deve prevalecer em face da colisão entre o direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador do material genético.

Trata-se de um tema ainda repleto de lacunas, polêmicas, e controvérsias entre os doutrinadores, bem como na jurisprudência. Desta feita, faz-se necessário estudar acerca desta colisão de direitos fundamentais, a fim de se chegar à solução mais adequada, uma vez que ainda não existe legislação específica para regulação do presente assunto.

Foram analisadas interpretações:doutrinarias; jurisprudenciais; direito comparado; direitos fundamentais e artigos científicos referentes ao tema, buscando a melhor solução para a colisão de direito salientada.

## **2 FILIAÇÃO**

Filiação trata-se de uma relação de parentesco consanguíneo ou mediante adoção. A filiação é a ligação de um ser humano a outro a partir do reconhecimento da paternidade ou maternidade do mesmo, ou seja, a ligação do filho com seus pais seja biologicamente, por adoção ou por socioafetividade.

Nos dizeres de Paulo Lôbo:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado, de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. (LÔBO, 2011, p.216)

A Carta Magna garante o princípio do livre planejamento familiar, proteção que privilegia o princípio da dignidade da pessoa

humana e da paternidade responsável, ao estabelecer: “O planejamento familiar é livre decisão do casal” (artigo 226, §7º<sup>[1]</sup>, Constituição Federal de 1988).

Ademais a Lei 9.623, de 12 de janeiro de 1996, em seu artigo segundo, define planejamento familiar como: " O conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher”.

Nesse prisma, a filiação pode ser apresentada sob diferentes faces. A biológica, que deriva da identificação genética entre pais e filhos; a jurídica, que é imposta pela lei e a socioafetiva, que se revela naturalmente devido à convivência entre as pessoas.

Resta claro que a filiação é definida de acordo com a opção do casal, não podendo o Estado impor limites às formas de obtenção da prole. Outrossim, os filhos podem provir de origem genética conhecida ou desconhecida, de escolha afetiva, do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar, podendo inclusive esta filiação ser socioafetiva. Não devendo assim, ser confundida a identidade genética com a identidade da filiação.

## **2.1 Tipos de Filiação**

O Direito filial apresenta, em sentido amplo, alguns tipos de filiação: a biológica ou natural, a não biológica ou socioafetiva e por adoção.

A noção de filiação biológica estrutura-se a partir do parentesco consanguíneo, em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. A filiação socioafetiva e por adoção é compreendida como uma relação jurídica de afeto, nos casos que mesmo sem nenhum vínculo biológico, a família introduz um indivíduo sem nenhuma vinculação jurídica ou consanguínea,

por mera opção, velando-lhe todo amor, cuidado, afeto, sem qualquer discriminação.

O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo indisponível e imprescindível, exercitável contra os pais e seus herdeiros sem qualquer restrição.

## **2.2 A Filiação no período anterior a Constituição de 1988**

Anteriormente à Constituição de 1988, a filiação se apresentava apenas como filhos legítimos: os concebidos na constância do casamento, ex vi do art. 338<sup>[2]</sup> do Código Civil de 1916; e filhos ilegítimos: os concebidos em relação extra matrimonial, desdobrando-se em duas subespécies: os filhos naturais, nascidos de pessoas sem impedimento para casar (pessoas solteiras, sem vínculo de parentesco). No tocante ao direito hereditário, os filhos naturais somente tinham direito á metade do quinhão que coubesse ao filho legítimo; e os filhos espúrios, nascidos de pessoas com impedimento para casar.

Por outro lado, eram considerados adulterinos os filhos concebidos de uma pessoa casada com outra que não fosse seu cônjuge; e incestuosos quando concebidos de relação entre pessoas impedidas de casar entre si em razão de parentesco.

A Carta Magna de 1988, em art. 227, § 6º<sup>[3]</sup>, C/C art. 20<sup>[4]</sup> do ECA e no art. 1.596 do Código Civil, consagrou o princípio da igualdade jurídica para todos os filhos, independentemente de suas origens: art. 1.596. Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 2013).

Diante disso, hoje apenas se permite distinguir os filhos entre os havidos na constância do casamento e os havidos fora do

casamento. A filiação biológica ou natural é autoexplicativa, ou seja, decorrente do jus sanguinis entre pais e filhos.

### **2.3 A Filiação na reprodução assistida**

Há doutrinadores que ainda incluem a filiação biológica como gênero da reprodução assistida, Entretanto, é sabido que nem sempre a reprodução assistida é homóloga e que muitas vezes a ciência se utiliza de bancos de sêmens para efetuar o procedimento (inseminação heteróloga).

Trata-se do pós-moderno Bio Direito onde nenhuma legislação até agora editada, nenhuma conclusão da bioética, apontam para atribuir a paternidade aos que fazem doação anônima de sêmen aos chamados bancos de sêmen de instituições especializadas ou hospitalares. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas.

Por fim, o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano. A origem genética apenas poderá interferir nas relações de família como meio de prova para reconhecer judicialmente a paternidade ou maternidade, ou para contestá-la, se não houver estado de filiação constituído, nunca para negá-lo.

### **2.4 Conceito de Filiação Socioafetiva**

A filiação socioafetiva é compreendida como uma relação jurídica de afeto, nos casos que mesmo sem nenhum vínculo biológico a família introduz um individuo sem nenhuma vinculação jurídica ou consanguínea, por mera opção, velando-lhe todo amor, cuidado, afeto, sem qualquer discriminação.

Advinda das relações de fato, a realidade socioafetiva, trouxe a filiação novos posicionamentos, onde as relações são



direcionadas pelo desejo, e não mais por regras ditadas pelo matrimônio, desvinculando-se, por consequência, das noções de legitimidade e ilegitimidade.

Percebe-se assim que a filiação independe do vínculo genético. É o que se percebe pela conceituação de Lôbo (2006): “Filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe).” Essa mesma idéia se percebe nas palavras de Rodrigues (2002): “filiação é a relação de parentesco, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivesse gerado”, demonstrando que pais não são, somente, aqueles que geraram o filho, mas aqueles que o desejaram e o receberam em sua família. Ademais segundo Lôbo, “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue”. (LÔBO, 2006, p.48)

Família é onde predominam os laços de afeto e solidariedade entre pais e filhos, e a socioafetividade é que deverá ser utilizada como basilar para garantia da filiação, uma vez que a paternidade/maternidade biológica não é a única forma de surgimento da filiação, esta situação passa a ter, enfim, para o mundo jurídico, uma significação. A reprodução assistida heteróloga é um dos exemplos onde o “pai” biológico não fara parte da filiação do ser gerado por essa forma de geração.

### **3 PROJETO DE LEI 1.184/2003, QUE REGULAMENTA AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL**

Tramita no Congresso Nacional, desde 2003, o Projeto de Lei 1.184, que regulamenta as técnicas de reprodução humana assistida. No Congresso Nacional já foram apresentados diversos projetos de leis visando regulamentar as técnicas de reprodução assistida no Brasil, especialmente a heteróloga, objeto do presente

estudo, a qual mais insegurança jurídica tem trago a sociedade devido a sua falta de regulação e conflito de interesses e direitos fundamentais.

O projeto (nº 809/91) apresentado pelo Deputado Mauricy Mariano, propunha a proibição da “barriga de aluguel” e das técnicas de fertilização heteróloga. No ano de 1993, o Deputado Luiz Moreira apresentou o Projeto de Lei nº 3.638, que se constituiu em cópia dos termos da Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, haja vista que estabelecia o anonimato do doador do material genético, não admitindo nenhuma ressalva para a identificação deste. Outro projeto apresentado foi o de nº 2.855/97, do Deputado Confúcio Moura, que, por sua vez, permitia o fornecimento de informações do doador somente em casos de necessidade médica para os responsáveis pelo procedimento da reprodução assistida, resguardando-se a sua identidade civil (art. 9º, parágrafo único). Já o Projeto de Lei nº 90/99, apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara, permitia ao filho concebido através da técnica reprodutiva o acesso aos seus dados genéticos, quando atingisse a sua maioridade ou na ocasião do falecimento de seus genitores, caso desejasse (art. 6º, §§ 1º e 2º). No entanto todos esses projetos de leis mencionados foram arquivados.

O Projeto de Lei 1.184 de 2003 encontra-se em tramitação, estando atualmente aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) neste projeto, foram apensados os seguintes projetos de lei: 2.855, de 1997, 4.664 e 4.665, de 2001; 120, 6.296 de 2002; 1.135 e 2.061, de 2003, 4.686, de 2004; 4.889 e 5.624, de 2005 e 3.067, de 2008.

Sendo da autoria do Deputado Colbert Martins, o supracitado projeto de lei veda, em seu artigo 8º, que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, consagrando, deste modo, o sigilo das doações. Vejamos:

Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

A outro giro, em seu artigo 9º, no § 1º, garante à pessoa advinda da técnica de reprodução assistida o acesso a todas as informações sobre o processo que a gerou.

**Art. 9º** O sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o sigilo profissional e, quando possível, o anonimato.

**§ 1º** A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os sigilos profissional e de justiça.

Nesta seara, percebe-se que o Projeto de Lei nº 1.184/03 diverge da Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, bem como gera grande conflito entre a colisão dos direitos fundamentais dos envolvidos, de uma lado o direito ao anonimato e de outro o direito a identidade genética. Ao consagrar o direito à

identidade genética ao filho concebido através da reprodução assistida heteróloga, bem como ao acesso à identidade civil do doador.

O projeto de lei ainda se encontra em tramitação, desde o ano de 2003, e persiste no ordenamento jurídico brasileiro a discussão sobre qual direito deve prevalecer, uma vez que ambos tratam-se de direitos fundamentais e estão totalmente ligados ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

#### **4 O CONFLITO ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR FRENTE AO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA**

A reprodução assistida heteróloga, utiliza-se do sêmen de terceiro, desta forma, a paternidade biológica diverge da afetiva, o que provoca polêmicas no âmbito jurídico, doutrinário e jurisprudencial.

Nesta seara, gera-se a grande questão: aquele que foi concebido a partir da reprodução assistida heteróloga terá preservado seu direito em conhecer sua origem genética ou deve prevalecer o direito ao anonimato do doador do material genético?

No ordenamento jurídico brasileiro atual, não existe legislação regulamentando a presente questão. O único momento em que a atual legislação adentra ao tema é no artigo 1597 do atual Código Civil, que apresenta a regulamentação dos casos de presunção de paternidade. O dispositivo legal determina que os filhos originários das técnicas de reprodução assistida homóloga e heteróloga presumem-se concebidos na constância do casamento, desde que haja prévia autorização do marido.

A Resolução 2013/2013, editada pelo Conselho Federal de Medicina, traça diretrizes e estipula normas para a realização das técnicas de reprodução assistida. O ponto IV da referida resolução estabelece que deve ser mantido o sigilo dos doadores e receptores

do material genético, salvo em situações especiais, nas quais será permitido o fornecimento de informações sobre o doador, somente para o médico e sem revelar a sua identidade civil.

Diante da latente lacuna legislativa, foi elaborado o Projeto de Lei 1.184 de 2003, o qual garante o direito à identidade genética ao filho gerado pela reprodução assistida heteróloga, inclusive o acesso à identidade civil do doador. No entanto o referido projeto de lei encontra-se aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), na Câmara dos Deputados, prevalecendo assim, à dúvida de qual direito deve prevalecer em face da colisão entre o direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador do material genético.

#### 4.1 O direito fundamental à identidade genética na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu primeiro artigo, caracteriza a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito e elenca, em seu inciso IV, a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

O princípio a identidade genética advém de outros diversos princípios constitucionais, basilares dos direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º[5] da Constituição brasileira.

O entendimento de que a origem genética corresponde a um direito fundamental, é indiscutível, uma vez que se encontra inserido no âmbito dos direitos da personalidade e encontra-se totalmente interligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º[6], inciso III, da Carta Magna.

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou favorável ao direito à identidade genética, sob o fundamento do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Confira-se:

(...)O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da [CF/88](#), como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. **Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica(...).**(grifo acrescentado). (BRASIL, STJ, RESP 833712/RS, Relatora Nancy Andrichi, 2007).

Neste sentido, já entendeu o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - VÍNCULO BIOLÓGICO - DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E AO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE FILIAÇÃO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

- O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível, que pode ser exercido sem qualquer espécie de restrição em face dos pais biológicos, tudo com base no princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no artigo 1º, III, da Constituição Federal, e que traz

em seu bojo o direito à identidade biológica. Dessa forma, caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana o cerceamento do direito ao reconhecimento da identidade genética, notadamente quando não há oposição do pai que registrou o investigante. (TJMG, Autos nº 1.0236.03.001949-1/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 11/02/2014).

Insta salientar que o rol estabelecido no artigo 5º da CF/88 não é taxativo, sobretudo pelo teor de seu parágrafo segundo, o qual estabelece que os direitos e garantias expressos na Carta Magna não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como os tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Para Maria Berenice Dias, o direito do concebido através da técnica da inseminação artificial heteróloga ter conhecimento sobre a sua origem genética não se confunde com o estado de filiação, conforme discorre (DIAS, 2013, p.370):

Essas realidades não se confundem nem conflitam. O direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência familiar, é um preceito fundamental, um direito da personalidade: direito individual, personalíssimo, que é necessariamente o direito à filiação. Seu exercício não significa inserção em relação de família. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra é investigar a paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica. Essa distinção começou a ser feita principalmente a partir da descoberta dos indicadores genéticos e do acesso ao exame que permite identificar, de forma segura e nada

invasiva, a verdade biológica. Agora é fácil descobrir a ascendência biológica, até porque a justiça vem franqueando a realizações das perícias gratuitamente.

Como ensina Paulo Luiz Netto Lôbo, “a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”. (LOBO, 2010, p.153)

Prima-se que em face aos interesses da pessoa gerada através da inseminação heteróloga, seja possível a relativização do anonimato do doador de sêmen, para que essa conheça suas origens genéticas buscando garantir o direito à vida, à saúde e ao livre desenvolvimento da personalidade.

O fato de ter direito ao conhecimento da ascendência biológica, não enseja a desconstituição do vínculo afetivo ente pai e filho, nem mesmo, estabelece qualquer obrigacional entre doador e a pessoa gerada. Dito isso, resta demonstrado que não há incompatibilidade entre o direito ao conhecimento da ascendência biológica e a filiação.

Diante de tal análise, resta clara a necessidade da criação de legislação que atenta à garantia da pessoa, nascida por meio de técnica de reprodução assistida heteróloga, de conhecer sua origem genética, sem que este fato resulte em qualquer alteração em sua filiação.

#### 4.2 O direito fundamental a intimidade do doador do material genético na Constituição Federal de 1988

O princípio do anonimato é visto principio basilar e fundamental dos tratamentos de reprodução assistida heteróloga. O principio a inviolabilidade da intimidade do doador, também advém



de diversos princípios constitucionais, basilares dos direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º da Constituição brasileira.

O direito de intimidade do doador do material genético é cediço, uma vez que a Constituição assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, no contexto da reprodução assistida heteróloga.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92 estabelece que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, mantendo-se o sigilo sobre os envolvidos, portanto. A Resolução, no entanto, permite que, em situações especiais, por motivos médicos, informações sobre o doador sejam repassadas a médicos, preservando a sua identidade.

Dentre as posições favoráveis ao anonimato do doador, Eduardo de Oliveira Leite justifica o anonimato do doador da seguinte maneira:

[...] a doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato. (LEITE, pag.145)

Para ele, “o anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação”.

Um dos argumentos para defesa da inviolabilidade do anonimato do doador é a possibilidade de abalar uma estrutura familiar com a revelação da identidade do doador e verdadeiro pai biológico, percebendo assim a existência de dois pais para o indivíduo gerado por meio de reprodução assistida heteróloga.

A outro giro o fato da inexistência de uma legislação específica atinente ao caso também reforça a exigência de que a reprodução assistida na forma heteróloga seja utilizada de forma a preservar a identidade do doador, uma vez que este não encontra proteção no ordenamento jurídico em relação ao seu patrimônio, direito sucessório, bem como em relação à ética e inviolabilidade de sua privacidade, uma vez que muitos doadores nem sequer informam a sua unidade familiar que são doadores de gametas.

O Código Civil de 2002, de certa forma, afasta a ideia de que aquele que contribuiu com o material genético seja “pai” desta. A paternidade socioafetiva já é pacificada em nosso ordenamento jurídico, restando clara a prevalência desta sobre a paternidade biológica. No capítulo que cuida dos direitos da personalidade, em seu artigo 21, o código assegura a proteção à privacidade, ao estabelecer: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Um dos principais fundamentos utilizados pela Doutrina atinente ao assunto, afirma que é a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, o direito à intimidade, considerado um direito da personalidade, que visa a proteger o indivíduo das interferências alheias, de modo que ele possa exercer suas atividades na esfera íntima com tranquilidade.

Kildare Gonçalves Carvalho menciona a distinção entre intimidade e privacidade:

Por privacidade devem-se entender os níveis de relacionamento ocultados ao público em geral, como a vida familiar, o lazer, os negócios, as aventuras amorosas. Dentro, contudo, dessa privacidade há outras formas de relações, como as que se estabelecem entre os cônjuges, pai e filho, irmãos, namorados, em que pode haver abusos e violações. Assim, na esfera da vida privada há um outro espaço que é o da intimidade. (CARVALHO, 2009, p. 753/754).

Diante de tais argumentos surgem diversos posicionamentos sobre qual direito fundamental deve prevalecer. A constituição garante a inviolabilidade do direito a intimidade da pessoa, bem como o direito a sua identidade genética.

## **5 A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE O DIREITO A INTIMIDADE DO DOADOR E O DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA**

Os direitos fundamentais em questão originam-se do princípio da dignidade da pessoa humana, e utilizara desse princípio para realização da relativização dos direitos fundamentais para análise da possibilidade ou não da relativização de um deles em prol da defesa da dignidade da pessoa humana de acordo com o caso específico.

Na colisão entre direitos fundamentais utiliza-se da ponderação para análise do direito requerido seja ele de direito a identidade genética, ou de proteção a intimidade, utilizando como fonte basilar da análise desse requerimento os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana, se busca a possibilidade de minimizar o prejuízo de todos os envolvidos, tendo em vista que nenhum princípio pode se sobrepor ao outro, visando que todos os princípios tem a mesma importância,

a relativização será realizada de acordo com a motivação individual para solicitação desse direito.

Os direitos fundamentais têm como fim a proteção da Dignidade da Pessoa Humana, desta feita, é imprescindível entender que a colisão entre esses direitos é atinente à realização da proteção dos direitos individuais de cada indivíduo. Diante da inexistência na atual legislação de uma lei regulamentadora quanto à reprodução assistida heteróloga, trazendo grande insegurança a todas as partes envolvidas, seja o doador do material genético, a família que recebe a doação e realiza a fertilização, tem-se utilizado como solução a relativização de um desses princípios, primando por um bem maior.

SILVA, Jackeline de Melo, citando LÔBO (2010, p. 69), cita uma jurisprudência polêmica que foi firmada no ano de 1996, neste ano o Supremo Tribunal Federal, garantiu o direito de recusa do réu ao exame de DNA, protegendo com isso sua intimidade, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, e obistou com isso, o direito da outra parte conhecer sua origem genética.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a

doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.(71373 RS , Relator: FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 09/11/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397)

Entretanto, depois de alguns anos, o Superior Tribunal de Justiça, firmou orientação em sentido contrário à decisão do Supremo Tribunal Federal, autorizando o exame de DNA mesmo após o falecimento do suposto genitor, entendendo que a coleta de material genético do suposto genitor não traria nenhum prejuízo para o mesmo, e não feriria sua intimidade, o recurso foi provido sob a fundamentação que “na fase atual de evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz”. Assim, autorizou a coleta de material genético do *de cujus*, para realização do DNA, possibilitando com isso o conhecimento da origem genética. (LÔBO, 2010, p. 69).

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA GENÉTICA. DNA. REQUERIMENTO FEITO A DESTEMPO. VALIDADE. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ. PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130, CPC. CARACTERIZAÇÃO. DISSÍDIO CARACTERIZADO. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.130CPCI - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando está diante de causa que tenha por objeto direito

indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontra em estado de perplexidade ou, ainda, quando há significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.II -Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória.CPC267§ 3ºIII - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.IV - Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz (REsp222445 PR 1999/0061055-5, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 06/03/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.04.2002 p. 246RDR vol. 23 p. 347REVFOR vol. 367 p. 226RSTJ vol. 157 p. 418)

Interpreta ainda SILVA, Jackeline de Melo, que apesar das jurisprudências acima mencionadas firmarem entendimento quanto ao direito de investigação de paternidade, pode-se perceber que o Superior Tribunal de Justiça – STJ, entendeu por preservar não só o direito à investigação de paternidade, mas, principalmente, o direito ao conhecimento da identidade genética, contrariando o

direito de inviolabilidade da intimidade do suposto pai, uma vez que, a coleta de material genético não seria tão prejudicial ao suposto pai quanto o não conhecimento da origem biológica, portanto, mesmo após a morte, a coleta de material genético, nesse caso, foi permitida para que se pudesse satisfazer tanto o conhecimento da origem genética, quanto os demais direitos, referentes ao processo de investigação de paternidade.

Para a autora, através da analogia, pode-se utilizar o entendimento do STJ para dar suporte ao direito de buscar a identidade genética do filho gerado por meio de inseminação artificial heteróloga, até mesmo, se for o caso, após a morte o doador, pois, é de extrema importância destacar, que se irá pleitear apenas o conhecimento de sua ascendência genética, sua origem, suas raízes, não sendo imputado ao genitor doador qualquer obrigação referente à paternidade/maternidade.

Diante deste entendimento e prática judiciária, fica clara a utilização da relativização dos princípios, utilizando a análise do caso concreto para verificação de qual direito que esta sendo buscado merece a tutela jurisdicional para efetivação da melhor solução para defesa da dignidade da pessoa humana, utilizando assim para análise e posicionamento quanto a esse requerimento os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana, para solução da colisão entre direitos fundamentais utilizam-se da ponderação para análise do direito requerido seja ele de direito a identidade genética, ou de proteção à intimidade.

Lembrando que conforme expresso em capítulos anteriores, a garantia do direito a identidade genética não anula o direito a inviolabilidade da intimidade e dos direitos garantidos ao doador. A relativização da intimidade da direito ao individuo gerado na reprodução assistida heteróloga apenas ao conhecimento de sua origem genética, não garantindo a esse a convivência com seu “pai”

biológico, nem havendo que se falar em qualquer alteração em sua filiação, ou garantia de direitos sucessórios ou mesmo de manutenção devido a restar claro em nossa presente legislação que a relação biológica não se sobrepõe em grau de importância a relação socioafetiva, sendo esta priorizada e garantida para determinação da filiação. A relativização dos princípios é utilizada, buscando unicamente solucionar a colisão entre os mesmos e garantia a Dignidade da Pessoa Humana.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, buscou-se demonstrar que o conflito entre os direitos fundamentais na reprodução assistida heteróloga, que permite a geração de um novo ser humano dotado de personalidade e direitos individuais e indisponíveis, como seu direito a identidade genética, buscando garantir o direito à vida, à saúde e ao livre desenvolvimento da personalidade, vai de encontro ao direito de intimidade do doador do material genético, o qual tem direito ao anonimato, uma vez que a Constituição assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, no contexto da reprodução assistida heteróloga.

O Direito é uma ciência que tem que acompanhar as mudanças da sociedade e se adequar a elas, no sentido de poder oferecer segurança jurídica as suas instituições, e dentre elas, a família. O ordenamento jurídico não acompanhou o avanço da Biotecnologia, uma vez que na atualidade existem diversas técnicas de reprodução medicamente assistidas, como forma de solução da infertilidade e não existe no Brasil Lei para regulamentação da mesma.

O presente trabalho tratou especificadamente a reprodução assistida heteróloga, a qual faz uso de sêmen (material genético) doados por um terceiro anônimo, sem interesse em criar vínculos, sejam estes afetivos ou patrimoniais com o indivíduo a ser gerada,



por meio dessa forma de geração familiar de forma medicamente assistida.

Ademais, tratou sobre o conceito de filiação, onde a socioafetividade tem grande relevância jurídica nas relações familiares, e tem sido adotado como princípio fundamental constitucional de uma entidade familiar, e também sobre a relativização dos direitos fundamentais de maneira a resolver a colisão entre os direitos fundamentais de inviolabilidade da vida privada e direito a conhecer a identidade genética, de maneira a preservar o bem comum e garantir a Dignidade da Pessoa Humana.

Restou demonstrado que Projeto de Lei 1.184/2003 assegura ao filho concebido pela técnica da reprodução assistida heteróloga o direito à identidade genética, bem como o acesso à identidade civil do doador do sêmen. Por outro lado, a Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, garante o total anonimato do doador do sêmen. Devendo ser utilizado assim, como solução intermediária a análise do caso concreto, utilizando da relativização dos direitos fundamentais de acordo com a justificação individualizada do requerimento ao acesso as informações sobre o doador do sêmen. Para solução desse conflito de interesses, deveremos utilizar da proporcionalidade e razoabilidade quanto a relativização desses direitos buscando um bem comum.

Desta feita, conclui-se que o direito fundamental ao anonimato do doador pode ser relativizado quando o indivíduo concebido pela reprodução assistida heteróloga necessitar do acesso aos dados genéticos por questões de saúde, que não podem ser sanadas sem um conhecimento mais aprofundado de suas raízes biológicas. No entanto, essa relativização não afetará a garantia de preservação da identidade civil do doador, nem mesmo garantirá qualquer acesso direto junto a esse, ou mesmo qualquer direito sucessório, nem sequer será aceito a fim de alteração da

filiação, a fim de lhe assegurar o seu direito à intimidade, protegido pela Constituição.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 833.712** – RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 17 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 222445 PR 1999/0061055-5**. 4ª turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília/DF, 6 de março de 2002. **Jusbrasil**. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/292991/recurso-especial-resp-222445-pr-1999-0061055-5-stj>>. Acesso em: 29 Set 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 71373**. Tribunal pleno. Rel.Min.Francisco Rezek, Brasília/DF, 9 de novembro de 1994. **Jusbrasil**. Disponível em . Acesso em: 29 Set 2015.

BRASIL. **TJMG. Autos nº 1.0236.03.001949-1/001**. Rel. Des. Eduardo Andrade, julgado em 11/02/2014.

**CAMARA DOS DEPUTADOS**, Informações de Tramitação do PL 1184/2003, <http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?ldproposicao=118275>. Acesso em 28 set. 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 17 ed. Rev.atual.ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CFM-CONSELHO FEDERAL DE  
MEDICINA.RESOLUÇÃO. **CFM**. Resolução nº 2.013/2013.

Brasília/DF, 2013. Disponível em  
<<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>  
>. Acesso em : 20 set 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2013/2013**. Disponível em:  
<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 21 set. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. Rev.atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. Cit. P. 145.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In*: EHRHARTD JÚNIOR, Marcos; et. Al. (Coord.). **Leituras Complementares do Direito Civil – Direitos das famílias**. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 51-71.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Jus Navigandi, Teresina, ano7, n. 53, 1 jan. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2552>>. Acesso em: 26 set. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade Socioafetiva e a Verdade Real**. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p.15-21, 24 set. 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade Socioafetiva e a Verdade Real**. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p.15-21, jul./set. 2006.

**Projeto de Lei n. 1184/2003.** Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?ldp\\_roposicao=118275](http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?ldp_roposicao=118275)>. Acesso em: 25 set. 2015.

**Projeto de Lei n. 2855/1997.** Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pl2855.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl2855.htm)>. Acesso em: 25 set. 2015.

**Projeto de Lei n. 3683/1993.** Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pl3638.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl3638.htm)>. Acesso em: 25 set. 2015.

**Projeto de Lei n. 90/1999.** Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls90subst.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm)>. Acesso em: 25 set. 2015.

Resolução do **Conselho Federal de Medicina** n.º 1.358 de 1992. Itens 2 e 3 (capítulo 4).

SILVA, Jackeline de Melo da, **Inseminação Heteróloga: Direito A Identidade Genética X Direito Ao Sigilo Do Doador**, Fonte [www.jurisway.org.br](http://www.jurisway.org.br). Acesso Em 29 Setembro 2015

#### **Notas:**

[1] Art. 226 - § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

[2] Art. 338 A confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação até a concorrência da respectiva parte no crédito, ou na dívida, subsistindo quanto ao mais a solidariedade.

[3] Art. 227, § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[4] Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[5] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

[6] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

## ASTREINTES UMA OVA!!!

**CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:**  
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Originária do Direito Francês, as astreintes são aquelas multas diárias impostas por uma decisão ou condenação judicial. É quando você ouve ou lê no jornal ou mesmo nas redes sociais que determinado juiz decidiu que fulano deva fazer isso ou aquilo, em tal tempo e de tal modo, sob pena de pagamento de uma importância em dinheiro geralmente a favor do autor da ação.

Vamos a um breve e único exemplo. A sua mãe está no saguão de entrada de um hospital, sangrando e urrando de dor, e o plano de saúde ou a portaria do nosocômio bate o pé dizendo que a sua velha não será internada pois a mesma não trouxe consigo em trêmulas mãos o comprovante do último boleto pago da mensalidade do plano de saúde. Admitindo ser da operadora do plano de saúde a responsabilidade de demonstrar a eventual inadimplência da usuária, o juiz defere medida liminar determinado a pronta e imediata internação de sua genitora, sob pena de multa de um trilhão de reais por hora de descumprimento (astreintes).

Recebendo a intimação do oficial de justiça de plantão, ninguém cumpre a decisão judicial, direta e conseqüentemente sua mãe – que sempre pagou uns dez dias antes a mensalidade do plano de saúde, por prudência e precaução – morre estendida na portaria do hospital ao lado daquele cinzeiro branco e grande que mais parece um vaso de planta. Você, todo feliz, enterra sua mãe e corre para a boca do caixa do banco para sacar sua bolada correspondente à multa judiciária em razão do não cumprimento da decisão judicial.

Caro leitor, é assim que a vida funciona?!! Será que dinheiro ainda é tudo ou compra tudo em nossas vidas?!! No exemplo dado,

quanto vale estar na companhia de sua mãe, abraçá-la, beijá-la, fazer e estar naquele almoço de domingo em companhia dessa maravilhosa criatura abençoada que tanto te ama?

Ora, no exemplo acima, é claro que nada, absolutamente nada, nenhum dinheiro do mundo, poderia substituir o célere e efetivo cumprimento da decisão liminar tão aguardado. Bem nenhum, importância em espécie nenhuma, poderia preservar a vida, a possibilidade da sobrevivência do ser humano, senão a providência judicial deferida.

E é assim que acontece no dia-a-dia forense. Parece que nos tempos atuais vai brotando um novo ramo do direito, o “Direito Processual das Decisões Judiciais Não Cumpridas”! Os volumes dos processos judiciais estão sendo tomados mais por laudas sobre a discussão do não cumprimento da decisão liminar do que a petição inicial, a contestação e a própria liminar somadas. Algo do tipo: da lauda 01 até a lauda 37 tratamos da petição à decisão liminar deferida; da lauda 38 até milionésima lauda do milionésimo apenso lidamos com a discussão do não cumprimento da decisão judicial. E agora com essa moda de juntar e-mails nos processos, a coisa ficou feia! Triste mesmo!

Mas o drama do pobre infeliz do cidadão comum é ainda maior, de proporções jupiterianas. Caro leitor, sabe o quê a lei processual brasileira diz a respeito das astreintes, sua cobrança e efetivo recebimento? Para não acharem que estou de avacalhão ou me arriscando no mundo do *stand up comedy*, vou transcrever o trecho de uma recentíssima decisão do STJ que reverencia fielmente o texto da nossa lei vigente:

“A multa prevista no §4º, do Art. 461 do CPC só é exigível após o trânsito em julgado da sentença (ou acórdão) que confirmar a fixação da multa diária, que será devida, todavia, desde o dia em

que se houver configurado o descumprimento. Precedentes” (DJe 03/08/2015).

Então você pode imaginar quem ainda está na fila esperando para receber o valor das astreintes aqui no Brasil, né?! Matusalém, Moisés, Tutancâmon, Cleópatra, Pero Vaz de Caminha, entre tantas outras figuras de nossa antiguidade e idade média.

Com zilhões de instâncias judiciais e trocentos recursos previstos na lei processual, sem falar nos embargos nos embargos nos embargos (...) nos embargos de declaração nos agravos regimentais dos Códigos e Regimentos Internos dos TJ's, o trânsito em julgado de uma decisão judicial no Brasil levaria mais ou menos o tempo que a Nasa levará para colonizar Plutão.

E estou falando da série infinita de recursos e instâncias judiciais para discussão da liminar, da decisão interlocutória! A sentença, o acórdão de mérito do TJ local ainda terá o seu calvário recursal próprio.

Tinha me esquecido ainda da Ação Rescisória, que poderá, sim, suspender a exequibilidade das astreintes. Esta ação também e certamente será alvo de todos os recursos e instâncias admitidas pela lei processual pelo sucumbente.

Lembre-se, não estamos aqui discutindo o recebimento ou não das astreintes. Voltemos ao exemplo. O caso é que a sua mãe está no saguão de entrada de um hospital, sangrando e urrando de dor, e o plano de saúde ou a portaria do nosocômio diz que a mesma não será internada, mesmo com decisão judicial determinando essa internação.

Você acha que a sua e a minha tragédia, de um cidadão brasileiro comum, para por aqui? Lamento, pois então, vou dizer mais uma lástima, talvez a mais funesta de todas.



Qualquer pessoa física ou jurídica responsável pelo cumprimento de uma decisão judicial são obrigados a ter bens móveis ou imóveis em seu próprio nome? Já ouviu falar da figura do laranja, da esposa ou filho de conveniência? Daquele cara que empresta CPF, CNPJ ou até a mãe para tirar algum proveito ou prestígio de determinada situação, nem que seja para ganhar aquele camarote de folia de carnaval?

Pois é. Você acha que uma figura, réu de um processo, sem nenhum bem penhorável – apesar de morando naquele suntuoso palácio de frente para o mar, com vários carrões na garagem, registrados todos esses bens em nome de seu poodle ou de sua calopsita – está mesmo preocupado com as astreintes e sua cobrança?!! Fala sério...

Sabe o quê que acontece na vida forense nesses casos? O diligente oficial de justiça escreve no verso do mandado de intimação: “Certifico e Dou Fé que em cumprimento a r. Decisão me dirigi ao endereço declinado e não encontrei bens para penhorar”. Sabe o quê o juiz pode fazer por você neste caso? Digo: “Vistas ao Autor para se manifestar”. E sabe o que você pode fazer por si mesmo? Nada, exatamente nada.

Ah, sim, grandes doutores da lei falarão para você se acalmar, que ainda restam as temidas penhora on-line, os ofícios aos registros gerais de imóveis do País afora, ao Detran *etc.*

Insisto. Pessoa física ou jurídica responsável pelo cumprimento de uma decisão judicial é obrigado a ter bens móveis ou imóveis em seu nome?

E o laranja segue triunfando neste País ...

Aqui, abro um parêntese. Absolvo juízes e Tribunais de todo esse drama vivido pelos jurisdicionados. Talvez sejam os próprios

juízes os mais sensíveis conhecedores dessa verdadeira frustração do cidadão comum frente a um emaranhado de leis inúteis, que não servem de nada, a não ser para sustentar a opressão e a tirania do poder econômico e da velha nobreza que devora a casa das viúvas.

Como se vê, no caso de liminares não cumpridas, o melhor e único remédio é a decretação da prisão em flagrante do responsável pelo cumprimento da decisão judicial, por crime de desobediência. Doa a quem doer. É a mesma profilaxia do mal pagador de pensão alimentícia. Cadeia resolve. É só o oficial de justiça chegar acompanhado de uma viatura com giroflex ligado, balançando as algemas, que toda corte, puxa-sacos e baba-ovos, se reúnem em torno do desidioso réu para cumprimento da ordem judicial.

Quem bate as portas da Justiça não é mercenário, não quer dinheiro, deseja o bem da vida incólume, salvo, resgatado pelo cumprimento da decisão judicial salvífica, pronto e imediato, sem rodeios. O que o jurisdicionado ou jurisdicionada desejam é ver o filho matriculado na escola, o medicamento entregue, a cirurgia ou exame médico sendo realizados, a internação psiquiátrica sendo levada a efeito. Ninguém fica por deleite ou passatempo nas longas e ensolaradas fileiras da Defensoria Pública para constituir uma poupança com promessa de saque futuro na Justiça com a cobrança das astreintes. O povo quer dignidade, socorro, nada mais. Vou repetir uma frase que ouço quase todos os dias em meu gabinete: “Doutor, só quero que minha filha volte a sorrir, a falar, a andar, nada mais”.

Mas como diria o insuperável Murphy, “nada é tão ruim que não possa piorar”. Vou lhe contar um segredo. E peço que não espalhe por aí. Ok?!!

É que existe uma grande e torrencial posição jurisprudencial, inclusive de Tribunais Superiores, que diz que em caso de

descumprimento de decisão judicial não existe crime de desobediência, não existe crime algum. Senão, vejamos:

“O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que para a caracterização do crime de desobediência não é suficiente o simples descumprimento de decisão judicial, sendo necessário que não exista previsão de sanção específica” (DJe 21/10/2015).

Não, caro leitor! Não estou de gozação, nem fazendo hora com a sua cara. É a lei, a lei brasileira que diz isso, a lei do seu País. O Código de Processo Civil sempre prevê outro tipo de sanção específica, que não a prisão, como as astreintes, conversão da obrigação em perdas e danos, bloqueio de rendas públicas *etc.* Ou seja, o descumprimento da decisão judicial será sempre um fato atípico (um não crime).

Chega! Vou parar por aqui! Tchau! Boa sorte para nossa mãe!

## A HERMENÊUTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

**STEEL RODRIGUES VASCONCELLOS:** Advogado. Especialista em direito civil e empresarial pela UFPE e especialista em Filosofia e teoria do direito pela PUC-MINAS.

**Resumo:** O presente estudo acadêmico faz uma análise hermenêutica via pesquisa doutrinária acerca da função social do contrato e seus critérios de interpretação.

---

### Introdução:

A importância da interpretação contratual se dá no alcance da revelação da vontade comum. A exteriorização expressa da vontade não consiste somente em revelar o sentido das respectivas partes, mas naquilo que a vontade representa considerando suas limitações e consequências.

Após um estudo sobre a interpretação da função social do contrato, induz finalmente a conclusão do presente estudo, considerando todos os conhecimentos inseridos no trabalho acadêmico aliada a uma pesquisa jusfilosófica.

A importância do contrato como instrumento político, econômico e social justificado pela intervenção do Estado, passa pelo preenchimento intimamente ligado aos valores morais, sociais, culturais e ideológicos de cada momento histórico da sociedade.

Paulo Lobo (2011, p. 175) desfragmenta a distinção da aplicação da lei com a intenção de quem redige o contrato:

A interpretação dos contratos apresenta peculiaridades distintas das interpretações da lei. A lei é predisposta pela autoridade legislativa; o contrato é

fruto de acordo das partes. A lei é abstrata e geral; o contrato é concreto e relativo às partes. A lei não depende do consentimento ou aprovação dos destinatários para valer e ser eficaz; o contrato vale e é eficaz a partir do consentimento de suas partes. A finalidade da lei é de regular interesses particulares e determinados. A aplicação da lei não leva em conta a intenção de quem a edita; a do contrato busca exatamente essa intenção comum exteriorizada. A lei é uma regulamentação heterônima: o contrato é uma regulamentação autônoma.

Como consta nos critérios de interpretações do Código Civil de 2002, nos arts: 110 a 114 da parte geral:

1. A intenção comum deve ser levado em consideração, afinal o contrato é lei entre as partes.
2. Quando houver conflito de significados, a intenção comum sempre prevalecerá.
3. Se uma das partes fizer reserva mental de não se obrigar ao que foi exteriorizado na declaração formal, esta deve prevalecer sobre a reserva mental. Recordando que o ônus da prova é de quem se utilizar da reserva mental.
4. Ao contrário do costume do senso comum: Silêncio não significa consentimento. Exceto se: o uso e circunstância que envolvam determinado contrato e em determinada comunidade o admitam – deve ser considerado. Ou quando não for exigível na declaração de vontade expressa.
5. A boa-fé objetiva deve ser prioridade da interpretação, assumindo entre as partes a presunção de lealdade íntegra.

6. Os contratos benéficos, como a doação e a fiança devem ser interpretados em sentido estrito, não agravando a situação da parte que beneficia a outra.

Esses são os direcionamentos que norteiam a interpretação contratual, entretanto, tratando-se de um contrato cuja intervenção é da função social, então questiona-se pragmaticamente qual a interpretação possível para aferir a alcançar ao princípio da sociabilidade.

Para Paulo Roberto Toniazzi, (2008, p. 77), os critérios estabelecidos que favoreçam o desenvolvimento a repartição mais equilibrada das riquezas, bem como que coíbam qualquer desigualdade dentro da relação contratual, desde o momento de sua formação até sua complexa execução, a partir de certas vedações para que o seu uso não se converta em abuso, mas, também, de certas imposições, para que sua utilização possa se converter na satisfação de interesses coletivos. Ou seja, a intervenção efetivamente benéfica não alcançará somente uma das partes, mas todas as partes e todos os terceiros interessados; ou seja, a sociedade.

Marighetto, afirma que (2012, p. 66), a interpretação sistemática é a ideal para a intervenção do Estado, pois além de respeitar os limites da autonomia privada, é necessário considerar os conceitos de microrrelacionamento e do macrorrelacionamento econômico, pois tanto a livre concorrência como a liberdades e garantias individuais e sociais estão em jogo.

A função social como princípio não deixa de ser uma cláusula aberta, inclusive considerada cláusula geral pela ausência de critérios legais da intervenção contratual.

JHERING (1943, p. 16), recorda que: “o direito não é uma teoria, mas uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.”

Uma norma, ou princípio com força normativa, carregando sentido normativo vago, o direito perde sua força. Por isso, seguindo o princípio da concretidade de Reale, (1983, p. 13), o legislador não deve legislar em abstrato. A cláusula geral possui dois significados: no sentido de designar a técnica legislativa de criação de normas, como próprias normas resultantes de produção legislativa.

Referente a interpretação do contrato no tocante a função social; Reale defende a que a interpretação seja interpretada de acordo com o espírito da lei, bem como seu travamento lógico e técnico, acompanhado por uma base de fundamentação ética. (1986, p. 3)

A consequência para o excesso de abrangência e generalidades é que o tratamento jurídico se rende ao domínio de casos, o que se configurará um realismo jurídico baseado em precedentes, enfraquecendo o princípio da legalidade.

A função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum. (GAGLIANO, 2012, p. 63)

Paulo Nader é favorável na flexibilização do sentido normativo, pois tal flexibilidade acompanha a modernidade, (2003, p. 47):

(...) A necessidade de flexibilização do ordenamento pátrio, ao afirmar que o animus desse novo Código reside justamente no combate a essa instabilidade. Não que se esteja a defender a chamada ‘escola de direito livre’, encabeçada por Kantorowicz, nem

mesmo o movimento muito em moda na atualidade do chamado ‘direito alternativo’. Mas a flexibilidade na interpretação das normas permitirá que o direito se modernize, sem que haja necessidade de estar, a cada instante, alterando os textos legais.

Arruda Alvim, (2003), considera as cláusulas gerais como conceitos abertos, que não contém elementos definitórios mais exaurientes e demandam o preenchimento de espaços por obras da atividade jurisdicional à luz da conjuntura e das circunstâncias presentes no momento da aplicação da lei, tendo como eixo de gravidade o caso concreto.

“Conceitos legais e indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos”, para Nery Júnior. (2003, p. 144). Considera, assim as “normas abertas”. O resultado de uma norma aberta, no caso da cláusula aberta para Nery Júnior, é a impossibilidade de um trabalho integrativo, mas simplesmente interpretativo. Por outro lado, Nery Júnior (2003, p. 143), enxerga um lado positivo em relação às cláusulas gerais, pois elas podem prolongar a aplicabilidade dos institutos jurídicos. Amoldando às necessidades da vida social, evitando o engessamento da lei: “A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.” (2003, p. 402).

Humberto Theodoro Júnior (2008, p.144), faz uma análise da evolução normativa, aliás, interpretativa acerca das codificações e linguagens; fazendo um paralelismo entre sistemas antigos com o atual, e como afeta o ordenamento jurídico:

Do rigor positivista dos conceitos rígidos e das formas acabadas, passou-se



a um diploma normativo dinâmico, cuja virtude maior é a aptidão para adquirir, progressivamente a dimensão que os códigos do passado pretendiam encerrar; de ponto, em enunciados universais e frios. Reconhece-se de antemão, que não se tem o propósito de obra perfeita e absoluta. Torna-se como ponto de partida a idéia de que o direito privado deve ser visto como um “sistema em construção”, onde as cláusulas gerais constituem disposição que utilizam, intencionalmente, uma linguagem de tessitura “aberta”, “fluida”, ou “vaga”, com propósito de conferir ao juiz um mandato para que, à vista dos casos concretos, possa criar, complementar, ou desenvolver normas jurídicas, mediante reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema. É um estímulo constante à conveniência com os princípios e regras constitucionais, que durante a maior parte do século XX permaneceram à margem das indagações dos civilistas e operadores do direito civil. (2008, p. 144)

Robert Alexy (2009, p. 39) lidera o pensamento de transformar a ordem constitucional em um sistema predominantemente denominado por valores auto-aplicáveis. Já JURGEN HABERNAS (1997, p. 321-322), critica essa inconveniente sistema dessa possível ordem jurídica, sustentando que criar uma ordem concreta e permanente de valores ameaça causar ausência de preceitos jurídicos. O que classifica de: “sistema normativo tendencialmente exaustivo”.

Canotilho (1987, p. 257) defende a clareza de normas argumentando no sentido de segurança jurídica, pois a norma necessita ser precisa e determinante para um mínimo de concretude. Assim, o autor desfragmenta a seguinte classificação: 1 – Alicerçar posições juridicamente protegidas por cidadãos. 2 – constituir uma norma de actuação para a administração. 3 – possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.

Para Maria Helena Diniz (2010, p.365), a interpretação da aplicação do princípio da função social se dá de acordo com os direitos da personalidade, colocando como em evidência a dignidade da pessoa humana:

O art. 421 é um princípio geral de direito, ou seja, uma norma que contém uma cláusula geral. A ‘função social do contrato’ prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito; reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas e não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presente interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Marcelo Neves (2013, p. 14) assim como os autores supramencionados, também adverte sobre o princípio normativo do princípio. Assim o autor distingue imprecisão semântica da discricionariedade.

A imprecisão semântica se dá mediante as formas de ambiguidade (conotativo), e vagueza (denotativo). Assim, a imprecisão se torna um refém de uma referência e circunstância do texto normativo. Já a discricionariedade não deve ser confundida com a imprecisão semântica, pois, um sentido estreito acerca do exercício do ato, ficando a cargo de condições políticas (oportunidade e conveniência), ou seja, discricionariedade através da competência em que a própria lei lhe atribui.

Ademais, Neves (2013, p.15) ainda se refere às características hermenêuticas do princípio como “teses de demarcação frágil”, quando se atribui a generalidade ou especificação da norma. Assim a fonte da problemática é determinar o grau de abstração da norma. Pois segue a proporção de: maior a generalidade normativa, maior estímulo ao método de interpretação indutivo. Os princípios encontrados por generalizações ou abstrações no sistema normativo não devem ser confundidos com os princípios sectoriais, como os de direito administrativo e direito tributário. Sectoriais por ter como característica menor generalidade, e menor abstração, porque segue um apontamento direcionando princípio e regra na mesma equivalência material.

Ao tratar do princípio da função social do contrato, identifica-se uma identidade não ao direcionamento, mas ao próprio conteúdo da norma, eis que é encontrado nesse presente princípio uma abrangência generalizante. Quando o princípio possui alto teor de generalidade, afasta-se assim o mundo fático da dimensão normativa.

DWORKIN, (1977, p. 23), como positivista, remete o seguinte ensino: é lícito e moralmente aceitável ao juiz utilizar os princípios quando o juiz suas vias legais estiverem esgotadas. Eis então outro sentido de discricionariedade no sentido autoritário, porque não será possível se fundamentar da legislação e sim a aplicação de uma interpretação de um princípio. Afinal, como próprio Dworkin aborda: “o juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes no exercício do seu poder.”.

O autor entende por princípio: “Um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política, ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão de moralidade.”.

Sobre a moralidade apontada por Dworkin; João Maurício Adeodato (2009, p.96) adverte sobre o *decisionismo*, tema em que o juiz decide o que a lei significa através dos princípios. Dessa forma o juiz mediante interpretação moral, estimula ampliar ainda mais a vagueza e a ambiguidade, assim é iminente a possibilidade dos juízes se transformarem em porta-vozes da moral da sociedade.

Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima face*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, esse princípio é fundamento de uma regra que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razão definitivas.

Na citação acima ALEXY (2009, p. 92), preocupar-se com a construção dos direitos definitivos, para tal construção é necessário que haja colisão, no entanto, é perigoso uma regra depender de princípio, pois este não é uma razão definitiva para um juízo concreto.

A máxima sobre postulações das regras no ordenamento germânico-romano:

*Lex posteriori revogat lex priori. Lex specialis derogat legi generali*

A questão sobre a estrutura normativa da revogação e especificação; os princípios teriam a mesma aplicação? Obviamente a resposta é a negativa, afinal, princípios são meras diretrizes normativas que fundamentam e constituem a razão essencial das normas jurídicas. A questão é: a real possibilidade do Juiz ultrapassar sua interpretação normativa daquilo que foi extraído da lei mediante princípio. Ainda que os princípios possuem a finalidade em assegurar a unidade sistemática de um ordenamento jurídico.

No art. 4 da introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”. Portanto, como o autor Marcelo Neves estabeleceu a diferencia entre discricionariedade e arbitrariedade, como consta na própria lei um sentido de discricionariedade, assim que houver omissão legislativa. A questão é: a discricionariedade pode tornar-se uma arbitrariedade na dependência interpretativa do juiz.

Referente a questão da revogação e segurança jurídica, mais uma vez João Maurício Adeodato se preocupa com o distanciamento entre texto e norma (de decisão), afirma sobre a separação dos poderes – modelo aperfeiçoado por Montesquie – a principal preocupação referente ao significado (texto de lei), para o significante (texto de decisão). Na medida em que se afasta a lei da decisão judicial, a tripartição dos poderes é comprometida. Pois o poder legislativo com a finalidade de legislar, não mais o faz, porque o judiciário se torna um porta-voz do significado da lei mediante um princípio.

Ainda João Maurício Adeodato faz uma crítica profunda acerca do uso da linguagem como instrumento de dominação política (2002, p. 40):

O cerne da função de domínio político exercida pela linguagem jurídica está em seu distanciamento da realidade, na abstração que leva a efeito para absorver a contingência, conforme exposto na análise da dogmática. **O perigo desse tipo de generalização está na perda de controle, por parte de quem pretende uma visão científica do direito, do conteúdo da sua própria terminologia.** A advertência não é nova e para ser encontrada no chamado “realismo jurídico” de Ross e Olivecrona, por exemplo, que chamam atenção para as “palavras ocas”. A vantagem da utilização de tais palavras pela dogmática jurídica é que elas provocam emoções reais nas pessoas e conseqüente ação por parte delas. Controlando o conteúdo dado à palavra “propriedade”, por exemplo, a dogmática pode provocar uma aceitação tácita diante de situações diametralmente diferentes transferindo a discussão para o nível meramente conceitual, qualificando e assim controlando: a propriedade capitalista é uma, a socialista é outra, há a propriedade urbana e rural, a pública e privada, etc.

Para uma questão de tamanha profundidade sobre cláusulas gerais, eis que o presente estudo invoca a força científica da dogmática

jurídica. Esta que por sua finalidade é de criar condições razoáveis ao operador do direito para um maior domínio e compreensão da norma. Pois a ciência jurídica permite a descoberta através da descrição do significado objetivo que na norma é conferida. Na lição de Tércio Ferraz, sobre a dogmática jurídica: (2003, p.68):

Em suma, ao distinguir, definir, classificar, sistematizar a ciência dogmática está às voltas com a identificação do direito, tendo em vista a decidibilidade de conflitos. Estudar a ciência jurídica é aprender a elaborar esses sistemas, é dominar-lhe os princípios de construção, é saber distinguir para depois integrar de forma coerente. Para realizar essa construção é que o jurista elabora seus conceitos, que têm ostensiva função operacional. Eles servem para operacionalizar a tarefa de sistematização. São por isso conceitos operativos: com eles se operam definições, classificações, sistemas.

É preciso, então, criar um sentido de decidibilidade para manter um ordenamento jurídico coeso e coerente. Tal estrutura do ordenamento possa não afetar na interpretação de um princípio com carga de alta generalidade. Tanto a certeza e a segurança jurídica são essenciais para manter o domínio teórico da matéria normativa.

A certeza, segundo Tércio (2003, p.112) é para evitar o máximo de ambiguidades e vaguidades de sentido. Pois um sentido é ambíguo quando se conceito é impreciso, tendo as qualificações tanto do significado e do significante indeterminadas. A imprecisão limitável das palavras que se aplica ao caso específico, é o que caracteriza o sentido vago.

Eis que a dogmática analítica (FERRAZ, JR. 2003, p.139), ajuda na absorção de um conceito operacional para um princípio de cláusula geral como a função social do contrato. Tal conceito operacional pode ser encontrado em conjunto com a integração de normas jurídicas válidas. Pois, a dogmática capta o ordenamento jurídico cujo complexo elemento normativo de forma sistemática para atender a exigência da *decibilidade* pura, ou seja, certa e segura.

Após uma abordagem diversa acerca da filosofia do direito e da dogmática jurídica como interpretação do princípio, segue adiante a conclusão do presente trabalho acadêmico:

### **Conclusão**

O debate entre princípios e regras demonstra didaticamente uma perfeita alegoria sobre o alcance na norma e a decisão judicial, precisamente, o momento exato em que o Direito se configura como um instrumento de justiça, questiona-se: que tipo de justiça?

A alusão ao mito do embate entre Hércules e a Hidra se faz numa síntese da moral da história: Hércules equipara-se ao juiz, enquanto que a Hidra, o princípio a ser interpretado. O prognóstico é simples: A Hidra por ser um animal mitológico fantástico cuja tinha várias cabeças e não bastava Hércules arrancar uma delas, mas deveria saber qual a cabeça arrancar, porque o ponto fraco consistia justamente em uma cabeça que delimitava a Hidra, e conseqüentemente atribuía a vitória do embate à Hércules.

Através desta alegoria é útil para que o juiz saiba qual “cabeça será cortada”, ou seja, quais princípios excluirá para dar prosseguimento na sua interpretação da norma ao caso específico.

O presente tema é sobre o princípio da função social do contrato. Neste tema também acompanha outros institutos jurídicos como outros princípios: (boa fé objetiva e equidade material), ademais os



princípios são testemunhas de uma fase da Constitucionalização do Direito Privado. Assim, possuem o encargo de estabelecer uma conexão ontológica com a própria Constituição Federal.

Do direito Romano até o Direito contemporâneo é notório um diferente tratamento dogmático de como ser utilizado o conceito da função social no próprio contrato. Da dicotomia, parte-se de premissas interessantes e inquietantes acerca do instituto: a) O *pacta sunt servanda* pode sofrer uma flexibilização desde que seja para o bem estar social. b) Tal flexibilização não compromete a natureza jurídica da concretização do negócio jurídico. c) Aliás, mediante a referida flexibilização é possível dar mais segurança jurídica (ironicamente), por haver uma pessoa legítima e interessada na relação jurídica. d) Esta relação contratual não pode ser mais isolada como foi em outros tempos. e) Aponta-se uma crise contratual, porque segundo Marighetto, o contrato era utilizado como um instrumento – muitas vezes – privilegiando somente uma das partes. f) Neste tipo de relação jurídica com uma onerosidade maior para uma das partes, quando há um desequilíbrio de obrigação – não interessa a sociedade.

Questionou-se qual a finalidade dos diversos conceitos acerca da função do contrato. Assim, é plausível ter propriedade, não somente na precisão ao delimitar o que é a função social do contrato, mas de ser peremptório em afirmar o que não pode ser a função social do contrato.

Ademais, as fundamentações doutrinárias se enriquecem na medida em que há uma correlação com a natureza jurídica do *pacta sunt servanda* – alinhando-se com outros princípios já supramencionados na presente conclusão, conectando-se também com fundamentação da propriedade privada e enrijecendo na própria segurança jurídica do presente ordenamento.

Apesar das inúmeras conceituações da palavra social e diversos tipos de ideologias acompanhados na semântica da palavra, só pode ser possível a utilização deste princípio específico se estiver

acompanhando, ou seja, em harmonia com outros princípios que reconhecem a aplicação de um ordenamento jurídico sistemático, tal sistematização é tida como a própria constitucionalização do direito privado.

Não basta, apenas um conhecimento sobre o tema, é preciso conhecer a forma como os tribunais do país estão aplicando-o. E numa pesquisa bem objetiva, foi possível concluir que o princípio da função social do contrato foi tido como uma sustentação acessória. Ou seja, nas decisões a função social do contrato nunca esteve isolado, mas sempre acompanhando de outro argumento principal.

Se o princípio está sendo utilizado como fundamentação acessória da qual segue a motivação principal, é possível tomar duas conclusões acerca do fato: a) Ou a força normativa do princípio em questão não é límpida o suficiente ou não possui força o suficiente – por ser um princípio, talvez – ou pelo seu excesso de abrangência. b) Ou demonstra de fato uma obrigação tanto ao intérprete como no aplicador do direito, só é possível a utilização do princípio mediante o acompanhamento de outros institutos.

Tais conclusões sobre a aplicação jurisprudencial do instituto comprovam uma instabilidade, porque não são meramente conclusões, mas premissas para outras questões no tocante do próprio limite da decisão jurídica. Logo, as conclusões requerem um dilema sobre a efetividade do significado (lei), do significante (texto da decisão). Pois não basta conhecer os conceitos jurídicos e como a sua aplicação, mas pragmaticamente sua efetiva aplicação. No entanto, antes é preciso questionar se o princípio interpretado possui o mesmo conteúdo daquilo que o legislador se dispôs mediante sua técnica legislativa.

É preciso relembrar mais uma vez da alegoria do combate de Hércules e a Hidra. Pois, de qualquer maneira o princípio da função social do contrato não deixa de ser abrangente, carregando assim um conceito jurídico indeterminado. E como tal, uma indeterminação pode ser

considerada uma antinomia no ordenamento jurídico. Tal detalhamento acerca da imprecisão semântica do princípio requer uma atenção especial, motivo pelos quais tantas vezes no último tópico tratou-se de uma advertência. Ainda que o princípio se harmonize na segurança jurídica ao acompanhar outros princípios e regras do próprio Direito Constitucional; um princípio não deixa de ser maleável, ou seja, fácil de manipular.

O presente estudo, em momento algum, propôs-se em atribuir uma solução. A proposta original era ter uma verificação profunda sobre a temática. Com uma perspectiva atípica por não utiliza uma doutrina clássica, afinal novos conceitos necessitam de novos autores e principalmente de novas formas de abordagens. Assim, o presente trabalho acadêmico procurou tratar de diversos âmbitos do direito, utilizando inclusive matérias de natureza zetética. O presente tema passa fatalmente a questionar a própria índole do ordenamento jurídico uma vez que não basta a conceituação, deve-se reconhecer sua aplicação e fazer um questionamento permanente sobre o significado e significante de um princípio.

#### **Referências:**

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva. 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros. da dogmática jurídica à teoria do direito/ coordenadores:. - Rio de Janeiro: Forense, 2009

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *A função social dos contratos do novo Código Civil*. In Revista dos Tribunais, Volume 815, São Paulo: RT, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. ver.e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO. J.J .Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, 4ªed. Coimbra, Almedina, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_ **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

\_\_\_\_\_ **Curso de Direito Civil brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.998.

DWORKIN. **Taking Rights Seriously**. 6ªed. Londres. Duckworth. 1977

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **A ciência do direito**. 2. Ed., 15 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Contratos**. São Paulo; Saraiva. 2012

\_\_\_\_\_ **Direito Civil: Contratos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012

\_\_\_\_\_ **Direito Civil: Parte Geral**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012

\_\_\_\_\_ **Princípios sociais dos contratos do CDC e no novo código civil**. Disponível: <http://jus.com.br/revista/texto/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil#ixzz2VO7wuq00>. Acessado em 05 de junho de 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

NEIVA, Cristina de Araujo. **Instituições de ensino superior comunitárias a (des) necessidade da construção do marco legal das: O embasamento constitucional e legal do setor público não estatal no Brasil**. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2011/neivaaraujo.pdf>. Acesso em 31/05/2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale**, São Paulo: LTR, 2003

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico** – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.

REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 1986.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro. Forense. 2003

TONIAZZO, Paulo Roberto Froes. **A função social do contrato: Limite da Liberdade de Contratar**. Florianópolis: conceito editorial. 2008.

## A GUARDA COMPARTILHADA COMO IMPOSIÇÃO DO JUIZ

**ADENAIR ALFAIA PINTO GONZAGA:** Graduada em direito pela Faculdade Estácio de Macapá.

**TATIANNY PINHEIRO AGUIAR:** Especialista em Direito Ambiental. Advogada.

---

**RESUMO:** O artigo analisa o instituto da guarda compartilhada como regra em virtude do advento da Lei 13.058/2014 que promoveu alteração do artigo 1.584, § 2º do Código Civil Brasileiro de 2002. Tendo como objetivos analisar o instituto da Guarda Compartilhada desde a sua inserção no ordenamento jurídico com a Lei n. 11.698/2008 até a atualidade, com uma perspectiva embasada na Nova Lei da Guarda Compartilhada. Realizou-se um estudo baseando-se na família contemporânea, com breve histórico sobre o Poder Familiar, as espécies de guarda existentes no ordenamento jurídico com ênfase no modelo de guarda compartilhada, em seus aspectos jurídicos quando não é somente subordinada ao acordo dos genitores, sendo decretada pelo juízo, de forma coercitiva. Trata-se do modelo de guarda padrão por imposição legislativa em que se prioriza o convívio e o bem estar dos filhos, atentando ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Adotaram-se como metodologia as pesquisas bibliográfica, documental e na legislação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Guarda Compartilhada. Poder Familiar. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Imposição Judicial.

**ABSTRACT:** The article analyzes the institute of joint custody as a rule due to the enactment of Law 13.058/2014 promoted amend article 1584, § 2º of the Civil Code 2002. Taking is to analyze the institute of Joint Guard since its inclusion in the legal system to Law n. 11.698/2008 to the present, with an informed perspective on the New Law of Joint Guard. We existing species of guard in the legal system with emphasis on shared custody model, conducted a study based on the contemporary family , with

brief history of the family branch, on its legal aspects when it is not only subject to the agreement of the parents , it is ordered by the judgment of coercion. This is the standard guard model for legislative enforcement in that prioritizes the living and the welfare of children, considering the principle of the best interests of the child and adolescent. Were adopted as methodology the bibliographical research, documentary and legislation.

**KEYWORDS:** Shared custody. Family power. Principle of Best Interest of the Child and Adolescent. Judicial enforcement.

---

## INTRODUÇÃO

O Direito de Família está em constante evolução e acompanha as mudanças da sociedade, para tanto, aplica-se um modelo de guarda em que as funções parentais serão exercidas por ambos os genitores. O instituto da guarda, decorrente da separação dos pais é uma das mais delicadas situações na vida forense. Devendo assim, ser estudado minuciosamente frente ao princípio fundamental do melhor interesse da criança haja vista a necessidade de amparo aos filhos no desfazimento dos vínculos conjugais ou convivenciais.

O advento da guarda compartilhada, como regra geral, reflete uma norma que permitirá aos pais decidir com mais cautela todos os passos da criança. Isso fará com que se tenha mais equilíbrio entre o tempo que pai e mãe passam com seu filho, em atenção às necessidades específicas da criança, para que exista o reconhecimento da necessidade de tutelar a manutenção dos laços afetivos, ainda que o eventual liame amoroso entre os pais tenha se rompido.

Surge o interesse por esta pesquisa, uma vez que a efetiva mudança ocorrida com o advento da Lei 13.058/14 é a possibilidade da decretação da guarda, coercitivamente pelo magistrado, em atenção ao melhor interesse da criança e do adolescente, e, não somente em virtude do acordo ou desejo de ambos os pais. Contudo, a determinação da guarda

compartilhada sem a aquiescência dos genitores enseja inúmeras discussões, tendo em vista que a sua viabilidade não depende, somente, do consenso do casal,

Embasando o presente estudo nas doutrinas pertinentes ao instituto da guarda compartilhada e estabelecendo uma reflexão crítica sobre as idéias e conceitos pertinentes a Nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei 13.058/14) e aos aspectos relacionados à alteração do artigo 1.584, § 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 – CC/02 (Lei 10.406/02), dentre outros instrumentos de pesquisa.

Expondo-se a questão primordial norteadora da pesquisa: De que maneira o magistrado determinará a divisão equitativa das responsabilidades entre pai e mãe, uma vez que ambos os genitores possuem responsabilidades igualitárias e detêm o poder familiar, independentemente do convívio harmonioso e dos laços afetivos? Desta forma, o presente artigo busca demonstrar que, sobretudo, nas relações familiares conflituosas, a guarda compartilhada decretada de ofício não é o instrumento viável para o incremento de uma nova forma de convívio familiar. Que este modelo de guarda, sendo imposto pelo magistrado não favorece a obediência aos princípios da proteção integral e da convivência familiar. E, que a sociedade não está preparada para conviver com a guarda compartilhada como preceito, em litígio, ainda que seja para preservar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Assim sendo, esse artigo foi desenvolvido sob o enfoque da Nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei 13.058/14) que promoveu alteração do artigo 1.584, § 2º do Código Civil Brasileiro de 2002. Adotou-se a pesquisa bibliográfica, documental e da legislação nacional vigente e para desenvolver o tema o presente artigo é dividido em capítulos que fazem um panorama acerca da família, com um breve histórico sobre a evolução da família contemporânea e do poder familiar relacionando com as suas formas de suspensão, perda e extinção. Aborda-se a evolução da guarda no direito brasileiro e as suas modalidades com ênfase no instituto



da guarda compartilhada e enfoque sobre a aplicação coercitiva com o advento da nova lei.

Espera-se que a guarda compartilhada seja um modelo de cooperação entre os genitores, partindo-se da premissa que se refere ao planejamento da guarda, na qual ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significando que, ambos os pais, possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores.

## 1. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A idéia de família é um tanto quanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço. Em outras palavras, cada povo tem sua idéia de família, dependendo do momento histórico vivenciado (FIUZA, 2001, p. 601).

Etimologicamente, a expressão família vem da língua dos oscos, povo do norte da península italiana, *famel* (da raiz latina *famul*), com o significado de servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão. Esta origem terminológica, contudo, não exprime a concepção atual de família, apenas servindo para demonstração da idéia de agrupamento. Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 45).

O conceito de família passou por importantes mudanças, transformando-se de uma sociedade conservadora e autoritária, baseada em um conceito de família hierarquizado e matrimonializado, até que se chegasse a uma família democrática, humanizada na qual predomina a

dignidade da pessoa humana, como qual ela é hoje considerada (FIGUEIREDO *et al*, 2015, p.58).

A evolução da família contemporânea é abarcada pela Constituição Federal de 1988 e enseja várias alterações legislativas, pois instaura a igualdade entre o homem e a mulher, ampliando o próprio conceito de família, assim como também dedica a igualdade dos filhos como garantia de direitos e qualificações. Percebe-se, portanto, que a família vigora como o centro da sociedade e o Estado deve regular a proteção aos novos modelos familiares. Nesse sentido Farias e Rosenvald (2013, p. 47) afirmam que:

A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade.

Entender a ampliação do conceito de família e a sua evolução é fundamental para compreender a própria construção da sociedade contemporânea, já que suas relações são baseadas no princípio norteador da afetividade, que serve de parâmetro normativo de proteção das entidades familiares, ensejando na quebra do formato hierarquizado de família para se chegar à sua democratização atual.

## 2. O PODER FAMILIAR

A expressão “poder familiar” adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: *pater protestas* – direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos (DIAS, 2013, p. 434).

No Brasil colonial, persistiu o poder *do pater famílias* sob as Ordenações e Legislação do Reino de Portugal, em que a mulher e os escravos, permaneciam como objeto dos poderes do pater.

Subsequentemente, no código civil de 1916 (Lei 3.071/1916), a expressão alterou-se para “pátrio poder”, ainda assim denotando a idéia de que ditos deveres e direitos cabiam tão-somente e exclusivamente ao progenitor, desprezando-se a função e o papel da genitora na interferência direta sobre a prole. Dotado de influencias cristãs, a partir da Constituição Federal brasileira de 1988 o pátrio poder passou a ser conceituado como complexo de direitos e deveres pertinentes a ambos os genitores, impondo o artigo 229, aos pais, o dever de assistir, criar e educar a prole (FERREIRA, 2012, p. 248).

Por seu turno, coube ao art. 227 da Constituição Federal de 1988 prezar pela formação integral dos filhos, como um dever da família (como um todo), da sociedade e do Estado. Destarte, o Poder Familiar, em sua atual acepção, constitui-se em um verdadeiro “poder-dever” *sui generis*, em um complexo de direitos e deveres especificados aos genitores no exercício da função parental, abrangente (LUZ, 2009, p. 81).

Atualmente, o conceito do instituto *patria potesta*<sup>[1]</sup> visa estabelecer um conjunto de direitos e obrigações, tanto à pessoa quanto aos bens do filho menor não emancipado, almejando o seu interesse e bem estar. Podendo ser exercido por ambos os pais, ressaltando, desta maneira um direito verdadeiro de proteção da prole.

Saindo da égide patriarcal do Código Civil de 1916, o poder familiar, no Código Civil vigente (CC/02), atua como direito subjetivo, sendo de responsabilidade dos pais, da família e da sociedade os interesses do menor. É na Constituição Federal de 1988 que se vislumbra a igualdade de direitos e deveres dos pais, sem distinção e sendo titulares do poder familiar.

O poder familiar é tradicionalmente conceituado pela doutrina como um *múnus público*<sup>[2]</sup>, representando um encargo atribuído aos pais, uma função específica que vige enquanto durar a menoridade de seus filhos. Sua natureza jurídica é de um poder-dever exercido pelos pais em relação aos filhos, com vistas a sua educação e desenvolvimento. Representa,

ainda, um dever dos pais em relação aos filhos e um direito em relação a terceiros (ROSA, 2015, p. 15).

Com isso de objeto de poder, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou modificação no conteúdo do poder familiar em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais (VENOSA, 2012, p. 367).

Ocorre que através da lei confere-se um caráter instrumental da função privada, na qual a titularidade de direitos e deveres sobre os filhos é irrenunciável, assim, as relações familiares são resguardadas pela Constituição Federal de 1988 e através do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei 8.069/1990 que há a representatividade do marco jurídico que instaurou a proteção integral e uma carta de direitos fundamentais à infância e à juventude.

Na concretização da dignidade humana da criança e do adolescente é que reside a função social da autoridade parental, ou seja, é o melhor interesse da criança e do adolescente que deve balizar o exercício da autoridade parental (ROSA, 2015, p. 15).

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, *caput*, e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º, *caput*, e 5º. “O melhor interesse da criança assume um contexto, que em sua definição o descreve como ‘*basic interest*’, como sendo aqueles essenciais cuidados para viver com saúde, incluindo a física, a emocional e a intelectual, cujos interesses, inicialmente são dos pais, mas se negligenciados o Estado deve intervir para assegurá-los” (FACHIN, 2002, p. 133).

Os artigos 226 a 230 da Constituição Federal de 1988 disciplinam sobre a família, a criança, o adolescente e o idoso, consagrando proteção especial na relação entre pais e filhos. No mais, cumpre enfatizar que a Constituição não somente visa proteger a família e suas relações, mas

sim, cada membro da família individualmente considerado (FIGUEIREDO *et al*, 2015, p. 60).

A tendência das famílias contemporâneas se concretiza na mais universal extensão do poder familiar, visto que seus rearranjos familiares são baseados e tutelados na afetividade como alicerce basilar, assim, a proteção constitucional do núcleo familiar se revela na valorização do ser humano.

## 2.1 Suspensão do Poder Familiar

O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido no interesse do filho. O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no âmbito da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Assim, reserva-se o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender ou até excluir o poder familiar (DIAS, 2013, p. 444). A suspensão retrata o impedimento transitório do exercício do poder familiar, sendo assim considerada como a sanção aplicada aos pais pelo juiz e somente pode ser utilizada quando não houver outra medida que alcance os mesmos efeitos desejados (FIGUEIREDO *et al*, 2015, p. 62).

A suspensão da função parental está legitimada no artigo 1.637 do Código Civil de 2002, sendo o seu procedimento regulado pelo ECA nos artigos 24 e 155 a 163. Desta maneira se for verificado qualquer abuso ou omissão por parte dos pais quanto à pessoa dos filhos menores e/ou patrimônio destes, o magistrado poderá determinar medidas que assegurem a integridade das crianças e adolescentes e de seus bens.

A suspensão da função parental não significa que os pais não possam visitar os filhos ou que fiquem isentados de alcançar-lhes (pagar) alimentos. A Lei n. 12.010/2009 esclareceu a respeito do artigo 33, §4º[3] do ECA. Os pais podem propor ações judiciais ou recursos para evitar a suspensão do poder familiar e/ou com isso assegurar a visitação, mas podem ser obrigados a prestar alimentos aos filhos, seja na tramitação do processo, seja no curso da suspensão (ROSA, 2015, p. 25-26).

A suspensão do poder familiar é uma medida menos grave, tanto que se sujeita a revisão. Superadas as causas que a provocaram, pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender aos interesses dos filhos, sendo, portanto, facultativa (DIAS, 2013, p. 445).

Vale ressaltar que uma vez iniciado o exercício do poder familiar há deveres próprios concernentes aos incumbidos de exercê-los, assim, o descumprimento deste poder-dever além da responsabilização consistente em suspensão ou destituição do poder familiar, constitui infração administrativa prevista no artigo 249 do ECA, em que os pais estão sujeitos a pagamento de multa que será revertida ao fundo municipal para a defesa dos direitos da infância e juventude, conforme preconiza o artigo 214 do referido diploma legal.

## 2.2 Perda do Poder Familiar

Exercer o poder familiar sobre os filhos acarreta um emaranhado de direitos e obrigações. Devem os pais buscar atender os superiores interesses dos jovens, cuidando deles adequadamente, providenciando sua educação e, quando necessário, tomando medidas cabíveis perante o Estado para resguardar o patrimônio dos filhos ou lhes garantir a convivência familiar (LAMENZA, 2013, p. 1374).

Contudo, nas relações familiares podem ocorrer situações fáticas em que os pais ultrapassam os limites garantidos pelo poder familiar, e, em casos assim, dada a gravidade da atitude, ocorre a destituição do pai e/ou da mãe do exercício do poder familiar a fim de se proteger os direitos dos filhos nos termos do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A perda do poder familiar é sanção de maior alcance e corresponde à infringência de um dever mais relevante, sendo medida imperativa e não facultativa (DIAS, 2013, p. 446).

A perda do poder familiar pode ser definitiva caso venha abranger todos seus atributos que estão previstos no artigo 1.638<sup>[4]</sup> do Código Civil de 2002. Lamenza (2013, p. 1378) afirma que o rol de

condutas que justificam essa destituição é *numerus clausus* em razão de constituir sanção, com previsão disposta também no artigo 22 do ECA, não comportando analogias.

Verifica-se, que a perda do poder familiar está baseada em causas mais gravosas do que aquelas que ensejam a suspensão. As causas não permitem interpretação extensiva, uma vez que a sanção é medida excepcional, devendo sempre visar aos interesses do menor.

Não existe perda nem suspensão de poder familiar que não sejam em processo judicial contencioso. Deve-se obediência ao contraditório e todos os recursos previstos em lei, tal como preconizam os artigos 155 a 163 do ECA, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – CPC em consonância com o princípio do acesso à justiça.

### **2.3 Extinção do Poder Familiar**

Perda é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo, conforme previsto no artigo 1.635<sup>[5]</sup> do Código Civil. Nos três primeiros incisos deste artigo são apontadas as causas naturais de extinção do poder familiar (morte dos pais ou do filho, emancipação, advento da maioridade). O inciso IV se refere à adoção em si – na sentença que a concede, há a extinção do poder familiar dos pais de sangue e conseqüentemente estabelecimento para os novos genitores. A última hipótese trata da extinção do poder familiar por decisão judicial proferida em ação destitória (LAMENZA, 2013, p. 1375).

A extinção do poder familiar não rompe o vínculo de parentesco. Porém, destituído o genitor do poder familiar, não dá para admitir que conserve o direito sucessório com relação ao filho. No entanto, o filho permanece com direito à herança do pai. Ainda que esta distinção não esteja na lei, atende a elementar regra de conteúdo ético (DIAS, 2013, p. 445).

Constata-se que a extinção do poder familiar pode se dar tanto por causas naturais quanto por uma decisão judicial e por mais que haja previsão legal, sua generalização permite ao magistrado ampla liberdade na identificação de situações fáticas que podem ensejar em afastamento definitivo das funções parentais, sempre levando em consideração a premissa maior da preservação do melhor interesse da criança e do adolescente.

### **3 A EVOLUÇÃO DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO**

As transformações históricas e sociais no Brasil repercutiram também nos institutos jurídicos, inclusive no que diz respeito à guarda. Até meados do século XX, o casamento era considerado um instituto consagrado, em que homens e mulheres tinham obrigações distintas no âmbito familiar. Após a promulgação da Lei n. 6.515/77, que instituiu o divórcio no Brasil, o matrimônio começou a tomar novos rumos em face da dissolução de vínculos conjugais e conseqüente necessidade de definição de guarda dos filhos (ALVARENGA, CLARISMAR, 2015, p. 13).

No campo da vivência cotidiana em varas de família, não é incomum perceber a tendência natural de enxergar que a erosão do afeto nas relações de casamento e de união estável – marcada pelos solavancos naturais da ruptura afetiva – implicaria também na necessidade atávica de acertamento do destino dos filhos, como se os efeitos dissolutórios atingissem, além dos cônjuges ou companheiros, os pais e seus filhos (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 487).

Assim, o instituto da guarda se destina a proteger legalmente os filhos, surgindo como um direito-dever natural dos pais para que os conflitos familiares inerentes ao casal, não desvinculem a proteção integral de amparo ao menor. Sendo, portanto, um direito e ao mesmo tempo se revestindo em um dever dos pais para com os seus filhos. Nas palavras de Carbonera (2000, p. 64) a guarda é:

Instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e



deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Há muito que se evoluir e acolher no campo do direito com as mudanças da sociedade contemporânea, principalmente no Direito de Família, assim, na guarda dos filhos ainda que se deva respeitar a deliberação dos genitores, não se pode deixar de atentar para o momento de absoluta fragilidade emocional em que eles se encontram quando da separação.

No Brasil, a primeira legislação que regulamentou a situação dos filhos menores após a separação dos pais foi o Decreto 181 de 1890, por este instrumento normativo, havia previsão de que o cônjuge inocente ficaria com os filhos e o culpado estaria obrigado a participar da educação deles (ALVARENGA, CLARISMAR, 2015, p. 16).

O instituto da guarda foi previsto no Código Civil de 1916, ao qual define que ainda que houvesse a dissolução do casamento pelo chamado “desquite”, a mesma seria dada ao cônjuge inocente. A culpa, portanto, era um elemento essencial na atribuição da responsabilidade pelo menor, assim, o cônjuge que não fosse considerado responsável pelo fim do casamento seria, portanto, o detentor da guarda da criança (FIGUEIREDO *et al*, 2015, p. 62).

No ano de 1941, veio o Decreto Lei nº 3.200 que alterou a regulamentação das guardas, nesta época o progenitor que reconheceria o filho tinha o direito de ficar com sua guarda e quando era reconhecido pelos dois, ficaria em poder do pai. Em 1971, o Decreto foi alterado pela Lei 5.582/70, estabelecendo que nas situações em que ambos reconhecessem o filho, ele deveria permanecer com a mãe, contudo, foi com a edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) que se garantiu a prioridade na guarda para a mãe. A Lei do Divórcio (nº. 6.515/1977) manteve muitas

regras do Código Civil de 1916, entre eles o acordo quando a separação fosse consensual (ALVARENGA, CLARISMAR, 2015, p. 16-17).

Com a Constituição Federal de 1988, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 perceberam-se inovações em relação à igualdade dos genitores nos aspectos inerentes a guarda, muito em função do princípio da isonomia e da igualdade entre os pais.

O Código Civil de 2002 destaca ainda mais o instituto da guarda, trazendo direitos e deveres advindos do casamento ou até da união estável, e os relacionados com a proteção dos filhos em caso de dissolução do casamento, a disciplinando nos artigos 1583 a 1590. A Lei 11.698/08 insere a guarda compartilhada no contexto das famílias, e a Emenda Constitucional 66/2010 alterou o instituto do divórcio, não sendo mais critério para sua decretação a busca pelo cônjuge culpado (FIGUEIREDO *et al*, 2015, p. 62-63).

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmo direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5º), banuiu discriminações, produzindo reflexos significativos no poder familiar. Da mesma forma, o ECA, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes e o Código Civil que sob o título da proteção da pessoa dos filhos, estabelecia algumas diretrizes com referencia à guarda (DIAS, 2013, p. 451).

Na atualidade a Lei n. 13.058/2014 determina a guarda compartilhada como regra, em que os seus fundamentos são de ordem constitucional e visam basicamente garantir os interesses da prole, após a dissolução do vínculo matrimonial, para que as responsabilidades que estavam sendo atribuídas na constância do casamento permaneçam após a separação.

#### **4 MODALIDADES DE GUARDA**

Faz-se imperioso, por primeiro, estabelecer as diferentes espécies de guarda previstas no ordenamento jurídico. Algumas delas estão positivadas na legislação civil como a guarda unilateral e a guarda compartilhada, outras são reconhecidas pela doutrina e jurisprudência como, por exemplo, a guarda alternada e a nidação ou aninhamento (ALVARENGA, CLARISMAR, 2015, p. 17).

Antes da aprovação da lei sobre a guarda compartilhada, prevalecia no Brasil, o modelo de guarda única, contudo, cabe conceituar outros modelos de guarda existentes, levando-se em consideração que nos dias atuais, o que mais se busca é o melhor interesse da prole.

A guarda é disciplinada nos artigos 33 a 35 do ECA, no qual são previstas duas modalidades quais sejam, definitiva e provisória. A guarda definitiva regulariza a posse de fato do menor, podendo ser deferida cautelar, preparatória ou incidentalmente, nos processos de tutela e adoção, salvo nos de adoção por estrangeiro, onde tal medida é juridicamente impossível, de acordo com o artigo 33, §1º. Por sua vez, a guarda provisória é também denominada de precária ou especial, e se destina a atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, fora dos casos de tutela ou adoção, e até que sejam tomadas as medidas adequadas para a defesa de seus interesses, segundo o artigo 33, §2º (FILHO, 2014, p. 55).

A situação terminativa da guarda é relativa, pois pode ser modificada a qualquer tempo, segundo previsão do artigo 35 do ECA, desde que a decisão seja fundamentada e por ato fundamentado. Sua concessão não faz coisa julgada, Assim, a sentença só permanece imutável enquanto a situação fática permanecer, do contrário, havendo modificação na situação (tanto de fato quanto de direito) o magistrado pode, a pedido da parte, reverter a situação.

#### **4.1 Guarda Unilateral**

A guarda unilateral, de acordo com o artigo 1.583, § 1º, de nossa codificação civil, é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, possuindo o guardião não apenas a custódia física do filho, mas também o poder exclusivo de decisão quanto às questões da prole (ROSA, 2015, p. 56).

A guarda a um só dos genitores é estabelecida quando decorrer do consenso de ambos. Ainda assim, na audiência, deve o juiz informar aos pais o significado e a importância da guarda compartilhada, conforme prevê o artigo 1.584, § 1º do Código Civil de 2002 (DIAS, 2013, p. 458).

O que antes era regra passa a ter caráter excepcional com a alteração do § 2º do artigo 1.584, trazida pela Lei 13.058/14, que passou a determinar a guarda unilateral como via restritiva (ROSA, 2015, p. 57).

Neste modelo de guarda ao outro genitor é assegurado o regime de visitas e supervisão aos interesses dos filhos, a sua escolha serve para definir com quem o menor viverá em companhia, não retirando do outro os atributos inerentes ao poder familiar. De acordo com a nova redação do artigo 1.583, § 5º/CC, a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

A fim de preservar os princípios constitucionais da igualdade, da cidadania e da dignidade da pessoa humana Welter (2009, p. 62) se posiciona no sentido de que:

A concessão da guarda unilateral tornou-se exceção, devendo ser devidamente comprovada nos autos, mediante prova documental, testemunhal e pericial, porque ela não condiz mais com a realidade da família contemporânea, ao não garantir à criança ou ao adolescente o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Isso quer dizer que, no (re) canto afetivo e familiar, os princípios constitucionais da igualdade, da proteção integral e absoluta, da cidadania e da dignidade humana reclamam a

intangibilidade do princípio da convivência integral em família.

Com a evolução comportamental da sociedade contemporânea brasileira percebe-se que não se pode compartimentar as relações de afeto entre os pais, portanto, este modelo de guarda unilateral tende a ser substituído pela guarda compartilhada para melhorar a convivência familiar, na busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

#### **4.2 Guarda Alternada**

A guarda alternada ocorre quando os filhos ficam sob a guarda material de um dos pais por períodos alternados, por exemplo, o filho passaria uma semana com a mãe e outra com o pai (LEVY, 2008, p. 60).

A guarda alternada caracteriza-se pela alternância da guarda dos filhos menores entre o pai e a mãe, por determinados períodos de tempo pré-estipulados que poderá ser semanal, mensal, anual ou conforme acordo realizado. Após o período estipulado, os poderes e deveres da guarda passam a ser exercidos de forma alternada pelo outro pai. O modelo implica no fracionamento da companhia do menor em períodos de tempo fixados no acordo ou decisão judicial e importa, ainda, a exclusividade temporária do poder familiar (ALVARENGA, CLARISMAR, 2015, p. 19-20).

Nesta modalidade de guarda se evidencia a alternância de períodos em que os genitores ficam com o filho, pois, diferentemente da guarda unilateral, neste modelo, os direitos e deveres inerentes ao poder familiar se alternam por períodos pré-estabelecidos, enquanto um cônjuge estiver como o guardião, deve zelar pelas necessidades do filho, cabendo ao outro cônjuge (o não guardião) a fiscalização, o direito de visitas e a contribuição para prestação de alimentos. Sendo que tal situação inverte-se ao longo do tempo.

Com o advento da Lei 13.058/14 espera-se que se possam apresentar novos ares à temática, acima de tudo para proporcionar o final

do mito dos filhos “mochilinhas”, típico daquilo estabelecido na guarda alternada (ROSA, 2015, p. 59).

Desta forma, tal espécie de guarda não é positivada pela legislação civil brasileira e nem é bem vista pela doutrina, com a justificativa de que não oferece estabilidade e segurança para a prole, já que se trata de um modelo que implica em rotinas variadas ao cotidiano da criança e do adolescente.

### **4.3 Guarda Nidal<sup>[6]</sup> – Aninhamento ou Nidação**

É uma modalidade segundo a qual os filhos permanecem em casa fixa e quem se muda para ela em determinados períodos de tempo são os pais. É um tipo raro, devido a uma série de inconvenientes, entre eles a necessidade de três residências, ou seja, uma para os filhos que permanecem em residência fixa e uma para cada um dos pais (ALVARENGA, CLARISMAR, 2015, p. 21).

Uma das vantagens do estabelecimento dessa modalidade é que a criança não precisará alternar entre as residências paterna e materna. Agora o custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que desincentivam. O fato é que, caso exista o entendimento entre os genitores – e capacidade econômica para isso -, poderá o juiz homologar a fixação da guarda nidal (ROSA, 2015, p. 60).

Este modelo de guarda não possui previsão expressa na legislação civil brasileira, mas é reconhecida pela doutrina, apesar de encontrar divergências quanto a sua classificação, uma vez que é considerada como uma subespécie da guarda alternada, outros ainda como uma subespécie da guarda unilateral, como aqueles que a consideram uma modalidade única. De qualquer forma, a sua raridade de concessão é baseada nos rearranjos familiares distintos que ela necessita, além de uma evolução no comportamento humano dos pais, que necessitam colocar os interesses dos filhos acima de qualquer outro.

### 4.3 Guarda Compartilhada

Por fim, o último modelo de guarda e também o mais recente com a modificação legislativa advinda com a Lei 13.058/14, trata-se da guarda compartilhada, na qual os genitores participam igualmente da guarda dos filhos, em que os direitos e deveres atribuídos ao poder familiar são de ambos os pais.

A guarda compartilhada está definida na lei, no capítulo XI do Código Civil de 2002, intitulado da proteção da pessoa dos filhos, no §1º do art. 1583. Nesse sentido:

O referido diploma legal é declaratório, não constitutivo. É que a guarda compartilhada não foi criada pela lei, mas, tão, só, admitida de modo expresso, com escopo de evitar distorções ou negativas indevidas. O ponto alto da inovação legislativa é deixar claro que mesmo havendo conflito entre os pais, o juiz poderá compartilhar a guarda em respeito aos interesses infante – juvenis de ofício (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 488 - 489).

Trata-se de uma modalidade criada para possibilitar benefícios aos filhos e também aos pais que de forma conjunta e equilibrada assumem a responsabilidade legal pela criação e cuidado dos filhos, sendo as decisões tomadas em conjunto e de forma igualitária e contributiva. É o equilíbrio dos papéis, possibilitando o exercício comum da maternidade e paternidade, efetivando-se a coparticipação parental, com destaque para a qualidade paterno e materno – filial (ALVARENGA, CLARISMAR, 2015, p. 21).

Conforme preconiza Rosa (2015, p. 73-74), a noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de reequilibrar papéis parentais e garantir o melhor interesse do filho, especialmente as suas necessidades afetivas e emocionais. De um lado, revalorizam o papel da paternidade,

trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em debate, a criança ou adolescente, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.

É através da visão interdisciplinar que se busca uma compreensão de institutos, como o da guarda compartilhada, com o propósito de respeitar os comandos oriundos da Constituição Federal em que se prezam os princípios da dignidade da pessoa humana, da convivência familiar, da igualdade entre os genitores, da doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente. Ademais, é relevante ser considerado que a norma constitucional deve ser interpretada de forma a se lhe emprestar a maior eficácia possível:

Com a guarda conjunta, propicia-se à criança ou adolescente o exercício do poder familiar com a maior amplitude possível e também participação direta dos pais, em igualdades de condições na criação e educação dos filhos. Seu sentido ultrapassa a distribuição de tarefas, garantido duplo vínculo filiatório. Há, portanto, um inescandível fundamento constitucional na guarda compartilhada, materializando a proteção integral infanto-juvenil (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 488).

Para atender tal finalidade, a redação do art. 1584, § 1º/CC, desde 2008, impõe ao juiz o dever de informar ao pai e à mãe, na audiência de conciliação, o significado deste modelo de guarda, as vantagens e sua importância bem como a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções oriundas de seu descumprimento. Tal entendimento é corroborado pela jurisprudência, conforme demonstra o recurso especial da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos. (...) A



guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma postetade inexistente por um dos pais. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, **quando não houver consenso**, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta (STJ- 3ª T., REsp 1.251.000/MG, Min. Nancy Andrighi, j. 23.8.11, DJ 31.8.11 *In: NEGRÃO et al*, 2014, p. 589).

Com a Nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei n. 13.058/14), o diploma passou a estabelecer que “na guarda compartilhada, o tempo de custódia física dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Pode-se destacar, que dentre os direitos dos pais em relação à custódia, percebe-se primeiramente a redução dos encontros com o antigo consorte, o que é facilitado pela existência de dois lares e, o segundo diz respeito aos pleitos de redução ou exoneração de valores alimentícios, o que vem ocorrendo perante o Poder Judiciário sob a vigência da nova lei (TARTUCE, 2015, p. 3).

No que enseja o poder familiar adstrito a ambos os genitores se aconselha os aspectos jurídicos da Convenção dos Direitos da Criança (1989) em que o objeto da guarda compartilhada seja focado nas relações entre pais e filhos e não nos vínculos mantidos pelo casal. Desta maneira,

Ramos (2009, p. 19), entende que a guarda compartilhada é uma alternativa aplicável não somente aos casos em que há uma certa preservação do relacionamento entre as partes, mas também, como solução para os litígios mais acirrados nos quais as partes não estejam conseguindo separar os conflitos e dificuldades advindas da conjugalidade desfeita do exercício da parentalidade. Com isso, afasta-se a falsa compreensão de que a guarda compartilhada somente seria cabível nas ações consensuais.

Para Dias (2013, p. 454) a guarda compartilhada significa mais prerrogativas para os pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida de seus filhos, participando do processo de desenvolvimento integral da prole e estabelecendo verdadeira democratização dos sentimentos. Este é o modo de garantir, portanto, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho. Assim, o compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.

Percebe-se, portanto, que este modelo de guarda apesar de manter os mesmos direitos e deveres do poder familiar a ambos os genitores, necessita de uma intrínseca relação harmoniosa entre os ex-casal. Já que cabe a ambos os pais a participação efetiva na vida cotidiana dos filhos, sendo que na ingerência da guarda compartilhada não se fala em direito de visitas e sequer em prestação de alimentos. Por mais que privilegie a igualdade entre os pais no direito de convivência com os filhos, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, fica nítido a necessidade latente de uma convivência pacífica e consensual entre os pais.

## **5 APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COERCITIVAMENTE COM ADVENTO DA LEI 13.058/2014**

Agora, com a edição da Lei n. 13.058/14, além de o compartilhamento da guarda passar a ser regra em nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, o magistrado, de acordo com a nova redação

do art. 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002, deverá aplicar a guarda compartilhada mesmo sem consenso, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, “salvo se um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho” (ROSA, 2015, p. 84).

Procura-se verificar a impossibilidade de deferimento da guarda compartilhada pelo juízo em processos litigiosos, em virtude das desavenças entre os pais, o que resultaria em uma duplicidade de autoridade aos filhos, impedindo a adoção da guarda conjunta. Esclarece Thomé (2013, p. 17638-17639) que a grande notícia trazida pela Lei da Guarda Compartilhada foi a possibilidade do juiz decretar o compartilhamento da guarda, em atenção às necessidades específicas do filho e não mais em razão do consenso dos pais.

A doutrina e a jurisprudência majoritária dos tribunais entendem que é requisito essencial para aplicação da guarda compartilhada o consenso entre os pais, pois sem este não haverá diálogo acerca da educação da criança, inviabilizando a guarda conjunta. Os pais que tem disputas constantes e não cooperam para o cuidado dos filhos, contaminam a sua educação, impossibilitando qualquer diálogo, e por consequência os arranjos de guarda conjunta são desastrosos (FERNANDES, SOUZA, 2014, p. 10).

Em verdade, a nova norma até pode parecer bem intencionada, sob o argumento de trazer a ideia de igualdade parental, superando o modelo monista da guarda unilateral. Percebe-se que a despeito da existência de previsão legal, a guarda compartilhada, para atender às prioridades do menor, necessita de uma comunhão dos pais a fim de unirem esforços para que a convivência harmônica seja possível, o que seria cabível tão somente em ações consensuais (TARTUCE, 2015, p. 3). Há certos entraves para a efetivação da guarda compartilhada, isto porque, para que seja possível a concreção dessa modalidade de guarda, há necessidade de uma *convivência pacífica mínima*. Nessa linha, já entendia o Tribunal de Justiça Gaúcho, antes mesmo da alteração legislativa de 2008, cabendo trazer à colação a seguinte ementa: “Guarda compartilhada. Caso em que

há divergência entre as partes quanto à guarda. A guarda compartilhada pressupõe harmonia e convivência pacífica entre os genitores” (TJ/RS, processo 70008775827, 12.08.2004, 8ª Câmara Cível, rel. Juiz Rui Portanova, origem Porto Alegre).

A jurisprudência recente demonstra o mesmo entendimento, conforme se observa no acórdão nº 8008487 de 20/01/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo que ressalta a necessidade de existência de certo grau de pacifismo no relacionamento dos pais:

ACÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, CUMULADA COM PEDIDO DE GUARDA DE MENOR, ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES CONTRA SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. REFORMA PARCIAL. 1. Guarda. Pretensão do pai à transferência para si da guarda do filho ou, ao menos, da guarda compartilhada. Impossibilidade. Guarda compartilhada inadequada no caso, em especial diante da relação conturbada do ex-casal. Recurso do autor não provido. 2. Alimentos. Pretensão da mãe à majoração. Admissibilidade. Binômio necessidade-possibilidade. Pedido acolhido. Recurso da ré provido. (TJSP, Apelação n. 0025974-26.2011.8.26.0302, Acórdão n. 8008487, Jaú, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, julgado em 11/11/2014, DJESP 20/01/2015).

Mesmo que expressamente prevista como regra geral do sistema jurídico brasileiro, a guarda compartilhada sofre entraves à sua

concessão. Deste modo, entender o instituto da guarda compartilhada é fundamental para os operadores do direito, para que a sua repercussão seja de modo a proteger o menor e não se configure como uma continuação do vínculo entre os genitores, só que na esfera processual. Ademais, a concessão coercitiva pelo magistrado não se torna eficaz, uma vez que para a eficiência deste modelo de guarda se faz imprescindível laços de harmonia entre os pais. Este é o entendimento jurisprudencial recente, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA.GUARDA COMPARTILHADA. Em se tratando de discussão sobreguarda de criança, é necessária a ampla produção de provas, de forma a permitir uma solução segura acerca do melhor interesse da infante. Para que aguarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso, diante da situação de conflito, a guardacompartilhada é descabida. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. (Agravado de Instrumento Nº 70066152943, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/08/2015).

Muitas das vezes, se reveste no interesse do menor e da sua proteção integral de direitos, certos liames amorosos que não foram rompidos. Assim, é salutar que a guarda compartilhada coercitiva seja em respeito da criança com a igualdade de convivência entre os genitores para um crescimento saudável. Tais alterações legislativas oriundas com o advento da Lei n. 13.058/14 decorrem e dependem ainda de mudanças comportamentais na sociedade brasileira:

Considerando as particularidades dos conflitos familiares, como a criação desse campo neutro não é regra, o compartilhamento da guarda tem como premissa geral um fator de transformação social. Dessa forma, entendemos que a aplicação da guarda compartilhada como premissa geral terá, como efeito, a médio prazo, a modificação no pensamento daqueles que enfrentarem dissoluções de relacionamentos afetivos (ROSA, 2015, p. 85).

Tal entendimento é corroborado pela jurisprudência, no Agravo de Instrumento nº 700065701716 da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no sentido de:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. EVIDENTE INCONVENIÊNCIA DA MODALIDADE NO CASO. 1. Não se justifica antecipar os efeitos da tutela para modificar a modalidade de guarda se, com os elementos já existentes nos autos, resta evidenciado o clima delitigiosidade entre os genitores. Desde o acordo judicial que estabeleceu a guarda à genitora e visitas do pai, foram ajuizadas ações de busca e apreensão e de nova regulamentação de visitas 2. Quanto à incidência da nova legislação (Lei 13.058/2014), há que interpretá-la à luz dos princípios constitucionais superiores, em harmonia especialmente com o disposto no art. 227 da CF/88, que consagra o princípio do melhor interesse da criança. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70065701716, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 10/09/2015).

No entanto, este modelo de guarda, aplicado pelo magistrado, acaba por delegar a um terceiro, o Estado-Juiz, a decisão sobre o melhor interesse da criança ou do adolescente. Assim, a nova lei ao estabelecer a obrigatoriedade do sistema a ambos os genitores, salvo se um deles declarar que não quer a guarda compartilhada ou não esteja apto para exercê-la, dependerá de aspectos subjetivos oriundos da equipe multidisciplinar para a ingerência deste modelo de guarda.

Não se questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela e o Judiciário não pode se eximir da realidade dos fatos, desta forma, a ingerência das alterações promovidas pela guarda compartilhada na dissolução do vínculo matrimonial ou convivencial é assegurada com o advento da lei 13.058/14, independentemente do consenso entre os pais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O instituto da guarda compartilhada sofreu profundas modificações com o advento da Lei nº 13.058/14, que veio a estabelecer como regra geral, tendo a possibilidade de ser uma norma decretada como obrigatória ou compulsória. Embora presente na legislação desde 2008, a guarda compartilhada exigiu novo regramento, não apenas para sua efetividade, mas, acima de tudo, para apresentar novos esclarecimentos e diretrizes.

Entretanto, mesmo que seja para preservar direitos e deveres das crianças e dos adolescentes previstos tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, a atuação conjunta dos pais é necessária para a sua efetividade. Assim, a nova lei da guarda compartilhada trouxe aos profissionais de direito uma releitura em relação à noção deste modelo de guarda, como também um novo estudo do instituto do poder familiar, do direito de convivência e acerca do pagamento de pensão alimentícia à prole.

Contudo, a guarda compartilhada de forma coercitiva, como imposição do magistrado, nos processos de divórcio ou dissolução da união

estável, sem o consenso ou anuência dos pais, não promove uma convivência salutar. Mesmo que seja para promover o melhor interesse dos filhos, sem a harmonia para a atuação conjunta dos genitores, este modelo de guarda se mostra ineficaz.

O poder familiar, neste modelo de guarda, deve ser exercido por ambos os pais, em regime de igualdades e condições. No entanto, esta divisão de encargos que visa assegurar a maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, podendo ser decretada de ofício pelo juiz, de forma coercitiva, quando não houver acordo entre pai e mãe em relação à guarda, não contribui para a efetivação dos princípios do bem estar e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Uma vez que o magistrado deve dar preferência à guarda compartilhada para a responsabilização conjunta dos pais, a doutrina majoritária e algumas decisões jurisprudências recentes confirmam o entendimento de que a harmonia entre o ex-casal é condição primária para a melhor ingerência da guarda compartilhada.

Mesmo que o objetivo da guarda compartilhada seja a reestruturação das relações familiares após o desfazimento dos laços matrimoniais ou convivenciais, o exercício do poder familiar, visando o bem estar da criança e do adolescente, sendo determinado por imposição do juiz, não ignora a busca do melhor interesse do menor, mas exige uma reestruturação de toda a máquina judiciária, para que seu implemento seja eficaz.

Tendo em vista que o judiciário e a sociedade em geral não se encontram preparados para a aplicação deste modelo de guarda, uma vez que a rotina da família deverá ser determinada e acompanhada pela equipe multidisciplinar. Assim, o avanço na legislação caminha paralelamente a evolução da sociedade, e, a judicialização da família é um embate polêmico.

## REFERÊNCIAS



ALVARENGA, Altair Resende de; CLARISMAR, Juliano. **Sistemas de Guarda no Direito Brasileiro**. Revista do Curso de Direito do UNIFOR. Formiga/MG, v. 6, n. 1, p.12-27, jan - jun. 2015. Semestral. EISSN 2236-7632. Disponível em: <<http://periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/article/view/258>>. Acesso em: 30 out.2015.

BRASIL. Lei 3.071/1916. Palácio do Planalto. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out.2015.

\_\_\_\_\_. Lei 4.121/1962. Palácio do Planalto. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out.2015.

\_\_\_\_\_. Lei 5.582/70. Palácio do Planalto. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out.2015.

\_\_\_\_\_. Lei 6.515/1977. Palácio do Planalto. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out.2015.

\_\_\_\_\_. Lei 8.069/1990. Palácio do Planalto. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out.2015.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406/2002. Palácio do Planalto. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out.2015.

\_\_\_\_\_. Lei 11.698/2008. Palácio do Planalto. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out.2015.

\_\_\_\_\_. Lei 13.058/2014. Palácio do Planalto. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 out.2015.

BRITO, Leila Maria Torraca de; GONÇALVES, Emmanuela Neves. **Razões e contra-razões para a aplicação da guarda compartilhada**. In: Revista dos Tribunais, v. 886, ago. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARBONERA, M.S. **Guarda de filhos: na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica Do Direito Civil: a luz do Novo Código Civil Brasileiro**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Direito das Famílias. 5ª ed. Salvador/BA: Editora Jus Podium, 2013.

FERNANDES, Rogério Mendes. SOUZA, Gleisiane Moreira de. A Viabilidade da Aplicação Coercitiva da Guarda Compartilhada nos Processos Litigiosos. In: **Revista Juri - Núcleo de Iniciação Ciência**. 2014. São Paulo: Revista Juri, 2014. Disponível em <www.atenas.edu.br>. Acesso em: 28 out. 2015.

FERREIRA, João Francisco da. **CÓDIGO CIVIL 2014: e legislação civil em vigor**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Larissa de Paula Xavier; MOREIRA, Mayara; RAFFUL, Leonardo José; TIRONI, Ana Carolina Coutinho. Guarda Compartilhada e a lei n.º 13.058 de 22 de dezembro de 2014. In: **Revista Pesquisa e Ação**, v. 1, n. 1, junho. 2015. São Paulo: Revista Pesquisa em Ação, 2015. Disponível em <www3.brazcubas.br/ojs2/index.php/pesquisa/article/view/92/165>. Acesso em: 28 out. 2015.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIUZA, César. **Direito Civil**. Curso Completo. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LAMENZA, Francismar. Da Suspensão e Extinção do Poder Familiar. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; CHINELLATO, Silmara Juny. **Código Civil Interpretado: Artigo por artigo, Parágrafo por Parágrafo**. 6. ed. Barueri/SP: Manole, 2013. pp. 1339-1413.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.

LUZ, Valdemar P. Manual de direito de família. Barueri: Manole, 2009.

RAMOS, P. P. O. C.; BRITO, Leila Maria Torraca de; GONÇALVES, Emmanuela Neves. **Razões e contra-razões para a aplicação da guarda compartilhada**. In: Revista dos Tribunais, v. 886, ago. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada: de acordo com a Lei 13.058 de 22-12-2014**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Flávio. **A Lei da Guarda Compartilhada (ou Alternada) Obrigatória- Parte I**. 23/03/2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/03/25/a-lei-da-guarda-compartilhada-ou-alternada-obrigatoria-parte-i/>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda Compartilhada Decretada Pelo Juízo Sem o Consenso dos Pais. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro: RIDB**, Lisboa, v. 14, n. 2, p.17637-17663, abr. 2013. Disponível em: <[www.idb\\_fdul.com](http://www.idb_fdul.com)>. Acesso em: 17 mar. 2015.

VENOSA, **Direito Civil:** direito de família. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WELTER, B. P. **Guarda Compartilhada:** um jeito de conviver e ser em família. São Paulo: Método, 2009.

**Notas:**

[1] *Patria Potestas* é o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens dos filhos, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições (FIUZA, 2001, p. 634).

[2] *Múnus Público* se refere ao encargo público, ônus ou função imposta pela lei e pelo Estado a certos cidadãos em benefício coletivo ou no interesse da ordem social (DINIZ, 2010, p. 405).

[3] Art. 33, § 4º- ECA: Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

[4] Art. 1.638 – CC: 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 os bons costumes; IV - Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo.

[5] Art. 1.635 – CC: Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

[6] A expressão “nidal” vem do latim *nidus*, que significa ninho (ROSA, 2015, p.59).

## EXPLICITAÇÕES À CARTA DE BURRA (1980): PRIMEIRAS LINHAS À SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** 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 (UFF). 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.

**Resumo:** O objetivo do presente está assentado na análise da Carta de Burra (1980) e sua proeminência na salvaguarda do patrimônio cultural. 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. 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. 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.

**Palavras-chaves:** Patrimônio Cultural. Tutela Jurídica. Documentos Internacionais.

**Sumário:** 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Explicitações à Carta de Burra (1980): Primeiras Linhas à Salvaguarda do Patrimônio Cultural.

---

## **1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito**

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*”[1]. 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 N.º. 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*”[2]. Como bem pontuado, 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 Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. 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*”<sup>[4]</sup>. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais 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 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 humanidade<sup>[5]</sup>. 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 Política 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*”[6].

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.º. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

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 inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de

consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição 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 1981[9], 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 os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se 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*”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção 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 Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 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, sã 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 gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

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 capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *ocaput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] 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 Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação *docaput* 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 subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a 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**

Quadra 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*”<sup>[16]</sup>. Desta maneira, 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*”<sup>[17]</sup>. 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 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 Nº 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*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], 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 Brollo[21], 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 firmado por Celso Fiorillo[22], 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. 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 Explicitações à Carta de Burra (1980): Primeiras Linhas à Salvaguarda do Patrimônio Cultural**

Em um primeiro momento, cuida anotar que a Carta de Burra estabelece que o objetivo da conservação é preservar a significação cultural de um bem; ela deve implicar medidas de segurança e manutenção, assim como disposições que prevejam sua futura destinação. A conservação se baseia no respeito à substância existente e não deve deturpar o testemunho nela presente. A conservação deve se valer do conjunto de disciplinas capazes de contribuir para o estudo e a salvaguarda de um bem. As técnicas empregadas devem, em princípio, ser de caráter tradicional, mas se pode, em determinadas circunstâncias, utilizar técnicas modernas, desde que se assentem em base científicas e que sua eficácia seja garantida por certa experiência acumulada. Na conservação de qualquer bem deve ser levado em consideração o conjunto de indicadores de sua significação cultural; nenhum deles deve ser revestido de uma importância injustificada em detrimento dos demais. As opções a serem feitas na conservação total ou parcial de um bem deverão ser previamente definidas com base na compreensão de sua significação cultural e de sua condição material. As opções assim efetuadas determinarão as futuras destinações consideradas compatíveis para o bem. As destinações compatíveis são as que implicam

a ausência de qualquer modificação, modificações reversíveis em seu conjunto ou, ainda, modificações cujo impacto sobre as partes da substância que apresentam uma significação cultural seja o menor possível.

A conservação de um bem exige a manutenção de um entorno visual apropriado, no plano das formas, da escala, das cores, da textura, dos materiais, etc. Não deverão ser permitidas qualquer nova construção, nem qualquer demolição ou modificação susceptíveis de causar prejuízo ao entorno. A introdução de elementos estranhos ao meio circundante, que prejudiquem a apreciação ou fruição do bem, deve ser proibida. Todo edifício ou qualquer outra obra devem ser mantidos em sua localização histórica. O deslocamento de uma edificação ou de qualquer outra obra, integralmente ou em parte, não pode ser admitido, a não ser que essa solução constitua o único meio de assegurar sua sobrevivência. A retirada de um conteúdo ao qual o bem deve uma parte de sua significação cultural não pode ser admitida, a menos que represente o único meio de assegurar a salvaguarda e a segurança desse conteúdo. Nesse caso, ele deverá ser restituído na medida em que novas circunstâncias o permitirem.

A preservação se impõe nos casos em que a própria substância do bem, no estado em que se encontra, oferece testemunho de uma significação cultural específica, assim como nos casos em que há insuficiência de dados que permitam realizar a conservação sob outra forma. A preservação se limita à proteção, à manutenção e à eventual estabilização da substância existente. Não poderão ser admitidas técnicas de estabilização que destruam a significação cultural do bem. A restauração só pode ser efetivada se existirem dados suficientes que testemunhem um estado anterior da substância do bem e se o restabelecimento desse estado conduzir a uma valorização da significação cultural do referido bem. Nenhuma empreitada de restauração deve ser empreendida sem a certeza de existirem recursos necessários para isso. A restauração deve servir para mostrar novos aspectos em relação à significação cultural do bem. Ela se baseia no princípio do respeito ao conjunto de testemunhos disponíveis, sejam materiais, documentais ou outros, e deve para onde começa a

hipótese. A restauração pode implicar a reposição de elementos desmembrados ou a retirada de acréscimos, nas condições previstas no artigo 16. As contribuições de todas as épocas deverão ser respeitadas. Quando a substância do bem pertencer a várias épocas diferentes, o resgate de elementos datados de determinada época ou detrimento dos de outra só se justifica se a significação cultural do que é retirado for de pouquíssima importância em relação ao elemento a ser valorizado.

A reconstrução deve ser efetivada quando constituir condição *sine qua non* de sobrevivência de um bem cuja integridade tenha sido comprometida por desgastes ou modificações, ou quando possibilite restabelecer ao conjunto de um bem uma significação cultural perdida. A reconstrução deve se limitar à colocação de elementos destinados a completar uma entidade desfalcada e não deve significar a construção da maior parte da substância de um bem. A reconstrução deve se limitar à reprodução de substâncias cujas características são conhecidas graças aos testemunhos materiais e/ou documentais. As partes reconstruídas devem poder ser distinguidas quando examinadas de perto. A adaptação só pode ser tolerada na medida em que represente o único meio de conservar o bem e não acarrete prejuízo sério a sua significação cultural. As obras de adaptação devem se limitar ao mínimo indispensável à destinação do bem a uma utilização definida de acordo com os termos dos artigos 6 e 7. Os elementos dotados de uma significação cultural que não se possa evitar desmontar durante os trabalhos de adaptação deverão ser conservados em lugar seguro, na previsão de posterior restauração do bem.

Qualquer intervenção prevista em um bem deve ser precedida de um estudo dos dados disponíveis, sejam eles materiais, documentais ou outros. Qualquer transformação do aspecto de um bem deve ser precedida da elaboração, por profissionais, de documentos que perpetuem esse aspecto com exatidão. Os estudos que implicam qualquer remoção de elementos existentes ou escavações arqueológicas só devem ser efetivados quando forem necessários para a obtenção de dados indispensáveis à tomada de decisões relativas à conservação, do bem e/ou à obtenção de

testemunhos materiais fadados a desaparecimento próximo ou a se tornarem inacessíveis por causa dos trabalhos obrigatórios de conservação ou de qualquer outra intervenção inevitável. Qualquer ação de conservação a ser considerada deve ser objeto de uma proposta escrita acompanhada de uma exposição de motivos que justifique as decisões tomadas, com provas documentais de apoio (fotos, desenhos, amostras, etc.). As decisões de orientação geral devem proceder de organismos cujos nomes serão devidamente comunicados, bem como o de seus dirigentes responsáveis, devendo a cada decisão corresponder uma responsabilidade específica. Os trabalhos contratados devem ter acompanhamento apropriado, exercido por profissionais, e deve ser mantido um diário no qual serão consignadas as novidades surgidas, bem como as decisões tomadas.

#### **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 07 set. 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 07 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 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 07 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 07 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 07 set. 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, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

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

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](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em 07 set. 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](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em 07 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

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 07 set. 2015.

#### **Notas:**

[1] 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 07 set. 2015, s.p.

[2] 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 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 07 set. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] 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 07 set. 2015.

[5] 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.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 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 N° 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](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 07 set. 2015.

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

[9] 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 07 set. 2015.

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

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

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 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 Nº 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](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 07 set. 2015.

[13] 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.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 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”.

[15] BRASIL. **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](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 07 set. 2015.

[16] 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](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf)>. Acesso em 07 set. 2015, p. 15-16.

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

[18] 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 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 (n° 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](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 07 set. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **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 07 set. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.