

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 800

(Ano IX)

(06/05/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF)** - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

**MARCELO FERNANDO BORSIO (MG)**: Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

**RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina)**: Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ)**: Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá)**: Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



02/05/2017 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Jogo da Baleia Azul: tipificação penal e competência para processo e julgamento](#)

### ARTIGOS

05/05/2017 Naira Ravena Andrade Araujo

[Da \(in\)coerência entre a execução antecipada da pena e o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional dos cárceres brasileiros](#)

05/05/2017 Samuel José Milanez Sousa

[Princípios Orientadores do Direito do Trabalho](#)

05/05/2017 Ulysses de Oliveira Campos Neto II

[O princípio da continuidade dos serviços públicos e o direito do consumidor](#)

05/05/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

[Do Estado Executor e a Intervenção no Domínio Econômico](#)

04/05/2017 Pedro Aurelio Azevedo Lustosa

[A Busca do Judiciário por Maior Acesso à Justiça: Comparação Empírica Entre os Juizados Especiais no Brasil e a "Justiça de Proximidade" na França](#)

04/05/2017 Evelini Oliveira de Figueiredo Fonseca

[O Código de Defesa do Consumidor, a distribuição do ônus da prova e o abuso de direito](#)

04/05/2017 George Almeida Margalho

[Negociações preliminares e responsabilidade civil pré-contratual](#)

04/05/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

[Tessituras ao Entendimento Jurisprudencial sobre à Responsabilidade pela Manutenção e Conservação do Patrimônio Histórico-Cultural](#)

04/05/2017 Roberto Monteiro Pinho

[O Estado permitiu um Judiciário insolente](#)

03/05/2017 Pedro Aurelio Azevedo Lustosa

[Análise da Construção Argumentativa Realizada pelo Ministro Cezar Peluso para a](#)

[Construção do seu Voto na ADI 3.510 \(células-tronco humanas em pesquisas científicas\)](#)

03/05/2017 Wellington Cacemiro

[A contribuição sociocultural e o comportamento violento do psicopata: fragmentos do estudo à luz da psicologia jurídica](#)

03/05/2017 Glauco Eduardo Salles dos Santos

[A alteração do registro civil de transgêneros nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro](#)

03/05/2017 Raquel Fernandes Dionizio

[Crimes praticados pelo computador: tipicidade no crime de informática](#)

03/05/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

[Do delineamento da locução "Normas Gerais Urbanísticas" em sede de Direito Urbanístico: Primeiros Apontamentos](#)

02/05/2017 Bruno Fonseca de Andrade

[O novo Código de Processo Civil, o elastecimento dos prazos processuais e o prejuízo ao princípio da celeridade](#)

02/05/2017 Eumar Evangelista de Menezes Júnior

[Sucessão entre descendentes e o cônjuge: estudo das correntes doutrinárias à afirmação da luta pelo direito de herança](#)

02/05/2017 Ivo Andrade Souza Júnior

[Da necessidade de integrar os artigos 395 e 397 do CPP para delinear as hipóteses de arquivamento do inquérito policial](#)

02/05/2017 Sidmar Silveira Garcia

[Aspectos relevantes da propaganda eleitoral pela internet](#)

02/05/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

[O Princípio da Máxima Efetividade da Constituição como vetor de interpretação da Matéria Ambiental](#)

**MONOGRAFIA**

02/05/2017 Paula Emanuele D'Avila Machado

[A guarda compartilhada e o aspecto geográfico: o virtual unindo famílias](#)

## **JOGO DA BALEIA AZUL: TIPIFICAÇÃO PENAL E COMPETÊNCIA PARA PROCESSO E JULGAMENTO**

**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.

Infelizmente surgiu nas redes sociais um jogo virtual denominado de “Baleia Azul” (originalmente em inglês “Blue Whale”), tendo como uma das primeiras vítimas que ensejou a investigação sobre o caso, uma garota de 17 anos do extremo oriente russo.

Segundo narra Rogério Sanches Cunha, em vídeo bastante esclarecedor sobre o tema, as origens desse jogo macabro advém de outro cujo nome era “Wake me up at 4:20 h.”. O título se refere à informação estatística de que a maioria dos casos de suicídio ocorre nas proximidades desse horário. [\[1\]](#)

A ligação do jogo com o suicídio e a adoção do nome “Baleia Azul” não é aleatória. Ocorre que esses cetáceos costumam atolar nas praias num comportamento que se assemelha ao suicídio, ao menos numa abordagem antropomórfica. [\[2\]](#)

Fato é que o famigerado jogo tem sempre uma finalidade, um objetivo final, que é levar o participante à prática do suicídio. Isso é obtido de forma sorrateira, atraindo pessoas influenciáveis, mormente crianças e adolescentes, para a prática, dando-lhes um sentido de relevância e de desafio com a proposta de “missões” que vão de pequenos atos até condutas repugnantes ou perigosas, culminando com a retirada da própria vida. Os participantes têm de provar com fotos, filmagens, gravações etc. que realmente cumpriram as “missões” que lhe foram passadas por um “curador” do jogo.

Segundo investigações, é fato que os grupos dedicados a esse jogo infame escolhem a dedo os participantes e lhes conferem as missões como uma espécie de ritual de aceitação ou iniciação para que sejam aprovados como membros. A escolha tem como parâmetro, na verdade, a maior vulnerabilidade ou fragilidade de menores ou mesmo maiores, os quais apresentem já problemas psicológicos que os tornem alvo mais fácil para o induzimento ou instigação ao suicídio. A pesquisa se dá por meio das redes sociais, que acabam contendo muitas informações sobre o perfil psíquico, a vida social, as agruras e personalidade das pessoas que ali se expõem demais.

Chegou a haver suspeita de que o jogo tivesse por origem um livro intitulado “50 dias antes do meu suicídio” [3] no bojo do qual há a referência ao suicídio de uma jovem e às mais variadas técnicas para tanto. Contudo, não foi possível fazer qualquer ligação entre o livro e o surgimento do jogo virtual. [4]

No que diz respeito ao campo penal, ainda que o livro tivesse inspirado de alguma forma o jogo e os suicídios que daí advieram, seu autor, Stace Kramer, não poderia, segundo a legislação brasileira, ser responsabilizado pelo crime de induzimento ao suicídio, previsto no artigo 122, CP.

O suicídio, segundo ensinamento de Euclides Custódio da Silveira, “é a deliberada destruição da própria vida”. [5]

Ocorre que a prática do suicídio é impunível em termos de legislação temporal pelo simples fato de que o autor é falecido e se operaria automaticamente a extinção de punibilidade pela morte do agente, nos termos do artigo 107, I, CP. Ou seja, mesmo que o legislador quisesse, seria impossível punir temporalmente a prática do suicídio. Isso fica para alguma sanção de natureza religiosa, se for o caso. No entanto, seria possível punir a “tentativa de suicídio”, pois nesses casos a pessoa sobrevive. Mesmo assim nossa legislação, acertadamente, por motivos de Política Criminal, se absteve de prever qualquer tipo penal. Ora, esse tipo de punição

somente traria mais conflitos e males sociais e jamais seria alguma solução para o problema.

De acordo com a lição de Mirabete e Fabbrini, citando Adriano Marrey:

“Por razões que se prendem à impossibilidade de punição do suicídio e à política criminal não se incrimina a prática do suicídio. Como a pena não pode passar da pessoa do delinquente (art. 5º., XLV, da CF), seria impossível sua aplicação ao suicida. Ademais, a cominação da pena não serviria de prevenção, porque quem quer morrer não se importa com a ameaça de sanção, seja ela qual for. Mesmo quanto à tentativa, ‘o Estado renuncia à punição, por motivos políticos e de ordem ética, de piedade, de caridade humana, que o impedem de agravar com a pena a amargura de quem já se lançou em busca da morte’”. [6]

Mas, isso explica por que o suicida ou aquele que tenta se suicidar não sofre punição penal. Não esclarece por que Stace Kramer não poderia ser punido se seu livro influenciasse o jogo e, conseqüentemente, os suicídios de terceiros, já que existe o artigo 122, CP que pune a participação em suicídio alheio. Essa questão está ligada ao fato de que para a configuração do crime do artigo 122, CP, há necessidade de que a vítima ou as vítimas sejam determinadas. A produção de um livro, que não tem um destinatário certo, mas leitores aleatórios, não serve para configurar o tipo penal de induzimento ao suicídio.

Conforme Damásio:

“É necessário que seja determinada a pessoa induzida ou instigada. Assim, é imprescindível que o sujeito induza Pedro, Domingos ou Antônio. Não há crime, por exemplo, na hipótese de o sujeito escrever um conto que leve seus leitores ao suicídio”. [7]

Também não há falar-se em “Apologia ao Crime ou Criminoso” (artigo 287, CP), tendo em vista justamente o fato de que o ato de suicídio não configura infração penal. Para a caracterização desse tipo penal e a responsabilização de alguém, mister se faz, imperiosamente, que seja descrito na denúncia o *crime ou o criminoso* que se enaltece, o que seria impossível no caso do suicídio ou do suicida. [8]

De qualquer forma, o livro focado, na verdade, não deu origem ao jogo. Portanto, importa saber por que crime responderá o “curador” ou os “curadores”, eis que o concurso de agentes é plenamente possível (inteligência do artigo 29, CP).

Isso irá variar de acordo com as circunstâncias e a vítima:

a) Sendo a vítima uma pessoa plenamente capaz, não há dúvida de que se trata de um crime de induzimento ou instigação ao suicídio. Segundo Rogério Sanches Cunha, este seria um crime simples, previsto no artigo 122, “caput”, CP. [9] O induzimento ocorrerá quando a vítima cooptada não tinha ainda em si a ideia de matar-se, enquanto que a instigação acontecerá quando a vítima já tinha essa tendência e foi incentivada. [10] Com o devido respeito, discorda-se de Cunha num ponto. Entende-se que realmente seria um caso de induzimento ao suicídio, mas majorado pela presença do “motivo egoístico”, portanto, tipificado no artigo 122, Parágrafo Único, I, CP. Acontece que em todos os casos do Jogo Baleia Azul, o autor é motivado por um sentimento claro e evidente de pleno menosprezo pela vida alheia em prol de uma vontade de satisfação



de uma sensação ou prazer de domínio quase total sobre a pessoa influenciada. Conforme Teles, o motivo egoístico “diz respeito à obtenção de uma vantagem pessoal pelo agente, qualquer que seja sua natureza”, ensejando, com isso, maior reprovabilidade “por sua torpeza”. [11] Ainda mais certo é Costa Júnior ao afirmar que “o egoísmo importa numa total desconsideração para com a sorte alheia”, [12] o que é exatamente o retrato do aliciador e “curador” do jogo em questão. Esse retrato do psiquismo torpe do “curador” é muito bem descrito por Pedroso, que se vale das lições de Edgard Magalhães Noronha e de Paul Logoz:

“O egocentrismo é a *ratio essendi* da qualificadora. Esta toma corpo sempre que o sujeito ativo der maior relevância ou valor a qualquer interesse pessoal em detrimento da sorte e dos interesses da vítima. Egoísmo, define Magalhães Noronha, é o excessivo amor ao interesse próprio, sem consideração pelos outros. Como ainda destaca Paul Logoz, o motivo egoísta não é necessariamente a cupidez ou o desejo de lucro, mas também o ódio, o desejo de vingar-se, a *maldade* etc.” (grifo nosso na “maldade”). [13]

b) Sendo a vítima pessoa incapaz de ofertar resistência psíquica ao induzimento ou instigação (v.g. um alienado mental, uma criança de 2 anos etc.), o crime será o de homicídio, inclusive duplamente qualificado pelo chamado “meio insidioso” e pelo “motivo torpe”, nos termos do artigo 121, § 2º, I e III, CP. Isso porque o sujeito passivo do crime de induzimento ao suicídio pode ser qualquer pessoa, mas esta deve ter “*capacidade de discernimento, de autodeterminação*, pois, caso contrário, estaremos diante de um delito de homicídio”. [14] Acontece que se a vítima não tem capacidade de resistência ao assédio que a leva a matar-se, não passa de um

instrumento nas mãos do autor. Embora retire sua própria vida, não o faz de forma “deliberada”, e isso é requisito essencial para que se trate de um suicídio, tal qual já foi visto alhures na definição bem posta de Euclides Custódio da Silveira. Tendo em vista uma interpretação sistemática do Código Penal Brasileiro, qualquer pessoa menor de 14 anos também não teria capacidade de discernimento e seria vítima de homicídio e não de induzimento ao suicídio. Isso porque, é considerada incapaz até mesmo de deliberar sobre a prática ou não de atos sexuais, quanto mais com relação a decidir sobre manter ou não a própria vida. [15]

Quanto às qualificadoras, o “motivo torpe” consiste, tal qual no caso de induzimento ao suicídio se imputa o “motivo egoístico”, na atuação do “curador”, visando a obtenção de um prazer ou sentimento de domínio sobre a vítima, levando-a à morte. Ora, a satisfação desse prazer macabro e abjeto constitui claramente a qualificadora do “motivo torpe” no crime de homicídio. Perceba-se como a conduta do “curador” do Jogo Baleia Azul se adequa perfeitamente ao conceito doutrinário do “motivo torpe”:

*“Motivo torpe: é o motivo abjeto, indigno e desprezível, que repugna o mais elementar sentimento ético. O motivo torpe provoca acentuada repulsão, sobretudo pela ausência de sensibilidade moral do executor”.* [16]

Também não é possível passar despercebida a conduta “insidiosa”, ou seja, traiçoeira, dissimulada, do autor dessa espécie de crime. Como visto, ele atua de modo premeditado, selecionando cuidadosamente nas redes sociais pessoas mais vulneráveis aos seus apelos. Feito o contato, procura o tempo todo aliciar o indivíduo, dando-lhe uma espécie de “sentido” para agir, propondo “desafios” a fim de burilar a vaidade, a virilidade, a coragem, o orgulho etc. Claramente atua de forma vil e sempre fingindo, com o único intuito final de obter a prática do suicídio pelo vitimizado (a). Acontece que no caso das pessoas sem o necessário

discernimento, não ocorre um suicídio, ou seja, uma *deliberada* destruição da própria vida e sim um homicídio em que a vítima é apenas um instrumento nas mãos de seu cruel algoz.

Novamente a conduta do autor se encaixa perfeitamente no ensinamento doutrinário acerca do “meio insidioso”:

“Refere-se a lei, ainda, genericamente, a outros meios *insidiosos*, aqueles constituídos de fraude, clandestinos, desconhecidos da vítima, que não sabe estar sendo atacada. O que qualifica o homicídio não é propriamente o meio escolhido ou usado para a prática do crime, e sim o modo insidioso com que o agente o executa, empregando, para isso, recurso que dificulte ou torne impossível a defesa”. [\[17\]](#)

c) Vítima capaz, embora menor de 18 anos e vítima que, por qualquer outra causa (afora a etária), tenha a capacidade de resistência psíquica diminuída.

Quanto ao menor de 18 anos (entre 14 anos completos e 18 anos incompletos, como já visto acima, com os honrosos dissensos de Pedroso e Marques), é tranquila a aplicação do artigo 122, Parágrafo Único, II, CP. Trata-se da vítima “menor”. A lei apresenta o entendimento de que o menor de 18 anos tem maior suscetibilidade, menor capacidade de resistência ao assédio de terceiros que pretendam levá-lo ao suicídio. Em geral é essa a orientação encontrada, ou seja, apenas verificar por prova documental (certidão de nascimento ou equivalente) a idade do menor para a caracterização da majorante em estudo. Entretanto, entende diversamente Teles. Segundo o autor:

“A norma não pode ser interpretada com rigor absoluto, mormente nos dias de hoje em que há adolescentes, entre 14 e 18 anos, com plena capacidade de decidir, dirigindo sua própria vida, com maturidade e plena consciência dos fatos e de suas consequências. Nesses casos, a pena não deverá ser aumentada”. [18]

Sobre o tema, tende-se a adotar a aplicação do aumento de pena com base tão somente na idade da vítima. Com maior razão, entende-se que nos casos do Jogo Baleia Azul resta praticamente notório que o menor ali envolvido não é uma pessoa que tenha tanta maturidade assim, mesmo porque, como já dito, é escolhido a dedo, exatamente por sua vulnerabilidade e não por sua suposta maturidade e capacidade de tomar decisões.

Pode ocorrer ainda que a vítima não seja menor, mas que, por qualquer outra razão, tenha *diminuída* sua capacidade de resistência. Digamos que o “escolhido” como alvo do jogo seja uma pessoa afetada por distúrbios maníaco – depressivos, alcoólatra, dependente de drogas, com déficit do desenvolvimento mental que não lhe chegue a retirar totalmente o discernimento etc. Note-se que em todos esses casos é preciso ter muito cuidado, porque se a capacidade de resistência é *nula* e não somente *diminuída*, o caso será, como já visto, de homicídio e não de induzimento ao suicídio com pena majorada. Como bem explica Bitencourt:

“Esta terceira majorante prevê somente a redução da capacidade de resistência e não a sua ausência ou eliminação. A ausência absoluta de capacidade de resistência tipifica o crime de homicídio e não a simples participação em suicídio. Essa incapacidade relativa (resistência

diminuída) poderá decorrer de herança genética, enfermidade, embriaguez ou qualquer outro fator que dificulte, diminua ou reduza a capacidade de resistir da vítima. Exemplos: induzir um ébrio a suicidar-se; instigar um demente ao suicídio etc. Em outros termos, haverá homicídio se a vítima for *forçada a suicidar-se* ou não tiver condições de oferecer resistência alguma.

A capacidade de resistência pode ser diminuída por qualquer causa, seja em razão de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, seja em razão de enfermidade, embriaguez, drogodependência ou senilidade etc.”. [19]

Novamente é de se observar que no caso do Jogo Baleia Azul, procurando o autor pelas pessoas vulneráveis ao seu assédio, seja pela menoridade, seja por presença de fraquezas psíquicas, dificilmente se afigurará uma situação em que o artigo 122, CP se apresente na forma simples, sem a presença de uma majorante. Mesmo porque, invariavelmente, ainda que se tratando de vítima plenamente capaz e não vulnerável, [20] o que será raro, haverá ainda a majorante do “motivo egoístico”, conforme já destacado linhas volvidas. O mais comum será encontrar nos casos concretos incidência não somente de uma causa de aumento, mas de duas (inteligência do artigo 122, Parágrafo Único, incisos I e II, CP).

d) Outra situação interessante ocorre quando uma pessoa que inicialmente aceitou participar do jogo, pretende, em algum momento, dele desistir. O que acontece nessas situações é que a pessoa passa a sofrer ameaças pessoais e a terceiros, tais como

familiares e outros entes queridos, com o intento de forçá-la a seguir o jogo até o trágico fim. São ameaças sérias, inclusive de morte.

Com acerto, Rogério Sanches Cunha, vislumbra nessa conduta do autor, procurando obrigar a pessoa a continuar no jogo, crime de “Constrangimento Ilegal” (artigo 146, CP). [21] Efetivamente, o delito em questão tutela

“a liberdade individual de querer, ou seja, a autodeterminação da vontade e da ação, incluindo-se, assim, a liberdade física e psíquica da vítima. É o dispositivo corolário do art. 5º., II, da Constituição Federal: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’”. [22]

Poder-se-ia cogitar sobre o crime de “Ameaça”, previsto no artigo 147, CP. No entanto, ocorre que na ameaça há apenas a promessa da prática de um mal injusto e grave contra a vítima, não condicionando isso à sua conduta ativa ou omissiva. No “Constrangimento Ilegal”, a situação é semelhante, mas a ameaça de mal injusto e grave se dá de forma condicionada, ou seja, tal mal será infligido “se” o sujeito passivo não agir ou deixar de agir de acordo com a vontade imposta ou pretensamente imposta pelo criminoso. Conforme Bitencourt:

“A distinção desses dois crimes consiste em que, no *constrangimento ilegal*, o sujeito ativo pretende uma conduta positiva ou negativa da vítima, enquanto, na *ameaça*, deseja somente amedrontá-la, aterrorizá-la, apavorá-la”. [23]

Assim sendo, resta evidente que se trata realmente de “Constrangimento Ilegal” e não de “Ameaça”, porque o mal prometido está ligado à prática de uma conduta pela vítima por ela não desejada.

Doutra banda, Rogério Sanches Cunha também informa que há quem cogite, nestes casos, do crime de “Tortura”. O autor em destaque afasta a possibilidade dessa tipificação, considerando que a conduta enfocada não se adequa a qualquer das previsões da Lei 9.455/97. [24] Realmente, no que tange à circunstância em que o autor pretende constranger o indivíduo a continuar no jogo, é inviável a tipificação em qualquer previsão da Lei 9.455/97, mesmo porque há exigência na maioria dos tipos penais ali previstos de um especial fim de agir (dolo específico), que não se encontra presente na situação em estudo (v.g. atuação por preconceito; objetivo de obter informação, confissão ou declaração da vítima ou de terceiro; aplicação de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo com “animus corrigendi vel disciplinandi”). [25] Mesmo no último exemplo, o intento de “corrigir” ou “disciplinar” não está ligado a obrigar a pessoa a uma conduta, tal como a participação em um jogo, e sim em inculcar-lhe valores de conduta na vida social ou familiar, valores morais etc., similarmente ao que ocorre com o crime de “Maus – Tratos” (artigo 136, CP), do qual se distingue apenas em grau de gravidade. Ademais tal crime de tortura é considerado como “crime próprio”, exigindo a prévia existência entre autor e vítima de um vínculo de “subordinação ou dependência” legítimo [26] (v.g. paternidade, maternidade, guarda, autoridade etc.), o que jamais é o caso entre o “curador” do jogo e o sujeito passivo. O único crime que não exige dolo específico é a tortura de pessoa presa ou submetida a medida de segurança, [27] mas, obviamente não há ligação entre essa espécie de tortura e o Jogo Baleia Azul, pois que a vítima não é um encarcerado e nem, muito menos, o autor seu carcereiro.

Parece que realmente a conduta de pretender, mediante grave ameaça, obrigar a pessoa a continuar no jogo, configura apenas Constrangimento Ilegal (artigo 146, CP) e jamais crime de tortura, por absoluta falta de subsunção. Aliás, é importante a observação de Gonçalves neste aspecto:

“Veja-se que a lei não descreveu no crime de tortura as hipóteses de a

motivação do agente ser a vingança ou o simples sadismo (prazer de ver a vítima sofrer). Por isso, em face da ausência de previsão legal, as condutas não poderão ser enquadradas nessa lei, restando apenas eventual responsabilização por crime de lesões corporais ou constrangimento ilegal”. [28]

Ora, se não há um dos dolos específicos previstos na Lei de Tortura, o que prevalece é o sadismo do agente, seu desejo de prazer na dominação psíquica e até física da vítima qual uma marionete. E isso não encontra previsão na Lei 9.455/97.

No entanto, como se está, no momento, tratando dos casos em que a vítima quer sair do jogo ou se negar à prática de alguma “missão” imposta pelo “curador”, pode-se cogitar de uma modalidade de crime de tortura que entra em conflito aparente de normas com o artigo 146, CP, prevalecendo pela especialidade. Trata-se da “Tortura para a prática de Crime” (artigo 1º., “b”, da Lei 9.455/97). Neste caso, o constrangimento, mediante atos de tortura, se dá “para provocar ação ou omissão de natureza criminosa”. Note-se que os crimes de tortura são considerados formais. Assim sendo, em nada importa se o sujeito passivo se submete e cumpre os fins especiais do sujeito ativo. De qualquer forma, imposta a violência ou grave ameaça torturante, está consumado o crime. A eventual prática da conduta pretendida pelo agente ou a submissão da vítima aos seus desejos, será mero “exaurimento do crime, a se considerar apenas na fixação da pena”. [29] Reafirma-se que se o constrangimento é voltado apenas e tão somente para a continuidade de participação no jogo, há apenas Constrangimento Ilegal (artigo 146, CP). Mas, e se ocorre o fato de que a desistência do jogador se dá por uma negativa do cumprimento de uma “missão” que consistiria em praticar um crime? Tendo em vista que a tortura pode ser física ou moral, [30] há que reconhecer que nestes casos poderá sim configurar-se o crime de tortura previsto



especificamente no artigo 1º., “b”, da Lei 9.455/97. E isso independentemente de o sujeito passivo ceder ou não ao constrangimento, pois que, como visto, trata-se de crime formal. Há somente que analisar cada caso concreto em termos de grau com relação ao sofrimento imposto à vítima para seu constrangimento ou tentativa de constrangimento. Nos casos mais graves, poderá ser aplicado o crime de Tortura, nos de menor intensidade, continuará sendo configurado o crime de Constrangimento Ilegal. Observe-se o pensamento de Bitencourt, que representa a posição da doutrina em geral a respeito do conflito entre Tortura e Constrangimento ilegal nestes casos específicos:

“Se a *violência* ou a *grave ameaça* visar a prática de crime, configurará o crime de *tortura*, previsto no art. 1º., I, *b*, da Lei n. 9.455/97, que estabelece: ‘constranger alguém com emprego de *violência* ou *grave ameaça*, causando-lhe sofrimento físico ou mental para provocar ação ou omissão de natureza criminosa’. Antes da vigência dessa lei, a doutrina sustentava que, nesses casos, ou seja quando o constrangimento fosse para a prática de alguma conduta criminosa, o agente responderia pelo crime de constrangimento ilegal e o crime que a vítima fora obrigada a praticar (nessa hipótese, como *autor mediato*) em concurso material”. [31]

Ainda tratando da situação em que a vítima pretenda sair do jogo e então o suicídio não venha a ocorrer ou mesmo sequer a tentativa desse ato trespoucado, há que avaliar a eventualidade de responsabilização do agente por tentativa de induzimento ao suicídio.

Desde logo se deve esclarecer que, segundo os ensinamentos doutrinários e orientações jurisprudenciais pacíficos, não há se falar em tentativa do crime de induzimento ao suicídio, previsto no artigo 122, CP. Trata-se de um crime material, o qual somente se consuma com um de dois resultados previstos e para os quais há reprimenda legal, a saber: a) a vítima sofre lesões corporais graves ou gravíssimas durante a tentativa de suicídio; b) a vítima morre na prática do suicídio (vide preceito secundário do artigo 122, CP).

Não há pena quando há o induzimento, instigação ou auxílio, mas sequer há tentativa do suicídio ou esta ocorre, mas resultam apenas lesões leves ou não resultam lesões. Por isso é impossível haver a figura da tentativa, até mesmo por uma questão prática. A pena por tentativa só é aplicável com um redutor sobre a pena original. Ora, se não há pena para os casos de induzimento, instigação ou auxílio quando não há os resultados lesões graves ou gravíssimas ou morte, então sobre que pena iria incidir o redutor do artigo 14, II e seu Parágrafo Único, CP?

Mas, no final da descrição do preceito secundário do artigo 122, CP (pena) não se fala em “tentativa de suicídio” com os resultados lesão grave ou gravíssima? Isso não seria um crime de induzimento tentado?

Segundo a esmagadora maioria da doutrina e jurisprudência, não. Ali se fala em “tentativa” sim, mas de “suicídio”. Suicídio, como já visto, não é crime. A discussão é sobre a tentativa do crime do artigo 122, CP. Este é um crime consumado, com previsão de penas mínima e máxima, tanto para o resultado de lesões graves ou gravíssimas, como para o resultado morte. Se esses resultados não advêm, então há fato atípico, sem previsão de pena, ainda que com o redutor da tentativa. [32]

O único dissenso isolado é de Cezar Roberto Bitencourt. Para ele, quando ocorre o resultado lesão corporal de natureza grave, isso seria uma espécie do que denomina de “tentativa qualificada”.

Para Bitencourt o crime de induzimento ao suicídio seria “uma *figura complexa* que prevê no próprio tipo a sua forma tentada”. [33]

O entendimento acima é absolutamente isolado e dele se discorda, tendo em vista a confusão que faz entre o “crime de participação em suicídio”, o qual admite como consumação dois resultados (lesões graves ou gravíssimas e morte) e o acontecimento de fato, que é a “tentativa de suicídio”, indiferente para o campo penal.

Porém, seja por um caminho ou outro, não ocorrendo os resultados preconizados, fato é que não há crime de induzimento ao suicídio, sequer tentado. Sobre isso não há dissenso algum. E neste ponto há algo muito relevante com relação ao Jogo Baleia Azul. Ocorre que se uma pessoa for cooptada e não chegar sequer a tentar o suicídio ou mesmo se o tentar e não o conseguir, sofrendo lesões leves ou mesmo sem sequer chegar a sofrer lesões, o induzidor ou instigador não comete crime algum. O induzimento ou instigação sem os resultados lesões graves ou gravíssimas ou morte é fato atípico.

Nas palavras de Greco:

“Se, entretanto, ainda que induzida, instigada ou auxiliada materialmente pelo agente, a vítima, tentando contra a própria vida, não conseguir produzir qualquer dano à sua saúde ou integridade física, ou sendo as lesões corporais de natureza leve, aquele não poderá ser responsabilizado pela infração penal em estudo”. [34]

Aqui se põe uma questão: quando, no decorrer do jogo, a vítima é levada a se autolesionar ou colocar sua vida e integridade física em risco, não poderia o “curador” ser responsabilizado por crimes

de lesões corporais leves (artigo 129, CP) ou de periclitacão da vida ou da saúde de outrem (artigo 132, CP)?

Entende-se que não, porque nestes casos, considerando o objetivo final do jogo, que é o induzimento ao suicídio (artigo 122, CP), ocorre a consunção ou absorção desses delitos como *crimes – meio*. Acontece que tais crimes são um caminho necessário, de acordo com a dinâmica criminosa, com o chamado “modus operandi” típico do Jogo Baleia Azul para chegar ao induzimento final ao suicídio.

Assim sendo, em se tratando de vítimas capazes, ainda que menores ou com a capacidade de resistência *diminuída*, há um vácuo de impunidade, tendo em vista que a atuação do autor do crime visa o induzimento ao suicídio e este somente se configura com os efetivos resultados acima citados, não havendo se cogitar sequer de tentativa. Além disso, eventuais lesões corporais leves ou periclitacões da vida ou saúde, são crimes – meio absorvidos.

Isso, porém, em se tratando de induzimento ao suicídio (artigo 122, CP). Agora, se a vítima do Jogo Baleia Azul é pessoa incapaz, de resistência *nula*, como já visto, trata-se não de induzimento ao suicídio, mas de homicídio duplamente qualificado (artigo 121, § 2º, I e III, CP). Neste caso, independentemente de haver ou não resultados como lesão grave ou a morte, haverá punição. No caso de morte, o homicídio duplamente qualificado de que já se falou será consumado (artigo 121, § 2º, I e III, CP). No caso de ausência de lesões, embora a vítima tenha chegado a tentar contra a própria vida, de lesões leves, graves ou gravíssimas, indistintamente, haverá a figura da tentativa de homicídio duplamente qualificado (artigo 121, § 2º, I e III c/c 14, II, CP). Não havendo sequer lesões ocorre o que se denomina comumente de “tentativa branca ou incruenta”. [35] É que no crime de homicídio há possibilidade de tentativa e não se exigem resultados específicos para que haja previsão de pena mínima e máxima como ocorre no crime do artigo 122, CP, em seu preceito secundário. Também no caso da tentativa de homicídio duplamente qualificado, obviamente e pelos mesmos

motivos anteriormente expostos, crimes de lesões corporais e periclitacão, dentre outros que são meios para o desfecho fatal, restarão absorvidos.

Há ainda a possibilidade de que no decorrer do Jogo Baleia Azul o agente induza ou instigue as pessoas à pratica de outros crimes que não são necessariamente meios para as futuras práticas de induzimento ao suicídio ou homicídio. Por exemplo, pode, no decorrer do jogo, induzir a pessoa a praticar um roubo, um crime contra a honra de terceiros, uma extorsão, uma violação de domicílio, um furto, uma lesão corporal em terceiros, outro homicídio, direção sob efeito de álcool, competição automobilística não autorizada etc. Nessas situações, entende-se que, sendo o induzido pessoa maior e capaz, incidirá o indutor no crime induzido. Por exemplo, se apresentou um “desafio” ou “missão” consistente na prática de um roubo pelo induzido, responderá, juntamente com ele, nos termos do artigo 29, CP (Teoria Monista do Concurso de Agentes) pelo crime de roubo, e assim por diante. Será o indutor um *partícipe* do crime induzido, de acordo com as teorias mais correntes. Numa conformação relativa à chamada “Teoria do Domínio do Fato”, será mesmo um coautor. [36] Se, por acaso, a vítima do induzimento à prática desse tipo de crime for um incapaz por enfermidade mental (inimputável), haverá a chamada “autoria mediata” do crime induzido, respondendo por ele o indutor e recebendo o autor direto a denominada “absolvição imprópria”, com aplicação de “medida de segurança”. Em se tratando de menor (neste caso qualquer menor de 18 anos), o indutor responderá pelo crime por autoria mediata e ainda em concurso formal com o crime de “Corrupção de Menores”, previsto no artigo 244 – B, do ECA (Lei 8.069/90). Por seu lado, o menor corrompido, responderá por “ato infracional” respectivo na Justiça da Infância e Juventude.

A competência para o processo e julgamento dos crimes perpetrados durante o Jogo Baleia Azul é da Justiça Comum Estadual. O fato de dar-se a prática por via da internet, ainda quando atinja menores, não leva os crimes para a Justiça Federal.

A Justiça Federal somente processa e julga os crimes de pornografia infantil na internet porque o Brasil é signatário de tratados internacionais sobre o tema, o que enseja a aplicação do 109, V, CF. [37]

É ainda de se observar que nos casos de induzimento ao suicídio e de homicídio, conforme expostos, a competência da Justiça Comum Estadual será afeta ao Tribunal do Júri, tendo em vista que são ambos crimes contra a vida (inteligência do artigo 5º., XXXVIII, “d”, CF c/c artigo 74, § 1º., CPP).

Em termos territoriais, entende-se que, independentemente de onde esteja agindo o indutor, será competente o local onde se venha a consumir a infração penal induzida, nos estritos termos do artigo 70, CPP (Teoria do Resultado). No que se refere aos crimes contra a vida, no local onde o evento tenha se dado (o suicídio ou tentativa de suicídio da vítima), ainda que a morte tenha ocorrido em outro local. Isso por aplicação de entendimento jurisprudencial, acolhido inclusive pelo STJ e STF, de aplicação excepcional, nos crimes contra a vida, da chamada “Teoria da Atividade”. [38]

Nucci apresenta a justificativa para esse entendimento que excepciona a regra do artigo 70, CPP:

“(...) é justamente no local da ação que se encontram as melhores provas (testemunhas, perícia etc.), pouco interessando onde se dá a morte da vítima. Para efeito de condução de uma mais apurada fase probatória, não teria cabimento desprezar-se o foro do lugar onde a ação desenvolveu-se somente para acolher a teoria do resultado. Exemplo de ilogicidade seria o autor ter dado vários tiros ou produzido toda a série de atos executórios para ceifar a vida de alguém em determinada cidade, mas,

unicamente pelo fato da vítima ter-se tratado em hospital de Comarca diversa, onde faleceu, deslocar-se o foro competente para esta última. As provas teriam que ser coletadas por precatória, o que empobreceria a formação do convencimento do juiz.” [39]

No mesmo sentido Bonfim:

“**Crimes contra a vida.** Mitigando a regra de competência segundo a qual o juízo competente é o do local em que ocorrer o resultado, no caso dos crimes contra a vida tem parte da doutrina (posição que se adota) e da jurisprudência reconhecido a competência do juízo do local em que se deu o último ato de execução, caso o crime se tenha consumado em lugar diverso. Privilegia-se, com isso, o efeito preventivo do direito penal e a instrução criminal, fundamentos do critério de determinação de competência *ratione loci commissi delicti*” (grifos no original). [40]

Dessa forma, havendo indução de crimes no Jogo Baleia Azul, os quais não sejam de competência “*ratione materiae*” do Júri, o juízo para processo e julgamento será o do local da consumação, independente de que lugar esteja atuando o indutor. Por exemplo, um “curador” do jogo lança o desafio a um sujeito “A” para que pratique um roubo em sua cidade (de “A”) de Santo André-SP. O sujeito “A” comete o tal roubo em Santo André – SP. O “curador” se comunicava com ele, tendo como base a cidade de Piracicaba –SP. O Juízo competente para o julgamento e processo será o do local

do roubo induzido, ou seja, Santo André – SP. Também a atribuição de Polícia Judiciária será a mesma, de acordo com o artigo 4º., CPP.

No caso de induzimento ao suicídio ou homicídio (quando a vítima tiver resistência psíquica nula), a competência se dará onde o atentado contra a vida do induzido ocorrer. Por exemplo, um “curador” manda a vítima “A”, capaz, se suicidar. O “curador” atua de uma base em São Paulo – SP. A vítima “A” mora em Lorena-SP. Em Lorena-SP, ela desfere um tiro na cabeça. No entanto, não morre imediatamente, sendo socorrida no Pronto Socorro local e transferida para Guaratinguetá-SP, onde vem a falecer dois dias depois. A competência do Júri para o induzimento ao suicídio não será de São Paulo Capital (onde operava o indutor), nem de Guaratinguetá-SP (onde a vítima morreu), mas de Lorena-SP, onde a conduta se perpetrou (Teoria da Atividade). O mesmo raciocínio valerá acaso o induzido for um incapaz que não tenha resistência à indução, configurando-se o crime de homicídio. Novamente o mesmo raciocínio valerá para a atribuição de Polícia Judiciária, de acordo com o artigo 4º., CPP.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BORGES, José Ribeiro. *Tortura*. Campinas: Romana, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. Desafio da Baleia Azul: Consequências Criminais. Disponível em [www.youtube.com.br](http://www.youtube.com.br), acesso em 20.04.2017



DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. Niterói: Impetus, 2014.

\_\_\_\_\_. *Leis Penais Especiais Comentadas – Crimes Hediondos e Tortura*. Volume 1. Niterói: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 1. 36ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal*. Volume 2. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KRAMER, Stace. *50 Jours Avant Mon Suicide*. Trad. Collectif. Paris: Macha Publishing, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 30ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, R. A verdade sobre o Jogo Baleia Azul. Disponível em [www.avozdepretropolis.com.br](http://www.avozdepretropolis.com.br) , acesso em 20.04.2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *Código Penal Comentado*. 9ª. ed. São Paulo: RT, 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal Parte Especial*. 2ª. ed. Leme: Mizuno, 2017.

PESSOAS cometem mais suicídios durante a madrugada. Disponível em [www.saudeterra.com.br](http://www.saudeterra.com.br) , acesso em 20.04.2017.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal: Crimes contra a pessoa*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1973.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. Volume II. São Paulo: Atlas, 2004.

#### NOTAS:

[1] CUNHA, Rogério Sanches. Desafio da Baleia Azul: Consequências Criminais. Disponível em [www.youtube.com.br](http://www.youtube.com.br), acesso em 20.04.2017. Sobre os horários mais comuns da prática suicida: PESSOAS cometem mais suicídios durante a madrugada. Disponível em [www.saudeterra.com.br](http://www.saudeterra.com.br), acesso em 20.04.2017.

[2] MOREIRA, R. A verdade sobre o Jogo Baleia Azul. Disponível em [www.avozdepretropolis.com.br](http://www.avozdepretropolis.com.br), acesso em 20.04.2017. O antropomorfismo é uma maneira de pensar que atribui caracteres ou qualidades humanos a animais, deuses, elementos da natureza e outros objetos materiais, naturais ou biofísicos em geral.

[3] **50 days before my suicide, do autor Stace Kramer, ainda não traduzido para o português. Versão já existente em francês: KRAMER, Stace. 50 Jours Avant Mon Suicide. Trad. Collectif. Paris: Macha Publishing, 2017, “passim”.**

[4] CUNHA, Rogério Sanches. Op. Cit.

[5] SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Direito Penal: Crimes contra a pessoa*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1973, p. 76.

[6] MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 30ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48.

[7] JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 2. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

[8] STJ, RHC, 4660/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª. Turma, DJ 30.10.1995, p. 36.810.

[9] CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit.

[10] Essa é a diferença básica entre as participações morais no suicídio, segundo lição doutrinária. Ver por todos: MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Op. Cit., p. 49.

[11] TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. Volume II. São Paulo: Atlas, 2004, p. 162.

[12] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 369.

[13] PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal Parte Especial*. 2ª. ed. Leme: Mizuno, 2017, p. 198.

[14] GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 321.

[15] Neste sentido: JESUS, Damásio de. Op. Cit., p. 134. O autor faz a interpretação sistemática com o atual artigo 217 – A, CP, que apresenta os menores de 14 anos como “vulneráveis” no âmbito sexual. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9ª. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 611. Também GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 323, dentre outros. Não obstante, há quem entenda que uma tabela de idade não pode ser aplicada de forma acrítica. Pedroso, baseado no dissenso de José Frederico Marques, advoga a tese de que cada caso concreto deve ser analisado de acordo com a maior ou menor maturidade da vítima: “Em suma, e como enfatiza Frederico Marques, com quem nos alinhamos, só o exame, em cada caso, das condições de maturidade do menor pode dizer se havia ou não a capacidade de compreensão e discernimento”. PEDROSO, Fernando de Almeida. Op. Cit., p. 199.

[16] PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 513.

[17] MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Op. Cit., p. 37.

[18] TELES, Ney Moura, Op. Cit., p. 162.

[19] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 2. 16<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 165.

[20] A palavra “vulnerável” é empregada neste contexto, não em seu estrito sentido técnico – jurídico ligado ao chamado “Estupro de Vulnerável” (artigo 217 – A, CP), mas em um sentido mais amplo, abrangendo qualquer pessoa que tenha “diminuída” sua capacidade de resistência psíquica, nos exatos termos do artigo 122, Parágrafo Único, II, CP.

[21] CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit.

[22] MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Op. Cit., p. 154.

[23] BITENCOURT, Cezar Roberto, Op. Cit., p.441.

[24] CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit.

[25] GRECO, Rogério. *Leis Penais Especiais Comentadas – Crimes Hediondos e Tortura*. Volume 1. Niterói: Impetus, 2016, p. 186 – 207.

[26] BORGES, José Ribeiro. *Tortura*. Campinas: Romana, 2004, p. 178.

[27] GRECO, Rogério, Op. Cit., p. 205.

[28] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 92.

[29] BORGES, José Ribeiro, Op. Cit., p. 173.

[30] GRECO, Rogério, Op. Cit., p. 186. “O núcleo do tipo é o verbo *constranger*, que tem o sentido de forçar, obrigar, coagir. Esse constrangimento pode ocorrer de duas formas, vale dizer, ou o agente atua mediante o emprego de violência (*vis absoluta*, ou violência física) ou grave ameaça (*vis compulsiva*, ou violência moral)”.

[31] BITENCOURT, Cezar Roberto, Op. Cit., p. 432.

[32] Representando a esmagadora doutrina e jurisprudência, veja-se Celso Delmanto “et al.”, afirmando que a consumação se dá

“com a morte da vítima ou ocorrência de lesão corporal grave (crime material)”, sendo a tentativa “inadmissível”. DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 464.

[33] BITENCOURT, Cezar Roberto, Op. Cit., p. 159.

[34] GRECO, Rogério, Op. Cit., p. 354.

[35] GRECO, Rogério, Op. Cit., p. 60.

[36] A “Teoria do Domínio do Fato”, é adotada, dentre outros, no Brasil, por Damásio, com base no escólio original de Hans Welzel (1939): “É também autor quem realiza o fato por intermédio de outrem (autor mediato) ou comanda intelectualmente o fato (autor intelectual)”. Essa teoria se adequaria perfeitamente ao Jogo Baleia Azul, pois que o “curador” tem pleno domínio sobre as ações que dirige em relação aos cooptados. JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 1. 36ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 449.

[37] Neste sentido: CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit.

[38] STJ, HC 95.853/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 11/09/2012. STF, 1ª Turma. RHC 116200/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13/8/2013.

[39] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 210.

[40] BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 326 – 327. Bonfim alerta sobre a existência de doutrina contrária, advogando a aplicação normal do artigo 70, CPP (Teoria do Resultado), mesmo aos crimes dolosos contra a vida. Não obstante, esse entendimento não tem prevalecido, inclusive no dia a dia forense e policial.

## DA (IN)COERÊNCIA ENTRE A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DOS CÁRCERES BRASILEIROS

**NAIRA RAVENA ANDRADE ARAUJO:**  
Advogada. Graduada em Direito pela  
Universidade Federal da Bahia.

**RESUMO:** O presente artigo analisa criticamente o recente julgamento do STF acerca da execução antecipada da pena, problematizando possível incoerência, quando estudado em confronto com a decisão acerca do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras.

**Palavras-chave:** Execução antecipada da pena; HC 126.292/SP; estado de coisas inconstitucional; ADPF 347; presunção de inocência.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Da diferenciação terminológica entre “execução provisória da pena” e “execução antecipada da pena”. 2. Análise crítica da decisão prolatada no julgamento do HC 126292/SP. 3. Do confronto entre a execução antecipada da pena e o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. 4. Da jurisprudência interamericana sobre o sistema prisional brasileiro. Conclusão.

---

### Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar criticamente o recente julgamento do STF acerca da execução antecipada da pena, problematizando possível incoerência, quando estudado em confronto com a decisão acerca do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras.

Inicialmente, será analisada a diferença terminológica entre “execução provisória da pena” e “execução antecipada da pena”.

Em seguida, será abordada de forma crítica possível (in)constitucionalidade da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP.

De forma subsequente, a viabilidade da execução antecipada da pena será cotejada com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras em seus diversos aspectos.

Por fim, virão à baila decisões jurisprudenciais internacionais proferidas no âmbito interamericano sobre o sistema prisional nacional.

### **1. Da diferenciação terminológica entre “execução provisória da pena” e “execução antecipada da pena”.**

Inicialmente, é preciso destacar que os termos “execução provisória da pena” e “execução antecipada da pena”, embora utilizados diversas vezes como sinônimos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive no julgamento do HC 126.292/SP, não se confundem.

A execução provisória da pena trata-se de um direito do réu preso cautelarmente, de modo que, possa beneficiar-se de previsões legais em seu favor (como, por exemplo, o direito à remição pelo estudo, à progressão de regime, ao trabalho penitenciário, ao recebimento de visitas, entre outros), em igualdade com um preso definitivo, homenageando-se, portanto, os princípios da isonomia e da proporcionalidade.

A execução antecipada da pena, por outro lado, refere-se à possibilidade da expedição de mandado de prisão e guia de recolhimento, antes do trânsito em julgado, em prejuízo do réu que responde pelo processo em liberdade, recolhendo-o ao cárcere.

Vale colacionar explicação de Rodrigo Duque Estrada Roig sobre o tema:

*“Em diversos casos a pessoa presa possui contra si uma condenação ainda não definitiva e, em razão do decurso de lapso temporal e de bom comportamento carcerário, já possui algum dos direitos da execução penal (ex.: progressão de regime, livramento condicional etc.). Para*

*estes, deve-se aplicar a execução provisória da pena (com a interpretação do art. 105 à luz do parágrafo único do art. 2º da própria LEP), de modo que possam requerer seus direitos junto ao juízo encarregado da execução. Importante salientar, nesse sentido, que a execução provisória da pena para beneficiar réus presos não se confunde com a expedição de mandado de prisão e guia de recolhimento, antes do trânsito em julgado, em desfavor daqueles réus que se encontram soltos durante o processo (também chamada pela jurisprudência de “execução provisória da pena”). Esta última – que teria como melhor nomenclatura execução antecipada de pena – ofende o princípio da presunção de inocência, sendo inadmissível (STF, HC 84.078/MG; STJ, HC 268.124/SP, 6ª T., j. 11-6-2013).”[\[1\]](#)*

Assim, embora ambos os termos sejam utilizados indiscriminadamente pelos tribunais pátrios, há importante distinção semântica entre eles. A execução provisória da pena pode ser vislumbrada, por exemplo, nos enunciados de súmula do STF de número 716 e 717. A execução antecipada da pena, por outro lado, foi discutida no HC 126.292/SP.

## **2. Análise crítica da decisão prolatada no julgamento do HC 126.292/SP.**

Em 05/02/2009, no julgamento do HC 84078/MG, o Supremo Tribunal Federal firmou posição pacífica no sentido de ser constitucionalmente inadmissível a execução antecipada da pena.

Contudo, em 17/02/2016, no julgamento do HC 126.292/SP reviu sua posição, ocorrendo verdadeiro “*overruling*”: o STF decidiu pela



possibilidade de execução antecipada da pena, após a prolação de acórdão condenatório, independentemente de trânsito em julgado.

Os argumentos dos respeitáveis ministros do STF giraram em torno, especialmente, dos seguintes pontos:

- a) A Constituição Federal não vedou a execução antecipada da pena, se o constituinte quisesse tal vedação, teria previsto sua impossibilidade no art. 5º, XLVII, CRFB/88.
- b) Os recursos especial e extraordinário não admitem revolvimento de matéria fática, além de não possuírem efeito suspensivo.<sup>[2]</sup>
- c) Em uma análise de direito comparado, são diversos os países que admitem a execução da condenação após o segundo grau de jurisdição.
- d) A Convenção Americana de Direitos Humanos exige tão somente o duplo grau de jurisdição e não o trânsito em julgado da condenação, assim, não haveria razão para esperar a finalização do processo.
- e) É preciso estabelecer equilíbrio entre presunção de inocência e clamor social contra a impunidade.

Contudo, para cada um dos argumentos destacados, é possível estabelecer um contra-ponto. Vejamos:

- a) A Constituição Federal é mais do que clara, ao estabelecer em seu art. 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nesse aspecto, a decisão do STF demonstra um esforço hermenêutico incabível. O que o STF fez foi antecipar o marco final da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) por via jurisdicional, mas tal alteração, só poderia ser realizada por via legislativa. Assim, forçoso reconhecer a existência, no caso, de uma “Supremocracia”.
- b) De fato, não se pode revolver matéria fática em recurso especial e/ou recurso extraordinário. Contudo, há diversos

casos em que através de tais recursos o réu consegue reverter acórdão condenatório indevido. Ademais, não importa aqui questão quantitativa, mas qualitativa: ou seja, não importa se são poucos ou muitos os casos de reversão de acórdãos condenatórios manejando-se recursos especiais e extraordinários, mas apenas a possibilidade de reversão de condenação e – por outro lado – a possibilidade de prisão antecipada de um inocente sem razão cautelar, já são motivos mais que suficientes para obstar execução prematura da pena.

- c) Invocar a realidade de outros países para reafirmar a possibilidade de execução antecipada da pena é irrazoável. Primeiro, porque países diversos possuem realidades fáticas e sociais diversas. Segundo, porque a Constituição brasileira mostra-se bastante específica quanto à vedação da execução da pena antes do trânsito em julgado, não havendo lacuna a ser completada por via jurisprudencial e tampouco por meio de direito comparado.
- d) A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) realmente não tenta se imiscuir nos cenários nacionais de seus Estados Partes a ponto de definir o momento ideal para o início da execução da pena. Contudo, parece oportunista a referência por parte do STF à CADH. Isso porque, são inúmeros os momentos de conflitos entre decisões do STF e da Corte IDH.<sup>[3]</sup> Ademais, em diversas ocasiões os órgãos da CADH repudiaram o sistema carcerário brasileiro, como será abordado ao final do presente trabalho.
- e) Mostra-se extremamente arriscada a defesa de posicionamento jurisprudencial em razão de clamor social. O julgamento que visa o contentamento popular costuma gerar direito penal emergencial, sem verdadeiros estudos de política criminal. Ouvir a sociedade não é fundamento suficiente para restringir garantias constitucionais. Quando preciso for, o STF pode e deve agir contra-majoritariamente. Além disso, se há

impunidade e mora no Judiciário, há ineficiência estatal, o que não pode ser imputado ao réu em seu prejuízo.

Assim, constata-se que a decisão proferida pelo STF no HC 126.292/SP apresenta duvidosa constitucionalidade, desrespeitando claramente o art. 5º, LVII da CRFB/88, ferindo o princípio da vedação ao retrocesso, com evidente restrição indevida de direitos constitucionais. Nesse sentido, é preciso observar o ensinamento exposto nas palavras de Gamil Foppel e Pedro Ravel Santos:

*“A presunção de inocência não é um direito que vai diminuindo ao longo do processo. A presunção é constante, onipresente, inabalável. Só existe um elemento que afasta a presunção: sentença penal transitada em julgado (...) A execução provisória tão útil no campo civil (extrapenal) parece ser verdadeira aberração no Direito Penal. Basicamente porque o processo penal cuida de dois bens irrecuperáveis: o tempo e a liberdade”.* [4]

### **3. Do confronto entre a execução antecipada da pena e o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.**

Se, de um lado, o STF, no HC 126.292/SP, julgou cabível a execução antecipada da pena, de outro, o mesmo tribunal, na ADPF 347, reconheceu que o sistema penitenciário nacional configura verdadeiro estado de coisas inconstitucional, havendo verdadeiro quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais.

Nessa mesma direção, o STF, ainda mais recentemente, diante de um verdadeiro caos do sistema carcerário (o que apenas reforça seu estado de coisas inconstitucional), reconheceu, por meio do julgamento do RE 580252/MS ser dever do Estado ressarcir danos morais causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. Destaque-se que, em supracitado julgamento, o

Ministro Roberto Barroso propôs que a indenização não fosse paga em dinheiro, mas sim por meio de remição da pena, o que, ironicamente, ficou conhecido como “remição pela tortura”. Não há que se falar em indenização ou remição, se há prisão ilegal evidenciada pelas condições de encarceramento que desrespeitam a dignidade da pessoa humana, a solução lógica é exatamente o relaxamento de tal prisão.

Assim, mostra-se totalmente incoerente a atuação do STF: pois, como pôde reconhecer que o cárcere brasileiro representa situação trágica aos direitos e garantias fundamentais, declarar o dever do Estado de indenizar os danos causados aos detentos em situação indigna, admitir, conforme inteligência da súmula vinculante nº 56, a inexistência de vagas suficientes para todos os já condenados e, ao mesmo tempo, aprovar a execução antecipada da pena de sujeitos ainda não condenados com trânsito em julgado? Qual a utilidade de antecipar a pena de sujeitos ainda não definitivamente condenados e lançá-los em um sistema carcerário que, por si só, tortura, desconstrói e corrompe? Não é possível buscar qualquer melhora pela pena, mas apesar da pena.

#### **4. Da jurisprudência interamericana sobre o sistema prisional brasileiro.**

A fim de reforçar tudo quanto já exposto no presente trabalho, cabe relacionar casos em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já interferiu, através da determinação de medidas provisórias, em unidades carcerárias brasileiras:

- a) Caso Penitenciária Urso Branco: registro injustificado de mortes de diversos detentos.
- b) Caso Complexo Penitenciário de Curado: registro de grave violação de direitos, com ciclo de tortura, tratamentos cruéis e atendimento de saúde inadequado.
- c) Caso Complexo Penitenciário de Pedrinhas: registros sucessivos de detentos mortos agredidos e/ou torturados.

Assim, resta clara a situação reprovável das penitenciárias brasileiras.

#### **Conclusão**

Apesar de as conclusões acerca do presente estudo já terem sido extraídas da leitura de cada um dos capítulos que compõem esse artigo, merecido se faz, neste momento, trazê-las à baila, de forma mais sucinta.

É certo que não se pode confundir execução provisória e execução antecipada da pena. Malgrado os tribunais usem ambos os termos como sinônimos, no HC 126.292/SP, o STF decidiu acerca da execução antecipada, determinando a possibilidade de expedição de mandado de prisão e guia de recolhimento, antes do trânsito em julgado, em prejuízo do réu.

Malgrado o esforço hermenêutico realizado pelo STF, resta claro o enunciado do art. 5º, LVII da CRFB/88, de modo que parece infundada a decisão do Supremo com base em argumentos como o uso do direito comparado, a utilização restrita de recursos extraordinários, a oportunista menção à CADH e o apelo ao clamor popular.

Ademais, saindo do plano teórico e entrando nos efeitos práticos da referida decisão, nota-se grave incoerência ao confrontar a possibilidade de execução antecipada da pena e o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional carcerário, admitindo-se a ausência de vagas suficientes e assumindo o dever de indenizar tantos quantos experimentaram ou experimentam o caos das penitenciárias brasileiras. Evidentes os prejuízos advindos da antecipação da pena de sujeitos ainda não definitivamente condenados e lançados em um sistema carcerário que, por si só, tortura, desconstrói e corrompe.

Por fim, reforçando tudo quanto já exposto, deve-se observar que o Estado Brasileiro coleciona diversas medidas provisórias determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em repúdio ao sistema penitenciário nacional.

## REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KARAN, Maria Lúcia. **Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis.** Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n.11, 2005.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. **Execução Criminal, Teoria e Prática.** São Paulo: Atlas, 2005.

PAIVA, Caio Cezar. HEEMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.** 2ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

TEIXEIRA, Alessandra. **Prisões da Exceção: Política Penal e Penitenciária no Brasil Contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 2009.

<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>

<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>

<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>

<https://jus.com.br/artigos/46642/breves-consideracoes-acerca-da-historica-decisao-do-stf-proferida-no-hc-126-292-de-17-02-2016>

NOTAS:

[1] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 73.

[2] Vide art. 637 do CPP.

[3] A esse respeito, vide entendimentos dissonantes do STF e da Corte IDH sobre reincidência enquanto agravante; acerca do caso Gomes Lund e da lei de anistia brasileira; com relação ao regime disciplinar diferenciado e a vedação ao isolamento prolongado, já discutido no caso Bámaca Velásquez; e ainda com relação ao dever de consulta de comunidades tradicionais e a (in)existência de efeito vinculante, tema discutido no caso Belo Monte.

[4] <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia>

## PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO DO TRABALHO

**SAMUEL JOSÉ MILANEZ SOUSA:** Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) - Faculdade de Direito (FD).

**Resumo:** O direito do trabalho é regido por uma série de princípios específicos, responsáveis por nortear sua aplicação em sociedade. O presente artigo visa identificar tais princípios e traçar comentários acerca de sua aplicação prática no que diz respeito às relações empregatícias, sob a ótica de legislações correlatas.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Princípios do Direito do Trabalho. Relações Empregatícias. Empregado.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Princípios do Direito do Trabalho. 2.1. Princípio da Proteção 2.2. Princípio da Norma Mais Favorável 2.3. Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas 2.4. Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas 2.5 Princípio da Condição Mais Benéfica. 2.6. Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva 2.7. Princípio da Intangibilidade Salarial 2.8. Princípio da Primazia da Realidade Sobre a Forma 2.9. Princípio da Continuidade da Relação de Emprego 3. Conclusões Finais. 4. Referências Bibliográficas.

---

### 1. INTRODUÇÃO.

O direito do trabalho é, nos termos de Mauricio Godinho Delgado, um “*complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificadas*”<sup>[1]</sup>. Esses princípios que regem o direito trabalhista, por sua vez, iluminam a compreensão do direito do trabalho em sua regência das relações humanas, possibilitando sua aplicação concreta. Em outras



palavras, esses princípios ditam o sentido das normas e garantem a aplicação dos preceitos fundamentais estabelecidos em sociedade.

Para tanto, atuam nas fases pré-jurídica e jurídica da construção das regras de direito. Na fase pré-jurídica há a construção das regras em si. Os princípios atuam como proposições fundamentais que conferem direções e caminhos próprios à formação do direito, influenciando a produção da ordem jurídica. Na fase jurídica, por sua vez, os princípios podem ter função (i) descritiva, atuando como meio de auxílio ao intérprete das normas, (ii) subsidiária, suplementando o ordenamento quando caracterizada a ausência de regra específica, ou (iii) concorrente, agindo na condição de normas jurídicas próprias.

Posto isso, o presente artigo busca identificar os nove princípios que atuam especificamente no ramo jurídico trabalhista, conforme elencados por Mauricio Godinho Delgado em seu “Curso de Direito do Trabalho”, correlacionando a teoria à suas aplicações práticas. São eles os princípios (1) da proteção, (2) da norma mais favorável, (3) da imperatividade das normas trabalhistas, (4) da indisponibilidade das normas trabalhistas, (5) da condição mais benéfica, (6) da inalterabilidade contratual lesiva, (7) da intangibilidade salarial, (8) da primazia da realidade sobre a forma e (9) da continuidade da relação de emprego, considerados o núcleo basilar dos princípios especiais do direito do trabalho.

Enquanto Mauricio Godinho trata os supracitados princípios como aplicáveis somente no âmbito do direito do trabalho individual, doutrinadores como Américo Plá Rodriguez e Alfredo Ruprecht defendem que os mesmos também surtem efeito no campo do direito trabalhista coletivo, não havendo um consenso acerca do tema.

## **2. PRINCÍPIOS DE DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO.**

## 2.1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.

O princípio da proteção parte da premissa básica do direito do trabalho de que existe uma assimetria – tanto jurídica quanto fática – entre as partes contratantes em uma relação empregatícia, isso é, inexistente igualdade e isonomia entre elas. Sendo o empregado a parte mais frágil da relação, visa este princípio conferir a ele uma maior proteção jurídica, de forma a equilibrar a posição entre os sujeitos que firmam um contrato de trabalho.

Alguns doutrinadores, como Américo Plá Rodriguez, defendem a ideia de que o princípio da proteção é um meta princípio, isto é, um princípio cardeal do direito do trabalho, tendo em vista a proteção ao empregado ser o ponto basilar de toda a estrutura e características deste ramo do direito.

Por conta disso, se diz que dele decorrem outros três princípios: o princípio do *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica. Desses três subprincípios, os dois últimos são tratados por Mauricio Godinho como princípios próprios, motivo pela qual serão elucidados mais a frente no presente artigo, cabendo, no presente momento, apenas uma breve explanação acerca do princípio *in dubio pro operario*.

O princípio do *in dubio pro operario* funciona como uma regra de interpretação: “quando a norma permite interpretação dúbia ou mais de uma interpretação, deve prevalecer aquela que aproveita ao trabalhador”<sup>[2]</sup>.

## 2.2. PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL.

O princípio da norma mais favorável dispõe que, na hipótese de conflito entre normas ou interpretações aplicáveis ao caso concreto, deve ser dada preferência àquelas que forem mais benéficas ao trabalhador,

garantindo-se a concretização do sentido teleológico essencial do direito do trabalho. Tal princípio deve ser observado em três momentos distintos: os de elaboração, hierarquização e interpretação das regras, atuando, respectivamente, nas dimensões informadora, hierarquizante e normativa do direito do trabalho.

Tal princípio é corroborado pela redação do artigo 620 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que exemplifica uma forma de seu alcance prático. Confira-se.

**Art. 620.** As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo.

### **2.3. PRINCÍPIO DA IMPERATIVIDADE DAS NORMAS TRABALHISTAS.**

Tal princípio preconiza que as regras justralhistas são imperativas; as partes não podem, de maneira geral, afastar sua regência contratual, ainda que manifestem vontade nesse sentido. Há uma restrição à autonomia de vontade das partes no que tange ao contrato trabalhista, de forma a garantir a proteção do trabalhador ante o desequilíbrio de poderes inerente à relação empregatícia.

O artigo 472, § 2º, da CLT, contudo, ao afirmar que “nos contratos por prazo determinado, o tempo de afastamento, se assim acordarem as partes interessadas, não será computado na contagem do prazo para a respectiva terminação”, caracteriza um raro exemplo contrário ao princípio da imperatividade das normas trabalhistas.

### **2.4. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS.**

O empregado não pode abrir mão de seus direitos trabalhistas, tendo em vista a indisponibilidade destes. Esse princípio é tido como uma

projeção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas, também existindo para que seja assegurada a proteção do trabalhador ante ao inerente desequilíbrio entre as partes de uma relação empregatícia. Assim, sua função é de atenuar a restrição de vontade que o empregado possui perante seu empregador.

Nesses mesmos termos estabelece o art. 9º da CLT, *in verbis*:

**Art. 9º.** Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

## **2.5. PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA.**

O princípio da condição mais benéfica trata da preservação da cláusula contratual mais benéfica ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido. Tal princípio restou incorporado pelas súmulas 51 e 288 do TST, além do artigo 468 da CLT.

## **2.6. PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE CONTRATUAL LESIVA.**

Inspirado no princípio da inalterabilidade dos contratos, o princípio da inalterabilidade contratual lesiva funciona como uma adaptação do *pacta sunt servanda* para o direito do trabalho. O contrato só muda caso haja mútuo consentimento das partes e caso o empregado seja beneficiado. Assim preconiza o artigo 468 da CLT, que afirma que “nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

## **2.7. PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE SALARIAL.**

O salário do trabalhador é dotado de natureza alimentar, sendo a fonte de subsistência do empregado e de seus dependentes. Posto isso, o princípio da intangibilidade salarial prevê que o empregador não pode efetuar descontos no salário do empregado, salvo nas hipóteses previstas em lei, de forma que não seja lesada a dignidade deste. O valor, o montante e a disponibilidade salarial devem sempre ser assegurados em benefício do empregado. Um exemplo prático de tal situação se vê no impedimento que um empregador encontra em diminuir o salário de seu empregado sob a alegação de estar passando por problemas financeiros.

### **2.8. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA.**

Interessa para o direito do trabalho aquilo que de fato acontece no seio da relação empregatícia, não aquilo que está escrito em contrato ou em documentos produzidos nessa relação, ou mesmo a declaração de vontade dos contratantes. Esse princípio procura, então, priorizar a verdade real em oposição à verdade formal; os fatos concretos possuem valor superior ao das provas documentais, tendo em vista que a maior parte dos documentos trabalhistas é produzida unilateralmente pelo empregador, sem que seja oportunizado ao empregado, parte mais frágil da relação, uma negociação de termos.

### **2.9. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO.**

O princípio da continuidade da relação de emprego trabalha em prol da preservação da relação empregatícia. A manutenção do vínculo empregatício com a devida integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais possibilita o efetivo alcance do objetivo teleológico do direito do trabalho, qual seja, o de assegurar a proteção e melhores condições do trabalho da parte empregada.

Mauricio Godinho ressalta três repercussões favoráveis da manutenção da relação empregatícia. A primeira reside na elevação dos direitos trabalhistas (seja por vantagens agregadas pelo trabalhador em razão da progressão temporal de seus serviços, seja pela concessão de benefícios por negociação coletiva ou avanço da legislação). A segunda diz respeito ao investimento educacional e profissional sobre o empregado, como uma forma de aumentar sua produtividade e de compensar os custos trabalhistas. Finalmente, a terceira repercussão diz respeito à afirmação social do empregado favorecido pela continuidade da relação de trabalho.

Nesse mesmo sentido estabelece a Súmula 212 do TST, *in verbis*:

**Súmula 212.** O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Esse princípio também propõe como regra geral o contrato trabalhista por tempo indeterminado, tendo em vista que este melhor promove a manutenção da continuidade de relações empregatícias.

### **3. CONCLUSÃO.**

Após uma análise individual de cada um dos nove princípios elencados por Mauricio Godinho e seus efeitos práticos, resta evidente a que os princípios do direito do trabalho atuam como diretrizes que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, o reportam. São proposições fundamentais e essenciais, responsáveis por informar a compreensão do fenômeno jurídico do direito do trabalho, buscando sempre a proteção constitucional assegurada a ambas as partes da relação empregatícia, especialmente aos empregados, por serem a parte mais frágil.

### **4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

CARVALHO, Augusto César Leite. Direito do Trabalho. Aracajú: Evocati, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTR, 2001 (4º. ed.: 2013).

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002 (16º ed.: 2016).

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTR, 1995 (3º. ed.: 2000).

NOTAS:

[1] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2002 (16º ed.: 2016), p. 47.

[2] CARVALHO, Augusto César Leite de. Direito do Trabalho. Aracajú: Evocati, 2011, p. 12.

## O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR

**ULYSSES DE OLIVEIRA CAMPOS NETO II:**

Advogado, com atuação na área administrativa (contratos), tralhista, cível e tributária.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é demonstrar a relação do Princípio Implícito da Continuidade dos Serviços Públicos com o Direito de Proteção ao Consumidor. Analisando as características principiológicas, previsões legais e constitucionais afetas à temática.

**Palavras-Chave:** Princípio Implícito; Princípio da Continuidade do Serviço Público; Defesa do Consumidor.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to demonstrate the relation of the Implicit Principle of the Continuity of Public Services with the Right of Protection to the Consumer. Analyzing the principiological characteristics, legal and constitutional predictions related to the theme.

**Keywords:** Implicit Principle; Principle of Continuity of Public Service; Consumer defense.

---

### 1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é demonstrar a relação do Princípio Implícito da Continuidade dos Serviços Públicos com o Direito de Proteção ao Consumidor. Primeiramente se fará uma análise em apartado do princípio em comento, logo após uma explanação da proteção ao consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, enfim a ligação entre o princípio em comento e o direito de proteção ao consumidor.

A Administração Pública é genuíno instrumento do Estado organizado para a consecução dos seus fins, seus objetivos. Didaticamente é comumente dividida em seu aspecto objetivo, na qual se consubstancia as atividades realizadas pelo Estado, e subjetivas, ao passo que estuda os



sujeitos componentes na atuação da administração pública, a exemplos das Administrações Direta e Indireta.

Dentre os princípios que fundam a Administração Pública estão os devidamente expressos e os implícitos, na seara deste último, de grande importância, se localiza o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos.

Os princípios implícitos, diferentemente dos expressos, são postulados que se abstraem da interpretação dos dispositivos legais, não se encontram explicitamente previstos em leis. Decorrem da sistemática jurídico-legal.

## **2. O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS**

O Princípio da Continuidade dos Serviços públicos visa a não interrupção de serviços essenciais à população. Demonstrada aí a importância de referido serviço, sua necessidade etc.

Mazza (2014, p. 142) bem explica que tal princípio se aplica apenas a atuação do Estado na esfera privada de interesses, apontado como dever deste, cogência ao Estado, elencado pela Constituição Federal em seu art. 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Consubstanciando-se, assim, em verdadeira garantia ao usuário.

Celso Ribeiro de Bastos (p.165) lembra que em alguns casos tal continuidade ocorre de maneira até mesmo absoluta, a exemplo de serviços como fornecimento de água, gás eletricidade etc. Cabendo, assim, ao usuário, diante da interrupção do serviço, se necessário for, se

valer da tutela jurisdicional como o Mandado de Segurança ou a Ação de Obrigação de Fazer.

### **3. A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR**

A proteção ao consumidor é prevista primordialmente constitucionalmente. Ao fazer uma análise básica constata-se sua previsão como direito fundamental:

“Art. 5º.

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

Ademais, como princípio da Ordem Econômica:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;”

Nessa esteira, coube ao legislador infraconstitucional à positivação da matéria na Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, chamada comumente de Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

### **4.O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E A DEFESA DO CONSUMIDOR**

Dessa feita o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº Lei nº 8.078/90) prevê em seu art. 22, *in fine*, o direito à continuidade aos serviços essenciais, cabendo, caso contrário, indenização. *In verbis*:

“Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.”

Tal dispositivo enquadra o Estado (incluindo concessionária e permissionárias de serviço público (particulares em colaboração com o Estado)), como genuíno fornecedor de serviços, à luz da legislação consumerista.

No entanto há que se considerar, a hipótese de interrupção do serviço no caso de inadimplemento do usuário-consumidor, visto a primazia do interesse público, bem como em casos de emergências e com aviso prévio, motivada por razões técnicas e de segurança. Assim preceitua a Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências:

“Art. 6º. § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

Em sentido contrário, a corrente minoritária discorda de tal aplicação, sob o argumento da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, em ter os serviços essenciais interrompidos. Tal qual ao Estado cabe meios próprios para compelir o usuários ao pagamento sem a necessidade de cessão dos serviços essenciais, como é o caso da Execução Fiscal, como bem aponta Mazza (2014, p. 142).

Porém, tal previsão não se atentou a elencar quais seriam tais serviços essenciais, o que coube a outra legislação, a Lei n 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências, em seu art. 10:

“Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI compensação bancária.”

Além do que, tal legislação não se obstaria de restringir-lhes o direito de greve, se, de fato, não fosse essenciais.

## **5. CONCLUSÃO**

Por fim concluímos salutares reflexos no âmbito do direito público, a saber, os trabalhados princípios da administração pública, no direito privado, no qual se subdivide o ramo do Direito do Consumidor, abarcando a continuidade dos serviços públicos de responsabilidade do estado, incluindo se aí eventuais particulares em colaboração – concessionárias e permissionárias-como verdadeira relação de consumo.

## **6. BIBLIOGRAFIA**

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)

BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm)

DENSA, Roberta. Direito do Consumidor.-2ª Ed.-São Paulo:Atlas,2006.- (Séries leituras jurídicas:provas e concursos; v.21).

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

## DO ESTADO EXECUTOR E A INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

**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:** Em harmonia com a dicção contida no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, a ordem econômica encontra-se centrada em dois postulados fundamentais, quais sejam: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Denota-se que, ao fixar os dois postulados como alicerces da ordem econômica, o Texto Constitucional de 1988 objetivou indicar que todas as atividades econômicas, independentemente de quem possa exercê-las, devem com eles encontrar compatibilidade. Das premissas ora mencionadas, extrai-se que, caso a atividade econômica estiver de alguma forma vulnerando os preceitos supramencionados, será a atividade considerada inválida e inconstitucional. Além disso, a intervenção do Estado na vida econômica substancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, sobremaneira quando identifica, em termos econômicos, a segurança como princípio. Repise-se, neste ponto, que a intervenção do Estado não poderá entender-se como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objetivos das empresas, mas sim como

uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista. Assim, o presente busca promover uma análise acerca do papel desempenhado pelo Estado, enquanto executor, no domínio econômico, bem como as formas de intervenção.

**Palavras-chave:** Estado Executor. Domínio Econômico. Intervenção na Economia.

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios; 2 Do Estado Executor; 3 Exploração Direta; 4 Exploração Indireta

---

## 1 Comentários Introdutórios

Em harmonia com a dicção contida no artigo 170 da Constituição Federal de 1988[1], a ordem econômica encontra-se centrada em dois postulados fundamentais, quais sejam: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Denota-se que, ao fixar os dois postulados como alicerces da ordem econômica, o Texto Constitucional de 1988 objetivou indicar que todas as atividades econômicas, independentemente de quem possa exercê-las, devem com eles encontrar compatibilidade. Das premissas ora mencionadas, extrai-se que, caso a atividade econômica estiver de alguma forma vulnerando os preceitos supramencionados, será a atividade considerada inválida e inconstitucional. Carvalho Filho, em complemento, vai afirmar que “fundamentos, na verdade, são os pilares de sustentação do regime econômico e, como tal, impõem comportamentos que não os contrariem”[2].

Assim, a ordem econômica, também nominada de “Constituição econômica”, pode ser apresentada, enquanto elemento integrante da ordem jurídica, como o sistema de normas, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem econômica diretiva abarcada pela



Constituição Federal de 1988 objetiva a transformação do mundo do ser. Neste aspecto, inclusive, a redação do artigo 170 afixa que a ordem econômica deverá estar alicerçada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, bem como ter por escopo assegurar a todos existência digna, consoante os ditames preconizados pela justiça social, observados determinadas diretivas. Diógenes Gasparini<sup>[3]</sup> vai afirmar que a intervenção do Estado no domínio econômico como ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em determinada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais.

Além disso, a intervenção do Estado na vida econômica substancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, sobremaneira quando identifica, em termos econômicos, a segurança como princípio. Repise-se, neste ponto, que a intervenção do Estado não poderá entender-se como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objetivos das empresas, mas sim como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista. Ora, a denominada intervenção do Estado no domínio econômico é não apenas adequada, mas indispensável à concretização e à preservação do sistema capitalista de mercado. Sobre o papel desempenhado pelo Estado, no que toca à intervenção na ordem econômica, o Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento robusto que:

**Ementa:** Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Competência

concorrente entre a união, estados-membros e o distrito federal para legislar sobre direito econômico. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. Mercado. Intervenção do estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição do Brasil. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e

regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI 1.950/ Relator: Ministro Eros Grau/ Julgado em 03 nov. 2011/ Publicado no DJ em 02 jun. 2006, p. 04).

Neste sentido, no que toca à valorização do trabalho humano, é importante estabelecer que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a Constituição consignou os valores sociais do trabalho, em seu artigo 1º, inciso IV[4]. A dicção do dispositivo coloca em destaque a preocupação do Constituinte em promover a conciliação entre os fatores de capital e trabalho de forma a atender aos preceitos da justiça social. Assim, em decorrência de tal alicerce, não encontra mais amparo, por exemplo, comportamentos que conduzam à escravidão ou a meios de trabalho capazes de colocar em risco a vida ou a saúde dos trabalhadores. Ademais, é crucial assinalar, ainda, que a justiça social apresenta escopo protetivo e direcionado a categorias sociais mais desfavorecidas.

No mais, a valorização do trabalho humano encontra relação intrínseca com os valores sociais do trabalho. Inexiste dúvida que, para condicionar o trabalho a aludidos valores, faz-se carecida a intervenção do Estado na ordem econômica. “A Constituição intervém notoriamente nas relações entre empregadores e empregados, estabelecidos nos arts. 7º a 11 um detalhado elenco de direitos sociais dos empregados”[5], como leciona Carvalho Filho. Os mandamentos retratam a preocupação estatal em adequar o trabalho aos ditames da justiça social.

Ainda no que atina à valorização do trabalho humano, outro aspecto que decorre desse fundamento é o relativo à automação industrial. Assim, se o uso contemporâneo das recentes tecnologias faz parte do processo de desenvolvimento das empresas do país, não é menos verdadeiro que as máquinas não podem promover a substituição do homem para assegurar benefícios exclusivos do empresariado. Além disso, o Texto Constitucional é ofuscante ao impor a valorização do trabalho *humano*, logo, o homem deve ser considerado como alvo da tutela. A valorização do trabalho humano implica na necessidade de localizar o homem trabalhador em patamar mais elevado do que a outros concernentes a interesses privados, de maneira a ajustar o trabalho aos primados da justiça social.

O outro fundamento norteador da ordem econômica é o da liberdade de iniciativa, o qual indica que todas as pessoas têm o direito de ingressar no mercado de produção de bens e de serviços por sua conta e risco. Com efeito, o postulado em comento desdobra na liberdade de exploração das atividades econômicas sem que o Estado execute sozinho ou, ainda, concorra com a iniciativa privada. A livre iniciativa materializa o postulado maior do regime capitalista adotado no território nacional. Afora isso, o alicerce em foco encontra complementação na redação do parágrafo único do artigo 170 do Texto Constitucional[6], consoante o qual a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, sem necessidade de autorização de órgãos públicos, à exceção das hipóteses expressamente consagradas no ordenamento jurídico vigente.

Tal como o postulado anterior, a liberdade de iniciativa materializa um fundamentos da própria República. Nesta senda, a acepção de livre iniciativa rememora que o Estado não é mero observador, mas desempenha papel de efetivo participante e fiscal do comportamento econômico dos particulares. Destarte, o Estado interfere, de fato, no

domínio econômico, restringindo e condicionando a atividade dos particulares em favor do primado do interesse público. Carvalho Filho<sup>[7]</sup> vai mencionar que a garantia da liberdade de iniciativa ao setor privado goza de tamanha proeminência no regime vigente que prejuízos causados a empresários em decorrência da intervenção do Poder Público no domínio econômico são passíveis de serem indenizados em determinadas situações, nos termos preconizados no §6º do artigo 37 do Texto Constitucional de 1988<sup>[8]</sup>, quando consagra a responsabilidade objetiva. O Supremo Tribunal Federal, em tal trilha, já decidiu que:

**Ementa:** Constitucional. Econômico. Intervenção estatal na economia: regulamentação e regulação de setores econômicos: normas de intervenção. Liberdade de iniciativa. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores

inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ RE 422.941/ Relator: Min. Carlos Velloso/ Julgado em 06 dez. 2005/ Publicado no DJ em 24 mar. 2006, p. 55).

Há um critério, ainda, que reclama apreciação. A aceção de liberdade de iniciativa, de certa forma, é antagônica à valorização do trabalho humano. Ora, a deixar-se à iniciativa privada inteira liberdade para exploração das atividades econômicas, existiria o risco inevitável de não se proteger o trabalho humano. Assim, é perceptível a necessidade de conciliar os fundamentos, desenvolvendo estratégias de restrições e condicionamentos à liberdade de iniciativa, com o escopo de que seja alcançada, de fato, a justiça social e os valores emanados.

## **2 Do Estado Executor**

O Estado não atua apenas como regulador, mas também como executor, exercendo a atividade econômica. Com efeito, o exercício estatal de tais atividades não pode materializar como regra geral; ao reverso, o Texto Constitucional estabelece uma série de limitações a tal natureza, com o escopo primordial de preservar o princípio da liberdade de iniciativa, concedido aos particulares em geral, conforme preconiza o parágrafo único do artigo 170: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”<sup>[9]</sup>.

Na condição de exercente da atividade econômica, o Estado pode assumir duas posições distintas. A primeira consiste naquela que o próprio Estado se incumba de explorar a atividade econômica por meio de seus órgãos internos. Carvalho Filho<sup>[10]</sup>, ao examinar tal posição, vai exemplificar que é verificável quando a Secretaria Municipal de Saúde passa a fornecer medicamentos ao mercado de consumo, com o escopo primordial de favorecer a aquisição por pessoas de baixa renda. Em tal hipótese, é possível sustentar que há *exploração direta* de atividades econômicas pelo Poder Público. Em decorrência da peculiar situação, a atividade econômica acaba confundindo-se com a própria prestação do serviço público, eis que o fito do Estado é social e não persegue a obtenção do lucro.

Contudo, o que corriqueiramente ocorre é a criação, pelo Estado, de pessoas jurídicas a ele vinculadas, destinadas mais apropriadamente à execução de atividades de cunho mercantil. Para tanto, normalmente, são instituídas empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades adequadas a tais escopos. Conquanto sejam pessoas autônomas, que não se confundem com a pessoa do Estado, há que se reconhecer que o controle é exercido por esse, dirigindo e impondo a execução de seus objetivos institucionais. Destarte, caso elas não explorem diretamente a atividade econômica, é o Estado que, em uma fronteira, intervém na ordem econômica. Em tal cenário, é possível sustentar que há *exploração indireta* das atividades econômicas pelo Estado.

### **3 Exploração Direta**

A regra concernente à exploração direta de atividades econômicas pelo Estado se encontra materializada na redação do *caput* do artigo 173 da Constituição Federal, preconizando que “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica

pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”[11]. O dispositivo em comento deve ser analisado em conjunto com o artigo 170, inciso IV e parágrafo único. Deste modo, a exploração das atividades econômica incumbe, como regra, à iniciativa privada, materializando um dos postulados alicerçantes do regime capitalista. Destarte, a hipótese consagrada no artigo 173 deve ser vista como medida excepcional. Assim, o próprio dispositivo afixou os limites ensejadores da atuação do Estado, logo, a regra é que o Estado não explore atividades econômicas, podendo, contudo, fazê-lo em aspecto excepcional, desde que estejam presentes os pressupostos nele estabelecidos.

É carecido repisar que, mesmo quando há exploração da atividade econômica, o Estado está preordenado, mediata ou imediatamente, à execução da atividade apta a traduzir benefício para a coletividade, retratando o interesse público. Carvalho Filho[12], neste sentido, vai apontar que não é possível conceber o Estado senão como sujeito apto a perseguir o interesse coletivo, logo, denota-se que a intervenção na economia apenas se correlaciona com a iniciativa privada porque é a esta que, inicialmente, incumbe a exploração. Entrementes, o escopo da atuação interventiva haverá de ser, a rigor, a busca pelo atendimento de algum interesse público, em que pese o Estado se revista com feições mercantis de comerciante ou industrial.

Outro ponto digno de destaque alude à inconveniência de o Estado imiscuir-se nas atividades econômicas. Com efeito, sempre que o Estado intervém no domínio econômico, apresenta-se ineficiente e incapaz de alcançar seus objetivos, desencadeando uma série de problemas. Não é possível comparar os resultados do Estado com aqueles alcançados pela iniciativa privada. Denota-se, em última instância, que o Estado não deve



mesmo exercer a função de explorar as atividades econômicas. Logo, o papel que deve desempenhar é, prioritariamente, de Estado-regulador, controlador e fiscal, remanescendo o desempenho para as empresas de iniciativa privada.

Além disso, não é demasiado rememorar que nem sempre é fácil estabelecer a distinção entre os serviços públicos econômicos das atividades privadas eminentemente econômicas. Ambos propiciam lucratividade, porém, enquanto aquelas objetivam o atendimento de demandas da coletividade para assegurar sua maior comodidade, estas retratam atividade de aspecto empresarial, de indústria, de comércio ou serviços. Dessa forma, os primeiros encontram-se situados dentro da esfera normal de competência dos entes federativos, ao passo que as últimas devem ser inseridas no setor privado e, somente por via excepcional, à exploração direta pelo Estado.

Nesta linha, ao considerar que o Texto Constitucional[13] é ofuscante em não conceder liberdade ao Estado para explorar atividades dotadas de cunho econômico, três pressupostos, porém, são afixados para legitimar a intervenção. O primeiro é a *segurança nacional*, materializando pressuposto de natureza claramente política. Assim, caso a ordem econômica seja norteadada pelos particulares estiver causando algum risco à soberania do país, fica o Estado autorizado a intervir no domínio econômico, direta ou indiretamente, com o escopo de restabelecer a paz e ordem sociais.

Outro pressuposto é o *interesse coletivo relevante*, que, de acordo com o escólio de José dos Santos Carvalho Filho[14], traduz-se em conceito jurídico indeterminado, posto que lhe faltam a precisa e a identificação necessárias à sua determinabilidade. Em decorrência de tal aspecto, o Texto Constitucional[15] afixou que essa concepção seria

espancada em legislação infraconstitucional, incumbindo, portanto, ao Estado editar lei definidora de *interesse coletivo relevante* para permitir a intervenção legítima do Estado no domínio econômico.

O terceiro pressuposto encontra-se implícito no dispositivo legal. Assim, ao ressaltar os casos abarcados na Constituição de 1988, está a admitir que apenas o fato de existir disposição em que haja permissividade intervenção contida no texto é suficiente para promover a autorização da exploração da atividade econômica pelo Estado, independentemente de ser hipótese de segurança nacional ou de interesse coletivo relevante. Neste cenário, há interesse coletivo relevante presumido, pois se encontra inserto na Constituição de 1988, conquanto não foi definido em lei. Em síntese, é possível afirmar que a atuação do Estado como explorador da atividade econômica é, em princípio, vedada, encontrado permissão apenas quando: (i) o exigir a segurança nacional; (ii) atende o interesse coletivo relevante; (iii) houver expresse permissivo constitucional.

#### **4 Exploração Indireta**

A forma mais comum pela qual o Estado intervém no domínio econômico é por meio de entidades paraestatais, isto é, as sociedades de economia mista e as empresas públicas são as entidades atreladas ao Estado às quais se atribui a tarefa de intervir no domínio econômico. Em tal situação, o Estado não é o executor direto das atividades econômicas, socorrendo-se das entidades que têm a sua criação autorizada por lei e já nascem com os escopos predeterminados, nos termos estatuídos no inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal[16]. Aludidas entidades realmente explorarão as atividades econômicas para as quais a lei as destinou. No mais, a exploração indireta de atividades econômicas pelo Estado encontra previsão na redação do §1º do artigo 173 do Texto Constitucional, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04

de junho de 1998[17], que modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

É oportuno anotar que a referida lei disporá sobre vários aspectos, a exemplo da função social e a forma de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. Carvalho Filho, em seu escólio, vai “conceituar a exploração indireta do Estado como aquela pela qual exercer atividades econômicas por intermédio de entidades paraestatais a ele vinculadas e por ele controladas”[18].

Do cotejo da redação do dispositivo constitucional aludido alhures, verifica-se que são enumeradas três categorias de pessoas jurídicas vinculadas ao Estado que podem explorar atividades econômicas. As duas primeiras são as denominadas empresas públicas e sociedades de economia mista, que se caracterizam por serem destinadas a dois escopos, a saber: (i) o desempenho de atividade econômica; (ii) a prestação de serviços públicos. Assim, quando exercem atividades econômicas, mencionadas entidades, que são dotadas de personalidade jurídica de direito privado, podem atuar como verdadeiras particulares no campo mercantil, seja no setor de comércio, seja no de indústria e, ainda, no de serviços.

O dispositivo, ainda, alude a categoria de empresas subsidiárias, que são aquelas que, derivando de empresas públicas e sociedade de

economia mista primária, estão sob o controle destas no que tange ao capital e, com efeito, às diretrizes operacionais. São, também, denominadas de empresas de *segundo grau*, pois que, a seu turno, podem controlar o capital de entidades derivadas, de *terceiro grau*, e sucessivamente. Fora das primárias, todas as subsidiárias e, em decorrência do mandamento constitucional, exigem autorização legislativa para sua instituição.

Além disso, a execução de atividades econômicas por essas empresas paraestatais apresentam aspectos positivos e negativos. Como fatores positivos, é possível mencionar a personalidade jurídica própria e a autonomia financeira, assim como objetivos econômicos claramente definidos. Em contraparte, como característico negativo, é possível aludir que mesmo norteadas para objetivos econômicos, não poderão se afastar do interesse geral. “O certo é que, contemplando expressamente tais entidades, a Constituição autoriza, também de forma expressa, que elas sirvam de meio para a execução pelo Estado, de forma indireta, de atividade de caráter mercantil”<sup>[19]</sup>. Ao lado do exposto, cuida, ainda, ponderar que autarquias e fundações públicas, conquanto também estejam vinculadas e controladas pelo Estado, não se prestam à execução de atividades econômicas, incompatíveis com sua natureza de entidades sem fins lucrativos, sem aspecto mercantil e voltadas para atividades eminentemente sociais.

Além disso, o Texto Constitucional<sup>[20]</sup> é cristalino quando impõe que essas entidades se sujeitem a regime próprio das empresas privadas, no que toca às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Verifica-se, assim, que o advérbio *inclusive* empregado no dispositivo em destaque não teve outro escopo senão focar quais os campos do regime privado que não poderiam deixar de aplicar-se às empresas paraestatais – o regime privado, trabalhista e tributário. Implica dizer, portanto, que os empregados devem sujeitar-se à CLT e que se

tornam contribuintes tributários nas mesmas condições que as empresas privadas. Excetua-se, porém, que o regime aplicável às empresas privadas não estão cerceadas a esses dois campos; ao reverso, o texto estabelece que as empresas paraestatais estão submetidas a todo o regime aplicável às empresas privadas. Neste sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento que:

**Ementa:** Ação Direta de Inconstitucionalidade. Alínea "d" do inciso XXIII do artigo 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Aprovação do provimento, pelo Executivo, dos cargos de presidente das entidades da administração pública indireta estadual pela Assembléia Legislativa. Alegação de violação do disposto no artigo 173, da Constituição do Brasil. Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. Regime jurídico estrutural e regime jurídico funcional das empresas estatais. Inconstitucionalidade parcial. Interpretação conforme à Constituição. 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. 2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do

disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. [...] (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI 1.642/ Relator: Ministro Eros Grau/ Julgado em 03 abr. 2008/ Publicado no DJe em 18 set. 2008, p. 194).

**Ementa:** Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Administração pública indireta. Sociedade de economia mista. Concurso público. Inobservância. Nulidade do contrato de trabalho. Efeitos. Saldo de salário. 1. Após a Constituição do Brasil de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contratação não gera efeitos trabalhistas, salvo o pagamento do saldo de salários dos dias efetivamente trabalhados, sob pena de enriquecimento sem causa do Poder Público. Precedentes. 2. A regra constitucional que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas --- art. 173, §1º, II da CB/88 --- não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CB/88, que se refere à investidura em cargo ou emprego público. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ AI 680.939 AgR/ Relator: Ministro Eros Grau/ Julgado em 27 nov. 2007/ Publicado no DJe em 31 jan. 2008).

**Ementa:** Constitucional. Advogados. Advogado-empregado. Empresas públicas e sociedades de economia mista. Medida Provisória 1.522-2, de 1996, artigo 3º. Lei 8.906/94, arts. 18 a 21. C.F., art. 173, § 1º. I. - As empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. C.F., art. 173, § 1º. II. - Suspensão parcial da eficácia das expressões "às empresas públicas e às sociedades de economia mista", sem redução do texto, mediante a aplicação da técnica da interpretação conforme: não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio. III. - Cautelar deferida. (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI nº 1.552 MC/ Relator: Ministro Carlos Velloso/ Julgado em 17 abr. 1997/ Publicado no DJ em 17 abr. 1998, p. 88).

Ora, a mens legis contida no dispositivo em comento assinala que se as empresas paraestatais tivessem prerrogativas e vantagens específicas do Estado, elas poderiam usufruir de maiores facilidades que as empresas privadas, o que, com efeito, causaria a ruptura do princípio da livre concorrência e do equilíbrio do mercado. Assim, quis deixar plasmado que o fato de serem instituídas, controladas e fiscalizadas pelo Estado não será idôneo para coloca-las em vantagens perante suas congêneres privadas.

Ao contrário, tal como poderiam usufruir as vantagens destas, teriam também de suportar seus ônus e dificuldades.

Afora isso, a regra contida no dispositivo não pode ser interpretada literalmente, bem como a sujeição ao regime jurídico das empresas privadas também tem que ser visto pontualmente. Nesta linha, por mais que se aproximem das empresas de iniciativa privada e que sofram a incidência do regime jurídico destas, é ofuscante que não podem afastar os influxos de algumas regras advindas do direito público, indispensáveis na hipótese de que se espanca, isto é, de pessoas administrativas atreladas imprescindivelmente a uma pessoa federativa. Mesmo se tratando de pessoas privadas, as entidades encontram-se sujeitas às regras de vinculação com a respectiva Administração Pública Direta; obrigam-se à prestação de contas ministerial e ao Tribunal de Contas, tanto quanto à Administração; só podem promover recrutamento mediante concurso público de provas ou de provas e títulos; são norteadas pelo corolário da obrigatoriedade da licitação[21], além de outras normas de direito público inaplicáveis às empresas de iniciativa privada.

Denota-se, assim, que se trata de um *regime híbrido* por meio do qual, de um lado, sofrem o influxo das normas de direito privado, no momento em que exploram atividades econômicas, e, de outro, submetem-se aos ditames de direito público, no que toca aos efeitos advindos de sua relação jurídica com o Estado. Inexiste dúvida que, mesmo diante de promulgação de lei que regule o estatuto jurídico da empresa pública ou da sociedade de economia mista, continuará o regime híbrido, porquanto, apesar de se aproximarem das pessoas de iniciativa privada, nunca deixarão de ser entidades que foram criadas pelo Estado, logo, terão que se sujeitar à incidência de normas de direito público.



Outro aspecto a ser anotado faz alusão ao fato das entidades paraestatais são destinadas ao desempenho de atividades mercantis e agem como particulares, nas relações de mercado. Ademais, aludidas entidades nunca podem estar preordenadas apenas aos interesses econômicos, como as instituições de iniciativa privada em geral, porém, ao revés, devem buscar sempre o atendimento do interesse público. Ora, há que reconhecer esse é o fim último da atuação do Estado; a atuação interventiva na ordem econômica não pode ser um meio senão para a persecução e alcance de tal fito.

Atinente aos privilégios fiscais, o §2º do artigo 173 da Constituição Federal[22] preconiza que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. É possível dizer que a impossibilidade da concessão de privilégios fiscais às empresas paraestatais encontra localização dentro do princípio de que a elas se aplica o regime jurídico das empresas privadas, incluindo-se em tal concepção as obrigações tributárias. “O excesso normativo, porém, embora não muito técnico, revela a vontade do Constituinte de dar ênfase a aspectos especiais que envolvem a atuação do Estado no domínio econômico através de empresas paraestatais”[23], conforme observa Carvalho Filho. No mais, cumpre assinalar que o Estado não está proibido de conceder privilégios fiscais a suas empresas; a vedação repousa na premissa que tais privilégios sejam concedidos a elas apenas, logo, se as empresas paraestatais forem beneficiadas com privilégios fiscais, estes incidirão também sobre as empresas de iniciativa privada. Desta feita, trata-se, portanto, de materialização maximizada do corolário da isonomia.

### **Referências**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

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

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOTAS:

[1] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 836.

[3] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[4] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união

indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [omissis] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

[5] CARVALHO FILHO, 2011, p. 837.

[6] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

[7] CARVALHO FILHO, 2011.

[8] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [omissis] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos”.

[9] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

[10] CARVALHO FILHO, 2011.

[11] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

[12] CARVALHO FILHO, 2011.

[13] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

[14] CARVALHO FILHO, 2011.

[15] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

[16] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [omissis] XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”.

[17] *Idem.* **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.** Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

[18] CARVALHO FILHO, 2011, p. 854.

[19] CARVALHO FILHO, 2011, p. 855.

[20] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

[21] CARVALHO FILHO, 2011.

[22] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 12 jan. 2017.

[23] CARVALHO FILHO, 2011, p. 857.

---

## **A BUSCA DO JUDICIÁRIO POR MAIOR ACESSO À JUSTIÇA: COMPARAÇÃO EMPÍRICA ENTRE OS JUIZADOS ESPECIAIS NO BRASIL E A "JUSTIÇA DE PROXIMIDADE" NA FRANÇA**

**PEDRO AURELIO AZEVEDO LUSTOSA:** Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.

**RESUMO:** Neste trabalho, faz-se uma comparação empírica entre os Juizados Especiais brasileiros e a “Justiça de Proximidade” francesa sob a luz dos textos: “Juizados Especiais: entre a legalidade e a legitimidade - análise prospectiva dos juizados especiais da comarca de Niterói” de Marcelo Pereira de Mello; e “A Gestão da ‘Justiça de Proximidade’ na França: a análise da política judiciária” de Pedro H. B. Geraldo.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Juizados Especiais. Justiça de Proximidade.

**ABSTRACT:** In this work, an empirical comparison is made between the Brazilian Special Courts and the French "Justice of Proximity" under the light of the texts: Juizados Especiais: entre a legalidade e a legitimidade - análise prospectiva dos juizados especiais da comarca de Niterói” by Marcelo Pereira de Mello; and “A Gestão da ‘Justiça de Proximidade’ na França: a análise da política judiciária” by Peter H. B. Geraldo.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Juizados Especiais no Brasil. 3. “Justiça de Proximidade” na França. 4. Análise comparativa entre os Juizados Especiais e “Justiça de Proximidade”. 5. Conclusão. 6. Referencias.

---

### **Introdução.**

Este trabalho visa à comparação empírica entre os Juizados Especiais brasileiros e a “Justiça de Proximidade” francesa sob a luz dos textos: “Juizados Especiais: entre a legalidade e a legitimidade - análise prospectiva dos juizados especiais da comarca de Niterói” de Marcelo Pereira de Mello; e “A Gestão da ‘Justiça de Proximidade’ na França: a análise da política judiciária” de Pedro H. B. Geraldo, recorrendo também ao embasamento teórico dos textos: “Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas” de Boaventura de Sousa Santos, Maria Marques e João

Pedroso; e “Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo” de Eliane B. Junqueira. Para fins de comparação, foi feito primeiramente um resumo individual dos textos de Marcelo Pereira de Mello e de Pedro Geraldo.

Primeiramente, utilizou-se como referencial o texto “Juizados Especiais: entre a legalidade e a legitimidade - análise prospectiva dos juizados especiais da comarca de Niterói” de Marcelo Pereira de Mello, com a intenção de examinar a criação dos Juizados Especiais no Brasil, principalmente no Rio de Janeiro, Niterói, por meio de uma progressão histórica que vai dos interesses sociológicos no Brasil na década de 1980 até a criação dos Juizados Especiais e sua eventual descaracterização. Apreciam-se as finalidades assumidas por eles, assim como sua legitimidade e o recrutamento dos juízes leigos. Levam-se em conta, também, as características da cultura legal brasileira e como o embate, dentro dos Juizados Especiais, ocorre entre os interesses corporativistas e os esforços para a democratização da Justiça. Os dados obtidos no caso de Niterói servem como exemplos de engessamento desses Juizados no Brasil.

Em seguida, usando como referência o texto “A Gestão da ‘Justiça de Proximidade’ na França: a análise da política judiciária” de Pedro H. B. Geraldo, retrata-se como o movimento “*access-to-justice*” influencia o início dos debates acerca do Acesso à Justiça na França e a ocorrência, no início do século XXI, de reformas que implementam a “Justiça de Proximidade” na jurisdição do país. Consideram-se o recrutamento e as funções dos “juízes de proximidade” e, por meio dos dados obtidos do texto, a ponderação dos motivos pelos quais a implantação da “Justiça de Proximidade” não corresponde a uma resposta judicial prevista. Questiona-se também se existe racionalidade na distribuição dos juízes-cidadãos.

Feitas as ponderações individuais sobre os dois textos, é iniciada uma análise comparativa entre os Juizados Especiais e a “Justiça de Proximidade”. Utiliza-se do texto “Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo” de Eliane B. Junqueira para a confecção de uma contextualização histórica entre os dois sistemas e leva a relacionar suas origens aos movimentos sociológicos sobre o acesso à justiça decorrentes

da década de 1980 e da de 1990. Considerando a homologia entre os dois sistemas, são traçadas comparações entre os juízes leigos e os “juízes de proximidade”; o critério de legitimidade de ambos; seus impactos nas respectivas situações socioculturais; e como ocorre a descaracterização desses tribunais tanto no Brasil, quanto na França.

Posteriormente, são consideradas as ideias do texto “Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas” de Boaventura de Sousa Santos, Maria Marques e João Pedroso para fazer um levantamento acerca dos paradigmas do Direito e sua influência na progressão dos sistemas judiciários de países centrais (França) e países periféricos (Brasil). Busca-se analisar as crises de acesso à justiça desses dois ordenamentos, que acarretam na necessidade de os tribunais contemporâneos se afirmarem independentes e transmitirem a normatividade de entidades informais para tribunais locais visando a soluções alternativas que possibilitem o Judiciário a se adequar a comportamentos inesperados.

Assim, depreende-se da análise comparativa que o Brasil e França convergem e divergem, de acordo com suas particularidades históricas, além de mostrar como as reivindicações sociais pressionam a garantia de direitos básicos à população, resultando no surgimento dos Juizados Especiais no Brasil e a “Justiça de Proximidade” na França, uma vez que os tribunais precisam articular seu desempenho e sua capacidade de assegurar os direitos básicos da sociedade civil.

### **I – Juizados Especiais no Brasil.**

Considerações históricas são feitas em relação aos Juizados Especiais no Brasil, a partir de 1980, para que se entenda o caso da comarca de Niterói, no Rio de Janeiro, em relação aos seus próprios Juizados. Com a abertura lenta e gradual da política brasileira, movimentos sociais surgiram no início da década de 1980, visando a mais direitos coletivos, com enfoque principalmente nos direitos básicos, nos direitos difusos. Assim, pesquisas sociológicas empíricas surgiram juntamente com os movimentos sociais, evidenciando o precário acesso à Justiça por parte da maioria da população, que se encontrava marginalizada no âmbito jurídico e não contemplados pelo Poder Judiciário. Dessa forma, os Juizados de



Pequenas Causas surgiram a partir do Programa Nacional de Desburocratização, posteriormente também contemplados pela Constituição de 1988, virando Juizados Especiais em 1995. Os Juizados foram criados com o intuito de servirem como tribunal de vizinhança para tratar de pequenos litígios, pouco ofensivos, considerados parte de um direito informal, distinto da justiça comum dos tribunais e pouco burocratizado. Estão inseridos nos âmbitos civil e criminal, direcionado à melhor adequação social, para que as massas pudessem ter seus litígios resolvidos da melhor forma<sup>[1]</sup>.

Os Juizados Especiais, então, surgem como uma constatação de uma crise no Judiciário brasileiro, uma vez que os direitos difusos não eram atendidos, principalmente os difusos – porém também os direitos individuais das massas –, pois os tribunais contemplavam a resolução de conflitos entre indivíduos, ou seja, contemplavam a microlitigiosidade, não extrapolando, para uma esfera geral social, suas responsabilidades. Em decorrência disso, o pluralismo jurídico surge, promovendo a utilização de outras entidades (como a polícia, igrejas ou até as próprias comunidades) que possam mediar e resolver de forma ágil, satisfatória e simplificadora os conflitos da população.

A natureza da legitimidade dos Juizados Especiais é voltada para a cultura americana de direito responsivo, que busca uma justiça mais autônoma do judiciário estatal e também busca novas abordagens de resoluções de conflitos, ou seja, resoluções simplificadoras. O atrito se encontra no fato de que a legitimidade da justiça da sociedade brasileira não se encontra no direito responsivo, mas sim no repressivo e autônomo, ou seja, com grande ativismo político e repressão legal, resultando no embate entre o direito informal dos Juizados Especiais e o direito legalista-formalista dos tribunais estatais. A grande questão do direito legalista-formalista é ir sempre de acordo com a lei, porém com dificuldades de compreender distinções sociais. Tendo em vista a característica tradicional brasileira, os Juizados acabam por oscilar entre seu aspecto responsivo e pelo aspecto legalista da justiça comum, isto é, há certa mistura, uma certa tensão, entre culturas legais distintas – a comunitarista

e a pautada no direito e na plítica –, sendo estas configurações institucionais de ordenamentos jurídicos distintas[2].

Em resumo, nós pensamos que as interações sociais e o complexo de expectativas recíprocas dos agentes conformam ações referenciadas nos costumes e na lei, constituindo culturas legais eventualmente concorrentes. Este campo tensionado entre a adequação de ações a expectativas consolidadas em culturas legais seleciona, por intermédio de uma multiplicidade de recursos de poder, materiais e cognitivos, que são mobilizados pelos agentes desigualmente, conferindo-lhes um poder desigual nas disputas pela legitimidade dos seus próprios padrões culturais. (PEREIRA DE MELLO, Marcelo; MEIRELLES, Delton. fl. 376).

Com a criação dos Juizados, a demanda por serviços judiciais passa a ser canalizada, aumentando o número de processos sobre pequenos litígios. Tal volume passa a legitimar o uso dos Juizados, pois estes são procurados na busca de soluções boas, na busca de soluções juridicamente perfeitas. Todavia, é perceptível que, inseridos nos embates de culturas legais responsiva, autônoma e repressiva, os Juizados Especiais sofrem influências de interesses de corporações de empresas e de operadores do direito – como advogados –, que sempre tentam manter o monopólio da justiça como acontecia anteriormente, como na época da ditadura. Assim, os esforços por uma democratização prevista na Constituição têm sido sobrepostos por essas pressões externas[3].

O questionamento acerca da justiça informal dos Juizados Especiais se manifesta sobre o aspecto de seu direito, se passa a ser visto como continuação da justiça comum, considerando, aqui, uma desvinculação do propósito democrático inicial social dos Juizados Especiais de prestações de serviços. Acaba que a reincidência de empresas como litigantes habituais representa não, de fato, uma ampliação a justiça, mas sim a

comprovação de que as violações aos direitos são recorrentes e que as decisões não estão sendo respeitadas, isto é, não estão provocando o efeito necessário previsto. Então, o grande número de casos que se referem a uma luta contra tais empresas diminuem a atuação dos Juizados Especiais, voltando-se mais aos direitos do consumidor, como ocorre em Niterói, além de congestionar cartórios e representar maior custo operacional. Esses acontecimentos terminam por rotinizar a ação desse direito informal, com a finalidade de resolver mais casos, sem se atentar ao valor inicial de sua criação. A legitimidade também pautada pelo volume de casos poderia ser colocada em xeque se os órgãos destinados ao controle e à organização das empresas comerciais fossem realmente feitos, diminuindo o número de casos destinados aos Juizados Especiais, deixando estes livres para o exercício da cidadania. Há um engessamento normativo, em que o inicial tribunal de vizinhança é descaracterizado. Uma judicialização de demandas acontece, inclusive formando grupos de advogados experientes em Juizados. Esse percurso tomado pelos Juizados acaba por torna-lo próximo dos tribunais formais, sem contar que o crescimento exponencial de pedidos recorrentes de consumidores acarreta na demora do processo, resultando em reclamações e em desgastes das próprias pessoas ofendidas, como se realmente fosse o procedimento de resolução da justiça comum, sem espaço para os conflitos originais, propriamente ditos, de vizinhos. Dessa forma, a dúvida de que os Juizados se tornaram extensão da justiça formal, ou não, passa a existir, se os Juizados viraram balcão de triagem de casos para o direito formal<sup>[4]</sup>.

Dois casos podem ser citados em relação a essa judicialização do direito informal. O primeiro é sobre a Europa Ocidental, em que a cultura legal autônoma se contrapõe à cultura legal responsiva, o que ocorre no Brasil também. Barreiras, como custos judiciais e conhecimento do direito para defesa e resolução dos casos, levam a esses Juizados a perderem seu padrão responsivo, necessitando de estímulo dos juízes para que não seja perdido<sup>[5]</sup>.

O segundo exemplo, já citado, seria o do caso da monarca de Niterói, Rio de Janeiro, em que se consta uma banalização da demanda,

um aumento dela, com foco também nas relações comerciais, sendo os conflitos comunitaristas, como os de família, mais raros. Ademais, para se trabalhar nos Juizados Especiais – compostos por juízes leigos, juízes togados e conciliadores –, houve a instauração de concurso público a partir de 2005 no Rio de Janeiro, em que o juiz leigo tem de ser advogado e estudante da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, incorporando a cultura formalista ao sistema dos Juizados. A ação do juiz considerado leigo se torna limitada, pois a decisão é do juiz togado, aproximando-se do trabalho do conciliador como auxiliador da justiça. Além disso, visando ao maior número de casos solucionados, percebe-se a padronização de decisões nos Juizados, sendo que a ideia de início era promover a abertura para novas soluções, para se aproximar das diferenças sociais que deveriam ter acesso à justiça. Portanto, é possível reparar no enquadramento que o direito informal sofre ao longo do tempo, seja em países periféricos ou centrais, além do avanço do monopólio das corporações no número de casos e resolução. Em Niterói, nota-se a ênfase nos direitos do consumidor, em que este se depara com conflitos de grandes litigantes habituais, isto é, reincidentes. Então, os supostos tribunais “de vizinhança” úteis em atritos familiares e de vizinhos são transformados[6].

## **II – “Justiça de Proximidade” na França.**

Em 1980 e em 1990, as pesquisas empíricas estavam direcionadas, em vários países do mundo, como no Brasil, para o movimento de maior acesso à justiça. Nesse mesmo período, observa-se o início de movimentos voltados para o acesso à Justiça na França e que giravam em torno da expressão “Justiça de Proximidade”, que é homóloga aos Juizados Especiais brasileiros. Porém, foi só no Século XXI que ocorreram reformas que integraram a “Justiça de Proximidade” como uma jurisdição ao Judiciário francês, delegando competências (referentes a casos menores) dos chamados juízes profissionais para os juízes dessa nova Justiça de Proximidade.

Feito isso, foram criados os Juízes de Proximidade com o propósito de se prestar uma justiça mais rápida e eficaz que se encontre ao alcance da população, a partir da Reforma Judiciária, nos dois mandatos de

Jacques Chirac, de 2002 a 2006, depois o caso Outreau, em que houve o encarceramento injustificado de pessoas por 3 anos - erro judicial considerado o mais grave da França. Tal reforma visa criar uma justiça de proximidade, com repartição de competências, mudar o procedimento penal relacionado à violência juvenil, dar mais direitos processuais às vítimas e reforçar os recursos humanos destinados ao Judiciário[7].

O juiz de proximidade é um juiz considerado não profissional, chamado de juiz-cidadão, compondo a proposta de maior número de juízes para que aumentem a acessibilidade da justiça para a população. Há uma avaliação local, carta de recomendação e análise dos perfis no Ministério da Justiça. O raciocínio empregado é a redistribuição de competências e maior número de juízes, para que haja maior agilidade de resolução de casos e maior adequação social. Dessa forma, o número de juízes de proximidade é quase o mesmo do número de juízes profissionais, principalmente nas cortes de apelação de Montpellier e de Nîmes. Porém, há uma lógica na distribuição de juízes?[8]

Empiricamente, a distribuição de juízes de proximidade não corresponde à atividade judiciária, não significa maior crescimento de processos civis e agilidade. Há, sim, casos em que o aumento de juízes de proximidade acarretou em maior número de processos e menor tempo de resolução, mas também há casos em que, apesar dessas medidas tomadas, houve diminuição do número de processos. Ou seja, aumentar o número de juízes não quer dizer menor tempo de julgamento. Talvez essa irregularidade de distribuição seja explicada pela contingência local das atividades jurídicas, ou nem tenha explicação[9].

Às vezes, tribunais com maior atividade judiciária não têm maior número de juízes comparativamente a tribunais com menor atividade. Às vezes, ter maior quantidade de juízes-cidadãos significa menor atividade judiciária, ou tribunais terem a mesma quantidade de juízes significa ter desempenhos judiciais distintos, ou terem o mesmo desempenho, todavia com distintos conjuntos de juízes. O fato é que, após um grande erro e uma reforma judiciários, o contexto sociopolítico francês era desfavorável à implementação de uma Justiça nova de Proximidade, além de não considerarem, na prática, não apenas as características sociais locais de

resistência a um novo juiz não profissional com antigas funções de um profissional – as quais acabaram por interferir nesse processo de acesso à justiça –, mas também o problema operacional de não aumentar o volume de funcionários para participar das audiências, acarretando em maior demora para se decidir os casos – pode-se perceber um problema de verba operacional aqui. Então, demanda-se tempo para que tais reformas institucionais, algum dia, possam atingir os propósitos estipulados<sup>[10]</sup>.

### **III – Análise comparativa entre os Juizados Especiais e “Justiça de Proximidade”.**

A partir do texto “Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo” de Eliane Junqueira, é possível traçar o contexto histórico para a criação dos órgãos de acesso à Justiça tratados nesse trabalho. Ela redige que, na década de 1980, ocorria o movimento do *access-to-justice* e pesquisas empíricas a respeito. Porém, embora o Brasil participando também da discussão sobre o acesso à Justiça e sobre os direitos coletivos, diferentemente dos demais países centrais – que tiveram essa questão introduzida por uma crise do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) –, no contexto brasileiro, essa questão foi aberta em decorrência da grande exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre eles o direito à moradia e à saúde. Pelo fato de fazer parte dos países centrais que participavam da discussão acerca do acesso à justiça e maior adequação social e ter sofrido reformas no seu Judiciário em razão da crise no Estado de Bem-Estar Social (no ano de 2001), a França passa a possuir, em sua jurisdição, a presença da chamada “Justiça de Proximidade”, que é consequência das discussões e pesquisas acerca da acessibilidade à justiça retratadas por Junqueira<sup>[11]</sup>.

Comparando os textos "Juizados Especiais: entre a legalidade e a legitimidade - Análise Prospectiva dos Juizados Especiais da Comarca de Niterói" de Pereira de Mello e "A Gestão da 'Justiça de Proximidade' na França: A Análise da Política Pública Judiciária" de Pedro Geraldo, é possível perceber como a "Justiça de Proximidade" francesa é homóloga aos Juizados Especiais brasileiros. No Brasil, o equivalente ao juiz-cidadão na “Justiça de Proximidade” é o juiz leigo nos Juizados Especiais, e é recrutado, preferencialmente, entre os bacharéis em Direito ou entre

advogados com mais de cinco anos de experiência. Sendo assim, a diferença constatada entre os Juizados Especiais e a “Justiça de Proximidade” é percebida na seleção de seus respectivos juízes, em que, no primeiro, o juiz não é investido por meio de concurso público para a magistratura; já no segundo, o indivíduo, em algumas localidades, como o Rio de Janeiro, para ser selecionado, passa a fazer concurso público, além de ser um juiz profissional e componente da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Apesar disso, ambos os sistemas visam à otimização do acesso à Justiça por parte do Judiciário e uma maior adequação social às demandas[12].

Na França, a implantação dos “juízes de proximidade” (considerados não profissionais por não disporem das formalidades dos outros juízes, como a toga, incorporando um caráter mais informal) chamou atenção para a nova distribuição de competências, uma vez que eles permitiam aos juízes profissionais se ocuparem com casos mais importantes e assumindo as pequenas causas. No Brasil, os juízes leigos também dispõem de um certo caráter informal, uma vez que agem para auxiliar, conciliar e decidir casos normalmente menores e mais simples.

A legitimidade dos Juizados Especiais e da “Justiça de Proximidade” pode ser evidenciada pela tradição dos tribunais comuns do Judiciário e sua cultura legal formalista, o que resulta na dificuldade de adequação da justiça comum às diferenças sociais e no cometimento de erros judiciais. Por isso, eles têm a necessidade de promover um maior acesso à justiça e promover a criação dos Juizados Especiais no Brasil e, na França, da “Justiça de Proximidade”. Depreende-se disso que a alta procura por esses tribunais é o que lhes concede legitimidade, como se a maior busca espelhasse o desempenho deles, o que pode ser duvidoso, como mostrado anteriormente.

Entretanto, ocorre uma descaracterização desses sistemas em decorrência dos vícios formalistas incrustados em ambas as culturas jurídicas. Já que, no Brasil, tendo como exemplo o caso de Niterói, o peso da justiça estatal, legalista e burocrática começa a comprometer os Juizados Especiais e na legislação fluminense, como no exercício da função de juiz leigo, que passa a ser restrita ao corpo de alunos da Escola de

Magistratura, evidenciando o ataque corporativo aos princípios de representatividade social desses juízes[13]. Na França, ocorre a descaracterização dos “juízes de proximidade”, porque não são designados funcionários suficientes para suprir as demandas desses tribunais, como nas audiências, e porque não ocorre uma distribuição regular de “juízes de proximidade” para as regiões, ou seja, talvez essa distribuição não leve em consideração a realidade dos tribunais locais, resultando na falta de agilidade e na interferência da aplicação da “Justiça de Proximidade”. Em ambos os casos, o caráter comunitarista desses sistemas é degradado, frente ao processo de rotinização, judicialização, engessamento da sua atuação na prática e morosidade.

Utilizando o embasamento teórico do texto “Tribunais nas sociedades contemporâneas”, de Boaventura de Sousa Santos, Maria Marques e João Pedroso, pode-se analisar a questão do acesso à justiça em relação aos países centrais e periféricos, de acordo com os paradigmas constitucionais, para entender melhor o papel dos Juizados Especiais abordados nos textos anteriores.

Primeiramente, nos países centrais, houve uma separação dos momentos históricos em dois paradigmas: o paradigma do Estado Liberal e o do Estado-Providência. Na época desse texto, o Estado-Providência se encontrava em crise e ainda não havia emergido a concepção do terceiro paradigma, o Estado Democrático de Direito. Entretanto, a teoria exposta é necessária para compreender a época em que o direito informal surgiu para atender as necessidades das populações. Dessa forma, o Estado Liberal ergue-se no século XIX até a Primeira Guerra Mundial. Seus tribunais eram configurados de forma a tratarem de casos entre indivíduos, não havia a concepção de tratar de questões coletivas. Os tribunais eram neutralizados, no sentido de manterem a sua imparcialidade posta pelo império da lei para garantir sua independência. Então, eles apenas atuavam para manter uma configuração social já definida e se procurados. Os tribunais não tinham força política judiciária, pois o Poder Executivo e o Poder Legislativo, principalmente este, imperavam e o Poder Judiciário dependia deles administrativa e financeiramente[14].



Não obstante, no período entre guerras e pós Segunda Guerra Mundial, há o início de movimentos sociais em busca de direitos sociais coletivos, em que surge a luta por justiça social em contraposição à igualdade formal. Questionamentos são levantados sobre o acesso à justiça e capacidade dos tribunais, tendo em vista o aumento de procura dos tribunais, pois acontecera uma explosão de litígios. Os tribunais tiveram de assumir seu papel político no Estado, tiveram de não apenas restaurar condutas, mas também se adequar a outras, adequar-se às reivindicações sociais por direitos coletivos, direitos difusos. A concepção de independência dos tribunais formais muda, estes precisando decidir se seriam neutros e irrelevantes socialmente ou se eles se engajariam politicamente e sofreriam pressões dos outros dois poderes. Essa dormência formal por parte do Judiciário reflete na criação de entidades paralelas de resolução de conflitos. Inevitavelmente, houve a aproximação do direito ordinário da Constituição, com a finalidade de que as novas ações judiciais mais dinâmicas fossem justificadas. O Estado assume uma postura paternalista de cuidar das necessidades coletivas, minando a cidadania e transformando seus cidadãos em clientes<sup>[15]</sup>.

Assim, o segundo paradigma entra em crise, pois, com a união da questão econômica com a asseguaração de direitos coletivos para que sua posição paternalista fosse garantida, grande corrupção sistêmica ocorre por parte dos governantes. Os tribunais também perdem força com a nova *lex mercatoria* e, com o aumento de processos, a justiça formal passa a ser mais rotinizada e padronizada, caindo no problema de adequação social às diferenças. Quantidade é mais ensejada do que qualidade, correndo assim a soberania da justiça comum. Dessa maneira que os Juizados podem ser inseridos nesse contexto. Com as lutas sociais, os litígios sobre assuntos civis e criminais emergem e uma regulação é necessária por alguma parte, inclusive com o aumento das desigualdades sociais. Os juízes também mostram o defeito de não serem realmente preparados para novas soluções, o que reforma a rotina. O direito informal, então, ganha força a partir do momento que novas soluções poderiam ser feitas, poderiam ser vistas. Com a corrupção sistêmica, a necessidade de regulação desse litígio, falta de preparo, tudo põe em xeque o papel dessa justiça comum que deveria respeitar a sociedade civil e preservar a

democracia. Os Juizados, nesses países centrais, como a França, podem ser vistos como uma fuga da falha do Judiciário do *Welfare State*, como elucidado no texto do Pedro Heitor Geraldo.

Agora, e nos países semiperiféricos e periféricos? Como é possível comparar e diferenciar Brasil e França, como foi feito anteriormente? O caso dos países considerados emergentes é que eles não tiveram o tempo necessário para passar de um paradigma a outro tranquilamente, a Europa, por exemplo, teve 150 anos para sair da concepção de direitos civis para a concepção de direitos difusos e coletivos. A tradição desses países se constitui de uma democracia jovem e fragilizada, em que grandes experiências ditatoriais ocorreram e, por isso, os tribunais foram mantidos mais a parte, no quesito de que mantiveram recentemente – até ainda podem manter – características dos tribunais do primeiro paradigma liberal. Era fácil deixar os tribunais neutros, ao deixar a independência deles intocada, mantendo o propósito de eles irem de acordo com a lei, delegando as questões delicadas para outros órgãos de seus controles. Aqui, é comum a precariedade dos direitos, em que as lutas foram simultâneas por direitos civis, coletivos e posteriormente direitos do consumidor e do ambiente. Por isso que, como Junqueira disse, o enfoque dos movimentos sociais no Brasil era mais por direitos difusos, direitos civis, do que direitos coletivos propriamente ditos como na França[16].

Então, desemboca-se numa crise, em que a parte econômica e a parte jurídica logo se uniram, junto com a fragilidade judiciária formalista em resolver litígios. É de se esperar a existência da corrupção sistêmica nesses países, assim como estava ocorrendo na Europa, porém, por questões históricas distintas. As pressões, os movimentos sociais convergem para um direito informal, no qual as massas podem recorrer para soluções que inovem na maneira de enxergar essa mudança social, em que se prima direitos difusos, direitos coletivos. Os tribunais formais, naturalmente, precisaram ter uma resposta a respeito, como na França em que houve a Reforma Judiciária para que o acesso à justiça fosse promovido de maneira mais ampla, constituindo-se de caráter mais responsivo para atender as necessidades da sociedade, e como no Brasil, em que uma minoria jurisprudencial organizada anda ganhando voz nos

tribunais para reforçar a garantia dos direitos e a opinião dos movimentos sociais desencadeada na década de 1980, sendo mais uma corrente mais ativa que visa à aproximação do direito ordinário à Constituição, como ocorreu no segundo paradigma constitucional nos países centrais<sup>[17]</sup>.

Assim, os países centrais e periféricos convergem na questão de que é necessário o desempenho efetivo dos tribunais para se afirmarem independentes, uma vez postos os olhos em suas funções, a partir as reivindicações sociais e necessidade de controle da corrupção. Ou seja, o desempenho também significa esses novos meios de acessibilidade judiciária implementada, com os Juizados Especiais, para uma resolução mais rápida, para que também os tribunais, já congestionados, sejam vistos como última instância de recorrência de insatisfação sobre litígios menores. Tenta-se transmitir a normatividade de entidades, como a polícia, para pequenos tribunais locais, como novas alternativas de resoluções, com o intuito de que, assim, o sistema judicial possa superar as dificuldades de se adaptar a comportamentos desviados, diferentes, inesperados.

### **Conclusão.**

Portanto, a partir dos textos de Pedro Geraldo e de Marcelo Pereira de Mello, é possível comparar e analisar como ocorre o procedimento para maior acesso à justiça, dando ênfase à parte de Juizados Especiais, principalmente no Rio de Janeiro, e “Justiça de Proximidade” na França. Então, semelhanças podem ser reparadas entre um país central e um país semiperiférico, que desembocaram numa crise de dificuldade de adequação social por motivos distintos.

O Brasil entra em crise a partir de sua tradição democrática recente e sua precariedade de garantias dos direitos civis, coletivos e difusos, com longo período ditatorial. Já a França, por sua vez, entra em crise com a falência do segundo paradigma constitucional, o Estado-providência, necessitando de uma Reforma Judiciária no início do século XXI. Não obstante, esses países convergem na questão da corrupção sistêmica que atravessam, pela união do âmbito econômico e do âmbito jurídico no controle do Estado, gerando uma crise também na representação política,

ou seja, pressionando o Poder Judiciário a tomar sua posição política frente à esfera social. Contudo, nota-se a tentativa de tentar superar tais problemas internos, pois seus tribunais buscam maior ativismo, ao passo de que movimentos sociais pressionam a asseguaração de seus direitos.

Dessa forma, alternativas surgem em relação à essa justiça comum para que os litígios de menor porte da sociedade fossem resolvidos, o direito informal. O Poder Judiciário passa a desejar regular e a ajudar esse direito, criando tribunais locais, tribunais de vizinhança, os Juizados Especiais no Brasil, com distribuição de tarefas entre novos juízes, considerados não profissionais, com a finalidade de manter esse desejo de melhorar o contato principalmente com a parte popular da sociedade civil. Entretanto, as culturas legais formalistas brasileira e francesa acabam por prejudicar o caráter responsivo desse direito informal, quando desejam burocratizar ou distribuir irregularmente esses juízes destinados à finalidade de maior acesso à justiça, retardando as decisões processuais e até aumentando o custo operacional desses tribunais, indo contra a ideia inicial de uma justiça fácil e ágil.

A tentativa, porém, de otimizar a justiça, de tentar se moldar às diferenças, apesar do impacto de tradições contrárias a esse direito, não deve cessar, pois, assim, os próprios tribunais podem passar se dinamizar e a se envolver mais socialmente com as causas da grande parte da população e assegurar, inclusive, as minorias, para que a democracia seja preservada. Ou seja, assim, os tribunais irão contribuir com mais um passo na busca da garantia dos direitos do povo.

### **Referências.**

GERALDO, Pedro Heitor Barros A gestão da "Justiça de Proximidade" na França: a análise da política pública judiciária. Revista da Seção Judiciária Federal do Rio de Janeiro, v. 1, p. 131-144, 2011.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. Revista Estudos Históricos, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel L., PEDROSO, João, FERREIRA, Pedro L. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. Porto: Afrontamento, 1996.

PEREIRA DE MELLO, Marcelo; [MEIRELLES, Delton Ricardo Soares](#). Juizados Especiais: entre a legalidade e a legitimidade - análise prospectiva dos juizados especiais da comarca de Niterói, 1997-2005. Revista Direito GV, v. 6, n. 2, 2010.

#### NOTAS:

[1] PEREIRA DE MELLO, Marcelo; MEIRELLES, Delton. fls. 372/373

[2] PEREIRA DE MELLO, Marcelo; MEIRELLES, Delton. fls. 374/377

[3] PEREIRA DE MELLO, Marcelo; MEIRELLES, Delton. fl. 377

[4] PEREIRA DE MELLO, Marcelo; MEIRELLES, Delton. fls. 374/378

[5] PEREIRA DE MELLO, Marcelo; MEIRELLES, Delton. fl. 378

[6] PEREIRA DE MELLO, Marcelo; MEIRELLES, Delton. fls. 379/391

[7] GERALDO, Pedro Heitor. fls. 131/133

[8] GERALDO, Pedro Heitor. fls. 133/135

[9] GERALDO, Pedro Heitor. fls. 135/137

[10] GERALDO, Pedro Heitor. fls. 138/140

[11] JUNQUEIRA, Eliana. fl. 390

[12] GERALDO, Pedro Heitor. fl. 132

[13] PEREIRA DE MELLO, Marcelo. fl. 394

[14] SANTOS, MARQUES, PEDROSO, fls.7/9

[15] SANTOS, MARQUES, PEDROSO, fls. 11/15

[16] SANTOS, MARQUES, PEDROSO, fls. 28/37

[17] SANTOS, MARQUES, PEDROSO, fls. 38/44

## O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E O ABUSO DE DIREITO

**EVELINI OLIVEIRA DE FIGUEIREDO  
FONSECA:** Advogada. Especialista em Direito Civil  
e Processo Civil.

**RESUMO:** O texto pondera a utilização desenfreada e não refletida do direito a inversão do ônus da prova, preconizado no Código de Defesa do Consumidor. Analisa, também, em quais circunstâncias ao consumidor deve ser garantido esse direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito do consumidor; ônus da prova; distribuição; inversão; abuso de direito.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. O CDC e o Ônus da Prova. 3. Abuso de Direito. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

---

### 1. Introdução

No Brasil, o consumo se intensificou após o início de nossa industrialização, em meados da década de 1930, em que o Estado possuía características fortemente intervencionistas na ordem econômica.

O Código de Defesa do Consumidor, nesse contexto social, por reconhecer a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor como sendo a parte “mais fraca” na relação de consumo, tornou-o merecedor de tutela jurídica específica, constituindo, para tanto, um microsistema principiológico, vinculado a preceitos constitucionais, cujo objetivo precípua era o de reequilibrar a relação de consumo e limitar certas práticas comerciais.

Se, de um lado, entretanto, o ordenamento jurídico viu a necessidade de criar Lei específica para tutelar os direitos dos consumidores, de outra parte, não os autorizou a se valerem ilicitamente dessa legislação para

onerar (processualmente e financeiramente) os prestadores/fornecedores de serviços.

## **2. O CDC e o Ônus da Prova**

Um aspecto importante do CDC, por muitas vezes, banalizado e mal aplicado, é a facilitação da defesa dos direitos do consumidor “segundo as regras ordinárias de experiências” (CDC, artigo 6º, inciso VIII – parte final).

Isto porque o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não isenta o consumidor de trazer ao processo judicial um lastro probatório mínimo acerca dos fatos constitutivos do seu direito. Significa dizer que, nos casos em que se busca a reparação de danos materiais e/ou morais, caberá ao consumidor provar, essencialmente, a existência do alegado dano e do nexo de causalidade entre a atividade do prestador/fornecedor e esse dano, na relação jurídica estabelecida entre as partes.

Oportuno considerar que a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII do CDC) não é instituto de aplicação automática – sua aplicação dependerá de circunstâncias concretas do caso, a serem apuradas pelo Juiz, caso contrário haverá, por parte do consumidor, a ausência de produção de prova mínima acerca do eventual vício/defeito do produto/serviço e, por via reflexa, a inviabilização do exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CRFB/88) pelo prestador/fornecedor.

Ainda, para que haja a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, necessária a caracterização da hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança de suas alegações. A primeira, decorrendo da análise da relação de desproporcionalidade e impossibilidade de produção de prova, e não da simples condição de “ser consumidor”. A segunda, decorrendo do juízo de probabilidade de verdade – o que se faz, pelo Juiz, considerando o contexto dos fatos trazidos aos autos.



O Superior Tribunal de Justiça[1], há tempos, assentou entendimento no sentido de que a inversão do ônus da prova não é automática. Nessa linha, o repositório jurisprudencial estadual aponta que *cabe ao autor a produção de elementos mínimos da verossimilhança do alegado, sendo impossível atribuir ao réu o ônus negativo/diabólico da produção das provas* e que a *existência de verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência não retira a obrigação do autor em provar o fato constitutivo do seu direito*.

O Professor Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira[2], no que tange a prova do fato constitutivo, são taxativos ao afirmar que ele “é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. E como é o autor que pretende o reconhecimento do seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento e existência”.

Por sua vez, o CPC/15 manteve, como regra, a imposição à parte autora da produção dos fatos constitutivos de seu direito (art. 373, inciso I) e, em exceção, ou seja, somente após demonstrados os elementos mínimos da relação jurídica entre as partes e a excessiva dificuldade de produção da prova, a possibilidade de distribuição do ônus da prova de modo diverso (art. 373, §1º).

Em consonância como raciocínio construído nos parágrafos acima, o §2º do art. 373 do CPC/15, também, proibiu a distribuição dinâmica do ônus da prova quando ela implica em demasiado encargo à outra parte. O objetivo dessa sistemática é o de evitar que essa distribuição torne uma parte vitoriosa no processo pura e simplesmente por ter onerado a outra parte com uma incumbência (desarrazoada) que não consegue se desfazer.

Portanto, tomando-se como premissa que a distribuição do ônus da prova é regra de conduta e de julgamento, não pode o consumidor deixar de cumprir com o seu ônus legal, limitando-se a formular infundadas alegações no processo, que carecem de embasamento, e transferir (por erroneamente acreditar estarem “blindados” pelo CDC) ao prestador/fornecedor o dever de demonstrar que o seu direito existe e, mais, foi ou não violado.

### **1. Abuso de Direito**

O princípio da boa-fé objetiva, presente e aplicável a todas as áreas do Direito, é norma que impõe, que proíbe condutas e que estabelece diretrizes comportamentais entre as partes envolvidas em uma relação jurídica obrigacional (material e processual).

Nas relações de consumo, a observância a esse princípio não poderia ser diferente; o consumidor, consciente de seus direitos e, por não ser menos importante, de seus deveres legais, não deve esperar que os prestadores/fornecedores sejam “garantidores universais”; incontestáveis financiadores de danos, por vezes, decorrentes de sua conduta negligente (§ 3º do artigo 14 do CDC).

Foi reconhecendo eventual, mas não rara, essa conduta ilegal do consumidor que o Código Civil (artigo 187) normatizou o abuso do direito como sendo ato ilícito do titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

É nesse contexto eu se propõe a reflexão acerca dos limites da aplicabilidade das proteções aos direitos consumeristas; quanto a tutela deve ser impositiva e quando não deve ser amparada, frente ao oportunismo circunstancial de um consumidor.

Tenha-se, como exemplo, o consumidor que alega ser de integral e irrestrita responsabilidade do restaurante a guarda de seus pertences e tem seu celular furtado no momento em que sai da mesa. Se, por um lado, é inegável que o restaurante possui o dever de manter a segurança de seus clientes e seus pertences, por outro lado, esse dever não exclui o mínimo de zelo e cuidado que também se espera dos clientes/consumidores com relação a seus próprios pertences.

#### **4. Conclusão**

Parafraseando Daniel Amorim Assumpção Neves, a distribuição dinâmica do ônus da prova não foi positivada para fixar *a priori* vencedores e vencidos<sup>[3]</sup>, pois trata-se de prova bilateralmente diabólica, ou seja, impossível ou excessivamente difícil de ser demonstrada por ambas as partes.

Portanto, a inversão probatória, sem que haja negativa de vigência ao próprio art. 6º, VIII do CDC, dada sua má-interpretação e aplicação, não somente desvirtua a finalidade teleológica do dispositivo como onera parte que, ainda que possua potencial econômico superior, não deu causa ao dano sustentado pelo consumidor.

#### **5. Referências Bibliográficas**

DIDER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 76

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª. ed., 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC – Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, Inovações, Alterações e Supressões Comentadas*. São Paulo: Editora Gen/Método, 2015, p. 265.

NOTAS:

[1] STJ. AgRg no REsp 1181447/PR. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Publicação em 22/05/2014; AgRg no AREsp 440.361/PE, Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Min. Marco Buzzi. Publicação em 30/11/2015.

[2] DIDER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, v. 2, p. 76.

[3] NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC – Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, Inovações, Alterações e Supressões Comentadas. São Paulo: Editora Gen/Método, 2015, p. 265.

## **NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES E RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL**

**GEORGE ALMEIDA MARGALHO:**  
Graduando do curso de Direito da  
Universidade de Brasília.

**RESUMO:** A fase pré-contratual está presente na formação da maioria dos contratos entre particulares, levando à criação de acordo provisório e contrato preliminar. A não efetivação do contrato e seu adimplemento causa uma quebra de expectativa contratual, que, em determinadas situações, pode acarretar responsabilidade civil pré-contratual, cuja análise da boa-fé é imprescindível à correta configuração dessa responsabilidade pré-contratual.

**Palavras-chaves:** Direito Contratual. Negociações Preliminares. Responsabilidade Civil Pré-Contratual. Boa-fé.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2 Negociações preliminares. 3 Direito comparado. 4. Considerações finais. 5 Referências.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

Os contratos desenvolvem-se, via de regra, nas seguintes etapas: pré-contratual, contratual e pós-contratual. Sendo que esta fase engloba todos os acontecimentos posteriores ao adimplemento da obrigação estipulada no contrato, enquanto que a fase contratual consiste no momento da execução da obrigação de dar, fazer ou não fazer. Por fim, a fase pré-contratual será o objeto de estudo deste artigo, assim como a responsabilidade pré-contratual.

A fase pré-contratual inicia-se com as negociações preliminares, que se encerrarão com a formação do contrato, portanto abarcam os momentos de negociação, proposta e aceitação. Pode-se dizer que as negociações preliminares nascem quando há um indicativo de interesse, de propósito entre os contratantes, que por sua vez, podem ocorrer por meio da solicitação de orçamento, entre outros.

Até mesmo naqueles contratos de adesão e nos negócios jurídicos instantâneos há uma fase de natureza preliminar. Todavia, é bem mais restrita que nos demais contratos, visto que o contratante analisa os dados e informações e, conseqüentemente, busca verificar as vantagens patrimoniais da possível formação do contrato. Portanto, percebe-se que a fase preliminar, nesses tipos de contrato, possui uma natureza psicológica, interna ao agente, que não chega a se exteriorizar.

## 2. NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

Nessa fase do contrato, geralmente as partes celebram os acordos provisórios, que por sua vez, costumam ser chamados de protocolo/carta de intenções e minuta. Protocolo de intenções é o instrumento pelo qual as partes costumam estabelecer as regras que deverão ser seguidas no decorrer do contrato, enquanto que a minuta consiste na redação inicial do contrato, como se fosse um texto que ainda não se encontra na sua versão final, uma espécie de esboço, rascunho.

Apesar dos acordos provisórios não possuírem caráter vinculante, as partes já encontram-se vinculadas aos poucos pontos e cláusulas que foram determinadas naquele contrato.

É importante esclarecer a diferença entre as negociações preliminares e a proposta, esta caracteriza-se por exteriorizar, de forma definitiva, o projeto do contrato, ou seja, é uma manifestação de vontade bem definida em todos seus termos e só depende da aceitação da outra parte para a formação do contrato. Pode-se conceituá-la, então, como uma afirmação séria da vontade de contratar, sendo expressa, definitiva, completa e precisa.

Outra distinção relevante é entre as negociações que estamos tratando e o contrato preliminar. Enquanto aquelas não envolvem compromissos, nem geram obrigações às partes, até porque elas nem sabem se chegarão efetivamente a formar o contrato. Por outro lado, o contrato preliminar é uma convenção bem mais sólida e completa que demanda uma relação jurídica e um acordo de vontades, de natureza patrimonial; é como se fosse um “contrato já formado”, mas não foi executado por vontade das partes, dessa forma, esse contrato garante a

futura executabilidade do contrato que fora firmado agora, não é por acaso que o objeto dos contratos preliminares é a futura execução do contrato principal pelas partes.

As tratativas não vinculam as partes, logo a recusa de iniciar qualquer negociação preliminar é algo natural, jamais enquadrado como abusivo, até mesmo pela coerência com o princípio da liberdade contratual.

O artigo 422 do Código Civil determina “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.*”; apesar do artigo tratar claramente apenas da fase contratual e pós-contratual, utiliza-se uma interpretação extensiva e sistemática, logo fica implícito que o enunciado do dispositivo engloba também o cumprimento honesto e leal da obrigação durante as negociações preliminares. Portanto, busca-se conciliar a autonomia privada com a noção da indispensável responsabilidade das partes sobre as legítimas expectativas de confiança. (Disponível no link: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)).

É possível dividir as consequências da boa-fé em três ramos, são eles o dever de esclarecimento, dever de proteção e dever de cooperação. O primeiro consiste no dever de fornecer à outra parte todas as informações devidas sobre o objeto do contrato e afins, ou seja, busca-se sanar todas as possíveis dúvidas quanto ao bem material e a questão procedimental do contrato. O segundo consiste no dever de proteger a outra parte, por meio do cuidado e prudência com o patrimônio e integridade psicofísica do outro. Por último, o dever de cooperação procura enaltecer e estimular a honestidade e lealdade, favorecendo a cooperação e a confiança das partes.

Portanto, essa valorização máxima da boa-fé pretende proporcionar uma legítima expectativa de contratar que será baseada na confiança mútua dos contratantes, visto que os deveres de esclarecimento, de proteção e de cooperação procuram estabelecer e consolidar uma relação justa e amigável entre as partes. Implicitamente

procura-se evitar o *venire contra factum proprium*, que ocorre quando há dois comportamentos que são lícitos e sucessivos, porém são contraditórios entre si, de tal forma que apesar da licitude e possibilidade de ambos os comportamentos, quando são sucessivos tornam-se contraditórios, logo lesam as expectativas da outra parte.

Inevitavelmente, surgirá a grande questão a ser respondida, até quando é possível, de forma lícita, a recusa de contratar. Acredita-se que essa recusa é lícita até aquele momento que não gera qualquer forma de prejuízo à outra parte, ou se houver a recusa com prejuízo, analisar-se-á o que motivou sua desistência.

O legislador pátrio adotou a teoria de que a quebra de confiança pela recusa de contratar só acontecerá nos momentos que estivessem mais próximos à conclusão do contrato, e não no início das negociações preliminares, pois entende-se exclusivamente que naqueles momentos haveria uma legítima expectativa de contratar. Por sua vez, o momento próximo à conclusão pode ser entendido a partir de quando as tratativas já tenham determinado os elementos essenciais, que são a capacidade das partes, licitude do objeto e a forma exigida pela legislação. Desde então, se uma das partes mudar de ideia, ou seja, recusar a conclusão do contrato, seja de forma injustificada, de forma culposa dar início a um contrato que já sabe não ser realizável ou faz exigências desproporcionais a ponto de fazer a outra parte desistir, a partir desses três critérios configura-se o abuso de direito.

Portanto, pode-se classificar essa responsabilidade civil pré-contratual em subjetiva ou objetiva, que dependerá da necessidade da existência ou não de culpa. Como dito anteriormente, o legislador, assim como a maior parte da doutrina, entende que nessa forma de responsabilidade há a exigência de culpa, visto que o enunciado do artigo 927 do Código Civil é bem claro ao determinar que “*apenas há a obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quando atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*” (Disponível no link: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)).



Entretanto, existe entendimento no sentido contrário, ou seja, a dispensabilidade da exigência da culpa nos casos em que o dano se originou de quebra da boa-fé objetiva, que por sua vez, tem seu fundamento no entendimento da Jornada de Direito Civil, por meio do Enunciado nº 24, que afirma "*Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.*" (Disponível no link: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>).

A consequência desse abuso de direito é exclusivamente a reparação de danos, sendo a abrangência da reparação motivo de divergência na doutrina. De um lado está o "interesse negativo" que pode ser entendido como todos os prejuízos oriundos da não conclusão do trabalho, por isso a reparação far-se-ia baseado nas perdas e danos daquele que teve sua expectativa de contratar frustrada, o valor referente ao dano emergente consiste nas despesas efetuadas pelo agente durante as tratativas por ter acreditado, de boa-fé, na futura conclusão do contrato, enquanto que o lucro cessante consiste na perda de qualquer outro negócio que a parte deixou de acordar simplesmente por estar envolvida na fase preliminar do contrato frustrado, todavia a parte deverá provar todas as outras ocasiões que não se consolidaram em virtude da sua confiança na futura formação desse contrato. Portanto, o que se busca com a teoria do "interesse negativo" é restituir à parte lesada a situação que ela se encontrava antes da estipulação do negócio.

A teoria do "interesse positivo" abarca todas as vantagens que o agente lesado teria caso o contrato fosse efetivado, ou seja, é toda a vantagem patrimonial que ele receberia com o adimplemento do contrato, logo a reparação seria, de modo indireto, a própria execução do contrato. Esse mecanismo de reparação é extremamente incoerente com a liberdade de contratar, pois caso o sujeito viesse a recusar a conclusão do contrato em algum momento que as tratativas já tenham determinado os elementos essenciais, ele estaria, implicitamente, obrigado à execução do contrato, visto que teria que reparar toda a vantagem patrimonial advinda do contrato não concluído.

### 3. DIREITO COMPARADO

Esse aspecto da responsabilidade civil é passível de comparação com o direito de outros países, em especial os europeus. O direito civil alemão foi o que tratou mais detalhadamente desse instituto, uma vez que abrangeu diversos casos e hipóteses de reparação, o famoso BGB, nome pelo qual é conhecido o Código Civil alemão, sofreu algumas alterações e desde então passou a existir expressamente diversos casos de *culpa in contrahendo*, nome que designa a responsabilidade pré-contratual oriunda de culpa.

O Código português dispõe de um interessante conceito desta modalidade da responsabilidade civil, visto que se fundamenta na violação do dever de boa-fé para o surgimento da responsabilidade pré-contratual, assim como o fundamento utilizado no Código Civil brasileiro. Afirma o artigo 227 da legislação civil portuguesa: “*Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.*” (Disponível no link: <http://www.codigocivil.pt/>).

Já na Itália, o Código Civil também possui previsão da *culpa in contrahendo*, no seu artigo 1.337, enunciando que o término injustificado das negociações, assim como o dever de informar a parte sobre a causa de invalidade do contrato são causas de responsabilidade pré-contratual.

Por outro lado, a França não possui qualquer dispositivo que regule a responsabilidade pré-contratual, todavia a doutrina e jurisprudência se encarregaram de vetar o término injustificado das negociações preliminares quando já estivessem mais avançadas, enquadrando-as no conceito de *culpa in contrahendo*.

Por último, a Espanha não possui um artigo ou enunciado que regule expressamente essa forma de responsabilidade civil, todavia, possui no Código Civil uma cláusula geral de boa-fé, que por sua vez, poderia ser aplicada nos casos de ruptura das tratativas, visando o ressarcimento dos prejuízos.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, apesar do Brasil não possuir claramente um artigo que trate sobre o tema, esse instituto já está consagrado, inclusive no âmbito da Administração Pública e nas relações de consumo, cujo objetivo é evitar a prática da publicidade abusiva e enganosa.

Logo, o tema desenvolvido por Rudolph Von Jhering, responsabilidade pré-contratual, mostra-se totalmente presente e necessário no ordenamento jurídico pátrio devido as diversas mudanças de paradigmas no âmbito jurídico em razão da evolução da sociedade. Embora parte da doutrina cite outros fundamentos à responsabilidade pré-contratual, entendo que a boa-fé objetiva continua sendo o melhor deles, visto que por meio dela um número maior de casos e hipóteses podem ser abrangidos.

Por fim, entende-se que a aplicação da responsabilidade pré-contratual é imprescindível, visto que ela garante maior segurança nas fases anteriores à criação das relações jurídicas, estando em concordância com o princípio da boa-fé, sancionando a ação daqueles contratantes de má-fé que acabam gerando danos injustos à outra parte.

## 5. REFERÊNCIAS

Código Civil de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 22/06/2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 13. Ed. V. 3. São Paulo: Saraiva. 2016.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**. 6. Ed. V. 4. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Emanuelle Clayre. **Breves Apontamento Acerca da Responsabilidade Pré-Contratual**. Disponível em: . Acesso em 22/06/2016.

SILVA, Thais Borges da. **A Responsabilidade Civil Pré-Contratual**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/15108/a-responsabilidade-civil-pre-contratual>>. Acesso em 22/06/2016.

## TESSITURAS AO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE À RESPONSABILIDADE PELA MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-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:** 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:** Meio Ambiente Cultural. Tombamento. Preservação. Conservação. Responsabilidade

**Sumário:** 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Tombamento Ambiental: 4.1 Conceito e Características; 4.2 Natureza Jurídica; 5 Tessituras ao Entendimento Jurisprudencial sobre à Responsabilidade pela Manutenção e Conservação do Patrimônio Histórico-Cultural

---

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

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com a ênfase reclamada, 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, em razão do burilado, 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 espreque 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”*<sup>[1]</sup>. 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 e robusta 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 concretize um cenário caracterizado por aspecto caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*<sup>[2]</sup>. 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 Verdán, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”*<sup>[3]</sup>. 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

consequente, 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, primordialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da 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 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°. 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].

Ao lado disso, cuida reconhecer que os direitos de terceira dimensão são impregnados densamente pelo aspecto de solidariedade e fraternidade, extrapolando o indivíduo, mas compreendendo o gênero humano como algo singular que reclama a adoção de direitos que salvaguardem a espécie. *“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 Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais. Verifica-se, nesta esteira, a adoção de valores calcados em solidariedade, elevados à condição de sustentáculo da contemporaneidade, concebendo a coletividade como algo uno, superando o clássico pensamento individual que tende a refletir as primeiras gerações dos direitos humanos.

## 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 de 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 aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/AM, salientou que:

[...]o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada

indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição 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 *caput* 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<sup>[15]</sup>.

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

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não 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.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem manter dependência de motivações de âmbito essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnando de aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio

### **3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios**

Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. *“A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”* [16]. 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,

flúido, 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” [17]. Quadra anotar, por imperioso, 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 N° 115.599/RS:

**Ementa:** Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy

Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível Nº 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. *“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 Nº. 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 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 insertos 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 Tombamento Ambiental**

### **4.1 Conceito e Característicos**

Em uma primeira plana, cuida salientar que o tombamento se apresenta como um dos instrumentos utilizáveis, pelo Poder Público, com o escopo de se tutelar e proteger o patrimônio cultural brasileiro. Neste sentido, já firmou entendimento o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que *“o tombamento é ato administrativo que visa à preservação do patrimônio histórico, artístico ou cultural das cidades, de modo a impedir a destruição ou descaracterização de bem a que for atribuído valor histórico ou arquitetônico”* [23]. Fiorillo anuncia, com bastante propriedade, que *“dizemos tombamento ambiental, porquanto este instituto tem a finalidade de tutelar um bem de natureza difusa, que é o bem cultural”* [24]. Desta sorte, a utilização do tombamento como mecanismo de preservação e proteção do patrimônio cultural brasileiro permite o acesso de todos à cultura, substancializando verdadeiro instrumento de tutela do meio ambiente.

Com realce, o instituto em comento se revela, em sede de direito administrativo, como um dos instrumentos criados pelo legislador para combater a deterioração do patrimônio cultural de um povo, apresentando, em razão disso, maciça relevância no cenário atual, notadamente em decorrência dos bens tombados encerrarem períodos da história nacional ou, mesmo, refletir os aspectos característicos e identificadores de uma comunidade. À luz de tais ponderações, é observável que a intervenção do Ente Estatal tem o escopo de proteger o patrimônio cultural, busca preservar a memória nacional. Ao lado disso, o

tombamento permite que o aspecto histórico seja salvaguardado, eis que constitui parte da própria cultura do povo e representa a fonte sociológica de identificação de vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade. *“A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial”* [25].

Desta feita, o proprietário não pode, em nome de interesses particulares, usar ou fruir de maneira livre seus bens, se estes se traduzem em interesse público por atrelados a fatores de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística. *“São esses bens que, embora permanecendo na propriedade do particular, passam a ser protegidos pelo Poder Público, que, para esse fim, impõe algumas restrições quanto a seu uso pelo proprietário”* [26]. Os exemplos de bens a serem tombados são extremamente variados, sendo os mais comuns os imóveis que retratam a arquitetura de épocas passadas na história pátria, dos quais podem os estudiosos e pesquisadores extrair diversos meios de conhecimento do passado e desenvolver outros estudos com vistas a proliferar a cultura do país. Além disso, é possível evidenciar que é corriqueiro o tombamento de bairros ou até mesmo cidades, quando retratam aspectos culturais do passado. Com o escopo de ilustrar o expandido, mister se faz colacionar os arestos jurisprudenciais que acenam:

**Ementa:** Direito Constitucional - Direito Administrativo - Apelação - Preliminar de não conhecimento - Inovação Recursal - Ausência de Documentos Indispensáveis para propositura da Ação - Não Configuração - Pedido de Assistência Judiciária - Indeferimento - Ação Civil Pública - Dano ao Patrimônio Histórico e Cultural - Edificação em imóvel localizado no Conjunto Arquitetônico de Ouro Preto - Tombamento - Aprovação do IPHAN - Inexistência. [...] - OMunicípio de Ouro Preto foi erigido a Monumento Nacional pelo decreto nº. 22.928, de 12/06/33, e inscrito pela UNESCO na lista do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural em 21/09/80, e a cidade teve todo o seu Conjunto

Arquitetônico tombado. Trata-se de fato notório, conhecido pela apelante e por qualquer pessoa, de forma que não se pode afirmar que o processo de tombamento do Conjunto Arquitetônico do referido Município seja um documento indispensável para a propositura da presente ação civil pública. - O imóvel que faz parte do Conjunto Arquitetônico de Ouro Preto, e integra o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da cidade, deve ser conservado por seu proprietário, e qualquer obra de reparo de tal bem deve ser precedida de autorização do IPHAN, sob pena de demolição. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0461.03.010271-3/001/ Relator: Desembargador Moreira Diniz/ Julgado em 12.06.2008/ Publicado em 26.06.2008).

**Ementa:** Ação popular. Instalação de quiosques no entorno de praças municipais. Tombamento preservado. Inocorrência de ofensa ao patrimônio ambiental cultural. O fato de as praças municipais serem tombadas, como partes do Patrimônio Histórico e Cultural do Município de Paraisópolis, não podendo, conseqüentemente, serem ocupadas ou restringidas em sua área, para outras finalidades (Lei Municipal n. 1. 218/89) não impede a instalação, ao redor delas, de quiosques de alimentação, porquanto o tombamento se limitou às praças, e não ao entorno delas. Assim, não há ofensa ao patrimônio ambiental cultural. A instalação dos referidos quiosques não configura abalo de ordem ambiental, visto que não houve lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação - alteração adversa - do equilíbrio ecológico do local. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quinta Câmara Cível/ Apelação Cível/Reexame

Necessário N° 1.0473.03.000617-4/001/ Relatora:  
Desembargadora Maria Elza/ Julgado em  
03.03.2005/ Publicado em 01.04.2005).

É verificável que a proteção dos bens de interesse cultural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil<sup>[27]</sup>, que impõe ao Estado o dever de garantir a todos o exercício de direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. *“Por outro lado, nela se define o patrimônio cultural brasileiro, composto de bens materiais e imateriais necessários à exata compreensão dos vários aspectos ligados os grupos formadores da sociedade brasileira”*<sup>[28]</sup>. O Constituinte, ao insculpir, a redação do §1º do artigo 216 da Carta de Outubro estabeleceu que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. *“Independentemente do tombamento, o patrimônio cultural e histórico merece proteção, e, neste caso, ainda que precária - até definitiva solução da questão em exame - essa proteção, se não for dada, inviabilizará qualquer ação futura, pois a demolição é irreversível”*<sup>[29]</sup>.

Resta patentemente demonstrado que o tombamento é uma das múltiplas formas utilizadas na proteção do patrimônio cultural brasileiro. Como bem anota Meirelles, *“tombamento é a declaração do Poder Público do valor histórico, artísticos, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”*<sup>[30]</sup>. O tombamento é um dos institutos que têm por objeto a tutela do patrimônio histórico e artístico nacional, que implica na restrição parcial do imóvel, conforme se verifica pela legislação que o disciplina. Ao lado disso, com o escopo de explicitar a proeminente natureza do instituto em comento, é possível transcrever os arestos que se coadunam com as ponderações estruturadas até o momento:

**Ementa:** Constitucional e Administrativo.  
Mandado de segurança. Imóvel. Valor histórico e  
cultural. Declaração. Município. Tombamento.

Ordem de demolição. Inviabilidade. São deveres do Poder público, nos termos dos arts. 23, III e IV; 30, I e IX e 216, §1º, da Constituição Federal, promover e proteger o patrimônio cultural, artístico e histórico, por meio de tombamento e de outras formas de acautelamento e preservação, bem como impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de bens de valor histórico, artístico e cultural. Demonstrada, no curso do mandado de segurança, a conclusão do procedimento administrativo de tombamento do imóvel, com declaração do seu valor histórico e cultural pelo Município, inviável a concessão de ordem para sua demolição. Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0702.02.010330-6/001/ Relator: Desembargador Almeida Melo/ Julgado em 15.04.2004/ Publicado em 18.05.2004).

**Ementa:** Tombamento - Patrimônio Histórico e Cultural - Imóvel reputado de valor histórico pelo município onde se localiza - Competência Constitucional dele para aferi-lo e tombá-lo. Nada impede que o Município, mediante tombamento, preserve imóvel nele situado e que considere de valor histórico-cultural, "ex vi" do art. 23, inciso III, da Lei Fundamental da República, que a ele - Município, atribui a competência para fazê-lo. Ademais, a cada comunidade, com seus hábitos e culturas próprios, cabe aferir, atendidas as peculiaridades locais, acerca do valor histórico-cultural de seu patrimônio, com o escopo, inclusive, de também preservá-lo. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Embargos Infringentes 1.0000.00.230571-2/001/

Relator: Desembargador Hyparco Immesi/ Julgado em 09.10.2003/ Publicado em 03.02.2004)

O diploma infraconstitucional que versa acerca do tombamento é o Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937[31], que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, trazendo à baila as disposições elementares e a fisionomia jurídica do instituto do tombamento, inclusive no que toca aos registros dos bens tombados. Sobreleva anotar que o diploma ora aludido traça tão somente as disposições gerais aplicáveis ao fato jurídico– administrativo do tombamento. Entrementes, este se consumará por meio de atos administrativos específicos, destinados a propriedades determinadas, atento às particularidades e peculiaridades do bem a ser tombado.

#### **4.2 Natureza Jurídica**

Acalorados são os debates que discutem a natureza jurídica do instituto do tombamento, entretanto, a doutrina mais abaliza sustenta que se trata de instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada[32], dotado de fisionomia própria e impassível de confusão com as demais espécies de intervenção. Afora isso, apresenta natureza concreta e específica, motivo pelo qual, diversamente das limitações administrativas, se apresenta como uma restrição ao uso da propriedade. Neste almiré, é forçoso frisar que a natureza jurídica do tombamento é a de se qualificar como meio de intervenção do Estado, consistente na restrição ao uso de propriedades determinadas.

No que se refere à natureza do ato, em que pesem às ponderações que orbitam acerca de ser ele vinculado ou discricionário, cuida fazer uma clara distinção quanto à natureza do ato e quanto aos motivos do ato. Sob o aspecto de que o tombamento deve apresentar como pressuposto a defesa do patrimônio cultural, o ato se revela como sendo vinculado, porquanto o autor do ato não pode praticá-lo ostentando motivo distinto. Desta sorte, o ato está vinculado à razão nele constante. Entrementes, no que concerne à valoração da qualificação do bem como de natureza histórica, artística, cultural, paisagística, etc. e da necessidade de sua proteção, o ato é discricionário, eis que essa avaliação

é privativa da Administração. *“A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial”* [33]. Assente é o entendimento jurisprudencial que sedimenta as ponderações vertidas até o momento:

**Ementa:** Mandado de Segurança - Tombamento de bem imóvel - Ilegitimidade ativa - Constituição há menos de um ano - Artigo 5º, LXX, alínea „b' da Constituição Federal - Poder discricionário da Administração para decretar o tombamento - Processo extinto - Art. 267, VI do CPC. [...] O tombamento de prédio considerado de interesse histórico, artístico ou cultural, é ato discricionário do Administrador, sendo descabida a intervenção do Poder Judiciário no processo de tombamento, quando não demonstrada a ilegalidade do mesmo. Apelo improvido. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Segunda Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0145.03.094392-5/003/ Relator: Desembargador Jarbas Ladeira/ Julgado em 14.12.2004/ Publicado em 30.12.2004).

**Ementa:** Agravo. Liminar em mandado de segurança. Tombamento de bem imóvel. O poder discricionário da autoridade administrativa vale, na medida em que o ordenamento jurídico concede ao administrador a prerrogativa de agir movido pelos critérios de oportunidade e conveniência, sopesados com parcimônia para que o fim último seja alcançado. Descabimento da intervenção do Judiciário no processo de tombamento, indemonstrada, ""prima facie"", irregularidade no mesmo. Agravo provido, para cassar a liminar. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Segunda Câmara Cível/ Agravo de Instrumento 1.0145.03.094392-5/001/ Relator: Desembargador

Jarbas Ladeira/ Julgado em 03.02.2004/ Publicado em 20.02.2004).

Da mesma forma, é cabível, ainda, a observação de que o tombamento constitui um ato administrativo, sendo imperioso, por via de consequência, que apresente todos os elementos necessários para materializar a moldura de legalidade. O tombamento, enquanto instituto do direito administrativo, não acarreta a produção de todo um procedimento; ao contrário, é efetivamente um ato só, um ato administrativo único. O que ocorre é que aludido ato resulta necessariamente de procedimento administrativo e corresponde ao desfecho de toda a sua tramitação. Assim, o ato não pode ser perpetrado em uma única ação, ao revés, reclama todo um sucedâneo de formalidades prévias.

## **5 Tessituras ao Entendimento Jurisprudencial sobre à Responsabilidade pela Manutenção e Conservação do Patrimônio Histórico-Cultural**

Tecidos tais comentários, revela-se de imprescindível importância abordar, de acordo com o entendimento jurisprudencial dominante, ao interpretar a legislação de regência sobre a matéria, a responsabilidade pela proteção e conservação dos bens tombados. Nesta linha de exposição, Di Pietro<sup>[34]</sup> explica que, com o tombamento de um bem, gera-se várias obrigações ao proprietário e às propriedades apensas. No que concerne às obrigações positivas, é possível elencar: I. Dever de conservação do bem destinado a preservação do mesmo, ou caso não houver meios, comunicar sua impossibilidade ao órgão competente, sob pena de incorrer em multa correspondente ao dobro da importância em que foi avaliado o dano sofrido pela coisa; II. Assegurar o direito de preferência de aquisição em caso de alienação onerosa. Isto é, caso o proprietário do imóvel resolva alienar este, deverá assegurar o direito de preferência, oferecendo, na seguinte ordem: primeiramente à União, em seguida Estados, e, por fim, Municípios, sob pena de nulidade do ato, sequestro do bem por qualquer dos titulares do direito de preferência e multa de 20% do valor do bem a que ficam sujeitos transmitente e o adquirente. As punições devem ser determinadas pelo Poder Judiciário;



Morais ainda acrescenta: "III. Só haver transferência para esfera da federação, caso se trate de bem tombado público"[35].

Em harmonia com o escólio apresentado por Di Pietro[36], as obrigações negativas podem ser descritas como: I. Vedação à destruição, demolição ou mutilação, e, sem prévia autorização do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, atualmente IPHAN, repará-las, pintá-las ou restaurá-las, sob pena de multa de 50% do dano causado. Moraes[37], em tom de complemento, acrescenta que o bem tombado só poderá sair do país por curto período de tempo, sem transferência de domínio, e para fim de intercâmbio cultural, a juízo do IPHAN. Ainda segundo Di Pietro[38], há as obrigações dos imóveis vizinhos: I. As propriedades em questão sofrem as consequências provindas do Tombamento, dentre elas a de não realizarem construções que possam impedir ou dificultar a visualização do bem tombado, juntamente a impossibilidade de colocar anúncios e cartazes próximos ao bem tombado, sob pena de destruição da obra ou multa de 50% do valor do objeto.

Trata-se, com efeito, de reconhecer que a legislação em comento conferiu, de maneira substancial, ao proprietário do bem tombado uma função série de obrigações negativas, em especial no que toca à impossibilidade de destruição, demolição ou mutilação das coisas tombadas, sem que haja prévia autorização do Instituto Brasileiro do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, nem repará-las, pintá-las ou restaurá-las. Ademais, no que concerne às obrigações de suportar, o proprietário fica sujeito à fiscalização do bem pelo órgão competente, sob pena de cominação de multa em caso de oposição de obstáculos indevidos à vigilância. Ademais, em ressonância com o artigo 19 do Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937[39], que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, o Superior Tribunal de Justiça já assentou entendimento jurisprudencial cristalizado no sentido que incumbe ao proprietário do bem tombado a responsabilidade para a proteção e conservação do patrimônio cultural. Neste sentido, é possível colacionar os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

**Ementa:** Processual Civil. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Alegação de julgado ultra petita. Inexistência. Acórdão que entendeu caracterizada a responsabilidade do Município pelo abandono e dano gerado ao patrimônio histórico e cultural do Município do Rio de Janeiro. Alteração do entendimento. Inviabilidade. Súmula 7/STJ. [omissis] 3. Cabe ao proprietário a responsabilidade pela conservação e manutenção de bem tombado (REsp 666.842/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009). 4. As instâncias ordinárias, à luz da matéria fática e de prova pericial produzida nos autos, concluíram pela caracterização da responsabilidade do Município pelo abandono e dano gerado ao patrimônio histórico e cultural do Município do Rio de Janeiro, "em razão da destruição de galpões e da precariedade em que se encontram os demais bens integrantes do acervo do Museu do Trem, sendo que a lesão decorreu de condutas comissivas e omissivas de quem deveria zelar pela conservação: Município do Rio de Janeiro". 5. Diante desse quadro, alterar o entendimento do Tribunal de origem, para (fosse o caso) acolher a pretensão recursal, demandaria revolvimento de matéria fática, o que é inviável no recurso especial, por força da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 6. Agravo regimental provido para, reconsiderando a decisão agravada, conhecer do agravo e negar seguimento ao recurso especial. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Turma/ AgRg no AREsp 270.510/RJ/ Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região)/ Julgado em 16.02.2016/ Publicado no DJe em 22. 02.2016).

**Ementa:** Processual Civil e Administrativo. Ação Civil Pública. Legitimidade Passiva da União. Bem imóvel tombado. Responsabilidade de manutenção e conservação. 1. Nos termos do art. 19 do Decreto-lei n. 25/37, cabe ao proprietário a responsabilidade pela conservação e manutenção de bem tombado. Na espécie, sendo a União proprietária do imóvel tombado, objeto da ação civil pública, cabe a ela promover as obras e os reparos necessários à conservação do bem. 2. Tal função não se confunde com a atribuição do IPHAN em fiscalizar e proteger o patrimônio histórico e cultural no uso regular do seu poder de polícia. 3. Recurso especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 666.842/RJ/ Relator Ministro Mauro Campbell Marques/ Julgado em 15.10.2009/ Publicado no DJe em 28.10.2009)

Denota-se, portanto, à luz dos entendimentos jurisprudenciais colacionados, que a responsabilidade para a manutenção e conservação do patrimônio histórico-cultural, primariamente, incumbe ao proprietário da coisa tombada. Contudo, nos termos do artigo 19 do Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937<sup>[40]</sup>, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, o proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Instituto Brasileiro do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

#### **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: . Acesso em 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **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: . Acesso em 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **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: . Acesso em 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

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: . Acesso em 20 ago. 2016.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

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: . Acesso em 20 ago. 2016.

**MORAIS, Maxwell Medeiros de**. Regime jurídico do tombamento. Disponível em: . Acesso em: 20 ago. 2016.

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

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

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. **JuridPublicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. O Direito Ambiental e o princípio do desenvolvimento sustentável. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

#### NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

[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 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

[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: . Acesso em 20 ago. 2016.

[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: . Acesso em 20 ago. 2016.

[7] BRASIL. **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: . Acesso em 20 ago. 2016.

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

[9] BRASIL. **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: . Acesso em 20 ago. 2016.

[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 N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução N° 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

[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: . Acesso em 20 ago. 2016: “*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 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: . Acesso em 20 ago. 2016.

[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: . Acesso em 20 ago. 2016, 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: . Acesso em 20 ago. 2016.

[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: . Acesso em 20 ago. 2016.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

[23] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento 1.0069.08.023127-2/001. Administrativo - Tombamento - Entes Federados - Dever - Inteligência do art. 23, IV, da Constituição da República. O tombamento é ato administrativo que visa à preservação do patrimônio histórico, artístico ou cultural das cidades, de modo a impedir a destruição ou descaracterização de bem a que for atribuído valor histórico ou arquitetônico. De se ressaltar que referido ato, segundo o disposto no art. 23, IV, da Constituição da República, é dever imposto a todos os entes federados. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Antônio Hélio Silva. Julgador em 18.09.2008. Publicado em 29.09.2008. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

[24] FIORILLO, 2012, p. 428-429.

[25] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 70033392853. Ação civil publica. Tombamento. Cassino da Maroca. Omissão administrativa. Inocorrência. 1. O tombamento é ato administrativo discricionário, sendo passível de controle judicial quanto à legalidade. 2. Existentes 35 bens de valor cultural, de acordo com Inventário elaborado pela Faculdade de Arquitetura da Fundação Universidade de Passo Fundo, em convênio com a Administração do Município, não compete ao Poder Judiciário

indicar qual deles deverá ser tombado com precedência sobre os demais. 3. A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial. Apelação a que se nega provimento. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Julgador em 10.11.2010. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

[26] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 734.

[27] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016

[28] CARVALHO FILHO, 2011, p. 735.

[29] MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento 1.0183.06.120771-2/001. Constitucional e Administrativo - Ação Civil Pública - Liminar - Imóvel de Valor Histórico e Cultural, objeto de pedido de tombamento - Demolição - Impossibilidade. - Independentemente do tombamento, o patrimônio cultural e histórico merece proteção, e, neste caso, ainda que precária -- até definitiva solução da questão em exame -- essa proteção, se não for dada, inviabilizará qualquer ação futura, pois a demolição é irreversível. Todas as formas de acautelamento e preservação podem ser tomadas pelo Judiciário, na sua função geral de cautela (arts. 23, III e IV; 30, I e IX, e 216, §1º, da Constituição Federal). Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Wander Marotta. Julgador em 15.05.2007. Publicado em 29.05.2007. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

[30] MEIRELLES, 2012, p. 635.

[31] BRASIL. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

[32] Neste sentido: CARVALHO FILHO, 2011, p. 738.

[33] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 70033392853. Ação civil publica. Tombamento. Cassino da Maroca. Omissão administrativa. Inocorrência. 1. O tombamento é ato administrativo discricionário, sendo passível de controle judicial quanto à legalidade. 2. Existem 35 bens de valor cultural, de acordo com Inventário elaborado pela Faculdade de Arquitetura da Fundação Universidade de Passo Fundo, em convênio com a Administração do Município, não compete ao Poder Judiciário indicar qual deles deverá ser tombado com precedência sobre os demais. 3. A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial. Apelação a que se nega provimento. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Denise Oliveira Cezar. Julgador em 10.11.2010. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

[34] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

[35] **MORAIS, Maxwell Medeiros de**. Regime jurídico do tombamento. Disponível em: . Acesso em: 20 ago. 2016.

[36] DI PIETRO, 2013.

[37] **MORAIS, 2001, s.p.**

[38] DI PIETRO, 2013.

[39] BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

[40] BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: . Acesso em 20 ago. 2016.

## O ESTADO PERMITIU UM JUDICIÁRIO INSOLENTES

**ROBERTO MONTEIRO PINHO:** Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro.

Ao que tudo indica pelo comportamento generalizado dos atores da especializada (servidores e juízes), reiteradamente fazem o que bem entendem, em nome do nada, utilizando normas pessoais (varas e turmas dos TRTs trabalham diferenciadas), tudo ao sabor do melhor para eles e não em deferência ao jurisdicionado como um todo.

É bom lembrar mais uma vez, que isso ocorre em detrimento da liberdade que o estado permite na sua administração (não jurídicas). Na obra de minha autoria, “Justiça Trabalhista do Brasil – o fenômeno social agoniza”, editada pela Topbooks, alerta sobre os já de conhecimento público, fatos alarmantes até então existentes, e preconizei o caos crescente, e da à ameaça de extinção deste judiciário laboral.

Um judiciário contaminado pela soberba, preconceito, corporativo, insolente e de total desprezo aos demais segmentos que atuam em seus tribunais. Inclusive os próprios demandantes são compelidos a suportar o ativismo que provoca a divisão de classes.

Uma justiça que seus juízes de primeiro grau, ridiculamente, assinam sentenças, despachos e decisões, se autodenominando de: “juiz desembargador”, e se comportam como se ali fosse um partido político,

pouco podemos esperar. Ausente o estado, está cada vez mais distante o bom senso que possa existir em seus quadros. Será que os juízes se preocupam realmente com as relações de trabalho? Não estariam eles visando exclusivamente ao seu status dentro da estrutura de estado? Porque as conciliações diminuíram expressivamente?

**Conforme conceitua Ada Pellegrini Grinover durante um longo período, a heterocomposição e a autocomposição foram considerados instrumentos próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o “processo” jurisdicional representava insuperável conquista da civilização, ressurgiu hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo ou encurtá-lo, conquanto não o excluam necessariamente.**

O trade trabalhista precisa estar atento, eis que a aprovação do texto que será levado à votação no Congresso, tendo como relator, deputado Rogério Marinho (PSDB-RN), para a comissão especial que analisa o tema, se o trabalhador pedir demissão ele não pode movimentar o saldo do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), não ganha indenização, é descontado das verbas rescisórias se não cumprir o aviso prévio e não pode pedir seguro-desemprego. Se o trabalhador for demitido por justa causa, a mesma coisa, e sem necessidade de aviso prévio por parte da empresa.

Mantido se o trabalhador for demitido sem justa causa, tem direito ao aviso prévio e pode acessar o dinheiro no seu FGTS, além de receber uma multa de 40% sobre o saldo. Para inibir fraudes, a exemplo as que envolvem o Art. 484-A cria a modalidade da demissão “de comum acordo” entre empregador e empregado.

Vislumbrei aqui mesmo, o que poderia ocorrer com essa justiça no futuro se por acaso fossem criados dispositivos alternativos de solução dos conflitos do trabalho. A exemplo a lei para que trabalhadores e empregadores façam ajustes coletivos no âmbito de suas empresas, e este com força de lei, se farão terminativo.

Preocupa muito, em razão do que já ocorre, de que os magistrados trabalhistas, continuam criando empecilhos de ordem incidental, com o

objetivo de esvaziar este dispositivo. Venho criticando a postura antagônica de magistrados, aos temas de solução de conflitos ágeis, com o único propósito de anular acordos. A reserva de mercado, o corporativismo e caráter intervencionista deste judiciário nas mãos dos juízes do trabalho, são as “águas turvas” que banham e aniquilam a especializada.

Os tribunais superiores (TRTs e o próprio TST) reformam decisões, onde centenas de novos mecanismos que sustentam a base do direito do trabalho são de caráter pacifista, e facilitador das questões decisórias processuais são escusadas em lides comprometedoras.

## ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO ARGUMENTATIVA REALIZADA PELO MINISTRO CEZAR PELUSO PARA A CONSTRUÇÃO DO SEU VOTO NA ADI 3.510 (CÉLULAS-TRONCO HUMANAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS)

**PEDRO AURELIO AZEVEDO LUSTOSA:**  
Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.

**Resumo:** Este trabalho apresenta uma análise da construção argumentativa realizada pelo ministro Cezar Peluso para a construção do seu voto na ADI 3.510, que trata da possibilidade de utilização de células-tronco humanas em pesquisas científicas. Em seu voto, o ministro separa seus argumentos em duas grandes teses: (i) a ausência de vida nos embriões humanos congelados; e (ii) os embriões humanos ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas. Em cada um desses pontos, faz-se uma análise sobre a estrutura da argumentação e das estratégias retóricas utilizadas.

**Palavras-chave:** ADI nº 3.510. Ministro Cezar Peluso. Análise argumentativa. Estratégias retóricas. Células-tronco. Embrião.

**Abstract:** This work presents an analysis of the argumentative construction carried out by Minister Cezar Peluso for the construction of his vote in ADI 3,510, which deals with the possibility of using human stem cells in scientific research. In his vote, the minister separates his arguments into two major theses: (i) the absence of life in frozen human embryos; and (ii) human embryos bear constitutional dignity, although to a degree different from that conferred on the lives of human persons. In each of these points, an analysis is made on the structure of the argumentation and the rhetorical strategies used.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Primeira Tese: “A ausência de vida nos embriões humanos congelados”. 2.1. Estrutura da argumentação. 2.2. Estratégias retóricas utilizadas. 3. Segunda Tese: “Os embriões humanos ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas”. 3.1. Estrutura da argumentação. 3.2. Estratégias retóricas utilizadas. 4. Conclusão. 5. Referências.



## **Introdução.**

Na ADI nº 3.510 – que trata de “*ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo por alvo o artigo 5a da Lei Federal no 11.105 ("Lei da Biossegurança"), de 24 de março de 2005*” –, observou-se um grande debate acerca da possibilidade de utilização de células-tronco humanas em pesquisas científicas.

Assim, com vista na relevância do caso, busca-se, nesse estudo, analisar a construção argumentativa do voto proferido pelo ministro Cezar Peluso na mencionada ADI.

Para alcançar esse objetivo, faz-se necessária a separação do voto em duas grandes teses: a defendida no tópico “*II. A ausência de vida nos embriões humanos congelados*”, na qual o ministro irá explicar por que a lei 11.105/05 não fere o direito à vida; e a abordada no tópico “*III. Os embriões humanos ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas*”, em que o ministro esclarecerá qual a proteção reservada aos embriões e como garanti-la.

Acerca de cada uma das partes, é feito um estudo com a estrutura argumentativa do Ministro, tentando identificar a *ratio decidendi*, bem como as razões independentes, dependentes, principais e acessórias. Também se buscará verificar as estratégias retóricas utilizadas.

A análise da primeira tese também trará comentários acerca da do tópico “*I. Refutação dos argumentos impertinentes*” do voto, no que for relevante ao desenvolvimento deste estudo.

**I – Primeira Tese: “A ausência de vida nos embriões humanos congelados”.**

### **a) Estrutura da argumentação:**

Antes entrar no tema desta primeira parte, Peluso contesta os argumentos utilizados ao longo do processo, “*não apenas por intuitiva necessidade de método e de coerência lógico-jurista, senão também em*

*homenagem a todos os ilustres interlocutores deste nobre diálogo”* (tópico I. *Refutação dos argumentos impertinentes*). Mais interessante do que analisar a refutação em si é perceber como o ministro desqualifica os argumentos, chamando-os, além de outros adjetivos peculiares, de inconsistentes. Esse estudo será feito adiante. Por ora, fiquemos com a estrutura.

Questionar as alegações das partes, além da importância retórica, é uma forma de promover a dialética, ressaltando as antíteses e afirmando seu próprio discurso. Contudo, não se espera que um ministro encerre sua argumentação nesse ponto. Assim, consideram-se as razões apresentadas como acessórias ao voto.

Não cabe ficar analisando cada um dos contra-argumentos apontados nessa parte acessória, apenas ressaltar aqueles que possam ter influência no voto. É o caso da refutação do argumento levantado pela Advocacia-Geral da União. A AGU levantou que, analogamente à morte encefálica, a vida deveria ter seu início na neurulação (formação do sistema nervoso). Peluso replica essa teoria afirmando que o fim da vida está menos baseado em provas científicas do que em convenções sociais e políticas. O ministro trará a mesma ideia quando for discutir sobre as teses do início da vida. Afirmar que certas crenças sociais são apenas convenções nos parece uma “*faca de dois gumes*”: se por um lado elimina o teor de verdade absoluta do argumento do seu adversário, por outro impede que a sua própria tese se baseie em convenções. Ademais, é sabido que paradigmas podem ser alterados; fazê-los não é ruim, a depender de quem é afetado. Uma afirmação tão expressa no voto de um ministro do STF pode não ser adequada às consequências.

É no tópico II que Peluso vai se concentrar em responder à questão principal da ADI nº 3.510: o Art. 5º da lei nº 11.105/05 seria inconstitucional por ferir o direito à vida? A essa pergunta, o ministro tem uma resposta categórica: não. E explicará: ainda que um embrião e uma pessoa nascida tenham ambas características de humanidade, aquele não pode ser comparado à complexidade desta. Assim, ainda que haja algum estágio de vida em alguém que não nasceu – e Peluso irá defender que há sim -, não é suficiente para que haja alguma garantia de que essa vida será

preservada. É de extrema importância compreender essa ideia, porque os argumentos que serão utilizados a partir daí giram em torno dessa ideia.

Logo em seguida o ministro desenvolverá a sua tese colocando duas premissas chaves para o seu argumento: o embrião não seria uma pessoa, nem estaria dotado de vida atual. Mais à frente, argumentará que, o embrião, a despeito de ter completude genética, não tem a complexidade de uma pessoa, capaz de interagir com o mundo e se alterar por si mesma. Afinal, ele coloca, a vida não pode se reduzir a genes. Dessa forma, o embrião não estaria qualificado para merecer a proteção total do Art. 5º da Constituição Federal.

O auge do voto do ministro no tópico II mostra-se na comparação entre as pesquisas com CTE e a técnica de fertilização *in vitro*. Esta técnica produz, por necessidade, uma quantidade de embriões superior àquela que será de fato implantada no útero. Os excedentários normalmente são descartados, se os genitores não decidirem o contrário. Segundo Peluso, a PGR em nenhum momento se mostrou contrária a esse tipo de fertilização, que poderia, em tese, também ferir o direito à vida do embrião. Portanto, segundo ele, por uma questão de universalidade da decisão, as pesquisas com células-tronco embrionárias não podem ser proibidas.

Esse é um argumento bom por alguns motivos. Do ponto de vista lógico, Peluso acerta ao lembrar ao Tribunal que eles não podem tratar situações semelhantes de modo diferente – tanto a fertilização *in vitro* quanto as pesquisas com CTE descartam os embriões utilizados em algum momento. Assim, se estas ferirem o direito à vida e forem proibidas, aquela também deve ser.

A estratégia retórica utilizada também é um ponto alto nesse argumento. O ministro não traz à discussão simplesmente a técnica de fertilização, mas o faz com intuito de criticar a demandante, apontando sua imperdoável contradição ao não considerar aquela técnica. Como é possível perceber, é muito comum ao longo do voto que o magistrado aponte falhas na argumentação das partes, quase as ridicularizando. Ponto mais interessante ainda é que, ao comparar a fertilização com as pesquisas com CTE, Peluso sempre se refere a estas como mais vantajosas por “*salvarem*

vidas”. É manifesta a sua intenção de afetar as paixões do público, uma vez que, mesmo as pesquisas com células-tronco mostrando algum êxito, não o fazem em uma escala a ponto de serem consideradas “salvadoras”. Observação que o ministro prefere não constar no voto.

Outro argumento acessório utilizado pelo ministro aparece quando refuta duas ideias utilizadas por um jurista americano – Russell Korobkin – contra as células-tronco. Korobkin defende que o fato de o embrião já ter seu próprio DNA o colocaria num equivalente moral com os já nascidos, além de ter a potencialidade de se tornar uma vida. Peluso rebate: considerando que uma pessoa não pode ser reduzida aos seus genes, falta no embrião a capacidade de interação com o meio social que lhe desenvolverá alguma personalidade. Por outro lado, ainda que o embrião seja uma vida em potencial, não poderá mover o seu desenvolvimento por si mesmo; é necessário que ele seja implantado em um útero, continuando o seu processo de tornar-se uma vida.

A razão acima é significativa porque é um caso em que a argumentação se confunde com a própria estratégia retórica. Os argumentos utilizados pelo ministro foram pertinentes, de fato, mas parte da sua legitimidade se justifica por ele ter refutado a tese de um dos professores da *Ivy League*. O que está implícito é que o Ministro Cezar Peluso não é somente intelectual por conhecer juristas americanos, mas é suficientemente erudita para rebater seus argumentos.

Não poderia faltar no voto algum comentário sobre quando começa o início da vida. Ainda que essa questão ocupe um espaço considerável na exposição do ministro, há algumas características nesses argumentos que permitirão afastá-lo da *ratio decidendi* e aproximá-los do *obiter dictum*. Percebe-se que é um momento em que Peluso utiliza mais citações de autores especializados no assunto; sua linha de raciocínio é repetitiva e até um pouco confusa.

Cezar Peluso assume que o início da vida se dá no momento da fecundação. Defende, algumas páginas depois, a ideia de que a vida é um processo: apesar de seu começo se dar de fato na fecundação, seguem-se várias etapas que visam concretizar aquele ser em uma pessoa humana

efetivamente. O embrião está em um momento inicial do referido processo, de modo que não tem ainda a complexidade de uma pessoa já nascida. Esta tem capacidade de alterar seu estado por si mesmas – *movimento autógeno*, como ele coloca -, propensão que falta naquele.

A pergunta que persiste é por que o ministro, tendo afirmado que o início da vida é mera convenção jurídica, adota uma teoria contrária *a priori* a sua posição sobre células-tronco embrionárias? Por que ele, tendo descartado a importância dessas definições, não adota uma teoria mais facilmente defensável? Por que ele se esforça no seu nó retórico para provar que, mesmo a vida tendo início na fecundação, as pesquisas com CTE não ferem o direito à vida?

Longe de tentar descobrir o que se passou na cabeça do ministro naquele momento, cabe levantar algumas hipóteses. A mais inocente mostraria que Peluso realmente acredita que a vida é um processo, em que seu estágio inicial é a fusão dos gametas. A sua argumentação seria, então uma tentativa confusa de explicar uma crença pessoal. É uma possibilidade.

Por outro lado, considerando o quanto Peluso gosta de refutar argumentos contrários, podemos pensar em outro cenário possível. A teoria da fecundação é normalmente utilizada por aqueles que são avessos a pesquisas com embriões. Seria uma demonstração de eloquência se o ministro conseguisse não refutar o argumento da parte contrária, mas utilizá-lo como favorável a pesquisas embrionárias. Essa possibilidade explicaria por que o ministro defende com tanto ardor que a vida é um processo.

Ao fim do tópico II são encontrados alguns exemplos de razões dependentes. Tendo consolidado a ideia de que, apesar de o início da vida se dar na fecundação, ela apenas se concretiza o suficiente ao ponto de ser defendida no nascimento, Peluso trabalhará os seguintes argumentos: disponibilidade jurídica dos genitores sobre o embrião e a razoabilidade de escolha deste na pesquisa.

Sobre a disponibilidade jurídica, o ministro defende que os genitores agem como “*donos*” do embrião, de tal forma que, na fertilização *in*

*vitro* têm a liberdade de escolher qual destino dar aos excedentários: reprodução, congelamento ou descarte. É interessante a utilização singela do princípio nesse argumento. Com frequência, os debates sobre direito à vida envolvem o direito à liberdade também. Peluso discretamente nos diz: “*Não se preocupem somente com direito à vida, pois no nosso ordenamento há outros princípios e valores também*”.

Quanto à razoabilidade, Peluso ressalta o argumento do meio-termo. Ou seja, não é todo e qualquer embrião que será usado nas pesquisas com CTE, apenas aqueles que preencherem os requisitos definidos no Art. 5º da lei: os inviáveis – aqueles que, de outra forma, não teriam mesmo a possibilidade de nascer – e os congelados há mais de três anos – o decurso do tempo mostraria que eles provavelmente não seriam implantados. Ambos os casos necessitam da autorização dos genitores. Essas regras mostram que as pesquisas apenas devem utilizar embriões que, em outro caso, seriam descartados ou congelados indefinidamente.

É claro que essas razões só têm força – e força razoável – se o interlocutor aceitar que não há vida defensável em um embrião. Do contrário, nem mesmo os pais poderiam dispor sobre a vida dos seus filhos, nem haveria circunstâncias que fariam o sacrifício daquele ser que ainda não nasceu algo aceitável. Por isso, consideram-se as razões apresentadas acima como dependentes.

Tendo sido abordados alguns dos argumentos mais marcantes nesse tópico, é necessário fazer alguns comentários mais gerais. O raciocínio de Peluso acerta, em termos de universalidade e coerência, ao lembrar aos outros ministros que o Direito é um sistema lógico, integrado, que deve abordar casos semelhantes de maneiras razoavelmente parecidas. Foi assim com a fertilização *in vitro* e deve ser assim com outros casos envolvendo nascituros, como no caso do aborto, por exemplo. Assim, se alguma situação dessa natureza hipoteticamente fosse julgada no STF, espera-se que o ministro adote a mesma posição. É claro que um embrião não implantado e um feto são diferentes, o que poderia dar ao ministro certa flexibilidade argumentativa.

Por outro lado, considerando que o acórdão será publicado, sua linha argumentativa poderá ser usada e abusada por qualquer pessoa e por qualquer fim. Por exemplo, a ideia de que a vida é um processo, cada estágio com complexidades diferentes, pode ser distorcida para justificar uma valorização maior de um adulto do que uma criança, ou de uma criança sobre um recém-nascido. Em nenhum momento o ministro faz tal afirmação, mas alguns trechos do texto podem ser interpretados, em um contexto completamente diferente, dessa forma. Se o embrião não tem a mesma complexidade por não ter capacidade de interação, nem experiência moral, um recém-nascido teria essas faculdades de forma bastante reduzida.

No início da argumentação, ao citar a dignidade da pessoa humana, Peluso associa este princípio a ideia de que o embrião não seria uma vida, nem uma pessoa. Posteriormente, ele irá utilizar o mesmo princípio para justificar certas garantias que devem ser dadas ao embrião. Além disso, é difícil querer defender o respeito a um ser que não tem nem mesmo o direito de nascer. Esses tópicos pontudos no voto não chegam a ser uma contradição, mas podem ser usados de base para alguém que queira refutar os seus argumentos.

Deve-se um reconhecimento ao jurista por lembrar-nos que algumas certezas, na verdade, são meras convenções jurídicas. Essa clareza é muito importante quando os ministros vão interpretar princípios e valores, principalmente quando o assunto é direito à vida e o direito à liberdade. O que se percebe é que a valorização de um ou outro direito é alterado conforme o fim que se deseja atingir, não tanto pelo princípio em si. Essa mudança de pensamento se dá pelas convenções sociais, que podem ser modificadas a depender da necessidade. Esse pensamento sempre foi latente, Peluso só o clarificou mais no seu voto.

#### **b) Estratégias retóricas utilizadas:**

Uma das mais importantes bases do Direito está na habilidade de um jurista, seja ministro, advogado, promotor ou professor, de conseguir transpassar e defender um ponto de vista. Para isso, construir uma real defesa, o mesmo jurista, deve construir argumentos em cima de uma base sólida e eloquentemente transmitir esses argumentos.

O que se vê no voto do Ministro Cezar Peluso é uma inteligente forma de unir os dois pontos, os coesos argumentos que formam uma linha reta de pensamento e as estratégicas retóricas, que dão dinamicidade ao pensamento exposto por tais argumentos.

O inteligente uso das estratégias retóricas, usadas pelo Ministro mostra um grande conhecimento do assunto, não somente do tema que esta sendo debatido, mas também da antiquíssima arte do falar bem, é difícil encontrar uma palavra ou frase que tenha sido escolhida ao acaso, tudo se conecta e se encaixa como um quebra cabeça.

Para que se compreenda a análise retórica de um discurso como o do Ministro Peluso, faz-se necessário de parâmetros de estudo. A fim de que seja mantida a imparcialidade e seguindo o que foi ensinado em “*Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional*”, por Isaac Reis, serão seguidos os caminhos demarcados por Katharina Gräfin von Schlieben, separando as estratégias em *ethos*, *pathos* e *logos*.

As estratégias de *Ethos* consistem nas estratégias que buscam emanar a credibilidade, a legitimidade e a autoridade do autor; no presente caso o Ministro Cezar Peluso; o que o autor escolhe para que o leitor confie em seus argumentos.

O *Pathos* dominado pelos oradores nada mais é do que a habilidade de mover emocionalmente o receptor ao seu lado do debate, as persuasões que se utilizam da plasticidade das palavras, a forma que se cria emoções e imagens por meio de figuras de linguagem e recursos gramaticais.

Finalmente temos o *Logos*, que busca a razão, a verdade dos argumentos, fatos e argumentos objetivos e sistemáticos que se validam independente do orador que os proferem.

Sabendo disso pode-se seguir para uma observação geral do discurso do Ministro Cezar Peluso nos pontos I e II de seu voto, onde ele expressa os motivos pelos quais a Lei 11 105/05 não fere o direito a vida como é concebido pela comunidade jurídica e a própria constituição.



Uma leitura focada nas estratégias retóricas utilizadas pelo Ministro mostra um emprego inteligente dessas estratégias; sempre iniciando novos pensamentos ou argumentos com as estratégias de *Ethos*, seguidos de pontuações racionais de estratégias de *Logos* e apenas em certos momentos vê-se a utilização dos recursos de *Pathos*. De forma geral, essa estrutura se vê repetida diversas vezes durante todo o discurso, o que prova que antes de qualquer informação que seja relevante e factual seja apresentada o leitor esteja ciente da legitimidade do autor para fazê-lo.

Nas primeiras páginas dos votos, o Ministro apresenta seus argumentos de refutação, nomeando aqueles utilizados pelas partes de “*argumentos impertinentes*”.

*1. Refutação dos argumentos impertinentes.*

*2. Antes de entrar a expor meu pensamento sobre a questão central da causa, gostaria de, não apenas por intuitiva necessidade de método e de coerência lógico-jurídica, senão também em homenagem todos os ilustres interlocutores deste nobre diálogo, refutar, posto que com brevidade, dentre os principais argumentos apresentados por ambas as correntes, aqueles que, com o devido respeito, me parecem menos sólidos ou consistentes, e, como tais, irrelevantes para a decisão.*

*2.1 Em primeiro lugar, embora reconheça dê lugar a comparação ilustrativa, tenho por insuficiente a analogia retórica que se intenta estabelecer entre os momentos da chamada morte encefálica e, a contrario sensu, do início da vida, o qual se daria com a neurulação, ou estágio de esboço do sistema nervoso.*

*A opção legislativa, tomada pelo art. 3º da Lei federal nº 9.434, de 1997,3 pela morte encefálica como marco relevante do diagnóstico de óbito para fins de transplante ou tratamento, bem como sua regulamentação, por via da Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM nº 1.480/97, baseia-se na*

*técnica normativo-operacional da ficção jurídica, que reproduz mera convenção, embora não despida de fundamentos médico-científicos.*<sup>[1]</sup>

Observa-se na passagem a cima destacada, que em todo ponto 2, o autor utiliza-se das estratégias de *Ethos* para certificar de que ele está em posição de autoridade para discorrer sobre o assunto. Especialmente quando é dito “*também em homenagem todos os ilustres interlocutores deste nobre diálogo*” o Ministro faz questão de expor a importância do diálogo que o próprio faz parte, e sendo algo de tamanha importância, apenas alguém que fosse do mesmo calibre estaria apto a interferir no andamento da discussão.

Essa estratégia de *Ethos* é um elogio direcionado a um grupo em que ele faz parte e assim, elogiando a si mesmo. No texto de Isaac Reis, ele define esse recurso como:

*Elogios e adjetivações aos outros membros da corte e demais participantes da relação processual, como forma de elogio do Tribunal e de si mesmo, como par.* <sup>[2]</sup>

Esse recurso de autoelogio indireto é repetido à exaustão no voto do Ministro Peluso, e será apontado mais a frente.

Ainda no trecho destacado do voto, nota-se que depois de apresentar sua posição legítima de argumentador, o ministro faz-se utilizar de exposições tiradas do universo jurídico-normativo, utilizando-se de leis e regulamentos para sustentar seus argumentos.

O emprego de tais citações faz parte do uso de sua estratégia de *Logos*, também constante na classificação de Isaac Reis como Argumentos de Codificação, significando a busca de passagens textuais de codificações jurídicas.

Uma interessante estratégia retórica visível no voto do Ministro Peluso é a diminuição do valor argumentativo de seus interlocutores no debate sobre a utilização de células-tronco na pesquisa científica. Essa diminuição não se encontra enquadrada em nenhuma das classificações

oferecidas por Isaac Reis, no entanto fica claro que o Ministro usa esse artifício a fim de mostrar uma superioridade própria frente aos seus opositores.

*“Por razões até mais graves e intuitivas, que por isso **não merecem senão notas de rodapé**, parece, nesse sentido, não menos estéril e ilegítima a invocação de categorias da dogmática e do direito civil...” [3]*

Como não cabe interpretar a moralidade do artifício e sim apontá-los, pode-se concluir que, apoiando-se nos erros alheios o autor levanta sua própria legitimidade, esse artifício enquadra-se nas estratégias de Ethos.

No mesmo parágrafo, o ministro faz uso, mais uma vez de argumentos baseados em Ethos, dessa vez mostrando-se versado em assuntos não somente pertencentes ao Direito.

*[...] remissão às ideias de nascituro, de nascimento com vida e de personalidade jurídica, todas as quais estão impregnadas de vício metodológico radical e absoluto que, à moda de pecado original, as invalidam todas, enquanto mal disfarçadas tentativas de inverter a ordem escalonada das normas que se estrutura a partir da Constituição da República[4]*

Com essa passagem, a simples menção ao ‘pecado original’ é possível perceber que o ministro é conhecedor da mitologia bíblica cristã, e compara as ideias dos outros debatedores com o pecado original, que de acordo com a própria mitologia, é a origem da desgraça humana. Um belíssimo exemplo do uso da demonstração de erudição, o que prova que o ministro redator desse voto possuiu uma vasta cultura.

Ao defender que não existe analogia entre o crime de aborto e a utilização de células-tronco embrionárias ele utiliza-se de argumentos de codificação típicos de uma estratégia de Logos, sequenciando com uma pontuação quase cômica bastante típica da estratégia de Pathos.

*A caracterização do crime de aborto tem por pressuposto necessário a preexistência de vida intrauterina, isto é, de gravidez, pois a gestação é circunstância elementar do tipo penal (Arts. 124 e ss. do Código Penal). Ora, abstraindo-se por ora a questão de existir, ou não, vida no embrião congelado, não há como nem por onde imaginar-se delito de aborto sem gestante. Quem seria a gestante na hipótese das pesquisas? Os tanques de nitrogênio líquido?*[\[5\]](#)

Esse exemplo ilustra o que Isaac Reis queria expressar quando menciona ao indicador de “*Ênfase e pergunta retórica, representada pelo uso de negrito, itálico, repetições ou pontos de exclamação ou por perguntas, cuja resposta o orador já conhece, mas que faz com intuito expressivo e persuasivo.*”[\[6\]](#)

Como visto existe um estilo retórico orquestrado por Cezar Peluso no intuito de fortificar a aceitação de seus argumentos, cria-se uma imagem legitimada de si mesmo, estrutura-se o argumento em torno de uma premissa lógica e finaliza com a aceitação emocional do leitor. Dessa forma fica muito mais difícil para os receptores do discurso negar ou refutar o que se está sendo apresentado.

Observa-se o mesmo escalonamento nas seguintes passagens:

*Menos discutível, ou, quem sabe, menos incerto parece-me a via da indagação dos critérios perante os quais se pode reconhecer, com o nível de certeza postulado pela resposta jurídica, que embriões congelados não têm vida suscetível de tutela, na acepção do ordenamento constitucional* [\[7\]](#)

[...]

*Noutras palavras, assumamos esta premissa como verdadeira, consoante o fez o eminente Ministro Relator, e concordemos integralmente com a assertiva da CNBB, segundo a qual "está cientificamente comprovado que a vida começa com*

*o zigoto. (...) Cientificamente, a vida **começa** com a concepção.”*[\[8\]](#)

Na primeira passagem ele se faz do uso da primeira pessoa para legitimar a importância da tomada de decisão, um artifício clássico de Ethos muito usado pelos juízes de forma geral, em sequência utiliza-se de um argumento hermenêutico, *baseados na utilização explícita dos mecanismos jurídicos*[\[9\]](#), como a interpretação jurídica constitucional implícita na frase.

Depois disso, ainda se apoiando na própria opinião ele utiliza-se de um argumento de Pathos para enfatizar o que a vida de fato tem início com a concepção, o que fecha o ciclo que o ministro cria para nortear toda sua argumentação, isso observando o prisma retórico.

Mais um recurso usado à exaustão pelo senhor Cezar Peluso são os artifícios de Ethos, através de argumentos de autoridade, quando se utiliza de argumentos de outros, que são autoridades no assunto para poder validar o que se fala. O curioso é que na utilização desses argumentos de autoridade, o Ministro fez um brilhante uso do que fora dito por seus adversários no debate para firmar sua opinião.

*Nenhum dos muitos e ilustres cientistas ouvidos de um modo ou noutro nesta causa, favoráveis ou contrários à promoção de pesquisas com células-tronco de embriões, negou que o fenômeno vida se apresenta e define, em substância, tipicamente como processo. Dos debates relevo, sobretudo dentre os ferrenhos opositores das investigações, que LENISE MARTINS GARCIA, para descrever a ideia básica de vida, aludiu à existência de "diferentes fases" do "ciclo da vida", reconhecendo-lhe caráter cinético e concordando em que, "para o embrião humano ir à frente, ele precisa estar no útero, precisa ser implantado". CLÁUDIA DE CASTRO BATISTA asseverou, textualmente, que "a vida humana é um processo contínuo, coordenado e progressivo. A partir da fecundação, do óvulo com o espermatozoide, acontece, logo em seguida, a primeira divisão e assim*

*consecutivamente (...). Portanto, é a fecundação que permite que o desenvolvimento seja disparado e prossiga por si mesmo." ANTÔNIO JOSÉ EÇA, também adversário das pesquisas, acentuou que "a vida igualmente se dá através de um processo que se inicia no momento da concepção." Foi ainda mais incisiva ELIZABETH KIPMAN CERQUEIRA, ao advertir que ser vivo é "aquele que tem um início, segue processos (...) até a sua morte. (...) É aquele ser que tem um início, a partir de seu próprio potencial, da sua ipseidade, da sua imanência, daquilo que lhe é próprio, desenvolve-se num programa recebido através de um material genético.". E, logo mais adiante, referiu-se à vida como "processo de autoconstrução e de autodesenvolvimento, (...), ontogênese." E, por não alongar escólios em vão, ANTONIO CAMPOS DE CARVALHO condensa as opiniões de igual conteúdo, notando: "não pretendo discutir a questão sobre a origem da vida. Conforme dito por vários colegas que me precederam, tanto a favor quanto contra as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, entendo que a vida é um contínuo".[\[10\]](#)*

Nesse momento, quando o Ministro concorda em parte com o que os seus oponentes explicitam fica claro que o mesmo é apto o suficiente para reconhecer o que existe de correto no argumento alheio, mas, também ainda mais qualificado para poder utilizar o argumento de forma ótima e sobrepor o que fora dito pelos debatedores opostos.

Obviamente se nota outros tipos de estratégias argumentativas como as digressões para lecionar, que se enquadram dentro das estratégias de Ethos, onde o autor faz uma pausa para ensinar ao seu receptor o que esta sendo mencionando, o que se vê explicitado na seguinte passagem:

*Se, por pressuposição, vida é processo, tem-se de concluir sem erro, como já antecipei que, no caso das células-tronco embrionárias congeladas, o ciclo*

*subjetivo de mudanças iniciado no momento da concepção foi suspenso ou interrompido, antes de lhes sobrevir a condição objetiva de inserção no útero, sem a qual não adquirem a capacidade de desenvolvimento singular autônomo que tipifica a existência de vida em cada uma. Ninguém tem dúvida de que, sem esse fato objetivo, futuro e incerto, da introdução do embrião em útero de mulher, o processo não retoma o curso geneticamente programado e, pois, não chega ao estágio em que pode atualizar-se a potência vital naquele contida. Logo, a fixação do óvulo fecundado a parede uterina é condição sine qua non de seu desenvolvimento ulterior e, como tal, constitui critério de definição do início da vida, concebida como processo ou projeto. Nele, está longe de ser coadjuvante ou secundário o papel causal representado pela participação do útero ou, antes, de todo o corpo feminino, e, como agente de como agente de complexas e ainda mal conhecidas interações físicas, biológicas e psicológicas com o feto, algumas das quais decisivas à conformação da sua irrepetível estrutura unitária de pessoa dada à luz, aparece como elemento intrinsecamente constitutivo da vida humana. A mulher não é, como a proveta, apenas um lócus de procriação. Esta é, aliás, uma das muitas razões por que já sustentei alhures que “a vida intrauterina é também valor constitucional proeminente”.[\[11\]](#)*

Ou também quando o Ministro Peluso se utiliza do artifício de Pathos, o argumento *ad terrorem*, argumentos que consistem em justificar a adoção de uma posição pelo incutimento de temor pelas consequências que poderão advir, caso vença a opinião contrária [\[12\]](#).

*Não me impressiona nem perturba a objeção de que, à luz dessa liberdade jurídica, poderia conceber-se a vida em úteros artificiais criados pelo inventivo*

*engenhos humano. Este tenebroso e hipotético cenário merece da consciência universal e de todas as ordens jurídicas a mais veemente repulsa, porque supõe admitir a reificação dos embriões e do processo mesmo de reprodução, em lucubração de todo em todo incompatível com a intangibilidade ética e constitucional da dignidade humana. Se houvesse viabilidade técnica e possibilidade prática de vida humana exógena, independente da intervenção do útero, sua produção seria ética e juridicamente reprovável, não apenas por sua perversidade intrínseca, mas também porque aviltaria, senão que aniquilaria a mulher, não só como pessoa, mas sobretudo como figura e função maternas, essenciais à sobrevivência da espécie, e, como tal, corromperia nosso senso de civilização e aprestaria o colapso da humanidade. Em suma, seria prática manifestamente alheia aos limites conceituais e ao alcance do poder jurídico de disposição garantido aos genitores. A mesma conclusão aplica-se ao receio e risco, que não é próximo nem real, de se "classificar as pessoas entre aquelas que são normais, aquelas que são adequadas e inadequadas à nossa sociedade" A resposta à indagação teórica de LENISE GARCIA - "se detecto uma doença genética em um embrião, eliminarei esse embrião?" - não pode deixar de ser, ainda nos quadrantes do ordenamento jurídico, insofismavelmente negativa. Trata-se de mera conjectura que, remetendo-se a práticas históricas hoje de todo em todo condenáveis, inauguradas em Esparta e retomadas pelo regime nazista, esbarra desde logo em proibição expressa da lei e na reprovação última da Constituição, a ambas as quais repugna qualquer projeto eugênico.<sup>[13]</sup>*

De uma forma geral, a estratégica retórica utilizada pelo Ministro Cezar Peluso se apoia fortemente nos argumentos de Ethos, fortalecendo



sua legitimidade, mostrando sua opinião em diversos assuntos de difícil decisão, exemplificando sua erudição e apelando para autoridades. Toda essa força do Ethos é a base sólida que se constrói os fatos e argumentos de Logos, que buscam respostas no Direito Positivado, seja nos códigos, leis ou até, na própria Constituição Federal. E finalmente, a fim de conectar-se emocionalmente com o receptor do discurso usa-se pontualmente, nos momentos mais precisos os artifícios indicares de Pathos.

## **II – Segunda Tese: “Os embriões humanos ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas”.**

### **a) Estrutura da argumentação:**

Nessa parte de seu voto, o ministro irá focar suas atenções para a tese: “*Os embriões humanos ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas*”. Sendo assim, mesmo posicionando-se a favor da realização de pesquisas com CTE, explicita algumas ressalvas.

Ele inicia seu voto por afirmar a ideia de que os embriões devem ser tratados com certa dignidade por força de “*retilínea imposição constitucional*”, ou seja, que os embriões têm sua proteção emanante da Constituição e não de leis subalternas. Esse argumento se caracteriza como razão dependente da fundamentação que o ministro faz acerca da dimensão da dignidade pessoa humana (presente no artigo 1º, inciso III da CF), enquanto supremo valor ético e jurídico, de que, mesmo os embriões não constituindo uma moral equivalente à de pessoa, eles representam “*na medida e na condição privilegiada de única matéria-prima capaz de, como prolongamento, reproduzir e multiplicar os seres humanos, perpetuando-lhes a espécie*”.

Ainda nesse primeiro tópico, o ministro Peluso afasta-se da *ratio decidendi* e invoca argumentos acessórios para refutar algumas considerações do Ministro Relator Ayres Britto na medida em que esse define que a proteção destinada aos embriões tem origem infraconstitucional, o que não exerce qualquer finalidade no seu voto, senão

tentar reafirmar sua opinião, fazendo com que esse argumento se aproxime do *obiter dictum*.

Em seguida, o ministro insere a ideia de que em consequência dos embriões congelados não possuem vida atual, suscetíveis de proteção jurídica plena (como prevista no caput do art. 5º da CF), “*eliminá-los não constitui, em princípio, crime, nem ato ilícito menos grave*”. Entretanto, é necessário que haja discernimento entre as maneiras de descarte dos embriões excedentes ou inaproveitáveis, a fim de respeitar dignidade e o estatuto jurídico do qual esses se revestem. Apresentada essa razão, é visto que ela requer explicação, ou seja, é dependente. Portanto, Peluso explica que nem todo tratamento ou destinação última das células embrionárias condiz com o grau de valor ético e de tutela constitucional que deve ser atribuído aos embriões e que atentam contra a dignidade humana, como: a clonagem; os projetos eugênicos e a engenharia genética. Ainda assim, o descarte de embriões não pode ser enquadrado nesse grupo, dado que a proteção concedida a eles não lhes assegura direito subjetivo de evoluir e de nascer. A partir desses argumentos, Peluso defende que por razão do descarte de embriões congelados não trazer benefício nenhum à sociedade, é autorizado pela ordem constitucional, seu emprego em pesquisas científicas dirigidas exclusivamente ao desenvolvimento de terapias. Ainda sobre esse tema, ele utiliza de um argumento acessório quando recorre às palavras de Klaus Roxin para reafirmar seu posicionamento.

Constata-se então, que o auge argumentativo - na segunda parte do voto - pode ser verificado no item 18, sob a forma de três argumentos, convergindo ambas as razões apresentadas acima que compõe a *ratio decidendi* e representando as ressalvas, feitas pelo ministro, acerca do assunto da ADI 3510.

O primeiro deles, e mais relevante, utiliza da união entre os argumentos sobre a proteção dos embriões ser emanante da Constituição e sobre seu emprego em pesquisas científicas dirigidas exclusivamente ao desenvolvimento de terapias (e por isso representa razão dependente e principal), para afirmar que “*nem a Constituição nem a lei permitem produção de embriões humanos por fertilização in vitro senão para fins*

*reprodutivos no âmbito de tratamento de infertilidade, nem tampouco o uso de excedentes em pesquisas ou intervenções genéticas que não sejam de caráter exclusivamente terapêutico”.*

No segundo argumento, ele determina que a legislação que trata das CTE vigente precisa “ajustar-se, no ponto, aos ditames constitucionais, para que compreenda, no alcance de normas mais severas e peremptórias, todos os responsáveis pelo efetivo controle que pretende seja exercido, sobretudo pelo Estado, de modo bastante próximo” e da responsabilização, além dos pesquisadores, também dos membros dos comitês responsáveis por fiscalizar essas pesquisas - comitês de ética (CEPs) e da própria Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP/MS) - em caso de desvio ético.

No terceiro, o ministro consta que é indispensável a submissão das atividades de pesquisas ao crivo de outro órgão de controle e fiscalização estatal, submetendo esses trabalhos ao Ministério da Saúde, ao Conselho Nacional de Saúde e à Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Esse argumento pode ser considerado independente, visto que não requer outros argumentos.

Visto o exposto, o Ministro Carlos Peluso declara sua decisão acerca da ADI 3.510 por julgá-la improcedente, ressaltando, porém, a interpretação conforme à Constituição aos artigos relativos aos embriões na legislação impugnada, para os fins dos três argumentos principais apresentados acima (que compreendem a *ratio decidendi*).

#### **b) Estratégias retóricas utilizadas:**

Para realizar a análise retórica da parte do voto na qual Peluso defende que “*Os embriões humanos ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas*” (oito páginas), será utilizada aqui uma abordagem empírico-retórica sob o horizonte teórico da Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD), método desenvolvida por Isaac Reis.

Essa perspectiva teórica nega a existência de uma Ontologia possível do Direito, uma vez que considera o Direito como irredutível a uma

essência a ser desvelada. O Direito, nessa perspectiva, é uma construção humana e, portanto, retórica. Dessa forma, não se busca apresentar se uma decisão é boa ou ruim, o que interessa aqui é apresentar a estratégia retórica utilizada pelo autor. Qualquer juízo que possa, e será feito posteriormente à análise possui fundamento em concepções pessoais ou outros fundamentos teóricos.

Para analisar esta parte do voto do Ministro Peluso, sob o método da AERD, cabe aqui discernir três aspectos básicos que nos permitem categorizar a dimensão retórica dos argumentos – as dimensões de pathos, ethos e logos. Os argumentos que recebem o indicador de ethos são aqueles que nos remetem à autoridade do emissor, ou seja, utilizando-se desse recurso retórico, o autor deseja afirmar sua legitimidade e autoridade para desempenhar sua função. Argumentos com o indicador de pathos são os que tentam apelar para a emoção como estratégia de persuasão. Por último, os argumentos de logos fazem referência, diferentemente do ethos, ao próprio discurso, neste busca-se legitimar o discurso e não o autor – buscando elucidar os fundamentos e a coerência do discurso.

No discurso aqui analisado foram identificadas dezoito ocorrências, nas oito páginas que foram objeto, de diferentes modalidades argumentativas. A distribuição que ocorreu foi a de aproximadamente 44,4% de argumentos de logos, 38,8% de argumentos de ethos e 16,6% de argumentos de pathos. Cabe ainda ressaltar que a AERD não se pretende ser exaustiva, de modo a exaurir todas as possibilidades de observação de indicadores argumentativos em um determinado discurso, portanto o resultado obtivo não é absoluto e definitivo.

Exemplos de cada ocorrência de cada indicativo:

Pathos – “*Doutro modo, fora mister descobrir ou inventar absurda obrigação jurídica de gerar filhos, com inconcebível recurso a métodos de forçada fertilização em massa!*”<sup>[14]</sup>” Notam-se os usos de ponto de exclamação, além de o argumento ser por si próprios ad terrorem.

Ethos – “*l’importanza della riflessione sull’antigiuridicità attuale di determinate condotte, pur in assenza di corrispondenti norme*

*sanzionatorie, non va transcurata. La ‘nuda’ antiggiuridicità, infatti, non è priva di riflessi pratici*[15]” Citação em italiano sem a devida tradução.

Logos – “E, nesse contexto, é mister extrair-lhe, ainda com apoio na técnica da chamada interpretação conforme (...)”[16]” Argumento que deixa explícito o mecanismo jurídico utilizado para a hermenêutica constitucional.

Como exposto acima, uma análise empírico-retórica não se propõe a valorar as qualidades de uma decisão, apenas busca trazer à luz seus aspectos retóricos. Entretanto cabe aqui traçar algumas considerações sobre os argumentos passíveis de debate, em suma, os de *logos*. Considero demasiadamente extensiva a perspectiva de que os embriões possuem proteção constitucional derivada da dignidade da pessoa humana. Considerar, ou não, o embrião como algo que já merece a tutela da dignidade da pessoa humana é um debate de extrema complexidade. Por outro lado, escalonar a dignidade da pessoa humana, atribuindo-a de maneira reduzida ao embrião não parece ser “retilínea imposição constitucional”, como afirma Peluso. Parece coerente, contudo, a afirmação do Ministro no sentido de que o Parlamento deve se pronunciar de forma mais clara sobre a questão.

### **Conclusão.**

De modo geral, pode-se afirmar que o voto do ministro Cezar Peluso tem uma estrutura argumentativa predominantemente limpa - seu raciocínio frequentemente é claro e não costuma se perder em digressões. Ele utiliza alguns argumentos muito bons e sabe valorizá-los. As razões acessórias e dependentes, ainda que menos importantes, têm alguma força. Como não poderia deixar de ser, há partes dispensáveis na argumentação, o que é comum, considerando que os ministros precisam se legitimar e trazer questões que a sociedade exige, principalmente no modelo de Supremo que temos hoje.

Em questões de argumentação e retórica o Ministro Cezar Peluso estrutura-se de forma inteligente e mostra que sabe muito bem o que está fazendo, não somente em questões argumentativas como em questões

retóricas. Versados em ambos O ministro cria com o leitor do voto/receptor do discurso um vínculo lógico e emocional que facilita a aceitação de seus argumentos.

### **Referências.**

REIS, Isaac – Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional

STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134

### **NOTAS:**

[1] STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. Ayres Britto, fls. 476/477.

[2] REIS, Isaac – Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional.

[3] STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. Ayres Britto, fl. 481. Grifo próprio

[4] STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. Ayres Britto, fl. 481.

[5] STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. Ayres Britto, fls. 482.

[6] REIS, Isaac – Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional.

[7] REIS, Isaac – Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional, pág. 488.

[8] REIS, Isaac – Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional, pág. 489.

[9] REIS, Isaac – Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional.

[10] STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. Ayres Britto, fls. 496/497.

[11] STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. Ayres Britto, fls. 503/504.

[12] REIS, Isaac – Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional.

[13] STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. Ayres Britto, fls. 506/508.

[14] STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. Ayres Britto, fl. 516.

[15] STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. Ayres Britto, fl. 521.

[16] STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. Ayres Britto, fl. 519.

## **A CONTRIBUIÇÃO SOCIOCULTURAL E O COMPORTAMENTO VIOLENTO DO PSICOPATA: FRAGMENTOS DO ESTUDO À LUZ DA PSICOLOGIA JURÍDICA**

**WELLINGTON CACEMIRO:** Jornalista, Graduando do Curso de Direito e Pesquisador Jurídico.

**RESUMO:** A propensão para atos criminosos violentos, manifestada por portadores do Transtorno de Personalidade Antissocial (vulgarmente identificado como psicopatia ou sociopatia), apesar de tratar-se de tema fascinante carece de maior interesse e pesquisa no campo jurídico. São poucos os estudos contextualizados com dados do cenário nacional. Daí a relevância do documento "*a contribuição sociocultural na motivação do crime violento cometido pelo psicopata: uma breve comparação entre a cultura brasileira e a norte-americana*", síntese da monografia apresentada no Curso de Especialização em Psicologia Jurídica da PUCPR pelas psicólogas Tatiana Mazziotti Bulgacov e Mari Angela Calderari Oliveira. Pretende-se por meio do presente, fruto de análise crítica do citado trabalho, bem como pesquisa bibliográfica complementar, enfatizar aspectos relacionados com a problemática proposta pelas autoras e sua inegável contribuição no estudo do tema pela psicologia jurídica.

**Palavras-chave:** Transtorno de Personalidade Antissocial; Psicopatia; Sociopatia.

**ABSTRACT:** The propensity for violent criminal acts, manifested by people with antisocial personality disorder (commonly identified as psychopathy or sociopathy), although it is fascinating subject lacks interest and research in the field. There are few studies context with data from the national scene. Hence the relevance of the document "the cultural contribution in motivation of violent crime committed by the psychopath: a brief comparison between brazilian and American culture", summary of the monograph presented in the course of specialization in forensic psychology from PUCPR by psychologists Tatiana Manek and Mari Angela Calderari. It is intended by means of the present, as a result of critical analysis of the said work, as well as bibliographical research, focusing on aspects of the problem proposed by the authors and their



undeniable contribution to the study of the theme by the forensic psychology.

**Keywords:** Antisocial personality disorder; Psychopathy; Sociopathy.

---

## 1 – INTRODUÇÃO

Tendo em vista a escassa (e relativamente tímida) bibliografia sobre o tema, a “contribuição sociocultural na motivação do crime violento cometido pelo psicopata: uma breve comparação entre a cultura brasileira e a norte-americana” é uma espécie de alento ao pesquisador jurídico brasileiro que manifeste interesse em aprofundar-se no universo delimitado pelos crimes cometidos por psicopatas. Trata-se de estudo atual, fundamentado em pesquisa, que não se limita a revisar o assunto, mas propõe aprofundá-lo com a necessária lucidez e coerência.

As autoras destacam, por exemplo, que com base nos dados da literatura científica é possível notar certo padrão. Este, como prelecionam, indica que crimes violentos são cometidos com maior frequência por portadores de Transtorno de Personalidade Antissocial/Psicopatia/Sociopatia. Por atos criminosos perpetrados com emprego de violência, importa que se leia infrações penais dos mais variados gêneros, como homicídios, estupros e lesões graves, bem como àquelas consideradas sofisticadas ou mesmo bizarras.

Tal reflexão vem acompanhada da afirmativa de que, não raro, o “transtorno de personalidade está associado ao uso abusivo de álcool e/ou drogas”. Cabe aqui uma breve ponderação pertinente ao exposto.

HEIM et. al., por exemplo, asseveram que “conforme demonstram pesquisas, tanto internacionais quanto nacionais, a relação entre uso e abuso de álcool e de drogas ilícitas e delinquência é muito estreita” (2008, p. 61-64).

Seu artigo, publicado na Revista de Psiquiatria Clínica, explicita questão que merece particular consideração: “o uso e/ou abuso de álcool e

drogas ilícitas induzem ao comportamento criminoso ou, ao contrário, adolescentes com problemas de conduta têm maior probabilidade de utilizar droga, o que mantém e contribui para a escalada das atividades delinquentes?”.

O médico Danilo Antônio Baltieri, tratando de outra temática oportuna, preleciona, por sua vez, que “o consumo de substâncias psicoativas pode ser um dos fatores de distinção entre molestadores de crianças e agressores sexuais de adultos” (2005). Na defesa de sua tese de doutorado junto à Universidade de São Paulo (USP), o mesmo assevera que a “agressores sexuais de adultos mostraram mais problemas com o uso de drogas do que os outros dois grupos comparados”.

Lógico que ambas as considerações tratam-se apenas de fragmentos selecionados, objetivando reforçar a relevância da teoria defendida por Bulgacov e Oliveira. Neste sentido não seria incorreto inferir que as pesquisadoras apontam, com considerável precisão, o quê poderia ser descrito como um dos elementos catalisadores do comportamento violento notado em portadores de Transtorno de Personalidade Antissocial.

## **2 – CULTURA**

Se a associação entre álcool/drogas e atos violentos encontra-se bem estabelecida e documentada, o mesmo não pode se dizer com certeza da influência que elementos culturais têm sobre a motivação do crime violento cometido pelo portador do Transtorno de Personalidade Antissocial. Não raro, o profissional que pretende se aprofundar no efetivo debate sobre o assunto defronta-se com inúmeras impossibilidades. Faltam, por exemplo, dados mais abrangentes e conclusivos.

Dentro desta perspectiva faz-se necessário a leitura mais atenta as indicações apontadas pela pesquisa objeto do presente estudo. Destacam Bulgacov e Oliveira (2008), por exemplo, não ser possível “confirmar se há grandes diferenças entre as culturas brasileira e norte-americana, levando em conta suas especificidades, e se estas propiciam uma maior ou menor incidência de motivação específica para o crime violento”.

Isto, na opinião das autoras, decorre do fato dos dados coletados relacionarem a alta incidência de criminalidade urbana brasileira com problemas econômicos e sociais do Brasil, “assim como fatores socioculturais norte-americanos com o crime mais sofisticado e de motivação psicopatológica”.

Válido destacar também advertência feita por ambas, no sentido de que não se tratam de observações conclusivas, considerada a natureza complexa da questão em tela.

### **3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, pode-se depreender a importância do estudo de Bulgacov e Oliveira. Os resultados mensurados pelas autoras não podem ser considerados definitivos, podendo mesmo ser refutados, mas é justamente nesta característica em particular que reside o valor de sua contribuição para a pesquisa sobre o tema.

Como o acesso a fontes no campo de estudo sobre a psicopatia nem sempre é fácil, dada à natureza do objeto científico e a evidente ausência de dados específicos, merece destaque a metodologia adotada.

Válido também destacar a preocupação em evitar estereótipos. Lembrem Bulgacov e Oliveira que apesar do fator psicopatia ser bastante frequente no contexto da criminalidade violenta, é necessário ressaltar que a mesma não é, necessariamente, sinônimo de comportamento violento. Uma lição oportuna, sem dúvida.

### **REFERÊNCIAS**

DE CARVALHO, Maria Cristina Neiva et al. *Psicologia Jurídica-Temas de Aplicação II*. 2008.

HEIM, Joanna et al. *Efeitos do uso do álcool e das drogas ilícitas no comportamento de adolescentes de risco: uma revisão das publicações científicas entre 1997 e 2007*. Revista de Psiquiatria Clínica, v. 35, n. suppl 1, p. 61-64, 2008.

BALTIERI, Danilo Antonio. *Consumo de álcool e outras drogas e impulsividade sexual entre agressores sexuais*. 2005. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

## A ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE TRANSGÊNEROS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

**GLAUCO EDUARDO SALLES DOS SANTOS:**

Advogado especialista em Direito Penal associado ao escritório Cutrim, Santos & Borges. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Assessor Jurídico Pharmacon Consultoria.

**Resumo:** O fenômeno da globalização, e as cicatrizes latentes pós-segunda grande guerra direcionaram a ordem jurídica a um novo panorama, ilustrado pela uniformização, em âmbito internacional, tanto quanto possível, de aspectos axiológicos. Nesse cenário, até pouco, envoltos pela capa de invisibilidade ao reconhecimento e à efetivação de direitos e garantias fundamentais, indivíduos que enfrentam a permanente dissonância entre concepções interna e externa de gênero são alvos vulneráveis a comportamentos discriminatórios. A tortuosa lida cotidiana tem nas retificações do nome e do sexo importantes avanços ao bem-estar social. Através de metodologia dedutiva e de pesquisas bibliográfica e documental, observa-se, em âmbito jurídico luso-brasileiro, notável recepção de modificações no registro civil para salvaguardar o sujeito de direitos das angústias relativas, destacando-se, para tanto, a atuação legislativa portuguesa, e o amparo jurisprudencial brasileiro, ambos, com supedâneo em Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Direito Internacional; Direito ao nome; dignidade humana; retificação do registro civil de transexuais.

**Abstract:** The phenomenon of globalization, and the latent scars post-second great war, directed the juridical order to a new panorama, illustrated by the uniformization, at the international level, as far as possible, of axiological aspects. In this scenario, until recently, surrounded by the invisibility cloak to the recognition and the realization of fundamental rights and guarantees, individuals facing the permanent dissonance between internal and external conceptions of gender are targets vulnerable to discriminatory behavior. The tortuous daily struggle

has important advances in social and social well-being in the rectifications of name and gender. It is observed, in Portuguese-Brazilian legal context, notable reception of modifications in the civil registry to safeguard the subject of rights of the relative anxieties, standing out for that reason, the Portuguese legislative action, and the Brazilian case law, both, In International Treaties on Human Rights.

**Keywords:** Human Rights; International right; Right to name; human dignity; Rectification of the civil registry of transsexuals.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O direito ao nome enquanto manifestação da dignidade. 3. Os gêneros biológico, social e psicológico. 4. Direito ao nome sob a ótica internacional: exame da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Americana de Direitos Fundamentais. 5. Transgêneros e o direito a alteração do nome nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. 6. Considerações finais. Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Ao binômio Estado-Direito, coube a responsabilidade de manutenção da paz social (REALE, 2009, p. 64) a partir da utilização de mandamentos cogentes emanados de forma externa e institucionalizada (BOBBIO, 2010, p. 149). Destarte, interferências sensíveis aos direitos e garantias fundamentais, constituem desrespeito às normas do contrato social (ROUSSEAU, 2011, p. 26), razão pela qual não podem ser olvidadas por qualquer ordem jurídica, sob o risco de falha em seu alicerce de existência.

Os sentimentos inexprimíveis de horror, insegurança e descartabilidade humana, degradáveis frutos da Segunda Grande Guerra, elevam novo paradigma à estrutura jurídica mundial: a necessidade de reaproximação entre direito e moral, através do incentivo de normas-princípio, conceitos legais indeterminados e cláusulas abertas (LENZA, 2014). Todavia, ao passo em que se destaca o incipiente protagonismo constitucional, foi dado o pontapé inicial à reestruturação da ótica internacional, inaugurando a chamada “concepção contemporânea de

Direitos Humanos” (PIOVESAN, 2007, p. 22), com visões de refletir *standarts* axiológicos a nível global.

Neste título, operar-se-á estudo relativo às possibilidades jurídicas de alteração do nome por razões de dissemelhança entre as ideias de gênero psicológicas, sociais e biológicas, a partir das disposições, específicas ou não, formadoras dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, sob a ótica, respectivamente, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Para tanto, dedicar-se-á, inicialmente, ao que tange o direito ao nome, acertando seus contornos a partir da ótica pós-positivista, elencando-o enquanto expressão primordial aos direitos de personalidade, e, por esta razão, guarda estreito vínculo ao princípio da dignidade humana.

Logo após a fixação dos termos iniciais, a problemática do gênero será colocada em discussão, pautando os plurais significados da condição humana, reverberando, por assim, às ideias biológica, social e psicológica, firmando a importância da harmonização desses sentidos enquanto requisito primordial à construção dos direitos e garantias fundamentais à formação e ao florescimento humanos.

Reservou-se parcela dos presentes escritos ao exame da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do Pacto de San José da Costa Rica, a fim de se elucubrar nova dimensão ao binômio Estado-Direito. Acrescenta-se, a este panorama, as diretrizes internacionais assinaladas pelos respectivos países em estudo, com o fito de melhor aclarar os imbrólios jurídicos concernentes ao direito de transgêneros em alterar seus registros de identificação junto ao órgão Estatal competente.

Por fim, será realizado estudo conjunto dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, à luz dos basilares formadores do Estado Democrático de Direito, acerca da possibilidade de retificação do nome em casos de dissonância entre os conceitos de gênero psicológico, social e biológico vivenciados pelo indivíduo. Examinar-se-á, nessa esteira, as

respectivas ordens constitucionais, a legislação específica portuguesa, e o projeto de lei nº 5.002/2013, tramitação brasileira referente ao tema, tecendo, por sempre, acertos e faltas dos mesmos.

## 2. O DIREITO AO NOME ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DA DIGNIDADE

Da série de comportamentos degradantes vivenciada pelo mundo na constância da Segunda Grande Guerra, germinou movimento de reflexão das normas de índole jurídica a partir do conjunto diretivo de cunho ético (LENZA, 2014, p. 64). A cinética de reaproximação, batizada por pós-positivismo, trouxe consigo o apreço a normas-princípio, cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, além de fomentar a elevação das normas constitucionais a novel patamar como modo de instrumentalizar tal ideal (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 34).

A nova perspectiva jurídica modificou profundamente a ótica separatista entre Direitos público e o privado, fincando a Constituição enquanto construção fundamental à validade e hermenêutica das demais manifestações legais. Neste escorço de publicização do Direito (PAMPLONA FILHO e GAGLIANO, 2009, p. 48), o diploma civil passa a orbitar em torno das normas-regra e normas-princípio de natureza constitucional, convalidando sua base normativa com amparo no fundamento constitucional da dignidade humana, predicado basilar à edificação dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Macroprincípio de real onipresença às instruções normativas vindouras de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, a natureza abstrata do postulado 'dignidade humana' reúne consigo a amplitude de caracterizar um ser e, por consequência, os obstáculos epistemológicos em reduzir tais adjetivos a termo. A infundável jornada de pôr em concreto o essencialmente abstrato torna vasto o terreno de apreciações tautológicas (BOBBIO, 2002, p. 12). Nesta esteira, referenda-se a dignidade enquanto caractere diferenciador, extensão do ideal judaico *imago dei* (BARROSO, 2010, p. 4) plexo de direitos inerente à condição humana.

Sob esta égide, o reconhecimento de direitos relativos à personalidade –direitos de individualização da pessoa natural, de monta



extrapatrimonial (DINIZ, 2008, p. 202) – dentre os quais à identificação e ao nome, ambos resguardados pelas ordens constitucionais portuguesa e brasileira, constituem ecos normativos do princípio da dignidade humana.

Nesse diapasão, a virada kantiana vivenciada em meados do século XX reverbera ao *hologos* civilista, incidindo inclusive sobre os títulos normativos dedicados à tutela do nome. Deste modo, passou-se a observar tal proteção sob as lentes do princípio da dignidade humana, aliando os interesses de segurança nacional e conformidade psicossocial do ser, ambos ao que se refere à identificação do sujeito de direitos. A partir desta mudança de eixos axiológicos, hodiernamente, se faz possível incursões por vias judicial e administrativa, sopesando os interesses estatais e da pessoa natural, com o fito de examinar a possibilidade de consignar alterações no registro civil, dentre as quais, modificações relativas ao nome e ao gênero assinalado.

### **3. OS GÊNEROS BIOLÓGICO, SOCIAL E PSICOLÓGICO**

Legado lírico do contista francês Guy de Maupassant (2011), a ‘convenção dos sentidos’ é a razão primeira para se firmar a limitação das verdades humanas. Representativo da unicidade existencial inerente a cada ser em níveis biológico, social e psicológico, a ideia reflete as singulares percepções de mundo vivenciadas, e a impossibilidade de reduzi-las a termo. Em verdade, a complexidade vivenciada pelas ciências de cunho social em tecer considerações conta com similar arrimo: lidar com o irrepetível (DAMATTA, 2010, p. 23). A natureza humana polissêmica, todavia, não é abordagem recente, antevista pelos gregos, descrevia-se infindável o esforço de mapeamento dos sentidos humanos (SILVEIRA, 2006, p. 22).

Nessa esteira, dividem mesma lógica as discussões relativas ao gênero no tempo, perpassando por acepções biológicas, às quais se destaca a ordem cromossômica do indivíduo com o exame de suas genitálias; sociais, ocasião em que se observa a influência dos modos de vida de conjunto à formação de regras de comportamento e sentimento, trata-se de coletivo de disposições exteriores ao indivíduo as quais devem ser atendidas sob o risco de sanções; e psicológicas, ao se examinar o

sentimento de pertencimento ao gênero frente as cominações destacadas pelas abordagens anteriores (COSTA, 1944, p. 11).

O conflito entre identidade psicológica e imposições das realidades biológica e social ganha traços memoráveis a partir das descrições autobiográficas de José Walter Nery (2011, p. 24), primeiro homem a realizar cirurgia de redesignação sexual no Brasil. Identificado ao nascer enquanto ser pertencente gênero feminino, relata dificuldades de adaptação aos modos agir, entre o se vestir, andar e cruzar de pernas, passando pelos interesses de lazer, e abordando o sentimento de identificação ao gênero masculino da infância à fase adulta[1], momento em que realizou a operação de adaptação do fenótipo ao gênero mental[2].

Nesse sentido, a identificação quanto aos gênero e nome representa importante passo à concretização dos direitos fundamentais relativos à dignidade e igualdade, evitando constrangimentos sociais, e, assim, minorando consequências psicológicas ao ser cujo registro civil não guarda congruência à designação a qual psicologicamente mantém vínculo. Motivo pelo qual não pode passar despercebida à tutela jurídica.

#### **4. DIREITO AO NOME SOB A ÓTICA INTERNACIONAL: exame da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Americana de Direitos Fundamentais**

A virada kantiana na ordem jurídica, cristalina reação aos horrores da Segunda Guerra Mundial, é observada pela reaproximação do Direito ao imperativo categórico, primando-se por abordagem axiológica universalista[3]. Tal metodologia, fortemente reiterada pelo fenômeno de uniformização relativa (consequência ínsita ao processo de globalização[4]) representa a nova concepção de direitos humanos. Trata-se pois, de movimento duplo, com eixo centralizado na internalização das prescrições dispostas em Tratados Internacionais assinalados à ordem jurídica local, com a recepção do arcabouço principiológico costurado ao patamar constitucional[5]. Dessa maneira, constata-se, pois, sensível alteração ao panorama cujo protagonismo se concentrava no binômio Estado-Direito, de forte inspiração germânica. A concepção

contemporânea de direitos humanos está calcada no papel reservado à conjuntura internacional, da qual o Estado assume a condição de signatário, como parâmetro simétrico-legislativo e, igualmente, na seara da execução de políticas públicas voltadas às disposições assinaladas.

Destarte, passa-se ao estudo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Americana de Direitos Fundamentais, com o fito de estabelecer alicerces ao direito ao nome, e à retificação de registro civil em casos de não identificação entre gêneros psicológico, biológico e social.

Inicialmente, cumpre frisar a complexidade da malha normativa europeia, ressaltando a existência de centenas de tratados esparsos, sobre os temas específicos. Nesse diapasão, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, datada de 1950, contenta-se a traduzir rol concernente aos direitos individuais clássicos, o que, para Fábio Konder Comparato (2010, p. 280), representou visível retrocesso, tendo em vista a abrangência da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, e mesmo alguns dos largos passos apresentados pela Constituição de Weimar, promulgada em 1919.

Quanto ao bojo do instrumento jurídico, grafa-se o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto supedâneo fundamental, com amplo espaço preambular, e protagonismo consolidado logo em sebe inicial[6]. Deste modo, conclama-se o respeito ao ser humano em suas especificidades, com lastro filosófico-normativo na complexa unicidade caracterizadora de cada ser. Corroborava este pilar o princípio da igualdade e não-discriminação, também positivado[7].

Frente a dispersão sistemática do arcabouço normativo referente a direitos humanos em orbe europeia, em âmbito americano, a malha pública internacional pode ser representada pela maior densidade de normas, aglutinadas em menor número de tratados firmados. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada no ano de 1969, em San José, e aprovado e promulgado apenas em 1992 pelo Brasil, constitui rico exemplo da diversidade e profundidade de temas elevados ao eixo continental, reservando capítulos aos direitos e garantias

fundamentais de 1ª à 3ª gerações, discorrendo sobre limites de atuação do Estado a fim de se preservar o indivíduo da seara política à judicial, imprimindo a dignidade humana enquanto valor primeiro, e fundando a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O caráter analítico do Tratado é ainda verificado através de plurais diretrizes firmadas em respeito às honra, dignidade, liberdade, igualdade e, ainda, por capitulação específica ao nome<sup>[8]</sup>. Destarte, torna-se imperiosa a assunção de políticas públicas em âmbito negativo, ao reconhecer o direito de expressão da identidade psicológica, e positivo, ao favorecer a construção de meios hábeis ao exercício social da mesma<sup>[9]</sup>, livre de quaisquer formas e discriminação ou constrangimento, fomentando programas de desestigmatização do transgênero.

Deste modo, observa-se, pois, diante da conjuntura neopositivista com eixo no fenômeno de internacionalização axiológica, a necessidade de internalização das normas-regra e normas-princípio concernentes à verificação do nome enquanto elemento nevrálgico à dignidade, e à identidade, razão pela qual, diante da atmosfera de igualdade e não-discriminação, torna-se incabível qualquer conduta estatal em afronta ao livre exercício do direito, incluindo-se, nesta seara, a retificação de documentos de identificação.

Diante do exposto, passa-se a analisar os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, com o fito de se verificar a internalização ou não das diretrizes traçadas pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 1950, e da Convenção Americana de Direitos Humanos, firmada em 1969.

## **5. TRANSGÊNEROS E O DIREITO A ALTERAÇÃO DO NOME NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO**

O Direito, enquanto conjunto sistemático de normas-regra e normas-princípio com fito de manter a paz das relações sociais (REALE, 2009, p. 64) a partir de mandamentos externos e institucionalizados (BOBBIO, 2010, p. 149), falharia em suas razões fundantes ao olvidar tutela a tais conflitos entre registro civil, características biológicas e psicológicas, e suas implicações na qualidade de vida do ser. Por este

motivo, data de 1980, em solo alemão, possivelmente, o primeiro registro legislativo da Europa pós-moderna acerca da mudanças relativas ao nome e ao sexo em documentação civil, o *Transsexuellengesetz* – TSG.

As diretrizes alemãs ressaltam a possibilidade judicial de mudanças de nome e sexo em registro civil enquanto direito subjetivo que pode ser perscrutado per si, ou, em caso de relativamente incapazes, por seus representantes legais. Para tanto, listou-se requisitos que cuidem assegurar o Estado da caracterização psicológica de transexualidade, contando, para isso, com entrevistas ao indivíduo e avaliação de peritos. À estes, inclui-se o cumprimento de, pelo menos três anos de manifestações de dissonância para a realização de alteração documental relativa ao gênero.

Em terreno Ibérico, antes de ser promulgada legislação específica para modificação do registro civil em tais itens, a situação jurídica ora enfrentada já encontrava vasta gama normativo-principiológica na Constituição Portuguesa de 1976.

*Ab initio*, ao declarar-se Estado Democrático de Direito, Portugal assume a responsabilidade de reconhecer e, ao mesmo tempo, efetivar a concretização do arcabouço histórico desenvolvido em eixos nacional e internacional – a partir dos Tratados Internacionais dos quais é signatário, a exemplo da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, acordada em 2000 – elevando a dignidade humana enquanto princípio basilar à edificação do Estado. Destarte, a tutela jurídica com vistas ao desenvolvimento humano e de suas potencialidades. A seguir, a Carta Magna elenca o dever Estatal de prezar pelo bem estar social, elencando enquanto tarefa fundamental o alcance da igualdade real entre os portugueses. Dessa forma, veda-se indistintamente ações de cunho discriminatório, qualquer que seja sua motivação. Sublinhando-se, nesse diapasão, o princípio da isonomia material.

Conforme exposto em Constituição, os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, mesmo na ausência de manifestação legal específica acerca da retificação de registro civil, os princípios da dignidade humana e da isonomia material são oponíveis a

terceiros também quanto à temática enfrentada. À luz deste arcabouço, reconhecia-se, a partir das vias judiciais, o direito à devida retificação sob a justificativa de evitar constrangimentos públicos à pessoa.

Os avanços reconhecidos, entretanto, esbarravam na necessidade de judicialização do pedido, o que confere grande burocratização ao pedido, com vistas nas dificuldades descritas por Cappelletti e Garth (1988, p. 6)[10].

Com vistas ao exposto, fora promulgada a lei nº 7, de 15 de Março de 2001, trazendo série de modificações ao Código Civil no que concerne à retificação de nome e sexo no registro documental correspondente.

A partir de então, registrou-se a possibilidade, por via administrativa, de retificação do registro civil quanto ao nome e ao sexo através de simples requerimento a qualquer conservatória de registro civil. A praticidade do requerimento, todavia, diverge das dificuldades estruturais para se juntar relatório assinado por equipe clínica multidisciplinar em sexologia, atestando perturbação de identidade de gênero. O constrangimento e a carência de profissionais reconhecidos pela ordem dos médicos obstaculizam o procedimento de retificação do registro (SANCHES, 2016, p.1). Sublinha-se, de todo modo, os visíveis avanços na efetivação do direito fundamental ao nome com a edição legislativa.

Isto feito, demarca-se, por agora, a possibilidade de se alterar o nome em razão da não identificação entre gênero psicológico e a realidade biológica e social com horizonte no ordenamento jurídico brasileiro.

*Prima facie, in terra brasilis*, ao contrário do que observa em Portugal, insta guisar a inexistência de disposições legislativas especiais à modificação do nome por disparidades entre a identificação de gênero. Contudo, a jurisprudência brasileira assente ao direito de retificação, por razão do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais[11], procedendo a partir da integração de normas e princípios basilares à formação do ordenamento jurídico, razão pela qual

se sublinha o périplo judicial como investidura necessária à se proceder a referida mudança. Dentre a série normativa de justificação, destaca-se, primordialmente, o Brasil enquanto Estado Democrático de Direito[12] com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual é vedada qualquer forma de comportamento discriminatório. O dever da República Federativa em prezar pelo bem estar de todos, construindo sociedade livre, justa e solidária, com fins de erradicar a marginalização de pessoas, traduz-se na importância de tutela da saúde mental de cada ser, possibilitando, dessa maneira, alterações relativas ao nome e ao sexo no respectivo registro civil.

Inicialmente, os tribunais locais inauguraram a possibilidade de alteração do nome e ao sexo, com supedâneo no exercício da liberdade, autonomia privada, e a constantes constrangimentos vividos, condicionando, todavia, este segundo à procedimento de cirurgia de reatribuição sexual. Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem remodelado este entendimento, possibilitando as mesmas mudanças, todavia, sem a necessidade de realização de procedimento de reatribuição sexual[13].

Frente a latente necessidade, no Brasil, tramita o Projeto de Lei 5.002/2013, alcunhado de José Walter Nery, albergando a possibilidade de retificação de nome e gênero sexual através preenchimento de formulário em cartório de registro de pessoas, sem que, para isso, se realize qualquer procedimento cirúrgico com vistas à alteração da aparência. Soma-se a isto a desnecessidade de se juntar qualquer parecer médico ou psicológico, sendo a alteração calcada na auto-denominação de gênero. Inicialmente, previa a possibilidade de pessoas relativamente capazes, a partir de idônea representação, procederem à retificação do registro, contudo, tal disposição fora vetada ainda na germinação legal[14].

Ao que se percebe, os aspectos legislativos portugueses encontram-se, por muito, à frente do tratamento jurídico reservado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, aquele não se encontra imune a críticas relativas à burocratização e falta de estrutura para se atestar perturbação de identidade de gênero. Este requisito reverbera,

por assim dizer, viés de patologia à situação enfrentada, corroborando o tratamento dado pela Organização Mundial de Saúde (BENTO e PELÚCIO, 2012, p. 1). Por outro lado, a iniciativa brasileira lançada pelo projeto de lei José Walter Nery reconhece na autonomia privada o fator primordial à alterações do registro civil quanto a nome e sexo.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Teses contratualistas abordam a pactuação de parcela das liberdades individuais com a finalidade de se gozar pelo restante, em segurança. Com este pano de fundo, nasce o binômio Estado-Direito, ao qual assente o dever de manutenção da paz social a partir da institucionalização da coação. Neste aspecto, toda e qualquer ameaça ao continuísmo social deve ser alvo da atenção jurídica.

Assim, se introduziu a necessidade de percepção à camada social ainda invisível: àqueles que sofrem pela dissonância entre gêneros biológico, social e psicológico. Com vistas às nefastas consequências enfrentadas, de origens endógenas ou exógenas, a retificação do nome em registro civil constitui importante passo na vida social de todo transgênero.

Desta feita, discutiu-se acerca do binômio Estado-Direito sob a luz da nova concepção de direitos humanos, ao elevar à ótica internacional, diretrizes axiológicas comuns, cujos países signatários assumiriam compromisso de internalização. Assim, debruçou-se acerca das disposições ordenamentais portuguesas e brasileiras sobre o tema, momento em que se destacou a existência de legislação específica no país ibérico, ao passo em que, na carência de lei especial, se encontra grande esforço jurisprudencial no Estado latino.

A lei 7 de 15 de março de 2011 não resta, entretanto, imune à críticas. A desnecessidade de se judicializar demandas, certamente, foi a maior vitória galgada à efetivação dos direitos e garantias fundamentais de transgêneros portugueses. Contudo, tal avanço esbarra na dificuldade de se juntar relatório assinado por equipe clínica multidisciplinar em sexologia, atestando perturbação de identidade de gênero, requisito



essencial à mudança de nome, tendo em vista o diminuto número de médicos habilitados e sua pequena dispersão em território português.

Por fim, destacou-se a tramitação do projeto de lei José Walter Nery, buscando assegurar a possibilidade de solução das disparidades entre gêneros psicológico, social e biológico, por via administrativa, seguindo o princípio da autodeterminação, tornando desnecessária a apresentação de parecer médico-psicológico.

Frente ao exposto, percebe-se, com felicidade, o gradativo caminhar histórico rumo ao reconhecimento e efetivação de direitos fundamentais de modo cada vez mais amplo e democrático, seguindo a internalização dos Tratados internacionais respectivamente assinalados.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Transsexuellengesetz – Tsg**. Disponível em: . Acesso em: 26/12/16.

BENTO, Berenice and PELUCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Rev. Estud. Fem.* Disponível em: . Acesso em: 17/01/2017.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti - Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 00139862320138190208 RJ 0013986-23.2013.8.19.0208. Relator: Des. Edson Aguiar de Vasconcelos. Data de Julgamento: 12/03/2014, Décima sétima Câmara Cível. Data de Publicação: 16/04/2014. Disponível em: . Acesso em: 17/01/2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acesso em: 29/10/2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Ronaldo Pamplona da - Os onze sexos: as múltiplas faces da sexualidade humana. Disponível em: <xa.yimg.com/kq/groups/21693799/1121815486/name/Os+11+sexos.pdf>. Acesso em: 27/12/16.

CRETELLA JUNIOR, José. Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2009.

DAMATTA, Roberto. Relativizando: uma introdução à antropologia social. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito brasileiro, volume 1: parte geral. 25. edi. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. 3ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. Disponível em >. Acesso em: 26/12/16.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direito Civil: Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY, João Walter. Viagem solitária: memórias de um transexual trinta anos depois. 1ª Ed. São Paulo: Leya, 2011.

OEA. Convenção Americana de Direitos do Homem. Disponível em: . Acesso em: 18/12/16.

PORTUGAL. Código Civil: decreto-lei n.º 16.563/29, de 25 de Novembro. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 1929. Disponível em: . Acesso em: 11/12/16.

\_\_\_\_\_. Código Civil: lei n.º 7 de 15 de Março de 2011. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 1929. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1308&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1308&tabela=leis)>. Acesso em: 30/12/16.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril. Lisboa: Assembleia do Parlamento, 1976. Disponível em: . Acesso em: 15/11/16.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 29ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROUSSEAU. Jean Jacques. O Contrato Social. Martin Claret. São Paulo. 3ª Edição. 2011.

SANCHES, Andreia. **Quase 300 pessoas mudaram de sexo no registo civil.** Disponível em: <<https://www.publico.pt/2016/01/24/sociedade/noticia/quase-300-pessoas-mudaram-de-sexo-no-registo-civil-1721122#/follow>>. Acesso em: 03/01/17.

**SILVEIRA, Esalba Maria Carvalho.** De tudo fica um pouco: a construção social da identidade do transexual. Disponível em: .

**Acesso em: 23/12/16**

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.** São Paulo: Universidade de São Paulo. Disponível em: . Acesso em: 18/12/16.

#### **NOTAS:**

[1] Com vistas ao preciosismo de sua autobiografia, destaca-se trecho do dilema enfrentado na obra *Viajante Solitário*: “Não conseguia entender por que me tratavam como se fosse uma menina! Faziam questão de e ver como nunca fui. Sabiam que não gostava disso! Por que insistiam em me entristecer, em me ridicularizar? Algo estava errado. Restava saber se com eles ou comigo. Tornei-me um ser acuado. Geralmente, crianças adoram ganhar roupas novas nos dias de festa. Entrava em pânico quando mamãe nos carregava para a costureira. Relutava. A única coisa que conseguia reivindicar era que, pelo menos, o vestido tivesse gravata e bolsos. Mamãe não entendia ou fingia não entender. [...] Aos poucos, fui sentindo vergonha do meu corpo. Não ficava nu diante de ninguém. Era como se tivesse um defeito físico, um aleijão. Não trocava mais de roupa na frente das meninas e me envergonhava quando o inverso ocorria.” (NERY, 2011, p. 24)

[2] Acerca do sentimento de angústia verificado pelo conflito permanente entre seres biológico e mental, confere-se o seguinte relato: “Por essa incompatibilidade da minha mente com as partes do meu corpo, numa inversão total de imagem, tornei-me, cada vez mais, um ser angustiado. Além de tudo, cômico de que argumento algum poderia me justificar. Bebi angústia pura.” (NERY, 2011, p. 35)

[3] Sobre o apanágio da universalidade, destaca RAMCHARAN “The concept of human rights is part of the intellectual patrimony of humankind. As civilisations interacted and learnt from one another,

concepts of dignity, law, freedom, equality, liberty, and rights developed over time. The Universal Declaration of Human Rights drew upon the intellectual well-springs of Africa, Americas, Asia and Europe in a distillation of universal rights.” (*apud* BREMS, 2013, p. 7)

**[4]** Sobre este tema, Stuart Hall analisa em *Identidade Cultural na Pós-modernidade* as perdas relativas ao patrimônio cultural em virtude da globalização.

**[5]** Acerca do exposto, o parecer de Flávio Piovesan se demonstra de suma importância: “[...] O poder Constitucional dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras do Direito Internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias constituições nacionais cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional.” (2007, p. 11). Na mesma esteira, Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli se manifestam pela invalidade do direito interno brasileiro frente a incompatibilidades com o Pacto de San José da Costa Rica (2010, p. 34).

**[6]** Conforme dispõe o artigo 1.º da Carta: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.” (UNIÃO EUROPEIA, 1950).

**[7]** O princípio da igualdade fora recepcionado através do artigo 21, número 1, o qual se transcreve: “1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual” (*idem*).

**[8]** Conforme reza o artigo 18º da Convenção Americana: “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.” (BRASIL, 1992)

[9] No que toca à possibilidade de exercício do direito ao nome, o julgamento das irmãs Serrano Cruz pela Corte Interamericana é paradigmático, apresentando dupla dimensão ao mesmo: “[...] a) a primeira delas é o direito de toda criança possuir um nome e o de que ele seja devidamente inscrito [...]; b) a segunda dimensão é o direito que a criança tem de preservar sua identidade e suas relações familiares, de conformidade com a lei e sem ingerências indevidas. Daí se entender que o direito ao nome está intimamente ligado ao direito à identidade, que por sua vez está ligado ao direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º da Convenção). Tudo isto somado revela a importância do direito ao nome, sem o qual o indivíduo se desgarnece dos elementos necessários que o ligam à sua identidade e, logicamente, à sua condição de pessoa. (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 165-166)

[10] Para Cappelletti e Garth (1988, p. 6), obstáculos relativos às custas judiciais, à necessidade de capacidade postulatória, somadas à falta de informações relativas aos direitos subjetivos comprometem o princípio do acesso à justiça, razão pela qual meios alternativos devem assegurar direitos sem, necessariamente, passar pela judicialização dos mesmos.

[11] 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:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988)

[12] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (*idem*)

**[13]** Transcreve-se, a seguir, trecho do julgado: [...]A transgenitalização, por si só, não é capaz de habilitar o transexual às condições reais do sexo, pois a identificação sexual é um estado mental que preexiste à nova forma física resultante da cirurgia. Não permitir a mudança registral de sexo com base em uma condicionante meramente cirúrgica equivale a prender a liberdade desejada pelo transexual às amarras de uma lógica formal que não permite a realização daquele como ser humano. No plano jurídico, a questão remete ao plano dos direitos fundamentais.” (BRASIL, 2014)

**[14]** Sobre o tema, colaciona-se breves dispositivos do Projeto de Lei 5.002/03, no que se refere ao procedimento simplificado de alteração de registros quanto ao nome e ao sexo: Artigo 1º - Toda pessoa tem direito:

I - ao reconhecimento de sua identidade de gênero;

II - ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme sua identidade de gênero;

III - a ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a ser identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal a respeito do/s prenome/s, da imagem e do sexo com que é registrada neles.

Artigo 2º - Entende-se por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo.

Parágrafo único: O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido, e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de fala e maneirismos.

Artigo 3º - Toda pessoa poderá solicitar a retificação registral de sexo e a mudança do prenome e da imagem registradas na documentação pessoal,

sempre que não coincidam com a sua identidade de gênero auto-percebida (BRASIL, 2013)



## **CRIMES PRATICADOS PELO COMPUTADOR: TIPICIDADE NO CRIME DE INFORMÁTICA**

**RAQUEL FERNANDES DIONIZIO:**  
Bacharelanda da Universidade Brasil -  
Fernandópolis.

Orientador(a): **Ana Paula de Freitas R. Murari**

**RESUMO:** O presente estudo visa em seu objetivo maior identificar através de uma pesquisa jurídica, e interpretação científica, porque a internet sendo um grande avanço tecnológicos com o surgimento, acabou se tornando também um meio para as pessoas cometer atos ilícitos. A vigente legislação brasileira prevê punição para grande parte dos delitos praticados, mas ainda assim, uma grande parte não possui uma legislação específica rigorosa e atual para a sociedade, que proíba essa prática que vem crescendo rapidamente. A tipificação desse tipo de delito pelas legislações de todos os países é de extrema urgência, visto que as relações negociais no âmbito realizadas através da Internet crescem rapidamente e, movimentam anualmente bilhões de dólares entre as diferentes nações. No Brasil a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, que esta em vigor desde do dia 3 de abril de 2013, ate fez uma alteração no Código Penal para tipificar os crimes cibernéticos propriamente ditos, mas nada que se comparece em relação aos outros países.

**Palavras Chaves:** crime na internet, tipificação, crimes virtuais, código penal.

**ABSTRAT:** The present study seeks in its objective greater identification through a legal research, and a scientific interpretation, because an internet with great technological advance with the emergence, ended up becoming also a means for people to commit illicit acts. The current Brazilian legislation provides for punishment for most of the crimes committed, but even so, a large part does not have a specific and current specific legislation for a society, which prohibits this practice that is growing rapidly. This kind of reflection on the legislation of all countries of extreme urgency, since, as the negotiations are not carried out through the Internet, they grow rapidly and annually billions of dollars between different nations. In Brazil Law No. 12,737, of November 30, 2012, which has been in force since April 3, 2013, has made an amendment to the

Penal Code to criminalize cyber crimes as such, but nothing compared O  
Other countries

**Keywords:** internet crime, criminalization, virtual crimes, penal code.

---

## INTRODUÇÃO

Atualmente a internet se destaca em grande escala como o mais forte meio de comunicação global, por essa razão que o trabalho apresentado alude sobre o tema dos crimes praticados pela internet, ou chamados de crimes de informática, referir-se a modalidade de crime informático, para esse fim faz se a distinção entre os vários crimes praticados em que está relacionado ao uso da informática, assim como a difícil conceituação, e complexa definição ao alcance do estudo enquanto novo ramo do direito moderno.

Pertente-se apurar com o presente estudo aclarar os operadores do direito estudando minuciosamente as distinções entre os crimes já existentes e as novas condutas praticadas em decorrência do avanço tecnológico. as modalidades delitivas tradicionais existentes antes da aparição do computador e agora realizadas por meio de sua utilização incrementaram as taxas de aumento da criminalidade com rapidez e impunidade. Planeja-se então a consolidação do entendimento sobre o tema célebre na árdua tarefa de conceituação de termos tecnológicos sem ingressar-lhes a ideia ao ponto de tornarem-se obsoletos com o avanço e o implemento de novas tecnologias.

Ainda existe ilícitos perfeitamente enquadráveis no Código Penal e legislação extravagante, quais sejam aqueles em que a Internet, ou outro ambiente eletrônico, informático ou computacional, é tão-somente o seu meio de execução, estando a tipificação perfeita ao ato proferido; são estes os crimes eletrônicos, que recebem também as nomenclaturas de crimes da Internet, crimes digitais, crimes cibernéticos ou cybercrimes.

### 1 DEFINIÇÃO DE INTERNET E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A internet se deu início em plena guerra fria como uma forma de arma militar norte-americana de informação, assim como comenta ABREU:

“Com cerca de dois mil usuários em 1975, a Net permitia um acesso livre aos professores e pesquisadores usuários desta tecnologia. A visão educacional das universidades compreendia a rede como uma possibilidade de difusão e de compartilhamento de informação.” (ABREU, 2009, p.2)

A concepção primordial era em interligar todos as centrais de computadores dos postos de comando estratégicos americanos, para se proteger de uma suposta agressão russa. Se um dos pontos estratégicos fosse atacado, os outros poderiam continuar lutando e funcionando normalmente, com o auxílio das informações.

O número de usuários da internet começou crescer após o seu uso comercial, onde os investidores logo de início visavam o interesse meramente lucrativo, esse desenvolvimento da internet acabou dando causa a um grande impasse, por parte dos usuários de má Fe, por meio da internet acaba cometendo atos ilícitos, no campo virtual.

Os crimes virtuais começam a fazer parte do cotidiano dos norte-americanos na década de 70 e 80, pois desta época ate o nome “hacker” já era utilizado para indivíduos que usavam a internet irregularmente, começando a invadir sistemas e na década de 80 houve maior propagação dos diferentes tipos de crimes.

## **2 CONCEITO DE CRIME NA LEI PENAL BRASILEIRA**

Conforme a [Lei de Introdução ao Código Penal](#) brasileiro, Decreto-Lei n. [3.914/41](#), sancionada por Getúlio Vargas, esclarece:

“Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Seguindo por esse pensamento no que se define crime, é preciso que o agente tenha praticado uma ação que infligir a uma pena, para tanto

estar claro as três características imprescindíveis, que são: Tipicidade (fato típico), Antijuridicidade (antijurídico) e Culpabilidade.

No entanto ainda para MUÑOZ CONDE que "A tipicidade é a adequação de um fato cometido à descrição que desse fato tenha feito a lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do nullum crimen sine lege, somente os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tais.

O fato típico abrange cinco elementos importantes, que são: a conduta dolosa ou culposa, e conduta comissiva ou omissiva; o resultado, o nexo de causalidade entre conduta e resultado; e a tipicidade. Já a antijuridicidade ou ilicitude se faz a relação de contrariedade que permanece de um lado entre a conduta que o agente realizou e por outro no ordenamento jurídico. Na culpabilidade tem como conceito a reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente, possuindo os seguintes elementos: imputabilidade; potencial consciência sobre a ilicitude do fato; e exigibilidade de conduta diversa.

Assim então consagra-se uma ordem determinada na análise do fato praticado por um agente para determinar se é ou não crime, ou seja, devemos analisar primeiramente a tipicidade da conduta, em seguida a antijuridicidade e por final a culpabilidade. A Internet tornou-se um fato social e desde então o Direito fez-se necessário para garantir a segurança dessas relações e proteger o bem jurídico quando lesionado. O Direito penal surgiu para proteger os bens jurídicos considerados de maior importância para a sociedade, a vida é um exemplo desse tipo de proteção. A definição de crime é da mesma forma, tanto para delitos comuns quanto para os crimes digitais, por essa razão pode-se concluir então que a ação humana, que causou lesão ou perigo contra os bens mais importantes para a sociedade, a conduta humana em ambos os casos está sujeita a uma sanção prevista em lei.

O Código Penal Brasileiro em seu artigo primeiro faz referência de que: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". Por tanto este artigo é cabível tanto para os crimes digitais quanto para os crimes comuns, pois, não há como punir alguém se o fato cometido não for considerado crime pelo nosso ordenamento jurídico.

Nesta atual legislação penal brasileira possibilita que muitos crimes cometidos com o uso do computador sejam enquadrados nos tipos penais

descritos, pois quando a conduta humana, seja comissiva ou omissiva, se ajusta na norma repressiva ela está sujeita a uma sanção penal.

Há existência de normas no ordenamento jurídico brasileiro, tal como o direito do autor, têm sido empregadas na defesa do direito autoral. A lei acima tipificou algumas condutas, sendo certo que elas não são exaustivas nas possibilidades de alguém cometer crimes virtuais, mas com certeza foi o início para que seja elaborada uma codificação. Os crimes cometidos por meio da Internet trazem um enorme desafio para o Direito devido ao grande universo em que agem os criminosos e o alto nível intelectual que os agentes possuem. Apesar de que as leis brasileiras ainda estão engatinhando dentro de um setor jurídico de proteção aos dados, e por mais que houve a promulgação da lei de Software<sup>7</sup>, muito ainda precisa ser feito para que os crimes digitais sejam punidos como a sociedade deseja.

Vale ressaltar também que os crimes digitais podem ser cometidos em qualquer lugar do mundo. No nosso ordenamento jurídico consta o princípio da territorialidade, ou seja, local onde o crime foi praticado. Para esse princípio existem três teorias: -teoria da atividade; teoria do resultado e teoria mista, por exemplo se um indivíduo que está em outro país bem distante do Brasil, pode cometer um delito pela rede de internet, e seria punido em conformidade com o princípio da territorialidade.

Em conformidade com a teoria da atividade se faz jus, de que o lugar do crime seria o da ação ou da omissão, mesmo que outro fosse o da ocorrência do resultado. A teoria do resultado despreza o lugar da conduta e defende a tese de que lugar do crime é onde ocorre o resultado, e teoria mista adota as duas posições anteriores e diz que lugar do crime será o da ação ou da omissão, bem como onde se produziu ou deveria dar causa a resolução final.

A luz do Código Penal pode-se adotar a teoria mista ou da conforme, seguindo artigo 6º esclarece ainda que: "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado".

Outro princípio de grande importância para o direito é o da extraterritorialidade já existente, tendo como conceito da aplicação da lei penal brasileira àqueles que praticarem infrações penais fora do território brasileiro, ou seja, em países estrangeiros. O princípio da extraterritorialidade pode ser condicionada ou incondicionada, no

segundo caso como o próprio nome sugere, é a possibilidade da aplicação da lei penal brasileira a fatos ocorridos no estrangeiro sem que para isso não exista qualquer condição. A medida que o artigo 7 do Código penal, trás as hipóteses de extraterritorialidade incondicionada estão vistos no inciso I, alínea b.

### **3 DOS CRIMES NA PRÁTICA**

Com a Internet surgiu uma quantidade inimaginável de informações para qualquer pessoa que esteja interessada em pesquisar sobre um determinado assunto. Essa facilidade é apenas uma dentre tantas outras que esse meio de comunicação nos oferece. Esse é o lado bom da Internet. Existe um outro lado, não tão agradável como o anterior, que são os crimes praticados por meio dessa magnífica ferramenta de informação disponível para a população em geral.

Por esse motivo a conduta utilizando-se da Internet para que seja realizada, está ferindo direitos de terceiros e conflitando a todo instante com o interesse comum da sociedade. No meio dos ilícitos cometidos estão, por exemplo: a exposição de sites na Internet com pornografia infantil, que se enquadra no art 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente – pedofilia; também o plágio de textos de terceiros que se enquadra no art 184 do Código Penal – violação de direito de autor.

Os crimes acabam sendo por inumeráveis, pela razão de que podem acontecer no meio cibernético, como: calúnia, difamação, injúria, ameaça, divulgação de segredo, furto, dano, apropriação indébita, estelionato, violação do direito autoral, escárnio por motivo de religião, favorecimento da prostituição, ato obsceno, escrito ou objeto obsceno, incitação ao crime, apologia ao crime ou criminoso, falsa identidade, inserção de dados falsos em sistemas de informações, adulteração de dados em sistemas de informações, falso testemunho, exercício arbitrário das próprias razões, jogo de azar, crime contra a segurança nacional, preconceito ou discriminação de raça/cor/etnia/etc, pedofilia, crime contra a propriedade industrial, interceptação de comunicações de informática, lavagem de dinheiro e pirataria de software.

Embora nesses crimes não existe a necessidade de uma nova legislação específica, pois, já estão sob o controle da legislação atual. Alguns necessitam apenas de algumas pequenas mudanças para se adaptarem à consumação na Internet.

[STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS  
CORPUS RHC 56005 SP 2015/0020581-6 \(STJ\)](#)

**Data de publicação: 28/05/2015**

**Ementa:** RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRODUÇÃO E FOTOGRAFIA DE CENA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA, DIVULGAÇÃO DE IMAGENS OU FOTOGRAFIAS COM CONTEÚDO PORNOGRÁFICO INFANTIL E ARMAZENAMENTO DE ARQUIVOS CONTENDO CENAS OU IMAGENS PORNOGRÁFICAS OU DE SEXO EXPLÍCITO ENVOLVENDO CRIANÇAS OU ADOLESCENTES. UTILIZAÇÃO DE FÓRUNS NA INTERNET E SITE EM REDE OCULTA NA INTERNET. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. De acordo com o artigo 109, inciso V, da Constituição Federal, compete aos Juízes Federais processar e julgar "os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente". 2. No caso dos autos, o crime em tese praticado pelo recorrente consta daqueles cujo combate o Brasil se comprometeu perante a comunidade internacional, ao aderir à Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, promulgada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto 99.710/1990. 3. Para que a competência da Justiça Federal seja firmada, não basta que o Brasil seja signatário da referida Convenção, sendo imprescindível a comprovação da internacionalidade da conduta atribuída ao acusado. Precedente. 4. Na hipótese em apreço, a forma como o recorrente disponibilizaria, transmitiria, publicaria e divulgaria arquivos contendo pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes permitira o seu acesso por pessoas em qualquer local do mundo, bastando

que também participassem dos mesmos fóruns que ele, ou que também acessassem sites na rede oculta chamada deep web, circunstância que revela a transnacionalidade da conduta narrada na exordial acusatória e justifica a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL.

[TRF-1 - APELAÇÃO CRIMINAL APR 00190518120104014300 0019051-81.2010.4.01.4300 \(TRF-1\)](#)

Data de publicação: 02/10/2015

**Ementa:** PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. PRÁTICA DE FURTOS MEDIANTE FRAUDE. AMBIENTE VIRTUAL. QUADRILHA. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. Configurado o crime previsto no art. 288 do Código Penal, em face da prova de que mais de quatro pessoas (os acusados) se associaram, de maneira permanente e estável, com unidade de desígnios, com a finalidade de cometerem reiterados furtos virtuais, cada qual com uma função específica na organização criminosa. 2. Das circunstâncias judiciais valoradas favoravelmente pela sentença, não subsiste fundamento apenas em relação à culpabilidade e às consequências do crime, merecendo redimensionamento da pena-base imposta ao réu. 3. Não pode ser considerada irrelevante, no tocante à culpabilidade (art. 59 do CP), a atuação de membro de quadrilha (art. 288 do CP), cujo papel na organização criminosa consistia em obter cartões e dados bancários de correntistas para o grupo criminoso, o qual, de



posse deles, praticava os furtos nas contas correntes das vítimas. 4. As consequências dos delitos de fraude cometidos na rede mundial de computadores são graves ante o abalo causado na credibilidade dos clientes bancários em relação às transações feitas pela internet. 5. Apelação parcialmente provida para majorar a pena do réu.

Como se pode entender, as jurisprudências, de casos reais ambas no ano de 2015 sobre pornografia infantil utilizando a internet para perpetrar estes crimes. E também o crime de fraude, podendo ser assim chamado de fraude virtual.

#### 4 MODALIDADES DE CRIMES DA INTERNET

Há varias espécies de crimes digitais e que podem ser praticados de muitas maneiras e por varias pessoas diferentes, em lugares distintos também e para melhor esclarecer os tipos de crimes citados neste estudo que podem ser cometidos através da Internet, primeira deve se saber se o delito cometido possui ou não previsão de pena em nosso ordenamento jurídico, e se possuir, qual será a punição, ou, caso ainda não esteja relacionado dentre os crimes que sofrerão uma sanção como resolver essa situação, nem todas as infrações poderão se encaixar no Código Penal brasileiro, desta forma, o que fazer com os crimes que fogem das previsões dos legisladores, permanecerão inimputáveis? Para os crimes que nossa lei ainda não possui uma previsão, apesar da frequência com que vem sendo praticados, seja necessário a criação de um novo ramo do direito chamado direito informático, ou, direito da Internet dentre outras definições existentes para essa nova área.

Como por exemplo onde no ano de 2012 a lei popularmente conhecida como Carolina Dieckmann foi criada Lei 12.737/12, e ainda em 2014 foi sancionado O Marco Civil da Internet, **LEI Nº 12.965, 23 de Abril de 2014 que tem por objetivo estabelecer** princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Na 18ª Edição anual da Pesquisa Global de Segurança da Informação, lançada em 2015, pela PwC

Em 2015 ouve um crescimento de 274% em número de ataques cibernéticos no Brasil, isto pode ser concluído na 18ª Edição anual

da Pesquisa Global de Segurança da Informação, lançada em 2015, pela PWC (Pricewaterhouse Coopers) Sobre esta pesquisa o Programa Revista Brasil entrevistou sócio da empresa PWC, Edgar D'andrea. "Esta pesquisa revela o estado da segurança da cibernética em todo o mundo e o propósito é alertar as empresas e as pessoas de uma forma geral sobre os riscos cibernéticos", esclarece.

Edgar informa que em 2015, o número de ataques médios revelados pela pesquisa no mundo como um todo subiu 38% e no Brasil aumentou 274%. "Uma diferença muito relevante", opina. Ele justifica o aumento por duas perspectivas: o primeiro é que as empresas estão começando a investir mais para conseguir detectar o ataque e responder. O segundo é que o crime cibernético é uma realidade, está aumentando de forma significativa em todo o mundo. "Hoje, o crime cibernético e o Brasil em particular se tornaram muito atraente, não é feito apenas por tradicionais hackers, hoje você tem por traz de ataques cibernéticos o crime organizado, fazendo os crimes num ambiente digital, tem hacker ativista fazendo ataques as organizações".

## **5 CRIMES DE INFORMATICA EM DIFERENTES PAISES**

Na Alemanha o processo penal tem como seu fundamento primordial o sistema inquisitorial. Impregna-se o princípio da investigação de ofício, o processo penal tem como norte orientador o Código de Processo Penal e a Lei Orgânica dos Tribunais. O CPP orienta precipuamente o curso do processo de conhecimento penal, impondo ao Poder Público a investigação de crimes. Tem-se tal Código como Direito Constitucional condensado, sua configuração e concretização na praxe da condenação penal são sismógrafos para a Constituição. Já a Lei Orgânica dos tribunais preceituam a competência e a estrutura dos tribunais, seja em matéria civil ou penal. Essas Leis sofreram ao longo dos anos grandes modificações, mas não significando dizer que tais mutações desencadearam em um ordenamento revestido de clareza, pelo contrário, como bem traduzem os comentaristas do código alemão, todo o Codex Alemão resta eivado de incoerências, diferenças e complexidade. Por outro lado existem críticos que afirmam que a justiça penal alemã apesar dos poucos recursos que possui, é uma justiça rápida e eficiente. Suas dificuldades consistem dentre outras poucas, quanto à persecução da criminalidade econômica.

Ao que se pode observar externamente que por volta dos anos 80 se deu início as primeiras formas de responsabilização penal pelos delitos

tecnológicos. Pode ser que existem afirmativas versando sobre a sociedade alemã e a conduta delituosa em crimes informáticos não possui grande relevância, devido a sua pequena incidência. Seus principais problemas na esfera tecnológica se referem ao uso abusivo de informações, porém conforme já mencionado acima, em 1986 fora editada a Segunda Lei de Combate à Criminalidade Econômica, que traz em seu texto normas contra a criminalidade informática. Na presente legislação, não são punidas meras invasões de sistema, porém, alguns delitos são tipificados de forma especial como: (i) espionagem de dados; (ii) extorsão informática; (iii) falsificação de elementos probatórios, incluindo aí a falsidade documental e a ideológica; (iv) sabotagem informática; (v) alterações de dados e (vi) utilização abusiva de cheques ou cartão magnéticos.

Já nos Estados Unidos é um pouco diferente, o modo como se é a cultura, como bem se sabe o direito norte-americano é baseado no Common Law modelo de justiça baseado em precedentes judiciais. É implantado aos Estados Unidos a política do federalismo, ao qual é permitido aos demais estados criarem suas próprias regras sem que seja preciso utilização do processo legislativo, cada estado desenvolve seu modelo de justiça. O Common Law é capaz de criar um direito ou dever a partir de uma decisão judicial que sirva como precedente, vinculando todas as outras decisões posteriores, ele é regido pelo princípio do stare decisis.

Contudo, estando mais do que averiguado a extrema controdição imposta de caráter divergente da decisão anterior poderá o tribunal decidir o seguinte caso como um novo precedente. Vale também resaltar que o sistema da Common Law é um tanto quanto complexo, importando esclarecer que a vinculação está adstrita a uma jurisdição particular e ainda nesta mesma jurisdição poderão outros tribunais possuírem mais poderes que outros, como é o caso dos tribunais de recursos (os tribunais que decidirem ao final possuem o poder vinculante já o tribunal inferior possui apenas poder persuasivo). Assim, desta maneira, existe então no Direito Penal norte-americano duas modalidades de incriminação: a chamada tipificação estatutária (direito penal codificado) e os ilícitos decorrentes de decisões judiciais, forma quase inexistentes na atualidade.

Vale se expor a dizer que nasce as manifestações informáticas ilegítimas aconteceram nos Estados Unidos logo quando Robert Tappan Morris explorador de defeitos de segurança, criando os “worms” vírus

capazes de se expandirem em outros computadores com o objetivo inicial de ocupar pouco do funcionamento das máquinas (já que a intenção do estudante era apenas demonstrar a insegurança das atuais redes computacionais), porém, o “experimento” acabou tomando proporções maiores e os vírus começaram a se reproduzirem e a reinfectarem as máquinas causando grande prejuízo as redes de computadores à época.

Este então foi o ponta e inicial, onde os Estados Unidos travaram um verdadeiro combate à criminalidade informática, tal combate se deu em dois patamares: o estadual e o federal. No âmbito federal encontrou-se a Lei de Proteção aos Sistemas Computacionais (Federal Computer System Protection Act of 1981) - que determinava como conduta delituosa o uso de computadores com o objetivo de praticar fraudes, furtos ou espécies de apropriação indébita. Em seguida, em 1982 surgiu a Eletronic Funds Transfer Act – lei que trata da regulamentação de transferências eletrônicas de fundos, incriminando as fraudes informáticas que não continham relações interpessoais.

A lei fundamental e indispensável, é a que traz a responsabilização criminal de condutas ilícitas no âmbito informático, é a chamada Computer Fraud and Act – em português Lei de Fraude e Abuso Computacional – datada desde 1986 que visa erradicar a acessibilidade dos sistemas para a obtenção de segredos nacionais ou também proteger dos indivíduos com o intuito de obter vantagens financeiras, com esses segredos nacionais.

## **CONCLUSAO**

No Brasil somente em 2005, foi fundado o sistema da SaferNet, que juntamente com diversas instituições governamentais como Ministério Público Federal e Autoridades Policiais, trabalha para o combate ao crime e violação dos Direitos Humanos na Internet. Além disso também foram estabelecidas nas capitais de alguns estados delegacias especializadas em cibercrimes que servem de apoio à Polícia Civil na solução de crimes tecnológicos.

A Internet conduziu uma quantidade extraordinária de informações ate chegar nas pessoa que estejam realmente afeiçoados em procurar sobre um assunto escolhido. Essa facilidade é apenas uma dentre tantas outras que esse meio de comunicação nos oferece. Esse é o lado bom da Internet. Existe um outro lado, não tão agradável como o anterior, que são

os crimes praticados por meio dessa magnífica ferramenta de informação disponível para a população em geral.

Esse tipo de conduta utilizando-se da Internet para que seja realizada, está ferindo direitos de terceiros e conflitando a todo instante com o interesse comum da sociedade. Há ilícitos perfeitamente enquadráveis no Código Penal pátrio e legislação extravagante, quais sejam aqueles em que a Internet, ou outro ambiente eletrônico, informático ou computacional, é tão-somente o seu meio de execução, estando a tipificação perfeita ao ato proferido; são estes os crimes eletrônicos, que recebem também as nomenclaturas de crimes da Internet, crimes digitais, crimes cibernéticos ou cybercrimes.

Essa lei especificamente vem manifestando vários juristas, profissionais do assunto, pela razão de seus dispositivos serem amplos demais, confusos e gerando uma segunda interpretação para o mesmo contexto fático. Um país tão grande como o Brasil não deve se contentar somente com essa lei quando o assunto é avanço tecnológico. A todo tempo pode se encontrar uma grande dificuldade de estabelecer nitidamente, nos delitos informáticos, a autoria da conduta ilícita, se faz diferente do que todos estão acostumados no mundo "real", quando um acusado pode ser visto, filmado, testemunhado, comprovado por documentos. Na era virtual a autenticação da identidade não podem ser feitos visualmente, é um pouco diferente porque os indivíduos acabam se escondendo por trás das máquinas achando que ficaram impunes.

## REFERENCIAS

TAVARES – Regina Beatriz Silva - Responsabilidade Civil na Internet e nos Demais Meios de Comunicação – Série GVLaw – 2ª Edição Saraiva

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Lei Carolina Dieckmann, nº 12.737. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências. Brasília, Distrito Federal, Brasil. 2014.

Disponível

em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/04>

[/23/sancionada-a-lei-do-marco-civil-da-internet](#)

Acesso em: 10/10/2016.

Souza, Eliana. Cresce em 274% o número de ataques cibernéticos no Brasil. Revista Brasil, EBC Rádios, em 22 de fev. 2016. Disponível em: <[www.radios.ebc.com.br/revista-brasil/](http://www.radios.ebc.com.br/revista-brasil/)>

## DO DELINEAMENTO DA LOCUÇÃO "NORMAS GERAIS URBANÍSTICAS" EM SEDE DE DIREITO URBANÍSTICO: PRIMEIROS APONTAMENTOS

**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 meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve,

enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados.

**Palavras-chaves:** Meio Ambiente Artificial. Ambiência Urbana. Normas Gerais Urbanísticas.

**Sumário:** 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial; 4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano; 5 Do delineamento da locução “Normas Gerais Urbanísticas” em sede de Direito Urbanístico: Primeiros Apontamentos.

---

### **1 Ponderações Introdutórias: A 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 a ênfase reclamada, 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.

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*”<sup>[1]</sup>. 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*”<sup>[2]</sup>. 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*”<sup>[3]</sup>. 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, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da 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 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, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando coloca em destaque que:

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].

Ora, é conveniente anotar que os direitos inseridos sob a rubrica *terceira dimensão* assenta seus feixes principiológicos na promoção e difusão da solidariedade. Ao lado disso, não é possível olvidar que tal sedimento ideológico volta-se para a espécie humana na condição de coletividade, superando a tradicional ótica que privilegia o aspecto individual do ser humano. Ademais, segundo o magistério de Paulo Bonavides, “*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 Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

## 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 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 viventes. Consoante 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 Nº. 4.029/, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes

nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição 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 *caput* 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 do *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil 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.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem

manter dependência de motivações de âmago essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnando de aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

### 3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial

O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como tão bem salienta Fiorillo<sup>[16]</sup>. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. É possível ilustrar as ponderações estruturadas utilizando o paradigmático entendimento jurisprudencial que direciona no sentido que:

**Ementa:** Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Propaganda



eleitoral. Degradação do meio ambiente. Ausência de matéria eleitoral. Competência da Justiça Estadual. [...] 4. A pretensão ministerial na ação civil pública, voltada à tutela ao meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nesta época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral. 5. A ação civil pública ajuizada imputa conduta tipificada no art. 65 da Lei 9.605/98 em face do dano impingido ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos urbanísticos, conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regradas pelo direito eleitoral; visa tão somente a tutela a meio ambiente almejando assegurar a função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da Constituição Federal. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Maceió - AL, ora suscitado. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Seção/ CC 113.433/AL/ Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima/ Julgado em 24.08.2011/ Publicado no DJe em 19.12.2011).

**Ementa:** Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Praças, jardins e parques públicos. Direito à cidade sustentável. Art. 2º, incisos I e IV, d Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Doação de bem imóvel municipal de uso comum à União para construção de agência do INSS. Desafetação. Competência. Inaplicabilidade da súmula 150/STJ. Exegese de normas locais (Lei Orgânica do Município

de Esteio/RS). [...] 2. Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a

biodiversidade local). Daí o dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). [...] 8. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012)

O domínio em apreço é caracterizado por ser fruto da interferência humana, logo, *“aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial”*<sup>[17]</sup>. Como robusto instrumento legislativo de tutela do meio ambiente artificial, pode-se citar a Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001<sup>[18]</sup>, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, estabelece os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana. Nesta esteira, cuida trazer à colação o entendimento firmado por Fiorillo, em especial quando destaca que o diploma legislativo em apreço *“deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”*<sup>[19]</sup>.

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal<sup>[20]</sup>, são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar

ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, “*dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito relaciona-se à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida*”<sup>[21]</sup>, tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Carta de 1988. Neste sentido, colacionar se faz premente o entendimento jurisprudencial que:

**Ementa:** Apelação Cível. Direito Público. Município de Caxias do Sul. Planejamento Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor. Código de Posturas Municipal. Construção de Passeio Público. Meio Ambiente Artificial. O passeio público deve estar em conformidade com a legislação municipal, sobretudo com o Código de Posturas do Município e o Plano Diretor. Tal faz parte da política de desenvolvimento municipal, com o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, nos exatos termos em que disciplina a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. A prova pericial carreada aos autos demonstra a total viabilidade de adequação do passeio público de frente à residência dos autores, não se podendo admitir que eventual prejuízo causado aos demais réus, moradores vizinhos, que utilizam a área para acesso à sua residência, venha a ser motivo para a não regularização da área, de acordo com o planejamento municipal em termos de

desenvolvimento urbano. Eventual desgaste entre os autores e seus vizinhos deverá ser resolvido em demanda própria que não esta. Se os vizinhos dos demandantes utilizam o passeio público em frente à residência dos autores como entrada de suas casas, terão que deixar de fazê-lo e também se adequarem ao que disciplina a lei. O que não pode é o Município ser proibido de fiscalizar e de fazer cumprir com legislação que é, ou deveria ser, aplicável a todos. Recurso Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70038560991/ Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal/ Julgado em 11.05.2011).

**Ementa:** Administrativo. Poluição Visual. Propaganda em meio aberto (frontlights, moving signs, outdoors). Ilegalidade. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem os responsáveis indenizá-lo, fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de multa ante a necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. Apelações das rés desprovidas e apelação do

município provida em parte. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70011527215/ Relator: Desembargador Araken de Assis/ Julgado em 30.11.2005).

Assim, é plenamente possível traçar um íntimo liame entre o conceito de cidade e os próprios paradigmas integrantes do meio-ambiente artificial. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados. Deste modo, temas como a poluição sonora ou mesmo visual se revelam dotados de grande relevância, eis que afetam ao complexo equilíbrio existentes no meio-ambiente urbano, prejudicando, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população, tal como a criar condições adversas às atividades dotadas de cunho social e econômico ou mesmo afetando as condições estéticas ou sanitárias em que são estabelecidas.

#### **4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano**

Inicialmente, cuida anotar que o meio ambiente artificial não está disciplinado tão somente na redação do artigo 225 da Constituição Federal[22], mas sim é regido por múltiplos dispositivos dentre os quais o artigo 182 do Texto Constitucional, que disciplina a política urbana, desempenha papel proeminente no tema em comento. Nesta toada, é possível evidenciar que o meio ambiente recebe uma tutela mediata e imediata. *“Tutelando de forma mediata, revela-se o art. 225 da Constituição Federal, em que encontramos uma proteção geral ao meio ambiente. Imediatamente, todavia, o meio ambiente artificial recebe tratamento jurídico no art. 182 do mesmo diploma”*[23]. Salta aos olhos, deste modo, que o conteúdo atinente ao meio ambiente artificial está umbilicalmente atrelado à dinâmica das cidades, não sendo possível, por consequência, desvincula-lo da sadia qualidade de vida, tal como a satisfação dos valores estruturantes da dignidade humana e da própria existência do indivíduo. A política urbana afixa como preceito o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, sendo esta observada na satisfação dos axiomas alocados nos artigos 5º e 6º da Carta da República

Federativa do Brasil de 1988[24]. Ora, sobreleva ponderar que a função social da cidade é devidamente materializada quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade, tal como assegura a todos um piso vital mínimo, abrangendo os direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, dentre outros insertos na redação do artigo 6º do Texto Constitucional vigente.

Com efeito, não se pode olvidar que o pleno desenvolvimento reclama uma participação municipal intensa, consoante estabelece a redação do inciso VIII do artigo 30 da Constituição Federal[25], “*que atribui ao Município a competência de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*”[26], tal como estabelecendo competência suplementar residual. Em um aspecto mais amplo, é possível destacar que a função social da cidade é devidamente atendida quando propicia a seus habitantes uma vida com qualidade, satisfazendo os direitos fundamentais, mantendo harmonia com os feixes axiomáticos irradiados pelo artigo 225 da Carta de 1988. Nesta perspectiva, é possível destacar que uma cidade só cumpre a sua função social quando possibilita aos seus habitantes uma moradia digna, incumbindo o Poder Público, por conseguinte, proporcionar condições de habitação adequada e fiscalizar sua ocupação. Tais ponderações são, ainda mais, robustecidas ao se verificar que a Constituição Federal, em seus artigos 183[27] e 191[28], consagrou modalidades especiais de usucapião urbano e rural. “*Outra função importante da cidade é permitir a livre e tranquila circulação, através de um adequado sistema da rede viária e de transportes, contribuindo com a melhoria dos transportes coletivos*”[29]. O tema em debate recebe ainda mais realce nos grandes centros urbanos, porquanto o trânsito caótico se apresenta como um óbice à livre e adequada circulação. Além disso, para uma cidade cumprir a sua função social é imprescindível que destine áreas ao lazer e à recreação, edificando praças e implementando áreas verdes. Incumbe, ainda, à cidade viabilizar o desenvolvimento de atividades laborativas, produzindo reais possibilidades de trabalho aos seus habitantes, com o escopo de assegurar a existência de condições econômicas destinadas à realização do consumo de produtos e serviços fundamentais

para a existência da pessoa humana, bem como da ordem econômica estabelecida no país.

### **5 Do delineamento da locução “Normas Gerais Urbanísticas” em sede de Direito Urbanístico: Primeiros Apontamentos**

Em um primeiro comentário, quadra evidenciar que a locução “normas gerais urbanísticas”, em sede de Direito Urbanístico, encontra-se revestida de elevada complexidade, em especial no que toca à fixação de seu conteúdo e os pontos limítrofes de seu alcance, conquanto se apresente de elevada importância tal delineamento, notadamente em decorrência da fixação de competências para a edição de normas sobre a matéria. Neste talvegue, só são consideradas “normas gerais urbanísticas” aquelas que, conforme expressa previsão contida na Constituição Federal de 1988<sup>[30]</sup>, sejam responsáveis pelo estabelecimento de princípios e diretrizes para o desenvolvimento urbano nacional, responsáveis por afixar conceitos básicos de sua atuação e indicar os instrumentos para a sua execução, conforme estabelece em seu magistério José Afonso da Silva<sup>[31]</sup>. Nesta esteira, cuida reconhecer, oportunamente, que a acepção de *desenvolvimento urbano* guardará íntima e umbilical relação com a locução em apreço, sobretudo ao se reconhecer que aquele termo consiste na ordenada criação, expansão, renovação e melhoria dos núcleos urbanos.

De outro ângulo, quadra evidenciar que não incumbe às “normas gerais urbanísticas” estabelecer, em seus pontos limítrofes de conteúdo, a promoção em concreto do desenvolvimento, porém apontar a diretriz geral a ser seguida, visando estabelecer orientações acerca da adequada distribuição espacial da população e das atividades econômicas. Denota-se, portanto, que o escopo primordial das normas em comento toca à estruturação do sistema nacional de cidades e à melhoria da qualidade de vida da população. Ora, diante de tais ponderações, prima salientar que o campo de incidência das normas gerais será o desenvolvimento interurbano e o mero delineamento para o desenvolvimento intraurbano. Neste ponto, em específico, repousa o limite específico



das “normas gerais urbanísticas”, logo, ao permitir a ultrapassam de tal marco seria configurar verdadeira invasão na competência municipal para edição de normas específicas, com vistas ao atendimento do interesse local, no que toca à matéria em exame.

Desta feita, em harmonia com as ponderações apresentadas até o momento, estabelece-se que são “normas gerais urbanísticas” aquelas pertinentes à utilização da propriedade urbana, as referentes à ação integrada de organismos federais, estaduais e municipais e cooperação com a iniciativa privada, sobre o desenvolvimento urbano, as diretrizes sobre as áreas de interesse especial; as diretrizes que versem a respeito do planejamento urbanístico, sobre os instrumentos de intervenção urbanística e as bases do regimento urbanístico do solo, cuja disposição, inclusive, encontra-se minuciosamente substancializada na Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001<sup>[32]</sup>, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

#### **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 24 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **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 24 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **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: 24 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.311, de 11 de Julho de 2016**. Institui, nos termos do *caput* do art. 182 da Constituição Federal, normas gerais para a ocupação e utilização de área pública urbana por equipamentos urbanos do tipo quiosque, *trailer*, feira e banca de venda de jornais e de revistas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 24 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 24 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Primeira Região**. Disponível em: <[www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br)>. Acesso em 24 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 24 ago. 2016.

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 24 ago. 2016.

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

KLEIMAN, M. Transportes e mobilidade e seu contexto na América Latina. In: **Estudos e Debates**, n. 61. Rio de Janeiro: IPPUR: UFRJ, 2011.

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 24 ago. 2016.

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 24 ago. 2016.

#### 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 24 ago. 2016.

[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 ago. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 24 ago. 2016.

[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 24 ago. 2016.

[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 24 ago. 2016.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 24 ago. 2016.

[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 24 ago. 2016.

[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 24 ago. 2016.

[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 24 mar. 2013: “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] 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 24 ago. 2016.

[16] FIORILLO, 2012, p. 79.

[17] 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 24 ago. 2016.

[18] BRASIL. **Lei N° 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: 24 ago. 2016..

[19] FIORILLO, 2012, p. 467.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 ago. 2016..

[21] FIORILLO, 2012, p. 549.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 ago. 2016..

[23] FIORILLO, 2012, p. 549.

[24] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[25] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 ago. 2016. “**Art. 30.** Compete aos Municípios: [omissis] **VIII** - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

[26] FIORILLO, 2012, p. 550.

[27] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 ago. 2016. “**Art. 183.** Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

[28] Ibid. “**Art. 191.** Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”

[29] FIORILLO, 2012, p. 550.

[30] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

[31] SILVA, 2009.

[32] BRASIL. **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: 24 ago. 2016..



## O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, O ELASTECIMENTO DOS PRAZOS PROCESSUAIS E O PREJUÍZO AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE

### **BRUNO FONSECA DE ANDRADE:**

Advogado. Pós-graduado em LLM LITIGATION - Novos Desafios dos contenciosos pela Fundação Getúlio Vargas - FGV-Direito, em 2010. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, dezembro de 2007.

**Resumo:** Inovador e técnico, o Novo Código de Processo Civil buscou facilitar a atuação dos operadores do direito com uma medida conjugada de elastecimento dos prazos processuais e a sua fixação em dias úteis. Neste artigo, faz-se uma análise sobre a proporcionalidade da medida e seus efeitos à celeridade processual.

**Palavras chave:** Prazos processuais. Dias úteis. Celeridade processual.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O prazo judicial elastecido, em dias úteis, e o prejuízo à celeridade; 3. Da ausência de “contramedidas” aos “tempos mortos” do processo; 4. A força dos precedentes, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a sua inicial incapacidade de celeridade; 5. Conclusão; 6. Referências.

---

### 1. Introdução

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) trouxe profundas mudanças na dinâmica dos processos judiciais, com o objetivo claro de retirar alguns tecnicismos que dificultavam a vida das partes e advogados.

Considera-se como uma das grandes inovações a possibilidade de o autor da demanda retificar o polo passivo, substituindo o réu ante a sua ilegitimidade passiva (art. 339, par. 1º, NCPC). A busca pelo exame do mérito (arts. 282, par. 2º, arts. 4º e 6º, NCPC) retira, em boa parte, vários dos tecnicismos do processo civil e coloca em foco a resolução do mérito do litígio.

Alguns entendimentos jurisprudenciais pacificados, que eram objeto de severas críticas pela doutrina, foram alterados sob aplausos. É o caso do pré-questionamento ficto, por exemplo, previsto expressamente no art. 1.025, NCPC. Outros institutos, considerados obsoletos, foram retirados, como a vetusta nomeação à autoria.

No entanto, como toda alteração legislativa, não fica imune às críticas. Há algumas incompatibilidades no texto legislativo. A excessiva restrição às hipóteses de recorribilidade por agravo de instrumento (art. 1.015, NCPC) é uma delas, uma vez que não traz, por exemplo, a possibilidade de se questionar por agravo de instrumento uma decisão interlocutória que reconheça ou negue a competência.

A partir daí, resta à doutrina realizar interpretações inventivas, como a louvável menção do professor Fredie Didier sobre a hipótese do art. 1.015, III, do NCPC, ao mencionar que: *“a decisão relativa à convenção de arbitragem é uma decisão que trata de competência. Se a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é agravável, também deve ser a que trata de uma competência, relativa ou absoluta”* [1].

A necessidade de realizar audiência de conciliação, ainda que uma das partes discorde de sua realização (art. 334, par. 4º, I, NCPC), é outro desses exemplos. Já se espera que diversas das audiências designadas, que atrasarão a pauta e o andamento dos processos, serão infrutíferas, até mesmo pela baixa cultura da consensualidade no país. A legislação tenta modificar algo enraizado na sociedade e que, portanto, deve demorar a ser efetivamente assimilado, se o for algum dia.

Este artigo pretende abordar, no entanto, um dos pontos que mais impacta na atividade diária dos operadores do direito, que é a contagem dos prazos processuais.

## 2. O prazo judicial elástico, em dias úteis, e o prejuízo à celeridade

Além de ser a alteração mais lembrada pelos operadores, diante da sua serventia diária, a instituição do prazo em dias úteis chama atenção,

também, pela posição vigorosa com que os advogados vêm se posicionando em sua defesa.

De fato, o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), atendendo a uma das maiores reivindicações dos advogados, fixou os prazos judiciais em dias úteis (art. 219, caput, do NCPC). Há muito, a alteração era desejada e esperada. O terror dos advogados era a publicação/intimação de decisão com prazo de 5 (cinco) dias corridos que se realizavam na quarta-feira, e relegavam apenas dois dias de fórum aberto para permitir a obtenção de cópias dos autos antes do dia fatal do prazo, bem como forçavam os advogados há, muitas vezes, elaborar os prazos nos finais de semana.

O problema é que o legislador “exagerou na dose” e, com isso, o “remédio”, aplicado em dosagem excessiva, teve um “efeito colateral”, como se diz na literatura médica. O dispositivo do art. 1.003, par. 5º, NCPC ampliou o prazo de 15 (quinze) dias a todos os recursos, à exceção dos embargos de declaração, além de ter expandido o mesmo prazo para diversas manifestações nos autos (arts. 437, parágrafo 1º, 465, par. 1º, 477, parágrafos 1º e 2º, NCPC, dentre outros).

Na prática, os prazos instituídos no NCPC ampliaram, em muito, a “litispêndência”, na acepção de “processo pendente”. Se fossem cumpridos rigorosamente os prazos, preclusivos e não preclusivos (também chamados de próprios e impróprios), o tempo do processo no NCPC duraria, aproximadamente, mais que o dobro do tempo do processo no Código de Processo Civil de 1973. Com efeito, o processo no NCPC teria aproximadamente um trâmite de 18 meses e 27 dias, em comparação a 8 meses e 15 dias no Código de Processo Civil de 1973. São os valores a chegou um estudo realizado e divulgado em artigo jurídico no site CONJUR pelo juiz federal [Francisco Glauber Pessoa Alves](#):

“Considerando identidade de parâmetros, tanto quanto possível — já que houve mudança procedimental —, bem como uma situação idealmente perfeita de observância exata dos prazos processuais por todos os atores do processo (partes, servidores, juízes etc.), traçamos um processo iniciado em 21 de março de 2016. Portanto, já sob a vigência do novo CPC. Dessa data em

diante, comparamos o processamento a partir das normas do CPC e daquelas que vigerão no novo CPC, em duas colunas paralelas. (...) O resultado, detalhado ao fim deste artigo (sob forma de tabela), é catastrófico em termos de duração razoável do processo. Adaptando-se o possível no procedimento, temos no CPC um trâmite de 8 meses e 15 dias. No novo CPC, o trâmite passa para 18 meses e 27 dias, mais que o dobro do tempo normal de processamento. Aumentaram-se precisos 10 meses e 12 dias no tempo total de processamento” [2]

A situação se mostra desarrazoada, ainda, pela salutar proliferação dos processos eletrônicos. A informatização das serventias facilita, em muito, o acesso aos autos, que, inclusive, podem ser visualizados a todo momento, durante os finais de semana, feriados ou após o expediente dos cartórios.

### 3. Da ausência de “contramedidas” aos “tempos mortos” do processo

O professor Daniel Assumpção é um dos que defende, com veemência, a instituição do prazo em dias úteis pela regra do art. 219, caput, do Novo CPC. Confira-se trecho relevante de sua obra:

“Sendo advogado militante no contencioso cível, não tenho como deixar de saudar efusivamente a novidade legislativa (...). Com o pedido de desculpas antecipadas aos que entendem o contrário, a crítica de que a previsão legal ofende o princípio da celeridade processual destoa em absoluto da realidade forense. O processo demora demais, muito além do tempo razoável previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF, mas culpar os prazos por isso é inocência. A culpa na realidade é do tempo morto, o tempo de espera entre os atos processuais, principal culpado pela morosidade procedimental.

Com audiências sendo designadas para meses depois, com autos conclusos a perder de vista, com esperas

dramáticas pela mera juntada de uma peça, entender que a contagem de prazos somente durante os dias úteis irá atrasar o andamento do processo é trabalhar em paralelo com a realidade” [3]

O argumento é válido. De fato, os processos se avolumam pelo tempo perdido nas juntadas de petição, na remessa dos autos ao perito, no prazo com que o perito permanece com os autos do processo sem apresentar o laudo e, também, na demora para os autos irem ou voltarem da conclusão ao magistrado.

Uma pesquisa da Fundação Getúlio Vargas – FGV, divulgada em 2007 em reportagem no site CONJUR[4], já apontava que “*os cartórios são responsáveis por 80% dos atrasos nas ações judiciais*”. A reportagem mencionava que “*os processos ficam nos cartórios por um período equivalente a até 95% do tempo total de processamento*”, ressaltando que isso se devia aos “*tempos mortos*” em que o processo “*aguarda rotinas a serem praticadas pelos funcionários*”. É provável que esse panorama não tenha sofrido grande alterações nos números de lá para cá.

Ocorre que o Novo Código de Processo Civil não apresenta, à primeira vista, institutos que sejam capazes de eliminar o “*tempo morto*” dos processos. De fato, a despeito das tentativas, continua não tendo o magistrado um prazo preclusivo, podendo-se dizer o mesmo em relação a diversos atos processuais da serventia. A prova pericial, tratada nos artigos 464 e seguintes, fixa prazos para o perito, trazendo sanção para o descumprimento de encargos (art. 468, par. 1º, NCPC) que já constava no CPC/1973 (art. 424, par. único), mas que raramente é adotada na prática forense.

O julgamento em ordem cronológica, implantado pelo dispositivo legal do art. 12, NCPC, sofreu forte resistência da classe dos magistrados e, com isso, foi alterado substancialmente pela lei 13.256/2016. Ressalte-se, no entanto, que a alteração é válida, já que o dispositivo, tal como inicialmente editado, implicava forte intervenção no funcionamento diário das serventias.

Outras iniciativas, como a remessa do recurso de apelação sem o exame de admissibilidade no juízo *a quo* (art. 1.010, par. 3º, NCPC), pouco contribuem para a celeridade.

A despeito dos elogios à sua concepção, institutos como o calendário processual (art. 191, NCPC), que consiste na possibilidade de o juiz e as partes fixarem um “calendário para a prática dos atos processuais”, aparecem no cenário como mero “placebo”, para se manter a analogia médica. Afinal, ainda levará tempo para que a cultura de litigiosidade, que por décadas postergou processos judiciais em discussões técnico-processuais sobre legitimidade, interesse de agir, transmude-se para uma cultura consensualista (Art. 3º, par. 3º, NCPC), que dê valor ao calendário processual, aos negócios processuais (art. 190, NCPC) e às iniciativas de conciliação e mediação.

À exceção de alguns atos judiciários automáticos nos sistemas processuais eletrônicos, o que se verifica, à toda evidência, é que os “tempos mortos” dos processos continuarão a existir e se associarão aos intermináveis prazos em dias úteis, que concedem às partes quase um mês para contestar (art. 335, NCPC) ou recorrer de uma decisão (art. 1.003, par. 5º, NCPC).

Nos dizeres do juiz federal [Francisco Glauber Pessoa Alves](#), “*acrescentar um forte fator de retardo aos já existentes tem absolutamente tudo para somar tempo desnecessário à equação de tutela jurisdicional*” [5]. Confira-se o trecho relevante:

“Dir-se-á, em defesa da norma incipiente, que não é a alteração legislativa que vai sobressair-se sobre fatores já existentes de demora na prestação jurisdicional, como quantitativo de juízes e servidores, infraestrutura logística, excesso de recursos e litigiosidade exacerbada. É uma verdade em si mesmo inabalável que um fator de retardo no trâmite processual efetivamente tem tudo para não invalidar outros fatores — mesmo porque não é essa sua intenção — *tanto quanto é uma conclusão altamente coerente a de que acrescentar um forte fator de retardo aos já existentes tem absolutamente tudo para somar tempo desnecessário à equação de tutela jurisdicional*. Nosso comparativo parece tornar isso fora de dúvida, afastando-se, a premissa equivocada de que alguns poucos dias é que serão acrescentados, como chegou-se a dizer[7]. Vale repisar: meses a mais serão acrescentados, mais que dobrando o tempo médio de processamento!!”

Por isso, não se descarta da validade do argumento apresentado, dentre outros, pelo professor Daniel Amorim Assumpção Neves, o qual, no entanto, não se mostra capaz de superar a crítica apresentada à morosidade.

#### 4. A força dos precedentes, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a sua inicial incapacidade de celeridade

Uma das grandes inovações do Novo CPC consiste na força vinculativa que se concedeu aos precedentes (art. 927, NCPC). Na lição de Daniel Amorim Assumpção Neves, o melhor entendimento é no sentido de “*o art. 927 do Novo CPC é suficiente para consagrar a eficácia vinculante dos precedentes e enunciados sumulares previstos em seus incisos. Ou seja, “observarão” significa aplicação de forma obrigatória*” [6].

A iniciativa traz segurança jurídica e preserva o princípio da isonomia (arts. 927, par. 4º, e 976, II, NCPC), evitando-se que lides semelhantes tenham o seu mérito julgado de forma contraditória, o que relegaria o litigante à sorte da subjetividade do juízo.

Por sua vez, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976 e seguintes, NCPC), somado à sistemática dos recursos repetitivos (art. 1.036 e seguintes, NCPC), parece respaldar o sistema de formação dos precedentes vinculantes (art. 927, NCPC).

Aqui, o problema repousa, no entanto, na suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, prevista no art. 982, I, do NCPC, que ficarão à espera do precedente dos tribunais. Afinal, as questões ali submetidas, diante do efeito abrangente almejado, demandam um amadurecimento maior da matéria pelos julgadores, até mesmo para se evitar mudanças repentinas de posicionamento (“viradas jurisprudenciais”).

Somando-se isso ao fato de que os tribunais atuam, naturalmente, com excesso de recursos e processos para apreciar, é legítimo afirmar que, em prol da segurança jurídica, haverá um talvez impensado “retardamento isonômico” na solução dos litígios individuais, à espera de um posicionamento superior.

Não obstante, é inegável o valor dos aludidos institutos para a tão almejada segurança jurídica na adoção de precedentes, bem como se reconhece que, a longo prazo, devem resultar num enxugamento dos litígios individuais, afetando positivamente o sistema como um todo. A curto prazo, no entanto, há uma impossibilidade prática de considerar os aludidos institutos como um instrumento em favor da celeridade.

## 5. Conclusão

O Novo Código de Processo Civil é uma iniciativa louvável e traz diversas inovações relevantes ao cotidiano dos litígios no Poder Judiciário. Como tudo o que é novo, principalmente uma legislação de tal relevância, sofre, ainda, críticas e elogios de todas as frentes.

Na ótica do presente artigo, procurou-se analisar, com olhar crítico e sob a ótica da celeridade, o elastecimento dos prazos processuais, que passaram, inclusive, a ser contados em dias úteis. À primeira vista, não se vislumbra instrumento que, ao final, traga uma contraposição efetiva a esse alargamento dos prazos processuais judiciais, os quais, ao que tudo indica, somar-se-ão aos “termos mortos” nos processos e prejudicarão a celeridade processual.

À toda evidência, a impressão é que o “remédio” foi forte demais. Se, de um lado, o dia a dia dos advogados sofreu considerável melhora, de outro, as partes acabaram sendo prejudicadas. Basta pensar, por exemplo, que o prazo para ocorrer o trânsito em julgado na demanda sofreu elevada majoração, retardando em muito a possibilidade de execução definitiva.

A balança se mostra desequilibrada. E os efeitos negativos só serão sentidos após alguns anos de atividade com o novo *Codex* processual civil.

Por certo, não se nega que o estabelecimento de prazos em dias úteis é elogiável. A crítica repousa, então, na junção entre a fixação em dias úteis, a previsão de prazo de 15 (quinze) dias para diversas manifestações no processo e, ainda, a existência em grande medida de processos eletrônicos.

Uma medida salutar, portanto, seria uma nova alteração legislativa para unificar os prazos, especialmente das manifestações consideradas menos relevantes (arts. 437, parágrafo 1º, 465, par. 1º, 477,



parágrafos 1º e 2º, NCPC, dentre outros), em 10 (dez) dias úteis, o que conjugaria, em certa medida, a celeridade processual com um tempo razoável para cumprimento dos prazos, trazendo reequilíbrio à “balança”.

## 6. Referências

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Cômputo de prazos no novo CPC é desserviço à duração razoável do processo. *Revista Consultor Jurídico (CONJUR)*, artigo jurídico na sessão “Opinião”, datado de 6 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-06/computo-prazos-cpc-desservico-duracao-razoavel>>. Acesso em: 11 abril 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal/* Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – volume 3, 13ª edição reformada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. ARAÚJO, José Henrique Mota. CUNHA, Leonardo Carneiro da. RODRIGUES, Marco Antônio. (Coordenadores). *Fazenda Pública*. In: Coleção Repercussões do Novo CPC, v.3; coordenador geral, Fredie Didier Jr. 2ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodvm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). *Tempo morto - Processos passam 95% do tempo nos cartórios judiciais*. Reportagem de Érica Bento Gonçalves datada de 17 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2007-nov-17/processos-passam-95-tempo-cartorios-judiciais>>. Acesso em: 11 abril 2017

## NOTAS:

[1] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal/* Fredie

Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 13ª edição reformada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 213.

[2] ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Cômputo de prazos no novo CPC é desserviço à duração razoável do processo. Artigo Jurídico na sessão “Opinião” da Revista Consultor Jurídico (CONJUR), datado de 6 de outubro de 2015. Acessada em 11.4.2017 no link: <http://www.conjur.com.br/2015-out-06/computo-prazos-cpc-desservico-duracao-razoavel>.

[3] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, p. 180.

[4] REVISTA CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). Tempo morto - Processos passam 95% do tempo nos cartórios judiciais. Reportagem de Érica Bento Gonçalves datada de 17 de novembro de 2007. Acessada em 11.4.2017 no link: [http://www.conjur.com.br/2007-nov-17/processos\\_passam\\_95\\_tempo\\_cartorios\\_judiciais](http://www.conjur.com.br/2007-nov-17/processos_passam_95_tempo_cartorios_judiciais).

[5] ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Cômputo de prazos no novo CPC é desserviço à duração razoável do processo. Artigo Jurídico na sessão “Opinião” da Revista Consultor Jurídico (CONJUR), datado de 6 de outubro de 2015. Acessada em 11.4.2017 no link: <http://www.conjur.com.br/2015-out-06/computo-prazos-cpc-desservico-duracao-razoavel>.

[6] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016, pp. 492/493.

## SUCESSÃO ENTRE DESCENDENTES E O CÔNJUGE: estudo das correntes doutrinárias à afirmação da luta pelo direito de herança

Eumar Evangelista de Menezes Júnior \*

**Resumo:** Partindo de temática polêmica juridicamente, preenchida de variadas interpretações, recheado de antinomias, conflitos aparentes de normas, o estudo é pautado por abordagem dedutiva e procedimentos bibliográfico e observacional, para sua segurança. O artigo apresenta uma investigação das correntes doutrinárias aplicáveis, possivelmente quando da morte da pessoa física, à afirmação da luta pelo direito de herança e à partilha do *mont mor*. Após efetividade do estudo observacional, a pesquisa científica grava ao leitor, a corrente interpretativa, base para aplicabilidade do inciso I do artigo 1.829 da Lei 10.406 de 2002, em campo jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Morte. *Saisine*. Sucessões. Concorrência. Partilha.

*Há fórmula jurídica assertiva aplicável quando presente a concorrência entre descendentes e o cônjuge sobrevivente?*

O Direito das Sucessões é o ramo do direito privado que regula e disciplina a transmissão dos bens, acervo hereditário, deixado pelo falecido, este por natureza jurídica, pessoa física que perde a personalidade civil com a morte definitiva ou presumida, que designado autor da herança.

No Brasil, a partir da aprovação da Lei 10.406 em 2002, lapidada por Miguel Reale, essa designada instituidora do Código Civil Brasileiro, isso

---

\* Doutorando. Mestre. Especialista. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Anápolis – UniEVANGÉLICA. Professor do programa de pós-graduação *lato senso* da Moderna Educacional. Membro da União Literária Anapolina. Membro das Comissões de Direito Empresarial da Seccional OAB-GO e Subseccional Anápolis-GO. Membro Relator do Comitê de Ética em Pesquisa da UniEVANGÉLICA. E-mail: profms.eumarjunior@gmail.com. Tel.: (62) 996727894. End.: Rua 01, quadra 05, lote 07, Bairro Santo André, Anápolis-Go.

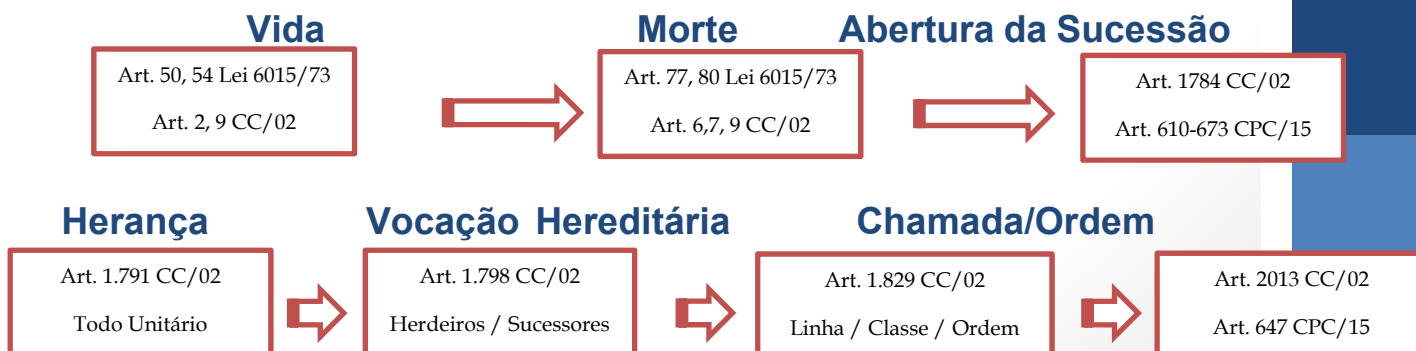
em substituição a Lei 3.071 aprovada em 1916 (antiga codificação), o fato morte é disciplinado pelos artigos 1784-2027, estes enquanto matéria que são proceduralizados por meio dos artigos 610-673 da Lei 13.105 aprovada em 2015.

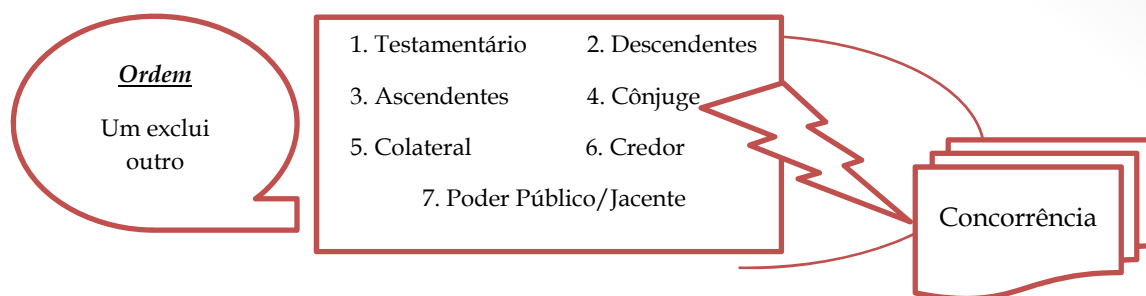
Aplicando o Código Civil e o Código de Processo Civil, havendo a morte da pessoa física transmite desde logo os bens deixados aos seus sucessores, sendo utilizado para tanto a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, sendo processado por sucessão legítima ou testamentária, dependendo da existência ou não do testamento ou ato de última vontade.

A sucessão, que em sua essência significa transmissão, partindo da ideia do legislador brasileiro, cultiva a transferência da herança àqueles que com vocação hereditária, não tenham renunciado ou que não tenham sido declarados indignos ou deserdados, ou seja, é meio a transferência do patrimônio do morto aos seus herdeiros ditos e declarados por lei legítimos.

Para melhor compreensão do profissional do direito e dos atores envolvidos com o universo da sucessão post mortem, intrinsecamente e extrinsecamente é apresentada uma chave mestra. A partir dela o leitor precisará o tempo exato da vida, da morte e da necessidade de regularização do fato morte, estando nela transparecido a efetividade do princípio saisine, que valora/rege por sua vez estar estreitamente ligado ao direito de propriedade, este em gozo, fruição e transmissão.

## CHAVE-MESTRA





Quando da confirmação da morte definitiva da pessoa física (Declaração de Óbito + Certidão de Óbito + Guia de Sepultamento + Sepultamento + Certidão de Óbito), aberta a sucessão, levantando a herança, são chamados (sucessão legítima ou testamentária) em ordem os sucessores por excelência, estes legitimados a herdarem o que foi deixado pelo falecido, isso por relação consanguínea ou por legitimação (adoção), partindo originariamente da ideia gravada constitucionalmente em 1988 – Artigo 5, inciso XXX, direito de herança.

Por essa corrente, aplicando a codificação vigente, ocorrendo a morte, havendo testamento, esse válido (sem ferir a legítima), em primeiro plano são chamados os testamentários e/ou os legatários). O jurista deve atentar para que, essa é realmente a primeira ordem de chamada, ressaltando que para sua eficácia deve haver testamento ordinário ou especial válido (aberto, registrado, cumprido e arquivado).

Outrossim, o jurista constatando não haver testamento (*ab intestado*), sim deve confirmar e tornar possível o cumprimento (a aplicabilidade) da ordem gravada no artigo 1.829 do CC/02, sendo que a partir dele em sistema de exclusão (o primeiro exclui o segundo e assim sucessivamente / o grau mais próximo exclui o mais remoto), são chamados os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o colateral. Os três primeiros são herdeiros necessários enquanto que o colateral por excelência não é considerado, fato que o retira de um rol de beneficiados, podendo ser ressaltado como ponto negativo a sua exclusão desde já quando o falecido em vida declara no seu último ato de vontade a transmissão de todo o acervo hereditário a testamentários ou a legatário e/ou legatários.

Detalhadamente em descrição codificada, o legislador inseriu a partir de 2002 no bojo do artigo 1.829 em seus dois primeiros incisos, ligação intrínseca e extrínseca entre o Direito de Família (no tocante ao regime de bens - que por sua vez é facultativo e num momento isolado é obrigatório) e o Direito das Sucessões (no tocante a vocação e a partilha do acervo hereditário), isso dentre as relações de família, existentes entre os descendentes e o cônjuge, os ascendentes e o cônjuge, não podendo se esquecer da relação entre o companheiro e os descendentes e dele com os ascendentes.

Entretanto, o presente estudo, assumindo forma de fonte inspiradora jurídica-informativa, pauta por ser produto explicativo-funcional da sucessão dos descendentes isoladamente e quando da existência destes em concorrência com o cônjuge, o que de fato a seguir é descrito, narrado e hermeneuticamente explicado a partir das correntes doutrinárias existentes em espaço e tempo hodierno.

Prevê o artigo 1.829 da Lei 10.406 aprovada em 2002:

[...] A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - **aos descendentes**, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - **aos ascendentes**, em concorrência com o cônjuge;
- III - **ao cônjuge sobrevivente**;
- IV - **aos colaterais. (Grifos do autor)**

Em sentido estrito, o estudo oferece/realiza uma desconstrução do inciso I do artigo e tão logo lhe constrói de forma a esclarecer o conhecimento que se faz tão necessário no Direito das Sucessões, vistos quando da sucessão dos descendentes em concorrência com o cônjuge, essa que está ligada ao Direito de Família ao que tange o regime de bens que parte da regulação do artigo 1.639 e seguintes do CC/02. O Quadro 01 a seguir apresenta:

**QUADRO 01 – Desconstrução do inciso I do artigo 1.829 CC/02.**

1. Descendentes sem a presença do cônjuge
2. Descendentes em concorrência com o cônjuge
3. Descendentes em concorrência com o cônjuge – regime da comunhão universal de bens
4. Descendentes em concorrência com o cônjuge – regime da separação obrigatória de bens
5. Descendentes em concorrência com o cônjuge – regime da comunhão parcial de bens - CPB
6. Descendentes em concorrência com o cônjuge – regime da CPB havendo apenas bens particulares
7. Descendentes em concorrência com o cônjuge – regime participação final nos aquestos

Antes de apresentar uma explicação-funcional do objeto de investigação, vale ressaltar a diferença entre a meação e a herança. Os dois institutos estão de fato presentes após a morte da pessoa física, que era ao tempo de vida cônjuge de um par. Nessa corrente, ensina Carlos Roberto Gonçalves (2016) que a meação nasce a partir da proclamação da relação/conjugal existente entre dois seres, pares que por sua vez, ao firmar regime de bens (comunhão parcial, comunhão universal de bens), confirma pacto em vida que se estende até a morte, fonte definidora da separação dos bens do casal no importe-percentual de 50% a cada um dos sujeitos. De fato, para ele não há meação quando presente os regimes da separação, em suas duas faces convencional e obrigatória e na participação final nos aquestos.

Paralelamente a meação está a herança. Esta, em tempo surgiu apenas após a morte, como já explicitado, sendo universalidade de direito por natureza, preenchida dos bens adquiridos pelo *de cujus* (HERANÇA = posse de direito + posse de fato + créditos + direitos + dívidas vencidas e vincendas). No seu levantamento é excluído a meação, esta por direito garantida ao cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens e no regime da comunhão universal de bens. (GONÇALVES, 2016)

Já havendo o entendimento, separatista em campo epistemológica dos institutos meação e herança, apresento as quatro correntes doutrinárias existentes, aplicáveis possivelmente quando da morte da pessoa física na presença do cônjuge e mais da gravação conflituosa do regime de bens adotado em vida pelo negócio jurídico designado casamento.

De modo a clarear ao leitor do presente artigo, já ressalto que não há de fato uma corrente diretamente confirmada no meio jurídico, isso posto a insegurança jurídica que já declaro ser existente em campo judicial brasileiro, de forma crítica é claro, pois acredito haver instalada nos nossos tribunais, uma rede de julgados que por vezes pautam por uma corrente ou outra, variavelmente. Vamos as correntes para melhor compreensão.

A primeira corrente parte do Enunciado 270 já 3ª Jornada de Direito Civil. Esta em descrição, pauta pela concorrência do descendente com o cônjuge **apenas quando o regime de bens for o da separação convencional de bens, da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, isso se o falecido possuir bens particulares**, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

A segunda corrente parte dos estudos encabeçados pela Doutora Maria Helena Diniz da PUC-SP. Para ela **se o cônjuge morto não tiver deixado bens particulares, o supérstite não recebe nada**, a título de herança. Contudo, **se o autor da herança tiver deixado bens particulares, o cônjuge herda, nas proporções fixadas pela Lei não apenas os bens particulares, mas todo o acervo hereditário**. De fato essa corrente complementa em parte a primeira corrente.

A terceira corrente parte e é alimentada pela Doutora Maria Berenice Dias – Desembargadora aposentada. Em seus estudos e por seu entendimento ela confirma **que só há sucessão (concorrência) na hipótese em que o falecido não deixou bens particulares**, concorrendo



assim o cônjuge sobrevivente com os descendentes, na herança dos bens comuns. Essa corrente contraria as duas primeiras.

Abarcando a última corrente, a quarta, por natureza interpretativa das outras três, essa alimenta que se em vida os cônjuges assumiram, por vontade própria, o regime da comunhão parcial de bens, na morte de um deles, deve essa vontade permanecer respeitada. Por tudo isso, pela corrente a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges.

Sobretudo, a corrente preserva que quando está o casamento regido pelo regime da comunhão parcial de bens, **esse contempla o cônjuge sobrevivente com a meação e ainda o coloca em concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, estes partilháveis tão somente entre os descendentes.**

Em busca de uma interpretação assertiva do inciso I do artigo 1.829 do CC/02, o estudo em desconstrução aponta que a melhor corrente é a quarta, uma vez que, essa em grande maioria vem sendo fundamento para os julgados brasileiros, que apontam que o cônjuge sobrevivente quando casado no regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes aos bens comuns, sendo acréscimo outrossim a essa corrente que caso haja bens particulares, estes serão partilhados tão somente entre os descendentes, valendo-se da autonomia da vontade das partes, ou seja, da liberdade de escolha dos nubentes quando do processo de proclamas e da efetivação do registro público do casamento nos inúmeros livros B dos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, sendo a partir de então, que quando do casamento civil grava o regime, que ele seja respeitado em vida e após a morte de um dos cônjuges.

Assim, proponho uma construção novíssima do artigo 1.829 do CC/02, aparelhada da quarta corrente, que por sua vez anteriormente foi desconstruído em trechos, proposta que transcrevo no Quadro 02, a seguir:

**QUADRO 02** – Desconstrução, reconstrução e construção novíssima em trechos do inciso I do artigo 1.829 CC/02.

1. Descendentes sem a presença do cônjuge

**Herdam por cabeça**

2. Descendentes em concorrência com o cônjuge

**Concorrência dependente do regime de bens do casamento**

3. Descendentes em concorrência com o cônjuge – regime da comunhão universal de bens

**O cônjuge não concorre a herança. A ele é resguardado a meação.**

4. Descendentes em concorrência com o cônjuge – regime da separação obrigatória de bens

**O cônjuge não concorre a herança. A ele não é resguardado a meação.**

5. Descendentes em concorrência com o cônjuge – regime da comunhão parcial de bens - CPB

**O cônjuge concorre a herança quanto aos bens comuns. A ele é resguardado a meação. Quanto aos bens particulares, apenas os descendentes concorrem.**

6. Descendentes em concorrência com o cônjuge – regime da CPB havendo apenas bens particulares

**Herdam por cabeça apenas os descendentes. Não há concorrência.**

7. Descendentes em concorrência com o cônjuge – regime participação final nos aquestos

**Herdam por cabeça apenas os descendentes. Não há concorrência.**

Em nota, registra-se que o estudo é alimentado também pelo respeito a quaisquer das concorrentes apresentadas, porém, pauta por conduzir a hermenêutica a gravação da quarta corrente, servindo assim de produto contributivo a comunidade científica, aos juristas e aos atores

envolvidos com o Direito das Sucessões, como todos os outros acervos textuais. Em registro deixo que os múltiplos olhares sobre o Direito das Sucessões o enriquece, porém, não pode ser fato que o banalize, pois assim sendo podemos chegar a deixa-lo ramos do direito engessado por apenas uma corrente, pensamento ainda de alguns, que de fato o interpreta aos retalhos ou o coloca extremamente tecnicista.

### **Bibliografia**

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos.

\_\_\_\_\_. Lei 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Código Civil Revogado. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Vigente. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos.

\_\_\_\_\_. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos.

\_\_\_\_\_. Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os Registros Públicos. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de assuntos jurídicos.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 270 da 3ª Jornada de Direito Civil.** Disponível em:<  
<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/531>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 6 - Direito Das Sucessões. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito das Sucessões. Vol. 7. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



## **DA NECESSIDADE DE INTEGRAR OS ARTIGOS 395 E 397 DO CPP PARA DELINEAR AS HIPÓTESES DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL**

**IVO ANDRADE SOUZA JÚNIOR:**  
Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduado em Direito Processual Penal.

**RESUMO:** Este artigo mostra a posição doutrinária segundo a qual é necessário integrar o dispositivo do Código de Processo Penal que trata da rejeição da denúncia (art. 395) e o da absolvição sumária (art. 397) para identificar as hipóteses que autorizam o arquivamento do inquérito policial, já que há omissão na própria lei.

**PALAVRAS-CHAVES:** Integrar dispositivos, arquivamento, inquérito policial, rejeição da denúncia, absolvição sumária, excludentes de ilicitude, excludente de culpabilidade, falta de base para a denúncia, falta de justa causa, falta de lastro probatório.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Do inquérito policial e seu arquivamento; 3. Em que consiste a expressão: “falta de base para a denúncia”?; 4. Da necessidade de integrar dispositivos do CPP; 4.1. Casos de rejeição da denúncia; 4.2. Casos de absolvição sumária; 5. Conclusão.

### **1- INTRODUÇÃO:**

O Código de Processo Penal nada diz a respeito dos fundamentos que justificam o arquivamento do inquérito policial. A lei, no artigo 18, utiliza-se apenas da expressão: “falta de base para a denúncia”, sem, contudo, explicitar o significado e a abrangência desse termo. Dessa maneira, é necessário interpretar e integrar dispositivos do próprio Código para delinear as hipóteses que fundamentam o arquivamento do IP, conferindo à referida expressão do artigo 18 o sentido esperado.

### **2- DO INQUÉRITO POLICIAL E SEU ARQUIVAMENTO:**

A fase preliminar (fase de investigação criminal) objetiva colher elementos relativos à materialidade (existência do crime) e

autoria ou participação na infração penal. O inquérito policial é a principal forma de investigação criminal, contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal – que em regra é o Ministério Público, mas excepcionalmente pode ser a vítima, ou seja, o querelante. É, como se sabe, procedimento administrativo preliminar presidido pela autoridade policial.

Registre-se, também, que é peça dispensável, isto é, caso a opinião delitiva formou-se através de outros meios de investigação, a sua instauração é desnecessária. Como exemplo: inquéritos parlamentares, inquéritos civis públicos, procedimentos administrativos disciplinares, etc.

O Código de Processo Penal, no seu artigo 17, diz: “A autoridade policial não poderá arquivar o inquérito policial”. Assim, o delegado de polícia não tem atribuição para determinar o arquivamento do inquérito policial. Segundo Távora e Araújo (2015), a investigação é indisponível para a autoridade policial, de modo que todo inquérito iniciado deve ser concluído e encaminhado ao Poder Judiciário, com exceção dos Estados que dispõem de Central de Inquéritos, em que o Ministério Público é o responsável pela distribuição.

Conforme as lições de Távora e Araújo, baseadas nos artigos 13, inciso II, 16, 24 e 28 do CPP, diante do inquérito policial, abrem-se para o Ministério Público as seguintes possibilidades:

- a) Oferecer denúncia, havendo lastro probatório;
- b) Requisitar novas diligências à autoridade policial, caso o inquérito não traga lastro probatório suficiente para embasar a denúncia;
- c) Requerer o arquivamento do inquérito policial, não havendo base legal para denunciar;
- d) Requer a remessa dos autos a outro juízo, caso entenda que não possua atribuição para atuar e que o órgão jurisdicional é incompetente.

Neste último caso (requerimento de arquivamento do inquérito policial), o juiz irá decidir, podendo acatar o pedido do Ministério Público

ou discordar dele. Em discordando, irá provocar o Procurador Geral (no âmbito estadual) ou a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (no âmbito federal). Assim, surgem agora as seguintes possibilidades ao MP:

- a) Oferecer denúncia diretamente;
- b) Designar outro membro do MP para denunciar. Nesse caso, estará obrigado a denunciar, já que funciona em nome do Procurador Geral;
- c) Insistir no arquivamento, caso em que o magistrado estará obrigado a homologar tal pedido.

Registre-se que, em regra, essa decisão judicial que homologa o arquivamento do inquérito policial não está acobertada pela imutabilidade da coisa julgada material, de sorte que, se surgirem provas novas, o MP poderá oferecer denúncia, desde que, evidentemente, não esteja extinta a punibilidade. Este, pois, é o enunciado nº 524 da súmula do STF: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

Entretanto, se o arquivamento do inquérito policial requerido pelo Ministério Público e deferido pelo magistrado tiver como fundamento a atipicidade do fato, haverá coisa julgada material, o que impede a instauração de nova ação penal.

### **3- EM QUE CONSISTE A EXPRESSÃO: “FALTA DE BASE PARA A DENÚNCIA”?**

O ponto que o Código não deixa claro – quando trata de arquivamento do inquérito policial – está no seu artigo 18, segundo o qual: “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.” A análise detida desse artigo suscita a necessidade e a importância de se delinear a abrangência da expressão “falta de base para a denúncia”, uma vez que é com base nela que o juiz homologará o arquivamento do inquérito policial.

#### **4- DA NECESSIDADE DE INTEGRAR DISPOSITIVOS DO CPP:**

Desse modo, torna-se necessário analisar e integrar dois dispositivos do CPP para que a expressão: “falta de base para a denúncia” ganhe a lógica e o sentido esperados. Citando Távora e Araújo:

É essencial uma primeira indagação: quais os fundamentos que justificam o arquivamento? Como a lei nada diz, utilizando a expressão lacônica “falta de base para a denúncia”, precisaremos integrar dois dispositivos, um que trata da rejeição da denúncia (art. 395, CPP) e outro que articula a absolvição sumária (art. 397, CPP) [...] (TÁVORA; ARAÚJO; 2015; p. 47).

Com coerência, defendem os referidos autores que se a denúncia deve ser rejeitada é porque sequer deveria ter sido oferecida. Então, sendo constatado pelo MP (ao receber os autos do inquérito policial) caso de rejeição de denúncia, o arquivamento do inquérito deve ser requerido pelo promotor de justiça e deferido pelo magistrado. Do mesmo modo, estando o promotor de justiça convencido de que é caso de absolvição sumária, qual a razão para oferecer denúncia? Não há, pois, razão para fazê-lo, já que quem será absolvido não merece ser processado.

É fundamental, portanto, a integração de dispositivos do próprio Código de Processo Penal a fim de que a expressão do artigo 18 tome contornos lógicos, além de conferir celeridade ao sistema.

##### **4.1- CASOS DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA:**

O artigo 395 do CPP – que trata dos casos de rejeição da denúncia ou queixa – diz: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II- faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;



III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.”

Somente o inciso I não será hipótese de arquivamento do inquérito policial, pois, nesse caso, a falta é imputada ao membro do MP, já que a denúncia por ele oferecida não descreveu o fato criminoso em todas as suas circunstâncias nem qualificou o acusado, ainda que com sinais característicos. Portanto, para que a denúncia não seja inepta, é necessário que o Ministério Público aponte os fatos de modo que permita ao acusado exercer o seu direito de defesa. A propósito, já se manifestou o STF: “a denúncia que expõe, satisfatoriamente, condições de tempo, lugar e modo de execução dos fatos delituosos não é inepta” (HC 97.657/SC, Rel. Min. Eros Grau).

Quanto ao inciso II, verificada desde logo tal hipótese pelo Ministério Público e estando dela convencido, deverá requerer o arquivamento do inquérito, em vez de oferecer denúncia. Faltar pressuposto processual significa que falta requisito indispensável à constituição válida e regular do processo e, conforme doutrina consolidada, os pressupostos processuais de existência são constituídos de: juiz (devidamente investido), demanda (no processo penal, uma acusação) e partes. Igualmente, se faltar qualquer condição da ação, a saber: legitimidade para a causa, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e a justa causa, o MP deverá requerer o arquivamento. Importante destacar que, para Lopes Júnior (2014), as condições da ação penal, segundo as categorias próprias do processo penal, são: a) prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; b) punibilidade concreta; c) legitimidade de parte; d) justa causa.

No que se refere ao inciso III, constatada pelo Ministério Público falta de justa causa, isto é, falta de lastro probatório mínimo capaz de deflagrar a denúncia, o requerimento para arquivar o inquérito policial constitui, sem dúvida, opção lógica e célere a ser adotada pelo promotor de justiça. Isso porque, se convencido de que não há provas bastantes para iniciar ação penal, qual a razão para fazê-lo?

Assim, os incisos II e III, do artigo 395, abrem margem para que o promotor de justiça requeira, logo de início, o arquivamento do inquérito policial, em vez de oferecer denúncia.

#### 4.2- CASOS DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA:

Seguindo a mesma linha, uma vez constatado, *ab initio*, ser caso de absolvição sumária, não deve haver denúncia, pois, nas palavras de Nestor Távora e Fábio Roque Araújo: “quem merece ser absolvido não deve ser processado” (TÁVORA; ARAÚJO, 2015, p. 47). Dessa maneira, os casos patentes de absolvição sumária, verificados pelo promotor de justiça ao receber os autos do inquérito policial, também constituem motivo idôneo para fundamentar o pedido de arquivamento do inquérito.

O artigo 397 do CPP – que dispõe sobre as hipóteses de absolvição sumária – diz: “Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.”

A existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato (descrita no inciso I), isto é, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito (previstas no artigo 23 do CP), deve autorizar o pedido de arquivamento do inquérito policial. Tomando por base o adjetivo do próprio inciso, se a causa é “manifesta”, qual a razão de o MP oferecer denúncia se ele mesmo está convencido de que o sujeito passivo da investigação está acobertado por uma excludente de ilicitude, o que certamente desaguará na absolvição?

Da mesma maneira, a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade – salvo a inimizabilidade – (inciso II) autoriza o pedido de arquivamento do inquérito policial. A inimizabilidade está excluída porque os inimizáveis, quando concorrem para um delito, serão processados e, ao final, submetem-se à aplicação de medida de segurança.

O inciso III trata da absolvição quando o fato narrado não constitui crime. Evidentemente esse inciso, do mesmo modo como os anteriores, deverá fundamentar o pedido de arquivamento, pois o promotor de justiça não deverá oferecer denúncia se o fato narrado não constituir crime. A mesma linha segue o inciso IV – que trata da extinção da punibilidade do agente –, isto é, estando o MP convencido de que incide ao caso uma das causas de extinção da punibilidade, deverá, desde o início, requerer o arquivamento do inquérito policial.

É importante registrar que boa parte da doutrina e jurisprudência rejeitam as excludentes de ilicitude e culpabilidade como ensejadoras do requerimento de arquivamento do inquérito policial. Conforme esse posicionamento, o promotor de justiça deve oferecer denúncia e, durante o processo, estando evidenciada uma dessas excludentes, ocorreria a consequente absolvição. Nesse sentido:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. USO INDEVIDO DE UNIFORME MILITAR POR CIVIL. ART. 172 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. DENÚNCIA. ALEGADA ATIPICIDADE DO FATO. Peça acusatória que, ao revés, descreve fato previsto na lei penal. A presença, ou não, de causa excludente da culpa haverá de ser verificada no curso da instrução criminal. Ademais, a falta de justa causa para a ação penal somente pode ser reconhecida e afirmada quando manifesto que o fato narrado não constitui crime. *Habeas corpus* indeferido (STF – 1ª T. – HC 79359/RJ – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJ 8/10/1999. p 39).

No entanto, essa não parece ser a via mais razoável, pois não há motivo para deflagrar a ação penal se o MP está convencido quanto à existência de uma excludente. Este é o entendimento de Távora e Alencar:

Assim, a nosso sentir, e invocando o conceito analítico de crime, é dizer, crime como fato **típico**, **ilícito** e **culpável**, se presente qualquer elemento que

leve à atipicidade da conduta, exclua a ilicitude ou afaste a culpabilidade, ressalvada a inimizabilidade [...] somos partidários de que existindo elementos que descaracterizem a infração, deve haver o requerimento de arquivamento [...] (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 155).

## **5- CONCLUSÃO:**

Portanto, o dispositivo do artigo 395 do CPP – que trata da rejeição da denúncia – e o do artigo 397 do CPP – que articula a absolvição sumária – podem embasar pedido de arquivamento de inquérito policial, o que acaba dando contornos nítidos à expressão “falta de base para a denúncia”, contida no artigo 18 do mesmo Código.

Logo, haverá “falta de base para a denúncia”, quando: a) Ausente pressuposto processual ou condição da ação; b) Faltar justa causa; c) Verificada excludente de tipicidade; d) Verificada excludente de ilicitude; e) Constatada excludente de culpabilidade, salvo a inimizabilidade; f) Constatada a extinção da punibilidade.

## **REFERÊNCIAS:**

ARAÚJO, F. R.; TÁVORA, Nestor. **Código de Processo Penal para concursos. 6ª ed. Salvador: jusPODIVM, 2015;**

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal. 9ª ed. Salvador: jusPODIVM, 2014;**

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.**

## **ASPECTOS RELEVANTES DA PROPAGANDA ELEITORAL PELA INTERNET**

**SIDMAR SILVEIRA GARCIA:** Acadêmico de Direito na Universidade Brasil.

**Orientador:** Prof. Me. Aduino José de OLIVEIRA

**RESUMO:** O presente artigo científico busca investigar as possibilidades atinentes ao uso da propaganda política quando veiculada em ambiente virtual, notadamente pela Internet. Com o advento dos recentes meios de comunicação, especialmente das redes sociais (Facebook®, Twitter®, etc) e mensageiros instantâneos (Whatsapp®, Telegram®, etc), evidenciou-se seu enorme potencial e alcance, razão pela qual iniciou-se um forte movimento para sua regulamentação, visando o mantimento da legalidade e transparência necessários ao processo eleitoral. Devido à natureza inédita imposta ao tema, a legislação ainda carece de maior profundidade, não abarcando, no atual momento, todas as situações que possam ensejar sua regulamentação.

**PALAVRAS CHAVE:** DIREITO – ELEITORAL – PROPAGANDA – INTERNET

**ABSTRACT:** This article investigates the possibility of using political propaganda when viewed in a virtual environment, especially on the Internet. With the advent of recent media, especially social networks (Facebook, Twitter, ...) and instant messengers (Whatsapp, ...), there was evidence of its enormous potential and reach, Movement for its regulation, aiming at the maintenance Legality and transparency for the electoral process. Due to the recent nature of the topic, a subject still lacks greater depth, not encompassing, there is no current moment, all situations that its regulating its.

**KEYWORDS:** ELECTORAL – LAW – PROPAGANDA – INTERNET

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 ASPECTOS GERAIS QUANTO À PROPAGANDA POLÍTICO-ELEITORAL; 3 GLOBALIZAÇÃO E REVOLUÇÃO DIGITAL; 4 PROPAGANDA ELEITORAL PELA INTERNET; 5 CONCLUSÃO.

## 1 INTRODUÇÃO

Em um mundo multifacetado e diversificado como o nosso, a pluralidade de opiniões e propostas edifica diuturnamente a vivenciada democracia, que se consolida e assegura com o saudável debate sobre seu passado, presente e futuro. Neste contexto, o processo eleitoral assume feições que transcendem a mera escolha dos dirigentes de nossa sociedade, servindo, acima de tudo, para definir as feições da nossa comunidade enquanto corpo social.

Com o fenômeno recente da integração dos indivíduos por meio das ferramentas tecnológicas ligadas pela internet, novas fronteiras são vislumbradas, e a forma como vivemos mudou. Isso apresenta reflexos sensíveis em praticamente todos os costumes há séculos aceitos, sendo vislumbrados também na forma de escolha política dos representantes do povo. Assim, um ponto sensível neste contexto é a propaganda eleitoral feita pela internet, a rede mundial de computadores.

Cuida-se, portanto, o presente artigo, do estudo dos reflexos desse novo fenômeno nos campos da propaganda política, especificamente na propaganda eleitoral, buscando-se elucidar a sua regulamentação jurídica bem como as possibilidades atinentes e eventuais restrições legais.

## 2 ASPECTOS GERAIS QUANTO À PROPAGANDA POLÍTICO-ELEITORAL

### 2.1 A propaganda política e sua influência sobre as massas

A ideia de propaganda remete a propagar, divulgar, difundir, espalhar, incutir ou tornar comum a terceiros determinada informação ou conceito. Em termos técnicos, a propaganda constitui-se em uma série de procedimentos que objetivam difundir determinada informação com vistas a angariar sua adesão por parte de seus destinatários.

O seu uso é conhecido desde a Antiguidade mais remota, quando no ápice do Império Romano, era utilizada como máquina de fomento ao

Poder Estatal, servindo para uniformizar culturalmente seu vasto território, bem como reforçar as ideias de sua estrutura política. Também é possível citar-se como precedente histórico, o seu uso pela Civilização Grega, como forma de cultivar suas instituições e sua cultura singularmente à frente de seu tempo; bem como seu uso pela Igreja Medieval, que por inúmeras vezes lançou mão de seus instrumentos para a propagação e divulgação de sua doutrina por todos os territórios habitados e em franca e consistente expansão.

Como precedentes mais recentes, podemos citar o uso da propaganda política durante as revoluções neoliberais dos séculos XVII e XVIII que, graças ao seu organizado e metódico uso, conseguiu unificar toda a burguesia de seu tempo em prol da saudável luta que garantiu aos homens livres inúmeros direitos frente aos arbítrios do poderio Estatal.

Infelizmente, nem sempre a propaganda é utilizada com vistas ao bem coletivo (em seu viés atualmente aceito), de tal forma que temos exemplos de seu uso recente em causas pouco louváveis do ponto de vista histórico. Cite-se aqui o seu uso pelos regimes totalitários do século passado, entre eles o Nazismo e Fascismo, que em uma poderosa frente publicitária, propagou, tanto pelas terras europeias como pelas páginas manchadas de sangue da história da humanidade, suas ideologias e vocações. No caso do Terceiro Reich, seu Ministério da Propaganda politicamente constituído, utilizou-se de todos os meios possíveis à época para, de forma coordenada, influenciar a opinião pública a favor de seu regime, logrando com isso a sua chegada e manutenção no poder, e inculcando o antissemitismo generalizado que era encontrado na população da época, coisa que sabemos hoje, resultou em um execrável saldo de vítimas do atualmente conhecido por Holocausto.

Assim, percebe-se rapidamente o enorme potencial e alcance político da propaganda, uma vez que o homem, enquanto ser social, se sujeita naturalmente à influência das mais diversas ideologias que o ajudam a se identificar socialmente no seio de seu grupo (aqui entendido, entre outros, enquanto nação). Em épocas de comunicação em massa, como a que vivemos, com amplo acesso ao rádio, a televisão e à internet, a propaganda

pode alcançar efeitos antes impensáveis, mas agora concretamente vislumbrados, tanto em suas facetas positivas quanto nas negativas.

## 2.2 Princípios da propaganda política

Como sabido, os princípios têm, na atual fase do desenvolvimento jurídico pela qual passamos, uma inexorável importância. São eles que guiam, fundamentam e norteiam as normas positivadas em vigor. Neste diapasão, os princípios relativos às propagandas políticas têm por norte orientar o seu uso de maneira coerente com o Estado Democrático de Direito, garantindo o exercício da liberdade de expressão e manifestação sem que isto implique em violações ao direito alheio, em um constante equilíbrio. São, segundo ensinamentos de Robert Alexy, denominados de “mandamentos de otimização” que condicionam todas as normas e servem de parâmetro para interpretação dos institutos jurídicos. É possível identificar, dentre outros, na propaganda política, os princípios da:

a) legalidade: o princípio da legalidade tem por objetivo, garantir que as propagandas políticas se norteiem pela observância das leis emanadas por autoridade competente (no Direito Eleitoral, a União) e regulamentos competentes (como os regulamentos elaborados pelo TSE);

b) liberdade de expressão e comunicação: na formação de uma democracia, é fundamental a livre circulação de ideias, que têm o condão de edificar e consolidar todo o conhecimento e estrutura funcional de um Estado, assim, conforme preceitua a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso IV, é livre a manifestação de pensamento, de forma que, respeitando-se o direito alheio, todos são livres para expressar sua opinião política;

c) lisura das eleições: a atuação da Justiça Eleitoral, do Ministério Público Eleitoral, dos partidos políticos e dos candidatos deve ser pautada na preservação da lisura das eleições, assim, esse princípio impõe a atuação ética, correta e proba dos atos que envolvam o processo eleitoral;

d) aproveitamento do voto: a atuação da Justiça Eleitoral deve pautar-se no sentido de preservar a soberania popular, a apuração do voto e a diplomação dos eleitos;



e) celeridade eleitoral: o princípio da celeridade orienta que as decisões eleitorais devem ser imediatas, evitando-se demoras para fases posteriores à data da diplomação;

f) igualdade ou isonomia: todos os interessados, inclusive os partidos políticos e candidatos, deverão ter igualdade de oportunidades em apresentar seus pensamentos e propostas.

### 2.3 Espécies de propaganda política

Pode-se distinguir quatro tipos de propaganda política: a partidária, a intrapartidária, e institucional e por fim, a eleitoral. Faremos neste ponto uma breve explanação e distinção destas quatro espécies.

#### 2.3.1 Propaganda partidária

A propaganda partidária é regulamentada nos artigos 45 a 49 da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (LOPP), bem como pela Resolução TSE no 20.034/97 (com as alterações da Res. nº 22.503/2006).

Consiste a propaganda partidária na divulgação de ideias, projetos e programa do partido. Tem por finalidade facultar-lhe a exposição e o debate público de sua ideologia, de sua história, de sua cosmovisão, de suas metas, dos valores agasalhados, do caminho para que seu programa seja realizado, enfim, de sua doutrina e, pois, de suas propostas para o desenvolvimento da sociedade. Com isso, a agremiação aproxima-se do povo, ficando sua imagem conhecida e, pois, fortalecida. Pode haver confronto de opiniões, teses, propostas de soluções para problemas nacionais, regionais ou locais, mas sempre à luz do ideário partidário.

#### 2.3.2 Propaganda intrapartidária

Por sua vez, a propaganda intrapartidária está regulamentada no artigo 36, parágrafo primeiro da Lei Eleitoral (Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997), que dispõe “ao postulante a candidatura a cargo eletivo é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, vedado o uso de rádio, televisão e outdoor”. Assim, ela se destina não ao eleitorado

em geral, mas sim aos filiados do partido político, realizada por um de seus pares que aspira ser candidato em pleito eletivo.

### 2.3.3 Propaganda institucional

É a propaganda oficial, feita pela própria administração pública, com o objetivo de divulgar suas ações. A propaganda institucional é fundamentada no art. 37, §1<sup>a</sup>, da Constituição Federal, marcada pela transparência das ações públicas e pelo princípio da impessoalidade, sem qualquer viés político-partidário.

### 2.3.4 Propaganda eleitoral

A propaganda eleitoral pode ser definida como uma forma de captação de votos usada pelos partidos políticos, coligações ou candidatos, em determinada época (definida em lei), que visa a divulgação de suas propostas, objetivando à eleição de cargos eletivos.

## 3 GLOBALIZAÇÃO E REVOLUÇÃO DIGITAL

Nas últimas décadas, a humanidade vivenciou um fenômeno sem precedentes em sua história, que veio a ser conhecida como a Terceira Revolução Industrial, Revolução Técnico-Científica-Informacional, ou simplesmente como Revolução Digital. Trata-se do desenvolvimento e expansão dos novos meios de comunicação digital, entre os quais destacam-se os microcomputadores, celulares, smartphones, tablets e sua principal inovação, a internet. Sua existência revolucionou completamente o funcionamento tradicional das sociedades modernas, a exemplo das suas revoluções predecessoras como a Revolução Industrial. E neste sentido, os domínios da propaganda assumiram novos horizontes.

A internet teve origem no final da década de 1960 em uma criação desenvolvida pela ARPAnet, uma rede computacional criada pela Secretaria de Defesa Norte-americana para fins militares, que possibilitava a troca de pequenos pacotes de dados digitais (transmissão e chaveamento de pacotes) entre dispositivos informáticos, interligando-os. Em seu formato atual, pode-se indicar sua origem em meados da década de 90, com

a criação do protocolo HTTP e HTML pelo Centro Europeu de Pesquisas Nucleares (CERN).

Com a possibilidade de rapidamente atingir milhões de interlocutores, as novas plataformas de comunicação a exemplo do e-mail e das redes sociais, como o Facebook, Twitter e Instagram, passaram a possibilitar o diálogo direto entre autores e destinatários dos conteúdos veiculados. Em nosso contexto, o diálogo estabelecido entre esses polos dinamizou de forma drástica o conteúdo e a forma da propaganda com fins políticos. Antes pouco flexível, atualmente as propagandas têm por desafio moldar-se rapidamente às respostas apresentadas pelo eleitorado. Assim, é facilmente percebido que no curso de pequeno lapso temporal, as veiculações ideológicas transmitidas podem apresentar adaptações ao consciente coletivo. Como exemplo, temos vivenciado desde os protestos de junho de 2013, sensíveis mudanças no discurso político nacional, onde, buscando não contrariar a vontade da maioria, que rapidamente se mobiliza utilizando-se das novas ferramentas tecnológicas, molda-se ao discurso palatável às massas, afim de não as contrariar.

#### 4 PROPAGANDA ELEITORAL PELA INTERNET

##### 4.1 Conceitos preliminares

Ante o exposto até o momento no presente artigo, é evidente o enorme potencial proporcionado pela internet quando se fala em propagandas veiculadas por seu meio, inclusive as propagandas políticas. Na seara de nosso trabalho, pela sua maior relevância, abordaremos aqui os aspectos relevantes à propaganda eleitoral veiculada pela internet, abrangendo as recepcionadas pelos dispositivos informáticos em geral, tais como computadores, celulares, smartphones, tablets, e demais gadgets que diuturnamente se reinventam.

Como sabido, o mundo virtual encontra-se aberto a todos, sendo que seu acesso e uso é, em um ambiente liberal e livre de repreensões e censuras, plenamente democrático. Assim, estando em um ambiente coletivo e de amplo alcance, aventa-se nos últimos anos a questão de sua regulamentação para uso político. Por um lado, há aqueles que defendem

seu uso irrestrito e sem limitação por parte do Estado, como legítimo meio de informação garantidor do princípio da liberdade de expressão, deduzindo-se que qualquer regulação privaria os eleitores de terem maior acesso às informações, prejudicando os candidatos, que ficariam limitados à propaganda feita em suas próprias páginas, afetando os portais de comunicação, que seriam tratados como se detivessem concessões públicas, e ainda asfixiando as empresas, que não poderiam vender espaço para as propagandas em seus sites. Por seu turno, aqueles que advogam a sua regulamentação, aventam que a ausência de regras poderia ensejar abusos, sobretudo os patrocinados por detentores de poder econômico, e isso poderia desequilibrar perigosamente a corrida eleitoral; também se poderia realizar propaganda negativa, prejudicando-se candidaturas.

Entendemos que a discussão é saudável, porém, é relevante se destacar que em um ambiente multifacetado como a internet, o poderio econômico pode se manifestar de forma plena, podendo influenciar e manipular o eleitorado de forma contrária ao objetivo democrático de seu uso.

#### 4.2 Regulamentação legal

O primeiro levante objetivando a regulamentação do uso da Internet para as eleições teve início com a Lei nº 12.034 de 2009, que trouxe para a Lei nº 9.504/97 os artigos 36-A, I, 57-A até 57-I, 58, § 3º, IV, e 58-A. Antes disso, o revogado §3º do artigo 45 da lei eleitoral estendia à Internet as mesmas vedações impostas às emissoras de rádio e TV, isto é, as previstas nos ainda vigentes incisos I e VI do citado artigo 45.

A Lei Eleitoral enuncia os princípios reitores da matéria enfocada em seus artigos 57-A e 57-D: enquanto o primeiro dispõe ser “permitida a propaganda eleitoral na Internet”, o segundo proclama a liberdade de “manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral”.

O artigo 57-B da Lei supracitada dispõe sobre as condições gerais básicas quanto à forma aceita para a veiculação das propagandas pela internet:

Art. 57-B - A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas:

I – em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

II – em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País;

III – por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação;

IV – por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural.

Desta forma, temos como principais especificidades, a necessidade de a propaganda estar veiculada em website de candidato, partido ou coligação, que esteja hospedado em provedores localizados em território nacional. Estes sites deverão observar a seguinte especificação: “<http://www.nomedocandidatonumerodocandidato.can.br>”, sendo que o uso da extensão “can.br” objetiva dar ao eleitor segurança de que a página que acessada pertence realmente ao candidato e não a terceiros mal-intencionados com propósitos prejudiciais. No caso de envios de e-mails, estes deverão ser fornecidos gratuitamente (ou seja, há a proibição da aquisição de banco de dados contendo endereços de e-mail, o qual detalharemos em seguida). Há ainda a permissão para utilização de redes sociais (Twitter® e Facebook® por exemplo), blogs e serviços de mensagens instantâneas, inclusive os serviços de SMS e o conhecido aplicativo mensageiro instantâneo ponto-a-ponto para smartphones

Whatsapp®. Em todos os casos, será sempre gratuita, sendo, da mesma forma que no rádio e TV, vedados seu pagamento e o anonimato.

A propaganda eleitoral veiculada por tais meios apresenta indubitáveis benefícios, visto que proporcionam um elevado e potencial alcance (afinal, vivemos em um país com mais da metade da população conectada “à rede”), de forma surpreendentemente ágil (a mensagem chega em milésimos de segundos ao público destinatário), e independentemente do local em que esteja o eleitorado. Além disso, tal espécie de propaganda estimula o diálogo referente as propostas apresentadas.

Por fim, cita-se que, conforme o artigo 57-A da lei discutida acima, as propagandas somente poderão ser feitas após o dia 15 de agosto do ano das eleições.

#### 4.3 Vedações e limitações

A licitude das propagandas eleitorais veiculadas por meios digitais é condicionada a uma série de restrições que visam garantir seu uso pautado pela ética e pelos princípios do Direito Eleitoral.

Entre outras limitações, temos disposto no caput do artigo 57-C da Lei das Eleições ser vedada, na internet, a veiculação de qualquer propaganda paga. Assim, reforça-se a regra geral de gratuidade no uso da internet para fins políticos, vez que, conforme expusemos anteriormente neste trabalho, o poder econômico poderia gerar distorções se usado maliciosamente em um ambiente digital, visto que possibilitaria a aquisição de melhores recursos e maior alcance.

Ainda no mesmo artigo, temos outra importante disposição em seu parágrafo primeiro, que estabelece ser vedada, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral na internet, em sites de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos; e ainda em sites oficiais ou hospedados por órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, garante-se que não haja influências estatais nos resultados do sufrágio, prejudicando a lisura e imparcialidade necessárias ao processo eleitoral.

O art. 57-D estabelece que a manifestação política na internet é decorrência do princípio da liberdade de expressão e de pensamento. Contudo, dada a possibilidade de violação a direito de outrem, veda-se o anonimato, de forma a garantir a transparência e eventuais responsabilidades por atos mal-intencionados e prejudiciais.

Insta salientar que a violação das restrições acima aventadas sujeita o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário, à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Preocupou-se ainda, o legislador, com proteger o cidadão do recebimento de mensagens políticas indesejadas ou inoportunas, de tal forma que, no artigo Art. 57-E veda-se às pessoas relacionadas no art. 24 a utilização, doação ou cessão de cadastro eletrônico de seus clientes, em favor de candidatos, partidos ou coligações, sendo ainda proibida a venda de cadastro de endereços eletrônicos. As bases de dados contendo os endereços eletrônicos (e-mail) dos eleitores não poderão ser fornecidos por entidades ou governos estrangeiros; órgãos da Administração Pública; concessionários ou permissionários de serviços públicos; entidades de direito privado beneficiária de contribuição compulsória; entidades de utilidade pública; entidades de classe ou sindical; pessoas jurídicas sem fins lucrativos que receba recursos do exterior; entidades beneficentes e religiosas; entidades esportivas; organizações não-governamentais que recebam recursos públicos e organizações da sociedade civil de interesse público. Em qualquer hipótese, o recebedor poderá solicitar a retirada de seu endereço da base de dados, o que deverá ser feito em até quarenta e oito horas.

O parágrafo primeiro do artigo 57-H (inserido pela Lei nº 12.891 de 2013) tipifica a conduta de “contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na Internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação”, que têm por pena a “detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)”. Embora com pena mais branda, as pessoas contratadas para realizar essa atividade também cometem crime, nos termos do parágrafo segundo

do mesmo artigo. Assim, busca-se ceifar a possibilidade de candidatos ou partidos/coligações contratarem “cabos eleitorais” que trabalhem contra a ética e os bons costumes, e a favor da mediocridade, ao serem pagos para prejudicar concorrentes.

Em face de que é direito dos eleitores serem informados sobre os participantes do certame, inclusive quanto às informações pessoais, dada a natureza do cargo, e ainda de que os fatos apresentados devem ser verdadeiros sob pena de deturpação das eleições, da legitimidade, da igualdade e do princípio democrático que envolve a disputa eleitoral, o legislador, com o art. 58, da LE, assegura-se o direito de resposta ao candidato, ao partido político ou coligação quando atingidos (direta ou indiretamente) por informações caluniosas, difamatórias, injuriosas ou sabidamente inverídicas divulgados nos diversos meios de comunicação, ao dispor que “a partir da escolha de candidatos em Convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social”.

## 5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto pelo presente artigo, conclui-se que a propaganda eleitoral pela internet se apresenta como um poderoso instrumento a favor da democracia, que, se bem utilizado, permite o saudável acesso e debate político aos cidadãos, contribuindo positivamente na construção coletiva das feições governamentais.

Seu uso é permitido, desde que seja coerente com os princípios gerais de nossa República e especificamente aos princípios do Direito Eleitoral. Nossa legislação ainda é recente, e possibilita inúmeros avanços, mas neste momento, caminha para seu aperfeiçoamento. Se o mundo avança, não há o porquê o Direito não avançar junto.

Como principais pontos, evidencia-se a necessidade de gratuidade em sua veiculação, objetivando dizimar as interferências do poderio econômico nos domínios da “rede”. Também se destaca a importância da ética e boa conduta no ambiente virtual, uma vez que dado seu amplo



alcance, os danos causados pela má-fé são igualmente e assustadoramente amplos. As propagandas pela internet devem seguir e obedecer às normas legais instituídas, e sempre zelar pela transparência e respeito à diversidade de opiniões.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**. 12º ed. Rio de Janeiro: Método; 2015. 712 p.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2016. 550 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 91/2016. Brasília: Centro de Documentação e Informação (CEDI), 2017. 125 p. Disponível em: < [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao1988.html](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html) >. Acesso em: 20 de abril de 2017.

BRASIL. **Código Eleitoral** (1965). Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm) >. Acesso em: 20 de abril de 2017.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12º ed. São Paulo: Atlas; 2016. 881 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 11º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; 2016. 1504 p.

## O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO COMO VETOR DE INTERPRETAÇÃO DA MATÉRIA AMBIENTAL

**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:** Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade devida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Neste primado, o presente busca estabelecer, a partir de uma reflexão teórico-doutrinária, uma interpretação acurada do princípio da máxima efetividade da Constituição como vetor inspirador e conformador da interpretação do ordenamento jurídico, notadamente no que atina à matéria ambiental.

**Palavras-chaves:** Princípio da Máxima Efetividade da Constituição. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Vetor de Inspiração.

**Sumário:** 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente: A Contemporânea Leitura à luz do Texto Constitucional; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 O Princípio da Máxima Efetividade da Constituição como vetor de interpretação da Matéria Ambiental

---

### **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”*<sup>[1]</sup>. 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*”<sup>[2]</sup>. 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*”<sup>[3]</sup>. 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”*[4]. 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[5]. 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: A Contemporânea Leitura à luz do Texto Constitucional**

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 aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da

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

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as

peças atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda de exposição, quadra apontar que o direito à integridade 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.

Salta aos olhos que, 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, insta mencionar, ainda, que 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 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema**

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”[16]. Nesta esteira, o termo fatores abióticos abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo[17]. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora”[18]. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção de recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível a compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o

desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daquele tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observano petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infindáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, caput e §1º, incisos I, III e IV.

**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.

**§1º** - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

**I** - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas [omissis]

**III** - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a

integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

**IV** - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19].

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540, “não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso”[20]. Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que,

por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

#### **4 O Princípio da Máxima Efetividade da Constituição como vetor de interpretação da Matéria Ambiental**

Estabelecidos, com profundos sulcos, os pontos limítrofes e o objeto a que se junte o presente, cuida, por oportuno, rememorar que a Constituição Federal de 1988, de maneira paradigmática, introduz no ordenamento jurídico nacional uma nova realidade, concatenada com princípios e paradigmas que valoram e conferem substância ao ideário de solidariedade, preceito axiológico volvido para a preservação do gênero humano, encarado na condição de coletividade, tanto para as presentes como futuras gerações. Neste talvegue, em alinhamento ao acimado, cuida repisar que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é síntese robusta de tal axiologia constitucional. Com efeito, ao se debruçar sobre o princípio da efetividade do Texto Constitucional, cuida reconhecer que a acepção do vocábulo efetividade consiste em as normas produzirem efeitos no mundo dos fatos. Denominada, igualmente, de eficácia social, implica apontar que a norma é, realmente, obedecida e tem aplicação no plano das relações sociais. Em comentários distintivos, quadra elucidar que a efetividade distingue-se da eficácia jurídica da norma, porquanto esta encontra vinculação relacionada à sua executoriedade ou exigibilidade, a possibilidade de aplicação jurídica da norma. Nestes termos, a eficácia substancializa a aptidão da norma em produzir os seus efeitos, ao passo que a efetividade encontra aderência aos efeitos concretamente produzidos pela norma.

Estabelecida a conceituação das normas constitucionais, deve-se compreender a axiologia plasmada no princípio da máxima efetividade da Constituição como aquela que a uma norma constitucional deve ser impressa o sentido que maior eficácia lhe dê. Trata-se de um corolário operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e, conquanto sua gênese esteja associada à tese de atualidade das normas programáticas, atualmente reclama invocação, em especial no que concerne ao âmbito dos direitos fundamentais, devendo-se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia a tais direitos. Com destaque, não é difícil

verificar que o princípio em comento, na seara ambiental, sobretudo quando coloca em destaque os conflitos advindos de tal âmbito, devendo, pois, o intérprete passar, inexoravelmente, pelo escopo desenhado pelo dogma em testilha, a fim de que a Constituição, na condição de norma-ápice do ordenamento jurídico, possa operar os seus efeitos na maior abrangência possível.

Mais do que isso, o postulado é descrito como válido na medida em que por meio dele se compreenda que não se pode empobrecer a Constituição. O efetivamente significa tal preceito implica no banimento da ideia de que um artigo ou, ainda, parte dele possa ser considerado inapto a produzir efeito, o que equivaleria a desconsiderá-lo mesmo. Na verdade, em tal aspecto, acaba por ser um reforço do postulado da unidade da Constituição. Realce-se, é inadmissível esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, porquanto tal hermenêutica representaria uma forma de violação ao Texto Constitucional. Volvendo o olhar, portanto, para a matéria ambiental, quadra frisar que não se pode aceitar soluções de conflitos de competência em matéria ambiental por meio de critérios dotados de alcance reduzido, porquanto o resultado dificilmente seria capaz de assegurar a máxima efetividade da Constituição. Ao descolar-se do ordenamento uma lei de proteção ambiental, que alegadamente traria uma invasão de competência de algum ente federado, tal solução violaria, diretamente, o princípio ora explanado.

#### **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 05 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **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 05 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 05 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 05 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 05 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da Quinta Região**. Disponível em: <[www.trf5.jus.br](http://www.trf5.jus.br)>. Acesso em 05 mai. 2016.

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 05 mai. 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 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 05 mai. 2016.



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 05 mai. 2016.

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 05 mai. 2016.

#### 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 05 mai. 2016.

[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 05 mai. 2016.

[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 05 mai. 2016.

[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 05 mai. 2016.

[7] 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>. Acesso em 05 mai. 2016.

[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 05 mai. 2016.

[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>. Acesso em 05 mai. 2016.

[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 05 mai. 2016: “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 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>. Acesso em 05 mai. 2016.

[16] BRASIL. **Lei N° 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 mai. 2016

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

[18] REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. **Guia prático de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1998, p. 19.

[19] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 mai. 2016.

[20] *Idem*. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Medida Cautelarna Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540. 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 - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, §1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz

conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória Nº 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições,

limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 mai. 2016.

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES  
CURSO DE DIREITO

**A GUARDA COMPARTILHADA E O ASPECTO GEOGRÁFICO: O  
VIRTUAL UNINDO FAMÍLIAS**

Paula Emanuele D'Avila Machado

Lajeado, novembro de 2016





**Conteúdo  
Jurídico**

[www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)

Paula Emanuele D'Avila Machado

## **A GUARDA COMPARTILHADA E O ASPECTO GEOGRÁFICO: O VIRTUAL UNINDO FAMÍLIAS**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, do Curso de Direito, do Centro Universitário Univates, como parte da exigência para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Bianca Corbellini Bertani

Lajeado, novembro de 2016

Paula Emanuele D'Avila Machado

## **A GUARDA COMPARTILHADA E O ASPECTO GEOGRÁFICO: O VIRTUAL UNINDO FAMÍLIAS**

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário Univates, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharela em Direito:

Prof.  
Centro Universitário Univates

Prof.  
Centro Universitário Univates

Prof.  
Centro Universitário Univates

Lajeado, novembro de 2016

## **AGRADECIMENTOS**

Após uma dura caminhada, é chegada a hora de agradecer àqueles que apostaram em mim e estiveram ao meu lado durante esse longo período, em primeiro lugar, agradeço a Deus por me guiar sempre nas minhas escolhas, pela saúde, pela cama quentinha me esperando todas as noites ao chegar em casa após dias exaustivos e por nunca me permitir desistir dos meus sonhos.

Agradeço a minha mãe Juçara e meus irmãos Emanuel e Jucélio, que mais do que me proporcionar uma boa infância e vida acadêmica, formaram os fundamentos do meu caráter e me apontaram uma vida eterna. Obrigada por serem a minha referência de tantas maneiras e estarem sempre presentes na minha vida de uma forma indispensável.

Ao meu marido, Eduardo Junqueira da Silveira, que representa minha segurança em todos os aspectos, meu companheiro incondicional, o abraço espontâneo e tão necessário, especialmente em tempos de gravidez e conclusão dos últimos dois semestres na faculdade de forma simultânea. Obrigada por me fazer sentir tão amada, também nos momentos mais difíceis da nossa vida.

Às minhas filhas Maria Júlia e Manuela, as minhas eternas bebês, que são as minhas maiores vitórias, pessoinhas que me inspiram a viver. Obrigada por compreenderem as minhas ausências e omissões, vocês são os meus amores.

Agradeço também de forma muito especial a minha orientadora que me auxiliou com seu conhecimento, com seus conselhos, e que me fez acreditar na minha capacidade, tudo sempre com muita paciência e dedicação. Aos demais professores da UNIVATES, que são responsáveis pela minha formação pessoal e profissional, que não teria sido a mesma sem vocês.

*Aqueles que se sentem satisfeitos sentam-se e nada fazem. Os insatisfeitos são os únicos benfeitores do mundo.*

*(Walter S. Landor)*

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da guarda compartilhada de filhos, especificamente no tocante às barreiras geográficas, verificando a (im)possibilidade de se defender a ruptura destas à luz do ordenamento jurídico brasileiro vigente, e a sua compatibilidade com o princípio do bem-estar e do melhor interesse da criança e do adolescente. Para tanto, aborda-se as transformações da ideia de família, bem como a sua evolução histórica, modalidades e princípios. Além disso, examina-se a possibilidade de reestruturação familiar em razão da dissolução dos vínculos conjugais, com início nos modelos tradicionais da formação deste vínculo, conceituando o casamento e a união estável, elucidando as possíveis formas de harmonização das relações desfeitas. O trabalho ocupou-se em ressaltar a possibilidade da guarda compartilhada, mesmo em casos em que haja barreiras geográficas, salientando-se a importância das funções parentais, do diálogo e da participação de ambos os genitores nas decisões que envolvam os filhos, a fim de atender os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e melhor interesse familiar. Diante do estudo foi possível chegar às seguintes conclusões: o caso em concreto de concessão da guarda deve observar prioritariamente a solução que minimize os traumas psicológicos decorrentes da separação conjugal; a guarda única e o sistema de convivência parental não favorecem o desenvolvimento pleno do filho; não há barreira geográfica em pleno século XXI, na era digital; a guarda compartilhada prevê a divisão equitativa das responsabilidades de pai e mãe, e quando observados os princípios do bem-estar e do interesse do filho, e família mesmo desfeita, concretiza a igualdade dos pais separados no exercício da responsabilidade parental.

**Palavras-chave:** Guarda compartilhada – Distância geográfica – Aproximação Virtual - Melhor interesse da criança e do adolescente.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CC – Código Civil

CF/88 - Constituição Federal de 1988

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

§ - Parágrafo

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 AS TRANSFORMAÇÕES DA IDEIA DE FAMÍLIA.....</b>	<b>11</b>
2.1 A evolução histórica de família.....	11
2.2 Modalidades de família.....	17
2.3 A família contemporânea e seus princípios.....	19
<b>3 RESTRUTURAÇÃO FAMILIAR EM RAZÃO DA DISSOLUÇÃO DOS VÍNCULOS CONJUGAIS .....</b>	<b>29</b>
3.1 O casamento .....	29
3.2 A União Estável.....	33
3.3 Os relacionamentos desfeitos e as possíveis formas de harmonização .....	36
<b>4 A POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA E A DISTÂNCIA GEOGRÁFICA ENTRE PAIS E FILHOS .....</b>	<b>42</b>
4.1 A responsabilidade Parental.....	42
4.2 O relacionamento parental na dissolução do vínculo conjugal.....	47
4.3 A guarda compartilhada como melhor representação do interesse familiar .....	50
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O desfazimento das relações conjugais torna-se objeto de discussões no contexto da opinião pública, juristas, jurisdicionados, operadores do direito, dentre outros segmentos direta ou indiretamente envolvidos no estudo das relações familiares e suas implicações jurídicas.

A dissolução da união conjugal não pressupõe implicações somente no destino dos ex-cônjuges/ex-companheiros, mas também nos filhos do casal. Diante da dissolução da sociedade conjugal ou da união estável, muitas vezes surge a disputa pela guarda dos filhos, causa sofrimento para pais e filhos.

O problema se agrava quando a separação é litigiosa, quando caberá ao judiciário decidir quem será apontado como guardião, ou seja, o responsável pelo filho, tendo em vista seu bem estar físico, emocional e afetivo.

O problema do trabalho repousa-se a guarda compartilhada pode ser aplicada mesmo quando o fator geográfico for desfavorável. A hipótese abordada é que esta modalidade de guarda seja um meio de prevenção ou de possível solução da alienação parental, ou de minimização dos danos psicológicos ao filho, tendo como fundamento legal a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil.

A abordagem de pesquisa será qualitativa, será efetuada através da coleta de dados. Conforme Sampieri, Collado e Lucio (2013), a pesquisa qualitativa objetiva

descrever e interpretar o que se observada, por meio de análise com o enfoque em descrever as situações, e os comportamentos, evitando a generalização dos resultados.

O método a ser adotado para a elaboração da presente monografia é o dedutivo, que, conforme Mezzaroba e Monteiro (2009), através de pesquisa de leis e teorias doutrinárias. Desta forma, fez-se a análise de autores que discutem e que expõem o tema em questão.

No primeiro capítulo, analisar-se-á as mudanças sofridas pela família, aborda-se algumas noções e conceitos fundamentais da família e seus reflexos como a responsabilidade parental e os princípios de família, bem como um apanhado histórico-evolutivo relativo, bem como, sua evolução na legislação brasileira.

O segundo capítulo abordará a reestruturação familiar em razão da dissolução dos vínculos conjugais. Para isso far-se-á uma análise das novas relações afetivas, bem como de suas formas de dissolução e princípios constitucionais aplicáveis. O terceiro e último capítulo terá seu enfoque no aparato normativo e ao repositório de decisões dos tribunais a respeito da guarda compartilhada nos casos de distância geográfica.

A guarda compartilhada é algo relativamente atual, sendo que sua complexidade evidencia a dificuldade na sua compreensão e efetivação. Portanto, este trabalho busca solidificar alguns conceitos para que tal tema seja tratado e visto de uma maneira mais simples e contributiva para todos aqueles que procuram utilizá-lo de suas mais variadas formas.

## 2 AS TRANSFORMAÇÕES DA IDEIA DE FAMÍLIA

A fim de entender melhor as transformações da família, é preciso verificar os contextos históricos em que esteve imersa até os tempos atuais. O mundo pós-globalização trouxe à tona um novo conceito de família, no qual se tem que o objetivo da vida humana é a felicidade, prevalecendo para a definição de família, o afeto e a felicidade entre seus membros.

Serão abordados no presente capítulo a evolução histórica da família, nas modalidades, princípios, assim como a família contemporânea representada pela constituição de um grupo de pessoas interligadas por laços afetivos, sustentados pelo amor, em busca da realização e valorização de cada indivíduo.

### 2.1 A evolução histórica de família

Para que seja possível assimilar o conceito atual de família é preciso fazer uma retrospectiva. No Direito Romano (1453 d.C.) evidenciou o pátrio poder, denominado na época como *patria potestas*. A família era representada pela figura paterna, que detinha o poder de chefe supremo. Nesse sentido, segundo Grisard Filho, o Direito Romano, tinha o pátrio poder como:

[...] coluna central da família patriarcal o pátrio poder - coluna central da família patriarcal - era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana. O pátrio poder em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das

fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos (GRISARD FILHO, 2009, p. 37).

Algo notável, nessa época, era a perpetuidade do casamento, conforme salienta Venosa (2003). Tamanha era a estima pela perenidade da união, que na Babilônia (626 a.C.), caso a esposa não pudesse conceber um filho, aceitava-se que o marido procurasse uma segunda esposa, ainda que neste tempo a família estivesse fundada no casamento monogâmico.

Desta forma, tanto no direito romano, como no grego, embora o afeto natural pudesse existir, este não era o motivo da união entre os membros da família. A concepção dava-se devido a um dever cívico, com o intuito de aumentar a prole, principalmente a masculina, a fim de fortificar os exércitos e garantir a perpetuação da espécie (LISBOA, 2002).

As relações eram hierarquizadas, o pai possuía o poder perante a esposa, os filhos, as filhas solteiras, as noras, netos e demais descendentes, além dos escravos e clientes (FIUZA, 2010). Assim no que se refere ao pátrio poder tem-se que este:

[...] é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade de chefe da organização familiar, e sobre a pessoa de seus filhos. Trata-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo escopo é efetivamente reforçar a autoridade paterna, a fim de consolidar a família romana, célula-base da sociedade, que nela encontra o seu principal alicerce (RODRIGUES, 2002, p. 395).

Neste sentido, Rizzardo (2007) destaca o direito germânico (séc. X) como um precursor na moderação do pátrio poder, segundo o qual, o ingresso dos filhos no exército libertava-os do poder de domínio do pai. Ainda, segundo o autor, a obrigação de cuidar e criar os filhos, segundo o direito germânico, era dever tanto do pai quanto da mãe.

Na idade Média (séc. XV), com o direito canônico, a aversão a separação ganhou ainda mais força, afinal este interferia diretamente na estrutura da família bem como no interesse dos filhos. Desta forma, o casamento era algo além de um contrato ou da mera vontade entre as partes, tratava-se de um sacramento, pois o que Deus uniu o homem não poderia separar (FIUZA, 2010).

Outro importante período, foi o iluminista (séc. XVII), pois foi nesta fase da história “que passou a ser divulgado que os seres humanos possuem direitos naturais, como a liberdade, a vida e a propriedade” (MORAES, 2008, p. 178). Esse movimento defendia o direito à felicidade e a igualdade entre os indivíduos (MORAES, 2008).

Prosseguindo no tempo, no século XVIII, ocorreu a Revolução Industrial, outro importante acontecimento para robustecer ainda mais a deposição do pátrio poder, haja visto que este fenômeno trouxe o ingresso de homens e mulheres ao mercado de trabalho, ambos lutando por seus direitos. No entendimento de Maia (2008, p. 32) tem-se que:

Firma-se o conceito de família ora como o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços da consangüinidade ou de parentesco civil; ora como um conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outro.

No início da colonização portuguesa, o Brasil, mais precisamente no século XVIII, assegurava a estrutura econômica baseada na agricultura latifundiária e escravocrata. A sociedade da época era do tipo patriarcal. A vida econômica, política e social girava em torno da família (SAMARA, 2004).

No entanto, esse modelo de sociedade deu origem ao mito da mulher submissa perante um marido dominador. Tal modelo foi utilizado pela sociedade brasileira até o século XIX, no entanto estudos e pesquisa revelaram que esta não era a realidade de todo o país, nas regiões Sul e Sudeste a mulher tinha uma participação mais ativa na família, conforme ressalta Samara (2004, p. 61)

A existência de evidências de que uma parcela representativa de mulheres das camadas mais abastadas viviam reclusas ou entregando-se à indolência contrapõe-se entretanto, a um outro quadro onde, comprovadamente, o sexo feminino tinha uma participação mais ativa, à testa da família e dos negócios, contribuindo com recursos para a manutenção da casa.

Assim, segundo Gomes (1999), pode-se dizer que a evolução da família, pode ser dividida em três fases. Como primeira fase tem-se a pré-industrial, uma característica era a autossuficiência, a família produzia tudo o que consumia, a casa era o centro da produção. Na segunda fase, surge a Revolução Industrial, onde o modelo de produção era fabril, realizado tanto por homens, como por mulheres e até

mesmo por crianças. A terceira e atual fase, é a do capitalismo avançado, esse modelo caracteriza-se por buscar a felicidade e a satisfação pessoal de cada membro, gerando assim um sistema consumista, em torno de necessidades como as alimentares, educacionais, sanitárias e de lazer.

Com o intuito de regulamentar essas relações, em 1916 foi promulgado o primeiro Código Civil Brasileiro (CC/1916). Tal ordenamento teve grande influência do direito romano, conforme ensina Grisard Filho (2002, p. 32):

Nosso Código Civil, promulgado em 1916, acompanhou a linha que nos legara o Direito lusitano, passando por sensíveis transformações, provocadas por diversos movimentos, que consagram os ideais de igualdade entre os cônjuges, entre os filhos, bem como entre estes e os pais. O quadro legislativo logo absorveu as mudanças, vindo à lume – confiando a ambos os pais a regência da pessoa dos filhos menores e no interesse desses -, o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, esse diploma legal que tem como fundamento que a sociedade deve ter uma direção unificada, tendo o marido como chefe da família, cabendo a ele “a representação legal da família, a administração dos bens do casal, a fixação do domicílio e a manutenção da família” (PEREIRA, 2003, p. 66).

Conforme os ensinamentos de Venosa (2007), esse ordenamento já nasceu totalmente defasado, seus ideais estavam fundados no século anterior, pois não preocupou-se com as uniões estáveis, nem tão pouco com o direito dos filhos havidos fora do casamento.

O Código Civil de 1916 reconheceu como família apenas aquela instituída pelo casamento, sem possibilidade de dissolução e, ainda, regida pelo poder paterno. Nesse diploma, a mulher casada era considerada incapaz para os atos civis e carecia da assistência do marido para praticar determinados atos.

Segundo Verucci apud Pereira (2003, p.64) algumas semelhanças do Código Civil de 1916, com o Código de Napoleão, no qual segundo o autor supra:

[...] atribuía à mulher o dever de obediência ao marido, como prerrogativa de ordem pública; nosso Código, de 1916, colocou-se mais adiante, transformando o poder pessoal do marido em autoridade, já mais próxima à

idéia de função, porém introduzindo a regra humilhante do seu art, 6º, que colocava a mulher casada ao lado dos relativamente incapazes, ou seja, dos índios, dos pródigos e dos pródigos e dos menores entre 18 e 21 anos. Também tirava da mãe que contraísse novas núpcias o pátrio poder sobre os filhos do primeiro leito – esse pátrio poder passava para as mãos do novo marido. Essa incapacidade era minorada quanto a determinados atos, pois tanto a mulher quanto o marido precisavam de anuência um do outro para legitimar a prática destes atos, como por exemplo para a alienação de bens.

Cabe ainda analisar o entendimento de Akel (2009, p. 07) a respeito do papel exercido pela mulher nesse tempo:

A mulher, na época, surgia na sociedade como mera projeção da figura do marido, necessitando, inclusive, de autorização deste para compras a crédito, ainda que destinadas a adquirir coisas necessárias e básicas para a economia doméstica.

Mesmo com um Código Civil desatualizado, somente em 27 de agosto de 1962, criou-se a Lei nº 4.121 denominada como Estatuto da Mulher Casada, que conforme Levy (2008, p.10), trouxe importantes mudanças, dentre elas:

A modificação do artigo 380 do Código Civil de 1916, no sentido de conferir o pátrio poder aos pais, embora atribuísse seu exercício ao pai, relegando a mulher a condição de sua colaboradora, sendo que no caso de divergência entre os cônjuges quanto ao exercício do pátrio poder, a prevalência da decisão era do pai, restando a mãe o direito de recorrer ao juiz para dirimir o conflito.

Somente vinte e seis anos mais tarde, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a consecução da igualdade de deveres e direitos na família e extinguiu definitivamente o pátrio poder e o poder marital (LÔBO, 2011).

Segundo Lôbo (2009, p. 23), antes da CF/88 ocorreram mudanças significativas:

Ao longo do século XX, até a Constituição de 1988, houve a progressiva redução do “quantum despótico” no direito de família brasileiro, ou das desigualdades que ele consagrava. A família patriarcal perdeu gradativamente sua consistência, na medida em que feneciam seus sustentáculos, a saber, o poder marital, o pátrio poder, a desigualdade entre filhos, a exclusividade do matrimônio e o requisito de legitimidade. No campo legislativo, três grandes diplomas legais transformaram esse paradigma: a) a Lei n. 883/49, que permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos e conferiu-lhes direitos até então vedados; b) a Lei n. 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que retirou a mulher casada da condição de subalternidade e discriminação em face do marido, particularmente da odiosa condição de relativamente incapaz; c) a Lei n. 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio, que assegurou aos casais separados a possibilidade

de reconstituírem suas vidas, casando-se com outros parceiros, rompendo de uma vez a resistente reação da Igreja, além de ampliar o grau de igualdade de direitos dos filhos matrimoniais e extramatrimoniais.

Assim, pode-se dizer que a Constituição Federal do Brasil, foi um grande divisor de águas, especialmente no que tange as normas do direito de família. Neste sentido, Venosa (2007, p. 07) ressalta algumas mudanças advindas deste diploma:

O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art 226, § 7º) representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio. É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do respeito à dignidade da pessoa humana (art, 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre os cônjuges, igualdade de tratamento entre estes etc. Foi essa Carta Magna que também alçou o princípio constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (art. 226 § 5º) e a igualdade jurídica absoluta dos filhos, não importando sua origem ou modalidade de vínculo (art. 226 § 6º). Ainda a Constituição de 1988 escreve o princípio da paternidade responsável e o respectivo planejamento familiar (art. 226, § 7º).

Em relação ao termo “família”, cumpre destacar que este com a nova ordem democrática em vigor, ganhou um novo significado, é a união de vidas, através do afeto e amor, baseadas nos princípios da igualdade, solidariedade, liberdade e responsabilidade (GONÇALVES, 2010).

Em um mesmo sentido segue o entendimento de Dias (2010), afirmando que os novos princípios sobrevêm ao antigo poder paternal, garantindo dessa forma a constituição familiar de forma livre, sem qualquer interferência do Estado, bem como o respeito e dignidade da pessoa humana.

No ano de 1990, criou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/1990) assegura proteção integral aos menores de 18 anos, por meio das tutelas efetiva e preventiva. Em 2002, nasceu o Novo Código Civil (CC/2002), o qual além de complementar os direitos criados pelo ECA, acabou estendendo estes.

Desta forma, a família deixou de ter apenas uma função econômica, religiosa, política e procacional, e passou a exercer uma função social, com base no afeto e nas realizações de seus membros, valorizando assim, a pessoa e não as relações patrimoniais (LÔBO, 2009).



Assim, a família tornou-se um instrumento de felicidade, promovendo a dignidade de seus integrantes, focada na realização pessoal e no respeito mútuo, criando um novo conceito de família, o que atualmente denomina-se “eudemonismo” (RAMOS, 2005).

Com esse breve histórico, é possível afirmar que a família moderna é fruto de uma evolução, que se deu de forma lenta e gradativa, obtida por meio de lutas e hoje resulta em grandes conquistas, pois atualmente é funda no afeto, que é o mais importante, o amor e o carinho, são os bens mais valiosos que uma família pode ter.

## **2.2 Modalidades de família**

No presente espaço, busca-se elencar as diversas modelos de famílias, afinal atualmente, sem a intervenção estatal, não existem mais paradigmas em torno de sua formação. Assim, pode-se dizer que nos dias atuais a ideia de família abrange o eudemonismo, pesando pela realização pessoal de seus membros.

Com a inserção de valores e costumes na sociedade contemporânea, Vianna (2011, texto digital) explica:

Hoje a família não decorre somente do casamento civil e nem é concebida exclusivamente como união duradoura entre homem e mulher. Por força do disposto no parágrafo 4º do artigo 226 da CF, a família é concebida, na sua noção mínima, como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, abrangendo, também, as outras formas de entidade familiar, como aquela decorrente do casamento civil, do casamento religioso, e da união estável entre o homem e a mulher, nos termos dos outros dispositivos contidos no artigo 226.

A transformação do conceito de família, proporcionou uma maior liberdade no que tange a sua constituição, tendo-se como exemplo o artigo 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal de 1998, o qual reconheceu como entidade familiar a União Estável e a Família Monoparental (LOCKS, 2012).

Segundo Nicodemos (TEXTO DIGITAL, 2014), a modalidade mais tradicional de família é a matrimonial, a qual é “constituída pelos laços matrimoniais

monogâmicos”. A formação dessa família se dá através de um ato solene, sempre com intervenção estatal, pois sua forma encontra-se prevista em Lei.

Porém, depois do Código Civil de 2002, a direção da família passou a ser de ambos os cônjuges, além disso foram estabelecidos direitos e deveres para marido e esposa, sem distinção.

A dissolução desta união, até a criação da Emenda 66/10, era feita por meio de prévia separação judicial, para somente depois ser convertida em divórcio. Atualmente com o advento da Lei nº 11.441, a separação já não é mais necessária e ainda há a possibilidade de divórcio extrajudicial, que pode ser feito através de escritura pública, quando não houver filhos menores (NICODEMOS, 2014).

Quando a família for constituída por um dos pais e seus descendentes, esta será denominada família monoparental, a qual foi reconhecida no artigo 226 § 4º, da Constituição Federal de 1988, como entidade familiar (LOCKS, 2012).

A união estável é outra modalidade de constituição de família, nessa modalidade as pessoas vivem como se casadas fossem, porém sem qualquer formalidade, ou seja, não há o registro. O Código Civil regulamenta a união estável em seu artigo 1.723 e seguintes dispondo que “é reconhecida como entidade familiar a união entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Portanto, mesmo sem qualquer tipo de registro, a união que não for passageira, e que tiver por objetivo a constituição de uma família, atualmente possui reconhecimento legal (LOCKS, 2012).

A família oriunda de adoção, quer seja permanente ou temporária, é denominada “família substituta”. Desta forma, não há laços sanguíneos entre os membros desta família, existe apenas os laços afetivos, o amor e o carinho, que por muitas vezes são maiores que o próprio vínculo de sangue.

Quanto ao aspecto social, de acordo com Vianna (2011, texto digital) tem-se que “o instituto da família deixou de ser visto como uma entidade na qual tinha por

objetivo fundamental a procriação e passou a ter como finalidade primordial a realização afetiva”, assim, família é sinônimo de afetividade.

Diante desta mudança no conceito e formação da família, surgiu a família anaparental, a qual é composta por indivíduos com algum grau de parentesco ou não, porém, sem a presença de pais.

Ainda, cabe elencar a família homoafetiva, a qual é constituída por pessoas do mesmo sexo. Essa modalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal através da ADPF 132. Conforme Santana (2012, texto digital) esta foi:

[...] recebida como ação direta de inconstitucionalidade, cujo julgamento, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, consistiu em dar uma interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil, no sentido de riscar as expressões “homem” e “mulher” do referido dispositivo por serem discriminatórias, o que possibilitou sua aplicação ao instituto da união homoafetiva.

Embora o Brasil seja um país onde se prega a liberdade e a igualdade, existe um grande preconceito em torno dessa espécie de família. No entanto, onde houverem pessoas ligadas através de laços afetivos, existirá uma família, independentemente de discriminação.

### **2.3 A família contemporânea e seus princípios**

Os princípios são fundamentais no ordenamento jurídico, e com o direito de família não poderia ser diferente. Os princípios dão uniformidade ao sistema jurídico quando a lei não consegue solucionar por si só.

Nesse sentido, os princípios constitucionais, ao cuidar das novas modalidades de famílias, trouxeram uma característica inovadora para o Direito, afinal tal ordenamento deve ser dinâmico para acompanhar as mudanças e transformações das famílias, pois atualmente o que deve prevalecer para a configuração de uma família é o afeto, a fraternidade e respeito entre seus integrantes. Assim, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição da Federal, traz a ideia de que:

[...] a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. [...] Não se consegue explicar a proteção constitucional às entidades familiares não fundadas no casamento (art. 226, § 3º) e às famílias monoparentais (art. 226, § 4º); a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5º); a garantia da possibilidade de dissolução conjugal independentemente de culpa (art. 226, § 6º); o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (art. 226, § 8º) (TEPEDINO apud GONÇALVES, 2012, p. 22)..

Diante disso, não se pode negar que o princípio da dignidade humana está intimamente ligado ao direito de família, afinal a dignidade abarca à ideia de proteção, bem como o desenvolvimento a realização pessoal dos membros familiares (QUEIROZ, *et al.*, 2014, texto digital). Ainda segundo o autor:

[...] o princípio do livre desenvolvimento da personalidade atribui à pessoa a condição de ser detentora de direitos e de assumir deveres, vista atualmente como sujeito de direitos, e não objeto. Um sujeito que está em constantes mudanças diariamente.

Nessa linha, Almeida *et al.* (2012, p.40) ensina que:

A pessoa não é um ser, mas um tornar-se. Não é posta, mas constantemente construída. A existência humana consiste numa busca incessante, diante de sua incompletude. Voltada para um horizonte qualquer, a pessoa humana se desenvolve. Apreende fatores sociais. Identifica necessidades e busca satisfazê-las. A partir desse procedimento, forma e conforma sua individualidade.

Dessa forma, é possível perceber, como já mencionado anteriormente, que o conceito de família mudou. De forma, que este não mais se limitam os moldes e estruturas da época do Direito Romano, onde o que formava a família era o casamento. Nesse sentido, o princípio da pluralidade de famílias, vale de fundamento para a prestação da tutela dos direitos familiares bem como, a garantia da isonomia independentemente do modo de constituição (QUEIROZ, *et al.*, 2014, texto digital).

Através dessas grandes mudanças nas relações humanas, mais precisamente nas familiares, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988 e nas legislações infraconstitucionais posteriores (Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil de 2002), trouxeram novos paradigmas jurídicos. Nesse sentido,

Tupinambá (2008, p. 357), ressalta que “atualmente, o novo padrão enfrentado no bojo das relações familiares e de filiação alterou todos os parâmetros relativos aos conceitos de poder familiar, de convivência família e da própria estrutura familiar de um modo geral” ainda segundo a autora supra:

[...] emerge o cuidado como valor jurídico e vislumbra-se seu aspecto de princípio jurídico. E mais. A abordagem do cuidado como princípio jurídico atende a valorização preponderante do homem face aos demais seres e coisas, culminando-se no entendimento de que o homem é o valor originário de todos os demais valores, que seriam, portanto, valores derivados” (TUPINAMBÁ, 2008, p.357).

O princípio do cuidado, conforme os ensinamentos de Araújo (2008, p.35), surge “como valor jurídico é uma noção que envolve vários aspectos do direito de família”. Já para Hapner (2008, p.129) família proporciona o “desenvolvimento da personalidade e das potencialidades daqueles que a integram”, é um “lugar privilegiado do exercício do cuidado” (HAPNER, 2008, p.129).

Ainda conforme o autor supra referido a família supremacia no ordenamento jurídico brasileiro, possui “espaço na concretização de uma tutela específica, crianças, adolescentes e idosos, compreendidos como pessoas em situação especial, exigem tratamento jurídico diferenciado” (HAPNER, 2008, p. 132). Há duas faixas etárias “que recentemente ganharam espaço histórico, relevância social e mecanismos específicos de proteção jurídica, já que infância e velhice são fenômenos da modernidade” (HAPNER, 2008, p. 132), as crianças e adolescentes, carecem de proteção pois estão formando suas potencialidades, igualmente os idosos, necessitam uma maior proteção pela fragilidade e desvalorização.

Assim, o cuidado, “ganha dimensões jurídicas e que existem condições concretas, por ele providas, para que os laços familiares possam ter continuidade, superando obstáculos postos pela vida real e nem sempre previstos pela esfera jurídica” (HAPNER, 2008, p. 132). Nesse sentido, o cuidado deve:

[...] deve ser entendido em seu sentido mais amplo. Significa garantir às crianças e aos adolescentes condições de desenvolvimento físico e emocional adequado, que lhes permita, inclusive o sentimento de fazer parte uma família, em cujo seio possam vivenciar o afeto, a confiança, a cumplicidade, proporcionando-lhes condições de estabilidade emocional. (IBIDEM, p. 138).

Ao tempo que, o ato de cuidar “seria uma fonte geradora de atos” (TUPIMANBÁ, 2008, p. 363), impondo-se “a todos os demais deveres jurídicos, posto que o mesmo visa a resguardar, antes e acima de qualquer coisa, o ser humano” (TUPIMANBÁ, 2008, p. 367). Com esse entendimento, tem-se que o princípio do cuidado é um “princípio implícito do ordenamento jurídico pátrio ganha relevo e merece atenção” (TUPIMANBÁ, 2008, p. 368).

Ademais, deve-se sempre lembrar, conforme leciona Almeida *et al.* (2012, p.45), que deve-se:

[...] compreender a proteção constitucional familiar como a mais abrangente possível. Despiciendo a forma da qual se valha, o único juízo que se admite fazer atine à preservação da dignidade e do livre desenvolvimento das pessoas que compõem o ambiente familiar. Constatado isso, toda e qualquer estrutura, toda e qualquer origem familiar, merece proteção jurídico-constitucional.

Tem-se então, que independentemente do modo de constituição, família é família, de modo que toda espécie de família merece a proteção do Estado. Nesse sentido, a família deve ser vista de forma ampla e livre, sem qualquer discriminação quanto a sua formação, pois qualquer modalidade de família será protegida pelo Poder Público, tanto aquelas constituídas de forma solene como as informais (FARIAS *et al.*, 2012, p. 88).

No que tange ao Direito de Família, tem-se que os princípios devem ser sistematizados, para facilitar o seu entendimento. Tal sistematização também serve para demonstrar as mudanças de paradigmas pelas quais esse ramo do Direito Civil já passou.

Segundo Dias (2013, p.64) “ os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados”, de forma que existem princípios gerais, os quais se aplicam a todos os ramos do direito. No entanto, existem princípios especiais, ao quais aplicam-se somente as relações familiares, a fim nortear as decisões que envolvam questões de família, entre estes destacam-se os princípios da solidariedade e da afetividade (DIAS, 2013).

No tocante ao número de princípios, não há um consenso, cada autor traz uma diferente quantidade. Passemos então à análise dos princípios norteadores do direito das famílias, segundo o entendimento de Dias (2013), sem a pretensão de delimitar ou esgotar o assunto.

O princípio maior, considerado fundamento do Estado Democrático de Direito, elencado já no primeiro artigo da CF/88, “a preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como **valor nuclear da ordem constitucional**” (DIAS, 2013, p.65) (grifo da autora).

Tal princípio, pode ser classificado como “macroprincípio”, pois dele derivam todos os demais: “liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos” (DIAS, 2013, p.65).

No entendimento da autora supra, o significado do princípio da dignidade humana pode ser definido como a “igual dignidade para todas as entidades familiares” (DIAS, 2013, p.66), nessa baila, destaca que, “[...] é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos” (DIAS, 2013, p.66).

Desta forma, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana, desenvolve entre os membros da entidade familiar diversas qualidades, tais como: solidariedade, afeto, união, confiança, respeito e amor. Desenvolve a família, com base em ideias pluralistas, democráticas, humanistas e solidárias (DIAS, 2013, p.66).

Outro princípio destacado por Dias (2013), é o da liberdade, foi uns dos primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, assim como a igualdade, ambas caminham lado a lado, pois “[...] só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade” ((DIAS, 2013, p.66).

Nesse sentido, a constituição federal de 1988, “ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo á igualdade e à liberdade especial atenção”. (DIAS, 2012, p. 64).

A liberdade exige um tratamento isonômico no que se refere ao direito familiar redefinindo o conceito de família no mundo moderno. Já que, de acordo com o princípio da liberdade “é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual” (DIAS, 2012, p. 64), de casar-se, e separar-se, a fim de encontrar a melhor forma de conviver.

Tal princípio, também possui ligação com o princípio da autonomia privada, pois é dado ao particular o poder de escolher e reger a sua vida, de acordo com suas escolhas, da maneira que melhor lhe convém e sem qualquer intervenção (DELLANI, 2013).

O princípio da igualdade e respeito à diferença, versa sobre a proporcionalidade de tratamento entre as pessoas, a fim de evitar qualquer tipo de privilégios. Esse princípio tem uma ligação direta com a justiça e moral, de forma que todos os indivíduos sejam tratados de forma igualitária, porém, uma igualdade formal, que permita que estes sujeitos sejam diferentes entre si, de maneira que seja assegurado o tratamento diferenciado, provendo a igualdade de forma material (DELLANI, 2013).

Assim, pode-se dizer que o princípio da igualdade não objetiva impor privilégios a qualquer indivíduo, este apenas busca colocar em situação de igualdade aqueles que são desiguais, para que sejam respeitados na medida de sua desigualdade.

Como exemplo, de tratamento isonômico, podemos citar o artigo 227, § 6º da Constituição Federal que estabelece a igual entre todos os filhos, traz a igualdade aos que anteriormente eram considerados diferentes, o que evidencia a enorme evolução no Direito de Família após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Outro exemplo que também pode ser citado, é a igualdade de direitos e deveres de ambos os cônjuges, fato que demonstra a ruptura com o antigo modelo de família patriarcal na qual o homem era o chefe, promovia o sustento e comandava a prole (DELLANI, 2013).



No entanto, não se pode negar que existe diferenças entre homens e mulheres, como anteriormente referido, a diferença é uma questão de proporcionalidade, e bom senso, pois as desigualdades de gênero devem ser reconhecidas, não deve haver distinção que seja capaz de afetar a igualdade, deve-se apenas colar ambos em posição de igualdade, pois, é preciso tratar de forma desigual os que se encontram em situação de desigualdade, para que seja possível igualá-los (DIAS, 2013).

A solidariedade familiar também é um princípio que tem reconhecimento constitucional, é parte da base de princípios da ordem constitucional brasileira e tem por finalidade buscar uma sociedade livre, mais justa e solidária (DELLANI, 2013).

Existe uma ligação direta com o princípio da afetividade e da proteção, traz a obrigação da prestação de assistência mútua, da mesma forma que um filho pode requerer o pagamento de pensão alimentícia os pais, os pais poderão também poderão pedir pensão alimentícia aos seus filhos (DELLANI, 2013). Nesse sentido Dias, ensina que “os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de alimentos” (DIAS, 2012, p. 67).

O desenvolvimento da família, só é possível em um ambiente em que todos se auto ajudem, de forma que se pode notar a extrema importância do princípio da solidariedade, no sentido que ser solidário também representa ser responsável pela formação do outro. (ALMEIDA, et al. 2012, p.49). O referido autor ensina que:

[...] se as pessoas não são apenas responsáveis pela formação de si próprias, mas também pela formação dos demais integrantes da sociedade, é preciso impeli-las a ofertar esse auxílio. Permitir que ele falte é admitir que fique maquiado o processo de desenvolvimento da personalidade; o que, para o ordenamento jurídico, é o mesmo que falsear a consecução do compromisso de proteger a pessoa.

Outro, princípio de grande relevância para o direito de família, é da proteção integral as crianças, adolescentes, jovens e idosos, de maneira que o atual sistema jurídico o reconheceu constitucionalmente.

Quanto aos filhos, a Lei é clara, segundo a CF/88 artigo 227, § 6º “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação”, tal artigo tem

como objetivo garantir a igualdade e a isonomia na tutela dos direitos dos filhos, sejam eles biológicos ou adotivos. Nesse sentido Farias et al. (2012, p.133) afirma que:

A incidência da isonomia entre os filhos produzirá efeitos no plano patrimonial e no campo existencial. Com isso, pondo fim às discriminações impostas aos filhos adotivos, a igualdade assegura que um filho tenha o mesmo direito hereditário do outro. Ou seja, não há mais a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem (se biológica ou afetiva). Outrossim, sequer são admitidas qualificações indevidas dos filhos, não mais sendo possível juridicamente atribuir a um filho a designação de adulterino ou incestuoso.

Assim, tem-se que qualquer forma de discriminação é repudiada, ajam eles frutos do casamento ou concebidos fora deste, adotados ou biológicos, conforme o estabelecido no artigo supracitado da CF/88, o qual além de vedar a discriminação entre os filhos, consagrou os direitos das crianças, adolescentes e jovens como fundamentais (DIAS, 2013).

Tal princípio, não deve ser entendido como uma recomendação ética, este deve servir de diretriz para as relações das crianças e adolescentes com os pais, família e com a sociedade (LÔBO, 2008). Para efetivar tal proteção, todos os direitos das crianças, adolescentes e jovens até 18 anos, foram consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), o qual:

[...] rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus fundamentais (DIAS, 2013, p. 71).

Da mesma forma, a constituição concede proteção especial ao idoso, e veda qualquer discriminação em razão da idade. Em seu art. 230, a CF/88, atribuí a família, à sociedade e ao Estado o dever de garantir a sua participação na comunidade, bem como defender a sua dignidade garantindo-lhe o direito à vida (DIAS, 2013, p. 71).

Assim, tem-se que a intenção do legislador ao assegurar a proteção constitucional para esses indivíduos, foi sem sombra de dúvidas, devido a vulnerabilidade dessa parcela da população, pois as crianças e os idosos necessitam de cuidados diferenciados, tal princípio decorre do próprio princípio da isonomia (DELLANI, 2013).

Já no tocante, a proibição de retrocesso social, existe o preceito de que “ a partir do momento em que o Estado, em sede constitucional garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma obrigação positiva para a sua satisfação – passa a haver também uma obrigação negativa” (DIAS, 2013, p. 72) de forma que este não pode abster-se de atuar, afim de assegurar a sua realização (DIAS, 2013).

O propósito da proibição ao retrocesso social é não permitir que ocorra a diminuição ou o aniquilamento dos direitos sociais já alcançados, tem o intuito de orientar tanto o legislador na elaboração das leis, bem como o julgador na aplicação destas, afim de identificar as que contribuem para o retrocesso social (DELLANI, 2013). Nesse sentido, Dias (2012, p. 69), ressalta que:

A consagração constitucional da igualdade, tanto entre homens e mulheres, como entre filhos, e entre as próprias entidades familiares, constitui simultaneamente garantia constitucional e direito subjetivo. Assim, não podem sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. É o que se chama de princípio da proibição do retrocesso.

Assim, pode-se dizer que as legislações que afrontarem a este princípio deverão ser consideradas como inexistentes, em casos que haja lacuna, esta deve ser lida e entendida de forma ampla para que seja suprida (DELLANI, 2013).

Quanto ao princípio da afetividade, é importante destacar que embora a palavra afeto não esteja elencada no texto constitucional, esta sem sombra de dúvidas é um aspecto fundamental nas relações familiares atuais, ao passo que, ao reconhecer as uniões estáveis como entidade familiar, merecedora de tutela jurídica houve também o reconhecimento das relações que “se constituem sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico” (DIAS, 2013, p. 72).

Pode-se dizer, que “todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade” (GAGLIANO, 2012, p. 89), nesse sentido também é o entendimento de Dias (2013, p. 73):

O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento

de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais.

Lobô (2008, p. 47), elenca quatro fundamentos essenciais existente na CF/88, para o princípio da afetividade:

(a) A igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227, § 6.º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227§§ 5.º e 6.º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4.º); e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227).

Desta forma, pode-se notar que no Direito de Família os princípios possuem extrema relevância, com a evolução da entidade familiar estes foram modificados, porém, jamais serão abolidos, pois servem como fundamento para garantir a efetiva aplicabilidade das normas, bem como garantem a proteção os interesses individuais e coletivos.

### **3 RESTRUTURAÇÃO FAMILIAR EM RAZÃO DA DISSOLUÇÃO DOS VÍNCULOS CONJUGAIS**

Pode-se dizer que a família funciona como um sistema, pois existe uma inter-relação entre seus membros, o que faz com que, toda e qualquer mudança que envolva um dos membros, afete e gere mudanças em todos os outros familiares. Desta forma, a experiência do divórcio ou dissolução de união estável, afetará, o equilíbrio de todos os integrantes da família.

Partindo deste pressuposto, o presente capítulo pretende estudar as duas formas de famílias mais tradicionais, bem como, a maneira com que os casais enfrentam a dissolução do vínculo familiar e o quanto isso pode afetar nas atitudes e na comunicação, entre eles, além de influenciar a estrutura de vida dos filhos.

#### **3.1 O casamento**

A família matrimonial, é a modalidade mais tradicional de família. O casamento é a consagração da vontade dos indivíduos que, por vontade própria ingressam na vida conjugal através da chancela estadual (VIANNA, 2011). Tal relação devido a sua complexidade, gera direitos e deveres para ambos os cônjuges, disciplinados no artigo 1.566<sup>1</sup> do CC:

---

<sup>1</sup> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos (BRASIL, 2002).

Ainda acerca do assunto Souza (2009, texto digital) traz duas teorias:

A primeira, aponta ser o casamento o principal vínculo de família. Os adeptos desta corrente apontam que os artigos 226, §§ 1º e 2º da CF topograficamente privilegiam o casamento. Em verdade, o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, ao estabelecer que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, de certa forma, dá o tom da preferência do Constituinte pelo casamento. Por outro turno, a segunda corrente, defendendo o princípio da isonomia entre os vínculos familiares, estabelece ser o casamento apenas uma das formas de família. Fulcra sua tese nos artigos 5º e 226 da CF, bem como no projeto do Estatuto das Famílias (Projeto nº 2.285/2007).

Sobre o casamento Oliveira (2003, p. 107) leciona que está é a:

Forma tradicional e clássica de constituição da família, o casamento civil ou o casamento religioso com efeitos civis entre um homem e uma mulher tem expressa previsão na Carta Federal (art. 226, §§ 1º e 2º), no Código Civil e na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73).

O casamento, nada mais é do que um contrato solene, através do qual duas pessoas, de sexos distintos ou não<sup>2</sup>, unem-se com a promessa recíproca amor e fidelidade na mais estreita comunhão de vida (RIZZARDO, 2007, p. 17). Porém, tais promessas podem não ser recíprocas e as juras de fidelidade e amor podem não ser eternas, por isso o Código Civil de 2002, trouxe a extinção do casamento.

Para analisar as causas extintivas do casamento, é extremamente importante distinguir a dissolução da sociedade conjugal, da dissolução do vínculo matrimonial, pois a sociedade conjugal, resumidamente refere-se ao convívio, aos deveres entre

---

<sup>2</sup> Ementa: AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. PENSÃO POR MORTE. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. INCLUSÃO DO COMPANHEIRO COMO PENSIONISTA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. O Supremo Tribunal Federal, relativamente ao direito ao pensionamento em decorrência de relações homoafetivas, ampliou o conceito de família previsto do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, assim como no artigo 1.723 do Código Civil, ao efeito de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, de modo a afastar tratamento diferenciado em razão da preferência sexual. Em razão da garantia constitucional do direito igualitário entre homens e mulheres, não é possível exigir-se do marido/companheiro tratamento distinto para obter o direito ao pensionamento. Os argumentos trazidos no recurso não se mostram razoáveis para reformar a decisão monocrática. Imposição de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC/15. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. VOTOS VENCIDOS. (Agravo Nº 70069811156, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 14/10/2016).

os cônjuges, já o vínculo matrimonial trata do casamento válido propriamente dito, o vínculo matrimonial é um instituto maior que o da sociedade conjugal (DINIZ, 2011).

No tocante as formas de dissolução dos vínculos conjugais, Diniz (2011, p. 246), esclarece que:

A sociedade conjugal termina, portanto, com a separação (judicial ou extrajudicial), e o vínculo matrimonial com a morte de um dos cônjuges, invalidade do casamento, divórcio e presunção de óbito do consorte declarado ausente. Engloba, portanto, na mesma disposição os casos de dissolução do casamento e da sociedade conjugal, distinguindo, dessa forma, a sociedade conjugal e o casamento.

No entanto, após a Emenda Constitucional número 66, vários doutrinadores entendem que a extinção da separação judicial, torna irrelevante a distinção entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do vínculo matrimonial. Nessa baila é o entendimento de Dias (2012, 292):

Com o fim do instituto da separação o art. 1.571 perdeu sentido, por não existir mais qualquer causa que “termine” a sociedade conjugal, a não ser a separação de fato e a separação de corpos. Somente pode ocorrer sua “extinção” pela morte de um dos cônjuges; quando do trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento; ou com o divórcio.

Nesse sentido, o divórcio extingue o casamento, e pode se dar de forma consensual ou litigiosa. No entanto, o divórcio consensual possui duas modalidades, a judicial e a extrajudicial conforme a Lei 11.441/2007, de acordo com cada situação. Porém deve-se observar o previsto no artigo 1.579 do Código Civil, o qual estabelece que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos” (MARTINS, 2012).

Assim, mesmo o divórcio sendo de forma consensual deve-se observar certas formalidades, haja vista que, se envolver filhos menores, somente poderá ser processado perante o Judiciário, na presença de um juiz de direito. Todavia, caso não haja filhos menores ou curatelados e houver acordo entre as partes, poderá o divórcio ser realizado por meio de escritura pública em um tabelionato de notas, com a devida assistência de um advogado (MARTINS, 2012).

Outrossim, ainda quanto ao artigo 1.571, em seu caput e § 1º, pode-se verificar que o Código Civil traz a extinção da sociedade conjugal também pela nulidade ou anulação do casamento, tal hipótese foi afugentada por diversos doutrinadores, como exemplo tem-se Oliveira e Muniz *apud* Dias (2012, p. 292):

“Terminar” significa pôr fim, acabar, concluir. A mera nulidade, enquanto não reconhecida judicialmente, não afeta a higidez do matrimônio, que existe e produz todos os efeitos. A ação anulatória tem eficácia desconstitutiva, e a sentença só gera efeitos depois do seu trânsito em julgado. Assim, não é a nulidade ou anulação do casamento que levam ao seu término, mas o trânsito em julgado da decisão judicial que o anula. De outro lado, tanto a declaração de nulidade do casamento, por infectado de nulidade absoluta (CC 1.548), com sua anulação, quando acometido de nulidade relativa (CC 1.550), têm efeito *ex tunc*, descontinuando-se desde a celebração (CC 1.563), como se jamais tivesse existido.

Na mesma linha segue o entendimento de Lafayette e Gomes *apud* Diniz (2009, p. 249):

[...] a sentença de nulidade do casamento torna-o írrito desde o momento de sua celebração (CC, art. 1.563, 1ª parte), logo, não é modo de dissolução da sociedade conjugal, pois tão-somente declara que tal sociedade nunca existiu. [...] A anulabilidade do matrimônio não pode ser tecnicamente considerada como modo de dissolução do vínculo conjugal, uma vez que a sentença de anulação não apaga todos os efeitos produzidos, não destrói o casamento com efeito retroativo.

Desta forma, o casamento que for nulo ou anulado não produzirá efeitos jurídicos para as partes, pois não há término da sociedade conjugal, pois a nulidade ou a anulação tornam o ato inexistente, de forma que os ex-cônjuges voltam ao estado civil de solteiros (PACHECO, 2014), com a exceção da putatividade<sup>3</sup>.

Já a dissolução do casamento, por morte de um dos cônjuges, no que se refere ao patrimônio, deve ser observado o regime de bens (art. 1.639 e ss do CC) adotado no art.1.583 e ss do CC, salientando-se que a guarda dos filhos ficará sob a

---

<sup>3</sup> O casamento putativo originou-se do direito canônico que introduziram diversos números de impedimentos matrimoniais, sobretudo, aqueles que infringiram as regras de impedimentos, atenuavam o rigor das penas beneficiando apenas aquele que contraiu de boa fé e de sua prole. O Código Civil de 1916 tratava do instituto em seu art. 221, “in verbis: “Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória”. Assim, não há como fazer uma comparação daquele do texto normativo civil de 1916 com o Código Civil atual já que ambos têm a mesma redação, porém, é o art. 1.561 que se encontra vigente (PEREIRA, 2012, texto digital).



responsabilidade do genitor sobrevivente (MARTINS, 2012). A respeito do tema Rizzardo (2004, p.223), aduz que:

Este fator de dissolução não traz maiores dificuldades, por ser natural e não poder se imputar a responsabilidade a qualquer dos cônjuges. A partir de sua ocorrência, de regra desaparecem os efeitos do casamento, como os direitos e deveres que antes vigoravam.

Cabe ainda destacar que a dissolução do casamento também ocorre em caso de morte presumida, hipótese prevista no artigo 1.571, § 1º, do Código Civil:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: [...]§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente (BRASIL, 2002).

Desta forma, pode haver a dissolução do casamento, quando o cônjuge for presumido morto, conforme previsto no artigo 6º, do Código Civil, “nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva” (BRASIL, 2002). Segundo Gonçalves (2012, p. 187), a presunção de morte não mais se limita ao patrimônio, pois tal abertura, que:

[...] antes só acarretava efeitos de ordem patrimonial, passa a produzir também efeitos pessoais, na medida em que se constitui, tal como a morte real, causa de dissolução do casamento do ausente. Uma vez declarada judicialmente, permite a habilitação do viúvo ao novo casamento.

Neste certame, nota-se que a morte de um dos cônjuges é uma forma simples para a dissolução do casamento, pois diferentemente das outras formas de extinção, está decorre de uma causa fática, não envolvendo qualquer discussão jurídica a respeito do assunto.

### **3.2 A União Estável**

O Código Civil de 2002 tratou da matéria, preocupando-se com o reconhecimento da união estável como instituto, e trouxe a seguinte definição no art. 1.723, “é reconhecida como entidade familiar a união entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

A União Estável é uma modalidade familiar, constituída de maneira informal, porém é reconhecida constitucionalmente e muito comum entre os brasileiros. Tal modalidade de família foi uma das grandes revoluções trazidas pelo CC de 2002 e pela Constituição Federal de 1988, especificamente em seu art. 226, § 3<sup>o</sup>.

Dias (2009, p. 161) conceitua que:

Nasce a união estável da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação. O que se exige é a efetiva convivência *more uxório*, com características de uma união familiar, por um prazo que denote estabilidade e objetivo de manter a vida em comum entre o homem e a mulher assim compromissados.

No entendimento de Rizzardo (2007, p. 891), a união estável: “É uma união sem maiores solenidades ou oficialização pelo Estado, não se submetendo a um compromisso ritual e nem se registrando em órgão próprio”.

Diferente do casamento, não necessita de uma solenidade para a sua concretização, basta a configuração de convivência pública, contínua, estável, que tenha por objetivo constituir família (AMARAL, 2010).

As características para a configuração da união estável encontram-se elencadas no artigo 1.723 do Código Civil, quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, entre homem e mulher. Nesse sentido é o entendimento do TJ/RS:

Ementa: APELAÇÃO CIVEL. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. IPERGS. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA EM AÇÃO DECLARATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. PRESENÇA DOS REQUISITOS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. Nos termos dos art. 1.723, §1º, do CC, para a configuração da união estável como entidade familiar devem estar presentes, na relação afetiva, os **seguintes requisitos: (i) publicidade; (ii) continuidade; (iii) durabilidade; (iv) objetivo de constituição de família; (v) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial.** No RE-AgR 385397/MG, Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 29/6/2007, o Min. Marco Aurélio, quanto à fonte de custeio, assentou, em voto-vista, que "a ordem natural das coisas revela-a preexistente. A contribuição devida pelo servidor, homem ou mulher, cobre a pensão, pouco importando o dependente que dela venha a

<sup>4</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

usufruir. A servidora falecida estava integrada ao sistema de previdência social e há de ter contribuído para assegurar a pensão aos dependentes". A companheira sobrevivente de segurado da autarquia guarda direito à pensão previdenciária por morte, independentemente da comprovação de dependência econômica. Observância à isonomia. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que restou amplamente comprovado que a apelante e o servidor falecido conviveram em união estável. Mostra-se descabida a exigência de comprovação de dependência econômica da companheira quando não existe tal exigência para a esposa, sobretudo porque a união estável se equipara ao matrimônio e restou devidamente comprovada nos autos, sobretudo porque reconhecida em ação declaratória com trânsito em julgado. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70071378897, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 10/11/2016). (grifo nosso).

Ainda no tocante aos requisitos caracterizadores da União Estável, Amaral (2010, texto digital) destaca que estes:

[...] são bastante subjetivos, principalmente em relação ao tempo de relacionamento, se levamos em conta que o único dado contido na lei acerca disso diz que a relação tem que ser "duradoura". Dispositivo legal anterior ao Código Civil de 2002, hoje em vigor, fazia menção ao prazo de cinco anos [...]. Considerando-se a subjetividade de seus requisitos caracterizadores, para reconhecimento de uma união estável os julgadores analisam outros vários elementos, além daqueles mencionados na lei, de modo a obter mais indícios de estarem diante de uma união estável ou qualquer outro relacionamento que não esse.

Desta forma, apesar subjetividade dos requisitos para que seja reconhecida a união estável, as características supramencionadas devem estar presentes, pois não se trata de entidade familiar reconhecida pela Constituição Federal.

No tocante a dissolução da união estável, segundo Oliveira (2003, p. 131) tem-se que:

[...] estará rompendo p elo próprio de uma união estável. Se já havia tempo suficiente para a sua caracterização, a quebra da convivência será a causa da dissolução, à semelhança do que se dá no casamento. Se não havia tempo bastante, que se pudesse qualificar como "duradouro", então se quer estaria configurada a união estável, ficando na pendência de uma eventual reconciliação, com recontagem de tempo a partir do reinício da convivência.

A dissolução poderá ser feita de duas maneiras distintas, judicial e extrajudicial. No primeiro caso, a dissolução será feita através do Poder Judiciário por meio de ação judicial, já no segundo, poderá ser feita em Cartório de Registros, sem necessidade de propositura de ação judicial, porém deverá ser acompanhada por um advogado (PATRÃO, 2014).

Já na dissolução extrajudicial tem-se que esta pode ser realizada em Cartório de Notas, e se dá por meio de escritura pública de Dissolução de União Estável. Porém, tal dissolução só poderá ser feita em Cartório nos casos de pedido consensual e mutuo, quando não houverem filhos menores ou curatelados, em que ambos conviventes concordem com os termos da separação, seja em relação a partilha de bens ou quanto a eventual pensão alimentícia (PATRÃO, 2014).

Assim, pode-se dizer que na prática, o casamento e a união estável diferem apenas em relação à burocracia empregada. Enquanto para o casamento são necessários diversos documentos para realizar o procedimento em cartório de registro de pessoas naturais, para formalizar a união estável, é necessário apenas uma escritura pública lavrada em cartório (AMARAL, 2010).

Quanto ao regime de bens, o casal que decidir optar por outro que não o da comunhão parcial, deve elaborar um pacto antenupcial, isso tratando-se de casamento. Já na união estável, a mesma opção, necessita apenas que se mencione o regime na escritura pública ou contrato particular. Na união estável, exige-se basicamente um único documento, diferentemente do casamento civil (AMARAL, 2010).

O artigo 1.725 do Código Civil vigente estipula que, “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Assim, como no casamento, a união estável traz obrigações e direitos para ambas as partes. Mesmo em caso de ausência de escritura de união estável esta não se torna invisível, os juízes podem reconhecê-la através da análise dos requisitos mencionados anteriormente (AMARAL, 2010).

### **3.3 Os relacionamentos desfeitos e as possíveis formas de harmonização**

O final do relacionamento marital ou divórcio, envolve muitos sentimentos pessoais, pois sofre influências e reflete em todos os que fazem parte do contexto familiar, especialmente nos filhos. A ruptura inicia quando não há mais possibilidade

de convivência entre o casal. Para evitar danos, tal processo deve ser gradual e mesmo com um turbilhão de emoções, os pais devem focar no bem-estar dos filhos (Melo, *et al*, 2014). A respeito do tema, Lamela, *et al.* (2008, p.12-13), leciona que:

O divórcio é um evento que pode funcionar como um marcador desenvolvimental para mudanças positivas e negativas nos percursos de vida dos adultos que o experienciam [...] Concomitantemente, tendo como referência o adulto divorciado como pai e membro de uma família, e utilizando uma matriz sistêmica, o divórcio é responsável por profundas alterações no sistema familiar, obrigando os seus subsistemas a proceder a reorganizações estruturais. A dissolução conjugal é um evento stressor do sistema familiar, sendo que a capacidade de absorção do seu impacto sistêmico e a qualidade do funcionamento adaptativo dos filhos estão dependentes das características do sistema familiar durante o casamento.

O equilíbrio emocional dos filhos pequenos, que vivenciam a experiência do divórcio ou dissolução de união estável dos pais pode ser mantido através de atitudes adotadas pelo casal que minimizem o impacto causado pelo divórcio. De acordo com Minuchin (1982) em sua teoria que versa sobre terapia familiar, o autor se norteia por três axiomas.

O primeiro axioma trata da influência do indivíduo no contexto familiar e como ele é influenciável, as sequências de ação que sejam constantemente recorrentes. Desta forma, as pessoas que integram a família influenciam e são influenciadas por circunstâncias do dia-a-dia, assim, é preciso adaptar-se a tais mudanças (MINUCHIN, 1982).

Já o segundo axioma, versa sobre as mudanças na estrutura familiar, e sua contribuição para os distúrbios no comportamento, bem como afeta os processos psíquicos internos dos integrantes desse sistema. Ou seja, o divórcio afeta a vida da família, todos os membros serão atingidos, principalmente os filhos. Estes, explanam de diversas maneiras, seja no comportamento, nas atitudes ou na vida emocional, a qual ficará comprometida (MINUCHIN, 1982).

Por fim, a terceira axioma envolve o terapeuta e o auxílio no processo com a família. Por vezes o auxílio do terapeuta torna-se necessário, ele e a família unem-se para formar um novo sistema. Este sistema ajuda a direcionar o comportamento de seus membros, assim, transformando-se em um novo contexto (MINUCHIN, 1982).

Porém, a fase inicial da ruptura conjugal afeta mais os filhos, o que pode causar problemas e preocupações. No tocante à separação, Souza, *et al.* (2006, p. 199), entende que “os filhos têm que enfrentar o medo de também serem separados: perder o contato com uma das figuras parentais. Serem, de fato, abandonados”.

Nesse contexto, Papalia, *et al.* (2006) ressalta que o número de divórcio aumenta assustadoramente, mais de um milhão de criança são envolvidas todos os anos, porém, segundo o autor supra:

O conflito conjugal prejudica as crianças mais do que o divórcio, que as crianças adaptam-se melhor quando criadas com um genitor solteiro em um lar harmonioso do que em um lar com ambos os pais marcados pelas discórdias e pelo descontentamento (Papalia, *et al.*, 2006, p.411).

Assim, pode-se dizer que o divórcio envolve um certo receio, pois os envolvidos terão que enfrentar um novo mundo. O desconhecido traz um furacão de emoções que pode ter diferentes proporções na vida de cada indivíduo (MELO, *et al.* 2014).

Nesse sentido, o divórcio pode-se tornar traumático para as crianças, mesmo aquelas que ainda são incapazes de compreender as implicações desse acontecimento. Uma convivência equilibrada dos pais pode evitar vários danos futuros, como por exemplo o abalo emocional na maioria das crianças (MELO, *et al.* 2014).

De acordo com Campos (2002), a crise familiar é sentida pela criança como uma perda. Mesmo que ela esteja adaptada à situação, os sentimentos se misturam, pois, as crianças são extremamente sensíveis e atentas ao ambiente familiar, por isso percebem mais facilmente a tensão ou a harmonia entre os pais.

De forma que é melhor para elas, terem pais separados, porém equilíbrio, do que tê-los juntos em desarmonia e angústia. Neste caso, as crianças podem oscilar e, por vezes culpando-se pelo conflito, também pode atribuir aos pais tal responsabilidade, que ocasionam sentimentos de culpa, de vergonha ou de raiva a um dos pais ou a ambos (CAMPOS, 2002).

Para Bee et al (2013), alguns desses efeitos negativos já são apresentados pelas crianças bem antes da dissolução conjugal. A autora enfatiza que:

Não pode haver muita dúvida de que o divórcio é traumático para as crianças. Entretanto, essa afirmação deve ser seguida por uma advertência. Alguns dos efeitos negativos do divórcio são devidos a fatores que estavam presentes antes do divórcio, tal como temperamento difícil na criança ou conflitos excessivos entre os pais (BEE et al, 2013, pg.378).

Desta forma, pode-se dizer que existem muitas crianças que apresentam dificuldades em expressar os seus sentimentos a respeito do que está acontecendo. Aparentemente elas demonstram-se estáveis, o que leva os pais a acreditarem que a criança está bem. É fundamental que os pais tentem conduzir essa situação de maneira que as crianças não desencadeiem traumas. Por isso, o ambiente familiar deve ser preservado, na presença das crianças para não gerar uma situação desgastante. Existem crianças que superam relativamente bem o processo de divórcio dos pais, e não apresentam sintomas de maior intensidade.

Papalia et al (2006), destaca que esta questão psicológica não deve ser negligenciada pelos pais, pois, segundo ele os problemas comportamentais e emocionais emitidos pelas crianças, podem ser reflexos de conflitos entre os genitores, vivenciados antes ou depois do divórcio, bem como na própria separação.

Em relação ao assunto, Campos et al (2002, p. 17), destaca que:

As atitudes dos pais de preparar a criança para a separação através de uma comunicação sincera, clara e objetiva do acontecimento e das possíveis consequências, ajudam à criança a reagir melhor a esse evento. Os cuidados realizados com atenção e carinho na preparação na época da separação valoriza a criança, o faz sentir-se amada, tranquila, confiante e protegida. A existência dos bons aspectos do vínculo entre os pais diminui o impacto da separação nos filhos, por compartilhar a educação e o desenvolvimento infantil.

Desta forma, é possível dizer que o fato que desestabiliza o emocional de uma criança não é o divórcio em si, mas, sim o modo como esse é conduzido e vivenciado, muitos dos problemas e traumas causados nas crianças, são provenientes das condições em que os pais se encontram, os sentimentos de depressão e angústia

intensa, bem como as dúvidas refletem diretamente no emocional dos filhos (Papalia *et al.*, 2006).

Assim, visando um desenvolvimento saudável e o melhor interesse da criança, a Constituição Federal traz em seu preâmbulo, que todos tem “direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (BRASIL, 1988)”. Portanto, sem qualquer distinção, ambos genitores são responsáveis pelos filhos menores, devendo representá-los de forma legal, com o dever de acordar nas decisões que envolvam a prole, zelando pelos interesses e direitos dos menores (FONTES, 2009).

Assim, o artigo 5º, inciso I<sup>5</sup>, da Constituição Federal embasa o entendimento acima exposto, pois nele está inserida a igualdade, de forma que todos devem ser tratados de maneira isonômica.

Já o artigo 226, parágrafo 5º, estabelece que: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988)”, Para complementar essa ideia de igualdade, e colaboração e deveres mútuos, o artigo 227<sup>6</sup> caput da Constituição Federal.

Na mesma baila, segue o entendimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), criado para assegurar a proteção dos interesses das crianças e adolescentes. (FONTES, 2009, p. 53). Em seu artigo 4º, elencou os direitos fundamentais, na seguinte redação:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer,

---

<sup>5</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]. (BRASIL, 1988).

<sup>6</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).



à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990).

Já o artigo 6º do ECA, complementa colocando a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento, as quais devem ter seus direitos e deveres assegurados:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (BRASIL, 1990).

As crianças e adolescentes não podem ser privados do direito de liberdade na participação da vida familiar. Desta maneira, deve-se extrair qualquer restrição que implique no convívio com os pais, pois estes devem participar igualmente na vida dos filhos (MANSUR, 2016). Ainda no tocante ao assunto, tem-se o art. 22 do ECA, o qual determina que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 1990).

Com isso, o autor supra afirma que pode-se observar os benefícios da guarda compartilhada na vida dos menores, o que possibilita a participação dos genitores de forma igual em todas as decisões que sejam pertinentes a vida de seus filhos. (MANSUR, 2016).

Assim, a guarda compartilhada, pode trazer inúmeros benefícios para os envolvidos na relação, porém depende da conscientização dos genitores, ao quais devem manter-se focados em zelar pelo melhor interesse do menor, possibilitando assim, um melhor convívio e uma melhor comunicação tornando o ambiente mais leve e de soluções mais fáceis.

## **4 A POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA E A DISTÂNCIA GEOGRÁFICA ENTRE PAIS E FILHOS**

A família, enquanto base da sociedade, tem passado por constantes transformações nos últimos tempos. Com a possibilidade da dissolução dos vínculos conjugais, surgiram os litígios a respeito da guarda dos filhos, estes em especial, tem elevado o número de processos judiciais de disputas intermináveis e sofridas para todos os envolvidos.

Em muitos destes casos, constata-se a manifestação da síndrome da alienação parental. Este capítulo, tem o condão de explanar os benefícios da guarda compartilhada, evitando a alienação parental<sup>7</sup> decorrente das rupturas dos vínculos familiares.

### **4.1 A responsabilidade Parental**

As funções parentais juntamente com a importância da família na sociedade, traz consigo várias responsabilidades, dentre elas a responsabilidade para com seus filhos, a qual decorre dos vínculos que regem a família, e da lei. Trata-se do poder parental, e não se limita apenas ao dever de guardar e suprir a incapacidade, mas se concretiza nos deveres de zelar pela segurança e saúde, promover o sustento, conduzir a educação, representá-los, ainda que nascituros e administrar os seus bens,

---

<sup>7</sup> Alienação Parental “consiste em um processo de programar uma criança para que odeie um dos seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingresse numa trajetória de desmoralização desse mesmo genitor” (MOLD, 2011, p. 53).

isso caberá aos genitores, até que seus filhos completem a maioridade, ou sejam emancipados (VESENTINI, 2014).

As relações de parentesco, dado os seus efeitos jurídicos, sejam de ordem pessoal ou econômica, geram direitos e deveres recíprocos entre os parentes, tais como: a obrigação alimentar, o direito de promover interdição, bem como o de receber herança (DINIZ, 2009).

O que respalda as funções parentais é o conjunto de poderes e deveres criados para assegurar o bem-estar moral e material dos filhos, destinados aos genitores para que estes mantenham as relações pessoais, afim de assegurar a educação, o sustento, bem como a representação legal e a administração dos bens (VESENTINI, 2014).

A responsabilidade parental se sustenta em funções dos pais, possui altíssima importância, para uma infância saudável, esta tem como base a valorização da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. O artigo 1.634 do Código Civil elenca os direitos e deveres que cabe aos pais, em relação à pessoa dos filhos menores:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002, texto digital).

Caso um dos genitores não possa exercer as responsabilidades parentais, seja por incapacidade, ausência ou impedimento, caberá ao outro genitor o exercício destas, se este também possua impedimento, competirá então a um familiar dos genitores, desde que haja um acordo prévio e a devida validação legal. Se a ausência for oriunda da morte de um dos genitores, caberá ao sobrevivente ou ao tutor nomeado, o exercício das responsabilidades parentais (VESENTINI, 2014).

Ainda no tocante a responsabilidade parental, Dias (2013, p. 442), ensina que esta:

[...] não decorre da guarda, mas do poder familiar, que é exercido por ambos. Dentre seus deveres encontra-se o de ter o filho em sua companhia e guardar (CC 1.634 II). Quando da separação dos pais, o fato de o filho ficar sob a guarda unilateral de um não subtrai do outro o direito de convivência. Mesmo que o filho não esteja na sua companhia, está sob sua autoridade. Nem o divórcio dos pais modifica seus direitos e deveres com relação aos filhos (CC 1.579). Nem novas núpcias ou a constituição de união estável faz qualquer dos pais perder o direito ao poder familiar (CC 1636).

Assim, tem-se que a responsabilidade parental, origina-se da relação paterno - materno - filial, traz deveres e direitos aos pais. A relação de parentesco, definida a guarda e convivência parental (art. 1.589 do CC) garante o direito de conviver com este genitor que não reside junto com o filho, observando assim a educação e o ambiente em que a prole vive (VESENTINI, 2014).

O autor supra ainda destaca que, caso os genitores não entrem em acordo a respeito do direito de conviver, caberá ao juiz, primando sempre pelo melhor interesse da criança e adolescente, regular de que maneira esse direito será exercido. Cabe ainda, ressaltar que este direito, antes de pertencer ao genitor, é um direito subjetivo do filho de ter a companhia de seu genitor, bem como, a sua supervisão (VESENTINI, 2014).

Nesse sentido, Dias (2007, p. 407) ressalta que:

[...] a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz seqüelas de ordem emocional e reflexos no seu desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

No entanto, deve-se salientar que este direito possui caráter relativo, ou seja, caso não traga benefícios a criança, ao invés disso exponha-a a uma situação de risco físico ou moral, o juiz deverá suspender ou proibir o direito de visita, afim de “resguardar os filhos menores de todo abuso que possa ser praticado contra eles pelos pais, seja de natureza sexual, seja sob a forma de agressão, maus-tratos, sequestro e outros, afastando o ofensor diante de situações comprovadas ou de flagrantes indícios” (GONÇALVES, 2010, p. 310).

Ainda no tocante ao direito de convivência, a 333 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça federal, estendeu este direito também aos avós, assim proferindo que “o direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse” (BRASIL, 2002). O referido posicionamento confirmou-se em 2011 com a lei 12.398/11, a qual ampliou aos avós o direito de conviver com os netos (VESENTINI, 2014).

Assim, tem-se que o direito de convivência também se entende como um direito duplo, na medida que tanto o genitor, como o filho, tem o direito de conviver, caso tal direito não seja cumprido, aquele descumpriu ou criou obstáculos será responsabilizado.

O direito aos alimentos é previsto de forma ampla no direito de família, trata-se de um direito recíproco entre pais e filhos, o qual também é devido, analisando sempre o caso em concreto, entre companheiros, cônjuges, e onde existir vínculo de parentesco, conforme disposto no art. 1.696 do Código Civil de 2002, o qual estabelece que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros” (BRASIL, 2002, texto digital).

O ordenamento jurídico possui recursos para buscar esse direito, através de ação de alimentos, a qual entre suas formas de execução, prevê inclusive o único caso de prisão por dívida civil no país. Além disso, o abandono material, como é denominado no direito penal, a inadimplência do dever alimentício, está tipificada como crime com pena de detenção no art. 244<sup>8</sup> do Código Penal.

Devido à natureza de garantia a subsistência, os alimentos possuem a necessidade urgente de adimplemento, devido a isso, existe uma lei própria (Lei de Alimentos n. 5.478/68) com rito abreviado. Por ocasião de ação judicial, estes estão

---

<sup>8</sup> Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País (BRASIL, 1940, texto digital).

presentes desde a citação, para evitar atos procrastinatórios por parte do genitor inadimplente, até os alimentos gravídicos, devidos desde a concepção, entre outros.

Porém, o dever de alimentos não é suficiente, este não substitui o afeto, é apenas o mínimo devido aos filhos menores, e sem formação completa, que não sejam capazes de proverem sua própria subsistência. Além do amparo material o amor e o convívio com ambos genitores é essencial para um desenvolvimento saudável (VESENTINI, 2014).

Cabe também aos pais, o dever de sustento, guarda e educação como prevê expressamente o Código Civil de 2002 em seu art. 1.566, o qual estabelece que “são deveres de ambos os cônjuges: [...] IV - sustento, guarda e educação dos filhos” (BRASIL, 2002, texto digital).

Já a Constituição Federal, estabelece em seu artigo 227, dever da família de educar, de conviver e respeitar a dignidade dos filhos, sempre focada no melhor interesse da criança, adolescente ou jovem, no artigo 229 do referido diploma legal, atribui-se aos pais também o dever de assistir, educar e criar seus filhos (DILL, *et al.*, 2010).

Segundo Gonçalves:

O dever de dirigir a criação e educação dos filhos menores é o mais importante de todos. Incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade. O encargo envolve, pois, além do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva, também o moral, para que, por meio da educação, forma seu espírito e seu caráter (GONÇALVES, 2010, p. 418).

Tem-se assim, que não basta apenas alimentar os filhos e deixar com que cresçam naturalmente, existe a necessidade de educar e dirigi-los para uma vida independente, dar-lhes uma formação psicológica de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, afim de que tenham a possibilidade de tornarem-se adultos sem traumas (VESENTINI, 2014).

Nesse sentido, a Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), elencou deveres inerentes a autoridade parental, atribuindo aos pais obrigações não

somente de cunho material, mas afetivas, psíquicas e morais, o artigo 3º estabeleceu que toda criança e adolescente:

[...] gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990, texto digital).

Assim, tem-se que o afeto, como já abordado anteriormente, e de acordo com o entendimento de Dias (2007. p.41), é a base do novo modelo de família que:

[...] funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

A afetividade como um dever parental, que decorre da responsabilidade e do planejamento familiar, existe independentemente da origem biológica que constitui o vínculo da família contemporânea.

#### **4.2 O relacionamento parental na dissolução do vínculo conjugal**

A comunicação possui um papel fundamental na relação de pais e filhos, especialmente no exercício da parentalidade. A família, é como um sistema auto organizado, o qual se caracteriza pela negociação contínua entre seus membros através de acordos, para que isso seja possível é essencial que haja uma boa comunicação. Desta forma, a comunicação torna-se fundamental para que haja qualidade no exercício da parentalidade (Carr, 2006).

Assim, conforme estudo realizado por Isabel (2012), no qual foram entrevistados menores de 7 a 16 anos, constatou-se que a comunicação entre pais e filhos é extremamente importante:

[...] emerge nas entrevistas como um processo modelado pelas atitudes que cada um manifesta. Foram descritas algumas posturas que, na perspectiva

dos participantes, contribuem para uma comunicação harmoniosa. Relativamente aos filhos, por exemplo, percebe-se que a responsabilidade, a empatia e a negociação facilitam um melhor entendimento com os pais. (ISABEL, 2013, texto digital).

No tocante a relação de pais e filhos, após a separação, Ramires (1997) mencionou, em sua pesquisa com pais separados, estes afirmaram que o relacionamento com seus filhos melhorou de forma qualitativa depois do divórcio, pois no tempo em que estão juntos, conseguem dedicar-se exclusivamente a eles, proporcionando o crescimento da intimidade e cumplicidade.

Pode-se presumir que, devido à diminuição no convívio entre o pai e os filhos, após o divórcio, a busca por uma vivência de maior qualidade, torna-se um meio de compensação a ausência diária, a autora também reitera que os homens que participaram de sua pesquisa traziam como referência, ao seu relacionamento com os filhos, os próprios relacionamentos com seus pais (RAMIRES, 1997).

No estudo de Ramires (1997), os pais entrevistados confirmaram que o exercício da paternidade também depende das experiências vividas com seus pais e de como introjetaram o modelo paterno, embora criados dentro de uma visão tradicional dos papéis familiares, surgiu no discurso destes a preocupação em reformular o modelo já vivenciado, ao invés de simplesmente o reproduzirem.

Os filhos trazem em si a marca do outro, sem adentrar em questões mais profundas e complexas, estes “filhos do divórcio” são a prova de que existiu uma ligação entre os genitores, a qual não mais existe, e mesmo que o desejo seja apagá-la, isso não será possível, pois os filhos são para sempre, jamais haverá um ex-filho, ex-pai ou uma ex-mãe (MORADEI *et al.*, 2014).

Assim, pode-se dizer que o vínculo entre pai e filho começa durante a gestação ou até mesmo antes dela, quando existe o desejo de ser pai, de forma que, este não termina necessariamente, com a dissolução do casamento (WARPECHOWSKI, *et al.*, 2012).

A dissolução do casamento ou da união, certamente afeta a rotina da família. Por vezes, o pai deixa de morar com os filhos, porém, o distanciamento físico ou a



ausência da presença na rotina pode causar um distanciamento afetivo. Embora atualmente, seja crescente o número de pais que manifestam o interesse em ampliar a sua participação na vida dos filhos (GONÇALVES, 2011)

Diante da dissolução do vínculo conjugal, observou-se que:

Nem toda separação conjugal desperta dificuldades ou sentimentos negativos, ela também pode reverberar no fortalecimento do laço afetivo entre pai e filhos. Diante de uma relação alicerçada por um bom vínculo entre pai e filho, o fato de não morarem juntos pode contribuir para melhorar a qualidade da relação entre ambos (SOUZA et al., 2012, p.19).

Por vezes, e quando bem analisado, o divórcio é a melhor solução para o desenvolvimento saudável dos filhos, como escreveu Wallerstein (apud GALVÃO; ABUCHAIM, 2001 p.28):

Quando os pais decidem pela separação após pensar bem e considerar cuidadosamente as alternativas, quando previram as conseqüências psicológicas, sociais e econômicas para todos os envolvidos, quando acertaram manter um bom relacionamento entre pais e filhos, então é provável que as crianças não venham a sofrer interferência no desenvolvimento ou desgaste psicológico duradouro. Por outro lado, se o divórcio for realizado de modo a humilhar ou enraivecer um dos parceiros, se o ressentimento e a infelicidade dominarem o relacionamento pós-divórcio, ou se as crianças forem mal amparadas ou informadas, se foram usadas como aliadas, alvo de disputa ou vistas como extensões dos adultos, se o relacionamento da criança com um ou ambos os pais for empobrecido e perturbado e se a criança se sentir rejeitada, o desfecho mais provável para as crianças será a interferência no desenvolvimento, a depressão ou ambos'.

Desta forma, evita-se que os pais utilizem seus filhos para atacar um ao outro em seus litígios. Não são raras as vezes em que a criança ou adolescente são utilizados para vingança ou autossatisfação dos genitores. Assim, ocorre a alienação parental, pois:

[...] os filhos menores são tidos como um brinquedo na separação dos pais. O ranço da separação pode traduzir-se numa atitude beligerante em relação ao outro genitor, geralmente aquele que não tem a guarda, embora isso não seja uma regra. Mesmo aquele que só recebe os filhos nos finais de semana e em datas específicas pode ter conduta de alienação parental. O guardião em geral, seja ele divorciado ou fruto de união estável desfeita, passa a afligir a criança com ausência de desvelo com relação ao outro genitor, imputando-lhe má conduta e denegrindo sua personalidade sob as mais variadas formas. Trata-se de abuso emocional de conseqüências graves sobre a pessoa dos filhos. Esse abuso traduz o lado sombrio da separação dos pais. O filho é manipulado para desgostar ou odiar o outro genitor (VENOSA, 2011, p. 320).

Tal comportamento ofende direitos fundamentais da criança ou adolescente, como a dignidade, respeito, convivência familiar e o afeto. De forma que a proteção da criança e do adolescente se torna extremamente necessária. Em meio a magoas e rancor os pais esquecem que seus filhos são seres em desenvolvimento, os quais necessitam de proteção para a sua formação como ser humano. Por esta razão, a Constituição Federal assegura, as crianças e adolescentes, o direito a dignidade, ao respeito, a convivência familiar e comunitária, entre outros, além de protegê-los contra qualquer forma de negligência, crueldade ou violência (VELOSO *et al.*, 2013, texto digital).

Nesse sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que toda e qualquer decisão deve buscar sempre o princípio do melhor interesse do menor e a proteção integral da criança e do adolescente. Ainda, assegura a estes o direito a proteção da vida e da saúde, à convivência familiar e comunitária (VELOSO *et al.*, 2013, texto digital).

Assim, tem-se que a criança ou adolescente devem ser preservados dos conflitos conjugais. Estes não podem ser penalizados pelas escolhas ou pelo comportamento dos pais, pois a separação conjugal e vida parental são coisas distintas. A separação deve ser encerrada como uma solução para a família, minimizando danos aos pais, e principalmente aos filhos. Deve manter-se o foco no desenvolvimento, e nos interesses da criança ou do adolescente, visando a sua integral proteção.

#### **4.3 A guarda compartilhada como melhor representação do interesse familiar**

Compreende-se por guarda o dever de proteção que os pais possuem em relação aos filhos menores. Segundo Gregorio (1999, apud Fujita, 2003, p.308), “é o instituto jurídico composto de direitos e deveres recíprocos existentes entre o guardião e o protegido, cujo objetivo principal é a proteção os interesses deste último”.

No mesmo sentido, Fujita conceitua que “A guarda se traduz não apenas um direito, mas também um dever daquele que a detenha” (FUJITA, 2003, p. 308). Assim,

o guardião possui o dever e a responsabilidade de zelar, bem como, oferecer assistência material e imaterial para o protegido. Fujita, esclarece que:

Guarda é um instituto pelo qual uma determinada pessoa, seja parente ou não, vem a assumir a responsabilidade sobre um menor de dezoito anos de idade, consistente na assistência material e imaterial, ou seja, prover as suas necessidades vitais de alimentação, vestuário, higiene, moradia, assistência médica e odontológica, de educação e lazer (Fujita, 2003, p. 308).

De acordo com o artigo 33 do ECA, a respeito do tema em questão, tem-se que “guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (BRASIL, 1990, texto digital).

Portanto, torna-se imprescindível que o possuidor da guarda disponha de uma assistência não só material como alimentação, educação, vestuário, etc., mas também deve oferecer assistência imaterial, psicológica e emocional.

Atualmente o ordenamento jurídico brasileiro, possui duas modalidades de guarda, a unilateral, prevista no Código Civil Brasileiro, em seu Art. 1.583, §1º, na qual apenas um dos genitores detêm a guarda da prole, enquanto o outro possui apenas o direito de convivência, e a guarda compartilhada, a qual é o objeto desse estudo e será abordada de forma mais profundo no decorrer do capítulo.

No tocante à guarda compartilhada, tem-se que é atribuída tanto ao pai quanto a mãe, de forma que ambos possuem os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos. Conforme ilustra Dias (2009, p.01):

Em boa hora vem nova normatização legal que assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro. Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente.

A guarda compartilhada está prevista no § 1º do artigo 1.583 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*:

A guarda será unilateral ou compartilhada. [...] § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (BRASIL, 2002, texto digital).

Esta espécie de guarda visa a perpetuação da autoridade parental dos genitores em relação a prole, haja visto que nessa modalidade ambos possuem as mesmas responsabilidades para com os filhos, mesmo que residindo em casas distintas. Neste sentido Dias, explica que:

A dissolução dos vínculos afetivos não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. O rompimento da vida conjugal dos genitores não deve comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação. É necessário manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação acarreta nos filhos. Compartilhar a guarda de um filho é muito mais garantir que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar (Dias, 2009, p.01).

A guarda compartilhada é considerada um avanço, conforme Dias, “é um avanço, porquanto favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse” (Dias, 2009, p.01).

No entanto, para que a guarda compartilhada possa beneficiar a criança e o adolescente, é necessário que os genitores tenham maturidade e que consigam compartilhar a rotina de sua prole sem causar prejuízos. Conforme Pereira (2005, p.428), “esta forma de guarda só é possível quando os pais revelam maturidade e possibilidades funcionais de compartilhar as rotinas dos filhos de maneira harmônica, respeitando seus horários e suas atividades escolares e extracurriculares”.

Neste mesmo sentido, Venosa (2010, p.185), leciona que:

Não resta dúvida que a guarda compartilhada representa um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento e formação de crianças e adolescentes. Essa forma de guarda traduz também outra faceta do direito de visita, que poderá ficar elástico quando acordada a guarda conjunta ou compartilhada.

Conforme o artigo 1.584<sup>9</sup> do Código Civil Brasileiro, a guarda compartilhada pode ser estabelecida por requerimento dos genitores ou decretada pela autoridade judicial. No § 1º do referido artigo, é estabelecido que a autoridade judicial deverá em audiência de conciliação apresentar aos genitores a modalidade de guarda compartilhada (BRASIL, 2002). Assim, tem-se que de acordo com o parágrafo mencionado:

A lei impõe, pois, ao juiz o dever de informar aos pais sobre o significado da guarda compartilhada, que traz mais prerrogativas a ambos e faz com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos, garantindo, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estreita dos pais na formação e educação do filho. (Gonçalves, 2010, p. 286).

Ainda, o dispositivo legal supramencionado, traz em seu § 2º, do art. 1584, a determinação de que na falta de um acordo entre os genitores, sempre que possível, será aplicada a guarda compartilhada, *in verbis* “§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada” (BRASIL, 2002).

No mesmo sentido, segue o entendimento de Dias (2009, p.01):

Deixa a lei de priorizar a guarda individual. Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada (CC 1.583, § 1º), dá preferência pelo compartilhamento (CC 1.584, § 2º), por garantir maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole.

Ainda, existe a lei nº. 12.318/10, que dispõe a respeito da alienação parental, a qual estabelece em seu artigo 6º e inciso V<sup>10</sup>, a guarda compartilhada como uma das formas de inibir ou atenuar os efeitos da alienação parental.

---

<sup>9</sup> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

<sup>10</sup> Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: [...] V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

Dessa forma, a guarda compartilhada além de obter uma maior participação dos genitores no desenvolvimento e no crescimento de seus filhos, também é uma alternativa para evitar situações indesejadas, como a alienação parental, a falta de convívio e o abandono.

Conforme matéria retirada do site do Senado Federal<sup>11</sup>, profissionais da área do direito e da psicologia concluíram que a guarda compartilhada previne a alienação parental uma vez que ambos os responsáveis possuem os mesmos direitos e deveres para com a prole, sendo assim dificulta o sentimento de posse do genitor ou genitora com o filho.

No entanto, existem inúmeros julgados, afirmando que o Poder Judiciário deve negar o pedido de guarda compartilhada quando os genitores residirem em locais diversos. Neste sentido, Agravo de Instrumento 70064899990, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI Nº 13.058/2014. ALIMENTOS. Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. No entanto, pelo menos por ora, tendo em vista, principalmente, **a distância entre as cidades de residência dos genitores, descabido o estabelecimento da guarda compartilhada.** NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70064899990, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 10/09/2015). (Grifo nosso).

Corroborando este entendimento, a Apelação Cível nº 70069310878, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. ALIMENTOS, GUARDA E VISITAS DE CRIANÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. 1. ALIMENTOS. Embora não se tenha certeza acerca dos verdadeiros rendimentos do genitor - que tem formação em Engenharia Agrícola desde 2006/02, com plena capacidade laboral, sendo detentor, em 2014, de participação de 20% na fazenda da família, cuja área corresponde a 335,9 ha. - ao que tudo indica ele possui condições razoáveis de arcar, pelo menos, com o valor fixado na sentença, de 1,5 salários mínimos. Por outro

---

<sup>11</sup><http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/06/10/especialistas-sugerem-guarda-compartilhada-para-prevenir-alienacao-parental>

lado, tendo em conta que as despesas da infante devem ser compartilhadas entre os pais, e que não há maiores elementos a demonstrar que a menina necessite no momento de valor maior, tenho que o quantum alimentar está em conformidade ao binômio necessidade-possibilidade. 2. GUARDA. Quanto à 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. Dada a ausência de harmonia entre os genitores e a necessidade de definir com segurança a situação do filho, a fim de afastar maiores prejuízos de ordem psíquica à menina, **não cabe determinar a guarda compartilhada. É de considerar que o genitor reside em Alegrete-RS, enquanto mãe e filha moram em Porto Alegre-RS - cidades que se distanciam 440 Km**, os quais se leva em torno de 06h para percorrer via rodoviária. Embora não se desconheça que as fronteiras e as distâncias encontram-se, de certo modo, relativizadas em razão das novas tecnologias de comunicação, parece meridianamente óbvio (a quem queira ver) que **a fixação de residência dos pais em cidades diferentes e distantes dificulta a efetiva coparticipação na organização diária e nos cuidados cotidianos da infante** - o que é da essência da guarda compartilhada - mormente quando **se está diante de uma família não-funcional**, que não consegue superar os conflitos e dialogar de forma saudável em prol da filha. Dessa forma, **impõe-se seja concedida a guarda da infante à mãe, uma vez que, desde a separação do casal, a criança sempre esteve na sua companhia e sob seus cuidados**. 3. VISITAS. A sentença recorrida, sob a ótica dos interesses da criança, preservou a necessária convivência entre pai e filha, permitindo o estreitamento de laços afetivos entre a infante e a família paterna, não havendo razão para restringir a permanência da filha com o pai nas férias escolares. 4. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. O recorrente adesivo sustenta que a apelante é pessoa que auferir renda incompatível com a concessão da AJG. Contudo, restou demonstrada dita alegação, pois a apelante, conforme informa seus contracheques (fls. 639-641), no final de 2014, auferia renda mensal aproximada de R\$ 3.710,00, em valor líquido, como servidora pública federal. Por outro lado, não obstante haja, por lei, presunção de veracidade na alegação de nec se trata de presunção relativa que pode ceder ante elementos outros de convencimento à disposição do julgador. O recorrente adesivo, juntamente com seus familiares, exerce atividade de agricultura e pecuária em fazenda situada no município de Alegrete-RS, cuja extensão, em 2014, correspondia a 335,9 ha. Além disso, conforme sua Declaração de Imposto de Renda, referente ao exercício de 2014 (fls. 537-544), naquele ano ele detinha participação de 20% dessa fazenda, de modo que, embora não se saiba ao certo seus rendimentos mensais, não se mostra crível que sejam limitados ao ponto de prejudicar a subsistência caso arque com os ônus e as custas processuais, as quais, ressalta-se, foram pagas por ele, autor, quando do ajuizamento da ação. 5. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. Dado o resultado que aqui se alvitra, nada há que reparar na sentença que condenou as partes ao pagamento de 50% das custas processuais e honorários de sucumbência, devendo ser mantido valor em que restaram estipulados, em R\$ 2.000,00, suspensa a exigibilidade quanto à demandada, ante a AJG concedida. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, PARA **CONCEDER A GUARDA UNILATERAL DA INFANTE À GENITORA**, E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70069310878, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/08/2016). (Grifo nosso).

Na mesma linha, segue o Agravo de Instrumento nº 70048755961, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. MEDIDA LIMINAR FIXANDO A GUARDA DA FILHA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Inexistindo possibilidade de retorno à vida em comum entre os genitores e **havendo distância que impede a guarda compartilhada**, cumpre regulamentar a guarda para quem está no exercício de fato, ao menos até que apótem aos autos demais elementos probatórios. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravado de Instrumento Nº 70048755961, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 28/06/2012).

Assim, apesar dos avanços da tecnologia que permitiram, com o passar do tempo, que as distâncias fossem abreviadas, através da era da velocidade “4G” de informações (ROSA, 2016), que:

[...] até outrora, quando existia a necessidade de contato com alguém, isso era realizado via telefone fixo, pelo qual se deixava recado e aguardava-se, com paciência e sorte, que o retorno coincidisse com o momento de que o interessado estivesse ao lado de seu aparelho. Hoje, de forma quase esquizofrênica, o contato é via e-mail, facebook e será amaldiçoado aquele que visualizar o whatsapp e não responder imediatamente. (malditos “dois risquinhos” que nos surtam o dia-a-dia...) (ROSA, 2016, texto digital).

Porém, por “decisão unânime, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu ser inviável a implementação de guarda compartilhada em caso de pais que moram em cidades diferentes” (STJ, 2016, texto digital). Para o ilustre colegiado, deve-se considerar a dificuldade geográfica como fator de impedimento a realização da guarda compartilhada, por meio do princípio do melhor interesse dos menores.

O referido caso corre em segredo de justiça, no entanto ao pese divulgado pelo próprio site do STJ, o pai nas razões do recurso especial, “alegou que após a entrada em vigor da Lei 13.058/14, a guarda compartilhada passou a ser regra no País, mesmo quando não há acordo entre os genitores” (STJ, 2016, texto digital). Requisitou assim, levando em consideração a referida Lei, que a guarda unilateral fosse revertida em guardada compartilhada, tendo em vista que a mãe mudou-se de cidade sem a sua anuência e após o deferimento da guarda unilateral.



De acordo com o entendimento do relator, ministro Villas Bôas Cueva, que negou o pedido, a guarda compartilhada apesar de ter preferência no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de não ser condicionada à boa convivência entre os pais, possui certas peculiaridades no caso concreto que demonstram a existência de impedimento insuperável, o relator levou em consideração a distância geográfica entre os pais, justificando a sua decisão:

Na hipótese, a modificação da rotina das crianças, ou até mesmo a possível alternância de residência, impactaria drasticamente a vida das menores. Por exemplo, não é factível vislumbrar que as crianças, porventura, estudassem alternativamente em colégios distintos a cada semana ou que frequentassem cursos a cada 15 dias quando estivessem com o pai ou com a mãe. Tal impasse é insuperável na via judicial”, explicou o ministro (STJ, 2016, texto digital).

No entendimento de (ROSA, 2016, texto digital), é uma “pena que para o Superior Tribunal de Justiça a modernidade ainda não foi recepcionada”, o autor lamenta que para o Tribunal a guarda compartilhada dos filhos esteja sujeita a fatores geográficos e que sob a relatoria do Ministro Villas Bôas Cueva, não seja possível a aplicação da guarda compartilhada quando os genitores residirem em cidades diferentes.

Rosa (2016, texto digital), classifica tal postura como infeliz, pois segundo ele está “despreza as alterações promovidas em 2014, por meio da Lei 13.058, que, entre elas, modificou a redação do artigo 1.583 § 3º de nossa codificação civil, para permitir a guarda compartilhada nessas situações”.

No entendimento do autor supra, guarda compartilhada vai muito além pois “o compartilhamento gera a divisão de decisões e que, invariavelmente, a criança terá no lar de um dos genitores sua base de residência, deixar de aplicar o instituto é, de uma forma ou outra, afastar um dos pais da vida do filho” (ROSA, 2016, texto digital), ainda nesse sentido o autor traz que:

A grande vantagem da aplicação do instituto, nas formas expressamente previstas na legislação, é criar um ambiente de coparentalidade, e isso pode e deve

acontecer mesmo quando os pais não residem na mesma cidade, no mesmo Estado e, até mesmo, em países diferentes.

Desta forma, Rosa (2016, texto digital), entende que a referida decisão é extremamente lamentável, a final em “plena era da comunicação integral e instantânea não pode impedir a proteção integral e garantia de participação de ambos os genitores a qual, de forma incontestada, não está presa a questões territoriais”, muito pelo contrário, a tecnologia deve trabalhar a favor, com o intuito de auxiliar a aproximação de pais e filhos. Existem quilômetros de diferença entre a distância física e a distância afetiva, o “compartilhamento de decisões pode e deve ocorrer independentemente do local de residência dos genitores” (ROSA, 2016, texto digital).

Assim, de acordo com o autor acima referido, qualquer pensamento contrário representaria um retrocesso a todos os avanços tecnológicos e legislativos que foram construídos nos últimos anos. Atualmente existem ferramentas para o pleno exercício da parentalidade, vive-se na era da informação, “a inaplicabilidade da guarda compartilhada quando os genitores não residem na mesma cidade seria pressupor de que ainda as pessoas se comunicam por sinais de fumaça (ROSA, 2016, texto digital).

Ainda quanto a residência, é essencial esclarecer que a Lei nº 13.058/2014, estabeleceu que em casos de guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos, será a que melhor atender aos interesses do infante. Deste modo, Silva (2008), acredita que é necessário reforçar que ambos os pais devem possuir acomodações para a criança em suas residências, para que esta se identifique pois existe “um canto seu” em cada lar, desta forma haverá maior facilidade na adaptação, pois ela sentirá que ambos os lares também são seus, neste tipo de guarda, a criança tem residência fixa (paterna, ou materna), com a intermediação dos pais em aspectos fundamentais para o desenvolvimento da criança.

Com tudo, a determinação da residência fixa é necessária e indispensável, ela traz a estabilidade emocional para a criança, assim, pois é preciso que esta tenha um ponto de referência, um centro a parte do mundo exterior. A fixação da residência também é essencial para que os ex-cônjuges, organizem-se quanto ao contexto no qual passarão a exercer suas responsabilidades, em relação os filhos (SILVA, 2008).

O autor ainda ressalta que, “o genitor que residir com o menor, será o detentor de sua guarda física/material, e os dois juntos detentores da guarda jurídica” (SILVA, 2008, texto digital).

Há várias vantagens na guarda compartilhada, no entanto é preciso que os genitores entendam que, para a concretização deste novo paradigma no qual pais e filhos não correm mais o risco de perderem a intimidade e a ligação potencial, deve estar claro para ambos que o plano principal desta relação é de cuidado, e justiça, aos filhos do divórcio, a fim de equilibrar as necessidades do menor através de uma relação permanente e ininterrupta com os dois genitores. Ele auxilia e recompõe os embasamentos emocionais do menor, de tal forma que ameniza as marcas negativas da separação. Além disso, a guarda compartilhada exige um maior compromisso dos pais na vida de seus filhos após o divórcio. (FILHO, 2005).

Nesse sentido, é lamentável a recente decisão de relatoria do Eminentíssimo Ministro Villas Bôas Cueva, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que reconheceu ser inviável a implementação de guarda compartilhada em caso de pais que moram em cidades diferentes.

A guarda compartilhada não é uma divisão igualitária do tempo de convivência com os filhos, mas sim, o compartilhamento das responsabilidades em relação aos filhos. Desta forma, o entendimento proferido na referida decisão não condiz com o sistema jurídico vigente, nem tão pouco com o espírito da lei (SILVA, 2016). Segundo Silva (2016, texto digital):

O sistema jurídico é sistema lógico, composto por proposições que se referem a situações da vida e que merecem ser adequadamente interpretadas por afetarem diretamente a sociedade e compete ao seu intérprete, dominar o asseverante material legislativo e jurisprudencial existente, bem como ter em conta o espírito da lei, para extrair o seu real significado e conferir-lhe interpretação coerente.

Desta forma, como já referido exaustivamente, a guarda compartilhada não é a divisão igualitária de tempo de convivência, mas a divisão das responsabilidades, a tomada de decisões conjuntas sobre a educação dos filhos.

Nesse sentido, também é o entendimento doutrinário expresso no Enunciado 603 da VII Jornada de Direito Civil, o qual estabelece que:

A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.

Desse modo, os fatores geográficos não podem impedir a instituição da guarda compartilhada, pois o único requisito é a aptidão dos pais para exercer a responsabilidade de guarda, de forma tal que deve ser exercido primeiramente em benefício dos filhos e não do seu titular. Assim, se ambos os pais estiverem aptos ao exercício da guarda compartilhada, juiz deverá fixá-la mesmo sem acordo entre os genitores (SILVA, 2016, texto digital).

É claro que, existirão possíveis dificuldades no exercício da guarda compartilhada em casos de pais que residam em cidades distantes, em decorrência do próprio distanciamento dos domicílios, decorrentes do divórcio, as quais não são raras, nas discussões que envolvam a guarda dos filhos. O mesmo ocorre, quando a guarda compartilhada é fixada a pedido apenas de um dos pais. Porém, é importante salientar que a Lei da Guarda Compartilhada é de caráter pedagógico, criada para impelir os pais a pensarem nas melhores soluções para seus filhos, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (SILVA, 2016, texto digital).

Ainda segundo Silva (2016, texto digital), a decisão proferida pelo STF, foi baseada, no entendimento errôneo de que a guarda compartilhada é a divisão igualitária de tempo de convivência, de forma que o:

Superior Tribunal de Justiça em recurso de apelação de outro Eminentíssimo Magistrado, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, divulgado em 01/04/2016 no Portal daquele Tribunal e que se encontra em segredo de justiça, ao reformar, de forma unânime, decisão do tribunal estadual que negara ao pai de uma criança o exercício da guarda compartilhada por inexistir convivência harmoniosa entre os genitores. Após destacar a superação da ideia de que o papel de criação e educação dos filhos caberia à mulher, o relator afirmou que “efetivamente, a dificuldade de diálogo entre os cônjuges separados, em regra, é consequência natural dos desentendimentos que levaram ao rompimento do vínculo matrimonial. Esse fato, por si só, não justifica a

supressão do direito de guarda de um dos genitores, até porque, se assim fosse, a regra seria guarda unilateral, não a compartilhada”.

Já, a Ministra Nancy Andrighi, entendendo a guarda compartilhada não como divisão igualitária de tempo de convivência, mas sim como uma divisão de responsabilidades, decidiu (Resp. nº 1.251.000 – MG), que:

[...] 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 [...] o estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. [...] A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão (Recurso especial Nº 1.251.000, Terceira Turma Recursal, Tribunal de Justiça do MG, Relatora: Nancy Andrighi, Julgado em 23/08/2011).

Assim, Silva (2016, texto digital), refere que a “decisão que viu na alegada “dificuldade geográfica” óbice intransponível para a implementação da guarda compartilhada, não deve ser lida como posição pacífica do STJ sobre o assunto, pelo contrário”, a autora ainda destaca o recente Recurso de Apelação nº 0006537-41.2013.8.07.0016 do TJDF, de Relatoria do Desembargador Alfeu Machado, o qual entendeu ser possível o exercício da guarda compartilhada mesmo residindo os pais em países diferentes:

A excepcionalidade da situação retratada nos autos, em que a genitora iniciou relacionamento com um cidadão dos Estados Unidos então residente no Brasil e posteriormente resolveu contrair núpcias e se mudar para outro país, em que o cônjuge prestará serviço diplomático, por si só, não pode resultar em óbice para o exercício da guarda, nem tem o condão de alterar a situação fática da menor, sobretudo porque verificado que está inserida em ambiente familiar saudável (TJ-DF - APC: 20130110259773, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 25/05/2016, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 02/06/2016 . Pág.: 233).

Conforme a decisão supra, no caso em tela, ambos os pais estariam aptos a cuidar da prole, assim tem-se que a manutenção da guarda compartilhada se faz necessária “em observância ao princípio do melhor interesse do menor” (TJ-DF - APC: 20130110259773). De acordo com Silva (2016, texto digital), esse julgamento exprimi a essência da guarda compartilhada, pois a entende como o:

Compartilhamento de responsabilidades entre os pais sem que isso implique, necessariamente, divisão igualitária de tempo de convivência. Lembremos que, no mundo moderno, com as tecnologias avançando a cada instante, inúmeras são as formas de participação virtual dos pais na vida e nas decisões sobre a vida dos filhos.

Ao pensar sobre o tema, é preciso ter a noção de que guarda compartilhada vai muito além da preocupação com dias, horários e formas de deslocamento das crianças e dos pais, como alerta Brito *et al.*, (2009, p.80):

Ao se determinar a guarda compartilhada, indica-se aos pais a importância que o Estado atribui à convivência familiar da criança. Com esse entendimento, pode-se ultrapassar a dúvida sobre os arranjos concretos de guarda para se valorizar o aspecto simbólico da guarda compartilhada, que permite deixar de lado a interpretação de que haveria um pai principal e um secundário.

Em pesquisa realizada com pais e mães separados, Brito (2001) relata o caso de uma brasileira que se divorciou na França, onde morava com o ex-marido e o filho. No processo de divórcio, no país em questão, foi designada a autoridade parental conjunta, modalidade correspondente à guarda compartilhada no Brasil, e tal fato não foi empecilho para que a mãe voltasse para o Brasil com a criança, após a separação.

O exercício da autoridade parental conjunta entre pai, residente na França, e mãe, residente no Brasil, ocorre através do contato a distância. A mãe além de dialogar com o ex-marido quanto à educação do filho, ainda, “envia sempre boletins escolares, trabalhos e desenhos, preocupada com a preservação dos laços do filho com o pai” (Brito, 2001, p. 24).

Assim, pode-se dizer que não há mais como aceitar a desculpa da distância utilizada por genitores egoístas, e aceita por magistrados conservadores e despreparados, como justificativa para o impedimento da aplicação da guarda compartilhada quando não houver um consenso entre os genitores.

Em pleno século XXI, onde a internet tem modificado amplamente as relações humanas, em uma era na qual as pessoas se comunicam em âmbito global através de diversos sistemas digitais e virtuais, na qual as relações tornam-se cada vez mais virtuais, não há que se falar em barreiras geográficas. Segundo Rosa (2013, p. 62):

Vivenciamos uma nova era da comunicação, novas formas de relacionamentos e, também, de distanciamentos. Isso porque a modernidade fez com que o longe ficasse perto, uma vez que as ferramentas de comunicação de vídeo por *skype*, por exemplo, permite que possamos nos comunicar em tempo real e gratuitamente com alguém que gostamos, mesmo que esteja em outro continente. Isso é totalmente diferente se pensarmos que, há anos, ter uma linha telefônica fixa era objeto de luxo e, também, no fato de que uma ligação internacional tinha o preço proporcional à distância em quilômetros da pessoa com quem gostaríamos de falar.

E nesse mundo virtual, já existe até um aplicativo para integrar os pais das questões de educação dos filhos, o Schoolastic-app. O aplicativo estabelece conexão direta entre o professor, a escola e os pais dos alunos. Todas as informações relativas ao dia a dia da criança vão para o smartphone dos pais (ONGARATTO, 2015).

Assim, os pais podem acompanhar detalhes como alimentação, banho, necessidades fisiológicas, sono e até incidentes ou sintomas como febres ou doenças repentinas. Caso a criança não chegue a escola no horário, serão enviadas mensagens de alerta para os smartphones do pai e da mãe perguntando se a criança não irá mesmo à escola, de forma que é possível controlar até mesmo a frequência escolar (ONGARATTO, 2015).

Segundo Orlandini *apud* Ongaratto (2015, texto digital), uma vez adotado pela escola e liberado para os pais, o aplicativo vai integrar pai e mãe ao dia a dia do filho na escola, estejam eles vivendo juntos, casados, separados ou até mesmo vivendo em cidades diferentes, de forma que:

Com o aplicativo os pais estarão conectados ao filho e às suas atividades escolares, podendo inclusive acompanhar o uso de materiais como fraldas, alimentação, leite em pó ou cadernos, livros e lápis de cor. Estamos criando uma tecnologia que vai permitir a guarda e a educação compartilhada de crianças mesmo para pais não separados.

De forma que, “a possibilidade da constituição de uma iFamily em caráter permanente situa-se dentro da lógica da família eudemonista, da concretização da autonomia do indivíduo e de sua realização afetiva” (ROSA, 2013, p. 64). Tal constituição de família, de certa forma já é admitida no ordenamento jurídico vigente, quando menciona famílias convivências, tendo em vista que o assunto já é pacificado

a muito tempo pela jurisprudência, através da Súmula 382<sup>12</sup> do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece que para a constituição de união estável não é necessária de convivência física sob o mesmo teto (ROSA, 2013).

Ainda segundo Rosa (2013, p. 79), pode-se tomar como exemplo a relação de pais que “vão para cidades, estados ou países distantes para atender a compromissos profissionais e, também filhos que se ausentam do lar para aprimoramento acadêmico”. Nesse sentido tem-se que, a iFamily pode ser aplicada em prol da guarda compartilhada, pois não raramente a distância física faz com que “a ligação afetiva entre a prole e os genitores se torne até mais intensa, vez que, com a quebra da convivência física diária – e também dos confortos, muitas vezes –, diminuem os conflitos decorrentes das diferenças geracionais” (ROSA, 2013, p. 79).

Assim, torna-se cada vez mais notória a importância da guarda compartilhada, seja quando os pais residam na mesma cidade ou até mesmo em países diferentes, quando possuem uma boa convivência, ou quando não possuem convivência nenhuma, sendo que neste último caso pode ser ainda mais traumático não conceder a guarda compartilhada, pois nesse caso pode ocorrer a alienação parental ou o não desenvolvimento do vínculo afetivo.

---

<sup>12</sup> SÚMULA 382: A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato (STF, disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)).



## 5 CONCLUSÃO

A partir da evolução da família na sociedade, a inserção da mulher no mercado de trabalho, a consolidação da igualdade entre homem e mulher, a criação da Lei 8.069/90(Estatuto da Criança e do Adolescente), trazida pela Constituição Federal de 1988, pode-se concluir que foram fatores relevantes para se estudar a guarda compartilhada prevista no Código Civil Brasileiro de 2002, nos seus artigos 1.583 e 1584, no qual deu-se origem a Lei 11.698/2008, de 13 de junho de 2008, e leis especiais.

A guarda compartilhada tem a característica de condicionar os cuidados de ambos os genitores para com seus filhos, sem a necessidade de que estes vivam sob o mesmo teto. Logo, quando os pais não mais convivem, e ao filho se queira poupar do sofrimento da falta de um deles em seu desenvolvimento, a guarda compartilhada é sem sombra de dúvida, o tipo de guarda que melhor atende aos interesses do filho e a que menos pode lhe onerar emocionalmente.

Destacou-se no decorrer do presente estudo a relevância da guarda compartilhada, quando o que se busca é o interesse do filho e da família desfeita, fazendo surgir a necessidade de analisar as razões que levam a não efetivação dessa espécie de guarda, em que pese todos os benefícios auferidos para a criança ou adolescente. Nessa perspectiva, a guarda compartilhada é, dentre os outros tipos de guarda, a que mais se atenta aos interesses do filho, e a que menos poderia causar problemas posteriores em sua aplicação e manutenção, considerando todos os envolvidos.

Dessa forma, a guarda compartilhada, que cuida da efetivação da autoridade parental após a ruptura conjugal, mostrou-se vantajosa para os filhos, permitindo a continuidade dos laços afetivos e a participação de ambos os pais no seu processo de desenvolvimento integral por meio do estabelecimento de um vínculo afetivo mais amplo com a prole. A guarda compartilhada, conforme o estudo traz consigo um maior comprometimento com o bem estar das crianças, além de ser o modelo que mais atende e garante o cumprimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

No entanto, por vezes para a sua fixação os magistrados levam em consideração bom relacionamento entre os pais, além disso a distância geográfica não raramente é vista como empecilho ao exercício da guarda compartilhada, porém o interesse a ser preservado, na separação, é o da prole, e não o dos genitores.

Portanto, a hipótese inicial é verdadeira, pois a guarda compartilhada pode ser exercida independentemente da distância geográfica, pois o relacionamento virtual, em que pese a dificuldade ao contato físico, mantém e pode até mesmo estimular o desenvolvimento afetivo, se bem conduzido.

## REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça. NORMAS DA UNIÃO ESTÁVEL. Revista Visão Jurídica. 51 ed. São Paulo: Jus Ultra, 2010. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/51/normas-da-uniao-estavel-182560-1.asp>>. Acesso em: 20 set. 2016.

ARAÚJO, Nadia de. O cuidado como valor jurídico e a cobrança de alimentos no plano internacional. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo: Nº 70069811156, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 14/10/2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível: Nº 70071378897, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 10/11/2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/345022746/apelacao-civel-apc-20130110259773>>. Acesso em: 21. Ago. 2016.

BRASIL, Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso: 05 out. 2016.

BRASIL, Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso: 05 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1251000. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj/inteiro-teor-21086251>>. Acesso em: 28 Ago. 2016.

BRASIL. RESOLUÇÃO No 35, DE 24 DE ABRIL DE 2007. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_35.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRITO, Leila Maria T. Descumprimento de visitação e a questão penal. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 8, 2001.

BRITO, Leila Maria T.; GONSALVES, Emmanuela N. Razões e contra-razões para aplicação da guarda compartilhada. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 886, ano 98, 2009.

CAMPOS, Rosane. Separação conjugal e a criança. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.avm.edu.br/monopdf/3/ROSANE%20CAMPOS.pdf>> Acesso em: 23 set. 2016.

DELLANI, Diorgenes André. Princípios do Direito de Família. 2013. Disponível em: <<http://diorgenes.jusbrasil.com.br/artigos/112183566/principios-do-direito-de-familia>> Acesso em: 01 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. EC 66/10 — e agora?. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/653>>. Acesso em: 01 set. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Guarda Compartilhada uma novidade bem vinda, 2009, p.01. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1\\_-\\_guarda\\_compartilhada%2C\\_uma\\_novidade\\_bem-vinda.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_guarda_compartilhada%2C_uma_novidade_bem-vinda.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental, O que é isso?. 2008, p.01. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1\\_-\\_s%EDndrome\\_da\\_aliena%E7%E3o\\_\\_parental%2C\\_o\\_que\\_%E9\\_isso.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_s%EDndrome_da_aliena%E7%E3o__parental%2C_o_que_%E9_isso.pdf)>. Acesso em: 12 de out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Os deveres intrínsecos ao poder familiar e a responsabilidade dos pais pelo descumprimento. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro 5. Direito de família 24ª edição, Editora Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 4. ed. Bahia, 2012.

FILHO, WaldyrGrisard. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 3 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FIUZA, César. Direito Civil. Curso Completo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FONTES, Simone Roberta. Guarda Compartilhada: Doutrina e Prática. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Curso de Direito Civil. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GALVÃO, Ana Luisa; ABUCHAIM, Cláudio Moojen. Divórcio e Separações Conjugais. Disponível em <<http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?147>>. Acesso em: 17 out. 2016.

GOMES, Orlando. Direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos R. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. DIREITO CIVIL BRASILEIRO – Direito de Família. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família, Editora Saraiva . vol. 6, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2012.

GRISARD Filho, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha, et al. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.  
<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8315&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8315&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 05 out 2016.

ISABEL, Marques Alberto. A Comunicação parento-filial: Estudo das Dimensões comunicacionais realçadas POR progenitores e POR Filhos Psicol. Reflexo. Crit., Porto Alegre, v. 26, n. 3, p. 479-487, 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-79722013000300007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722013000300007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 05 out. 2016.

LAMELA, Diogo; FIGUEIREDO, Bárbara, BASTOS, Alice. Adaptação ao divórcio e relações coparentais: contributos da teoria da vinculação. *Psicol. Reflex. Crit.* [online]. 2010, vol.23, n.3, pp. 562-574. ISSN 0102-7972. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v23n3/17.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016.

LEVY, Fernanda R. L. Guarda de filhos: Os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões, v. 5, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo L. N. Do poder Familiar. *Revista Síntese. Direito de Família.* São Paulo, 2011.

LÔBO, Paulo L. N. Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCKS, Jéssica Cristina dos Anjos. As novas modalidades de família. 2012. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2728>>. Acesso em: 28 out 2016.

MAIA, Renato. Filiação parental e seus efeitos. São Paulo: Malheiros, 2004.

MANSUR, Gisele Müller. Evolução histórica da guarda compartilhada. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 146, mar 2016. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16956](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16956)>. Acesso em: 23 set. 2016.

MARTINS, Francisco de Oliveira. ALIENAÇÃO PARENTAL E A GUARDA COMPARTILHADA. Pró-Reitoria de Graduação Curso de Direito Trabalho de Conclusão de Curso. Brasília, 2012.

MELO, Neiva Soares de Almeida; MECCIONE, Maria Morais. AS CONSEQUÊNCIAS DO DIVÓRCIO DOS PAIS SOBRE O DESENVOLVIMENTO INFANTIL: contribuição da abordagem cognitivo-comportamental. Disponível em: <[http://portal.estacio.br/docs%5Crevista\\_estacao\\_cientifica/03.pdf](http://portal.estacio.br/docs%5Crevista_estacao_cientifica/03.pdf)>. 2014. Acesso em: 23 set. 2016.

MINUCCHIN, Salvador. Famílias: Funcionamento & tratamento. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

MOLD, Cristian Fetter. Alienação parental - Reflexões sobre a lei nº 12.318/2010. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v. 13, n. 25, p. 46-64, dez. 2011/jan. 2012.

MORADEI, Carla e SOUTO, Leandro – “Guarda compartilhada: mais que um direito dos pais, um direito dos filhos”. 2014. Disponível em <<http://justificando.com/2014/12/02/guarda-compartilhada-mais-que-um-direito-dos-pais-um-direito-dos-filhos/>>. Acesso em: 21 out. 2016

MORAES, José G. V. História: geral e Brasil. 2. ed. São Paulo: Atual, 2008.

NICODEMOS, Erika Cassandra de. Direito de família contemporâneo: conceito de família e nova filiação. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-de-familia-contemporaneo-conceito-de-familia-e-nova-filiacao,46727.html>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

NUNES COSTA, Rui A.; LAMELA, Diogo J. P. V.; FIGUEIREDO, Bárbara F. C.. Adaptação psicossocial e saúde física em crianças de pais separados. J. Pediatr., Porto Alegre, v. 85, n. 5, out. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0021-75572009000500004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572009000500004)>. Acesso em: 16 out. 2016.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil. 6 ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. União estável: do concubinato ao casamento : antes e depois do novo código civil. São Paulo: Método, 2003.

ONGARATTO, Nicole. App cria conexão direta entre escolas e pais de alunos. 2015. Disponível em: <<http://www.investmentosenoticias.com.br/noticias/tecnologia/app-cria-conexao-direta-entre-escolas-e-pais-de-alunos>>. Acesso em: 21 out. 2016.

PACHECO, Caroline. A dissolução do casamento com o advento da Emenda Constitucional nº 66. Jus Navigandi. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27523/a-dissolucao-do-casamento-com-o-advento-da-emenda-constitucional-n-66/2>>. Acesso em: 01 set. 2016.

PAPALIA, Diane E., OLDS, Sally W., FELDMAN, Ruth Duskin. Desenvolvimento Humano. 8ª Ed. Artmed, 2006.

PATRÃO, Benedicto Gonçalves. Dissolução de União Estável. 2014. Disponível em: <<http://www.advocaciafamiliar.com.br/advogado-dissolucao-de-uniao-estavel>>. Acesso em: 20 set. 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. 17 ed. São Paulo: Forense, 2009.

PEREIRA, Luiz Fernando. Casamento Putativo. 2012. Disponível em: <<http://drluizfernandopereira.blogspot.com.br/2012/04/casamento-putativo.html>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

PEREIRA, Rodrigo C. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Colaboradores Ana Carolina Brochado Pereira. et. al. Código civil e legislação correlata da família. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

QUEIROZ, Lucas Vieira de; RABELO, Cesar Leandro de Almeida. A família contemporânea e a tutela constitucional. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14101](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14101)>. Acesso em: 18 ago. 2016.

RAMIRES, Vera Regina. O exercício da paternidade hoje. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei 10.406, de 10.01.2002. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 5. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Conrado Paulino da. GUARDA COMPARTILHADA E A POSTURA DO STJ: A PARENTALIDADE POR SINAIS DE FUMAÇA. 2016. Disponível em: <<http://www.conradopaulinoadv.com.br/index.php/artigos/guarda-compartilhada-e-a-postura-do-stj-a-parentalidade-por-sinais-de-fumaca/>>. Acesso em: 23 set. 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. IFamily: um novo conceito de família. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMARA, Eni de M. A família brasileira. 4. ed. 2º reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SANTOS, Marina Monteiro da Silva. Os Efeitos do Divórcio na Família com Filhos Pequenos. 2014. Disponível em: <<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/os-efeitos-do-divorcio-na-familia-com-filhos-pequenos>>. Acesso em: 20 set. 2016.

SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 2 ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008.

SILVA, Karoline Garcia da. GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE PREVENÇÃO À SINDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 2015. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=15291](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15291)>. Acesso em: 18 out. 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda compartilhada pode ser exercida à distância. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/guarda-compartilhada-pode-ser-exercida-a-distancia/>>. Acesso em: 21 out. 2016.



SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. Famílias plurais ou espécies de famílias. 29 abr. 2009. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39460/1>>. Acesso em: 15 set. 2016.

SOUZA, Karina Silva Molon de; SMHA, Luciane Najar; AREND, Jessica Cerezer. A RELAÇÃO ENTRE PAI E FILHO(S) APÓS A SEPARAÇÃO CONJUGAL. Barbarói, Santa Cruz do Sul, n.37, jul./dez. 2012.

STJ/RS. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Guarda-compartilhada-de-filhos-est%C3%A1-sujeita-tamb%C3%A9m-a-fatores-geogr%C3%A1ficos](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Guarda-compartilhada-de-filhos-est%C3%A1-sujeita-tamb%C3%A9m-a-fatores-geogr%C3%A1ficos)>. Acesso em: 21 set. 2016

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 357.

VELOSO, Anna Laura de Lima; PEREIRA, Crisna Rodrigues; ALMEIDA, Amanda Cristina de Souza; CAIXETA, Altair Gomes. A ALIENAÇÃO PARENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2013. Disponível em: <<http://www.atenas.edu.br/faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJUR12013/n2/1%20A%20ALIENA%C3%87%C3%83O%20PARENTAL%20NO%20ORDENAMENTO%20JUR%C3%8DDICO%20BRASILEIRO.PDF>>. Acesso em: 15 out. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIANNA, Roberta Carvalho. O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro. 2011. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=novas%20modalidades%20de%20familia&source=web&cd=8&cad=rja&ved=0CEwQFjAH&url=http://revista.esmesc.org.br/re/article/download/41/45&ei=QYZsUOSzL4am8QTryYGwBg&usg=AFQjCNH1SSftEzhEWE4-NQOE\\_qykaTdnvA](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=novas%20modalidades%20de%20familia&source=web&cd=8&cad=rja&ved=0CEwQFjAH&url=http://revista.esmesc.org.br/re/article/download/41/45&ei=QYZsUOSzL4am8QTryYGwBg&usg=AFQjCNH1SSftEzhEWE4-NQOE_qykaTdnvA)>. Acesso em: 25 ago. 2016.

VIANNA, Roberta Carvalho. O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro. REVISTA DA ESMESC, v. 18, n. 24, 2011.

WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. O Novo Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALLERESTEIN, Judith. Os filhos do divórcio. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/humanities/1795375-os-filhos-div%C3%B3rcio/>>. Acesso em: 15 out. 2016.

WARPECHOWSKI, Amanda; MOSMANN, Clarice. A experiência da paternidade frente à separação conjugal: sentimentos e percepções. Temas em Psicologia, Ribeirão Preto, v.20, n. 1, 2012.