BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 916

(Ano XI)

(27/07/2019)

ISSN - 1984-0454

BRASÍLIA - 2019

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA *(DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.*

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: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410.
Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COLUNISTA DA SEMANA

Reforma tributária e insegurança jurídica
24/07/2019 04:30 | Kiyoshi Harada..... 04

ARTIGOS

A necessidade de reafirmação da força vinculante dos princípios constitucionais em tempos de crise |26/07/2019 | *Mateus Queiroz Lopes de Melo Martins*.....*09*

A responsabilidade civil por danos ambientais e a natureza jurídica propter rem da obrigação|26/07/2019 | *Thiago Voracoski Santos*.....*53*

A função social da propriedade na constituição de 1988: contornos conceituais e dimensões eficaciais | 26/07/2019 | *Leandro Fernandez Teixeira*.....*68*

Abordagem da história e cultura afro-brasileira e africana nas instituições de ensino na atualidade

26/07/2019 | *Paulo Byron Oliveira Soares Neto*.....*95*

Direito agrário | 26/07/2019 | *Benigno Núñez Novo*.....*110*

A necessidade de Skin In The Game nos Conselhos da FUNPRESP-EXE |26/07/2019 | *Adriano Silva Soromenho*.....*122*

Os desafios da Reforma Tributária para o agronegócio brasileiro|25/07/2019 | *Marcela de Oliveira Pitombo*.....*127*

Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo aos filhos menores|25/07/2019 | *Flávia Caroline Batista de Sá Cavalcanti*.....*135*

Responsabilidade civil no Direito de Família: dano moral decorrente do abandono afetivo na relação paterno-filial| 25/07/2019 | *Maísa Akrouche Sandoval dos Santos*.....*171*

Espaços públicos e seu papel na política fundiária urbana|25/07/2019 | *Rodrigo Barbosa Oliveira e Silva*.....*295*

Limitação da jornada no regime de Teletrabalho| 24/07/2019 | *Leandro Fernandez Teixeira*.....311

O Mandado de Injunção na conjuntura da nova Lei nº 13.300/2016| 24/07/2019 | *Vicente Férrer de Albuquerque Júnior*..... *322*

Direito sindical no Brasil| 24/07/2019 | *Ana Laura Paranhos Steffen*.....*327*

O direito vivo de Eugen Ehrlich e o neoconstitucionalismo com seus impactos na atividade extrajudicial| 24/07/2019 | *Rodrigo Barbosa Oliveira e Silva*.....*341*

Princípios constitucionais e a alteração trazida pela Lei 12.403/2011 no Código de Processo Penal – uma alternativa a segregação do acusado|23/07/2019 | *Maycky Fernando Zeni*.....*358*

A aplicabilidade das causas interruptivas da prescrição nos casos de usucapião familiar| 23/07/2019 | *Felipe Rodrigues da Silva*.....*367*

Acidente coletivo de trabalho: uma análise acerca da culpabilização da vítima|23/07/2019 | Cássia Rafaelle Amorim Travassos.....375

Honorários periciais na Reforma Trabalhista e a Instrução Normativa n.º 41/18 do Tribunal Superior do Trabalho| 22/07/2019 | *Leandro Fernandez Teixeira*.....*387*

Os direitos sociais e a cláusula da reserva do possível |22/07/2019 | *Amanda Antunes Felipe Nogueira*.....*396*

O sequestro subsidiário no âmbito processual penal e o direito penal do inimigo | 22/07/2019 | *Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior*.....*442*

Federalismo fiscal, extrafiscalidade aplicada ao IPI e a Repercussão Geral Nº 653 | 22/07/2019 | *Vicente Férrer de Albuquerque Júnior*.....*447*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFORMA TRIBUTÁRIA E INSEGURANÇA JURÍDICA

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Temos em discussão duas propostas de reforma tributária, a PEC nº 293-A/2004, de autoria do ex Deputado Luiz Carlos Hauly e a PEC nº 45/2019, de autoria do Deputado Baleia Rossi.

A última tramitou celeremente pela CCJ da Câmara encontrando-se, atualmente, na Comissão Especial da Câmara Federal para ser apreciada logo após o término do recesso parlamentar, segundo desejos do Presidente Rodrigo Maia.

A primeira proposta, após a sua aprovação na Comissão Especial da Câmara no final do ano passado, foi atropelada pela PEC nº 45/2019.

Porém, em razão da disputa pelo protagonismo em torno do assunto da moda, o Presidente do Senado resolveu priorizar a sua tramitação sob denominação de PEC nº 100.

As duas propostas são semelhantes, mas diferem em seus conteúdos. Contudo, ambas estão tramitando separadamente, uma na Câmara Baixa, outra na Câmara Alta. Isso é inusitado e inacreditável, mas está acontecendo.

Há ainda a expectativa da proposta do governo ser apresentada no Congresso Nacional na reabertura dos trabalhos no final do recesso parlamentar. É a menos radial em relação as duas em andamento.

Falemos da PEC nº 45/2019 que é uma versão piorada da PEC nº 293-A/2004 e que cria o IBS a partir da fusão de cinco tributos (IPI, PIS, COFINS, ICMS e ISS), preconizando um prazo de 10 (dez) anos de transição. Até lá os tributos atuais e o novo serão arrecadados simultaneamente.

Que algo deve ser feito para reduzir a incrível carga burocrática, que vem atrapalhando o desenvolvimento econômico como a sufocante carga tributária, é incontestável, tanto é que a população toda está aplaudindo a iniciativa da Câmara dos Deputados. Falar contra a reforma neste momento é navegar contra as ondas, pois a reforma tributária transformou-se em um modismo de relevo, até mesmo como um sinal de amadurecimento e inteligência das pessoas.

Precisamos de reforma tributária sim. Mas, pergunto, essa autodenominada reforma tributária representada pela PEC nº 45/2019, da forma como se acha redigida, atende às expectativas da sociedade e consulta aos interesses da Nação?

Além de contrariar a forma federativa do Estado, pela supressão do ICMS e do ISS, impostos de maior arrecadação do Estado e do Município, respectivamente, o IBS, um imposto federal criado por essa autodenominada reforma tributária, para simplificar o sistema tributário, traz uma insegurança jurídica de proporção inimaginável, como veremos a seguir.

O IBS expressa um conceito em aberto de difícil definição. Alteração de um conceito na seara do Direito Tributário tem custado muito caro aos contribuintes em geral. E a PEC sob exame adiciona cerca de 40 conceitos novos, além de introduzir mais de 140 preceitos constitucionais, tudo para emperrar mais ainda a Corte Suprema.

A substituição do IVC pelo ICM, depois, ICMS consumiu décadas de discussão doutrinária e jurisprudencial. Só recentemente é que o seu conceito pacificou-se no sentido de que operação sobre circulação de mercadorias expressa uma circulação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

jurídica que envolve a troca de titularidade ou de posse de mercadoria, inclusive, afastando definitivamente tributação do leasing internacional.

Inicialmente, o STF vinha admitindo a cobrança do ICMS na operação de leasing internacional, à sombra da EC nº 33/2001 que prescreve a incidência do ICMS sobre a "entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade". Essa decisão foi proferida 17 anos após a entrada em vigor do ICMS (RE nº 206.069-SP, DJ de 1-9-2005). Levou-se exatos 27 anos para firmar definitivamente a tese de que sem circulação jurídica não poderá haver incidência do ICMS, conforme ficou assentado no julgamento do RE nº 540.829/SP levado a efeito sob a égide de repercussão geral, DJe de 16-6-2015. Incalculável o número de contribuintes autuados pelo fisco durante esses longos 27 anos de indefinição da jurisprudência dos tribunais. A repetição de indébito, quando possível, sujeita-se, na hipótese de procedência do pleito, a uma fila de precatórios impagáveis.

Pergunto, quantas décadas levará o STF para fixar definitivamente o conceito de IBS? Enquanto não consolidado o seu conceito os contribuintes ficarão dançando conforme o ritmo da música tocada pelos tribunais, até que um super maestro harmonize os ritmos com tons desafinados.

Mas não é só. O IBS será regulado por um comitê gestor composto por representantes da União, dos 27 Estados e de mais de 5.550 Municípios. Esse comitê terá a representação extrajudicial e judicial mediante coordenação das Procuradorias Fiscais da União, dos Estados e dos Municípios. Se isso não for criar confusão e gerar atritos não sei o que é!

A dificuldade começa pela escolha de representante dos 27 Estados e de representante de mais de 5.550 Municípios. Tem tudo para gerar discussões e insatisfações, qualquer que seja o resultado, a menos que Estados e Municípios acordem em fazer um sorteio à maneira da Mega-Sena!

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Composto que seja o triunvirato, como esse comitê gestor irá agir no contencioso administrativo e nas contendas judiciais de forma harmônica, como prescreve a PEC sob exame? Parece óbvio que o representante da União assumirá o comando, extrapolando de suas atribuições como um dos representantes do órgão colegiado, tal como o Confaz que vem assumindo funções normativas, sem ter personalidade jurídica.

O triunvirato nunca deu certo em tempo algum e em nenhum lugar do mundo. Basta lembrar do triunvirato romano. O primeiro triunvirato formado por César, Pompeu e Crasso (60 a.C a 50 a.C) terminou em batalha entre eles. O segundo, formado por Marco Antonio, Otávio e Lépido, igualmente, acabou em guerra entre eles. No Brasil, a Revolução de 1964 levada a efeito pelas Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) acabou com a hegemonia de uma das forças singulares, o Exército, cujos marechais e generais se revezaram no exercício da Presidência da República.

A autodenominada reforma tributária, na verdade, nada simplifica, pelo contrário, tudo complica e traz uma tremenda insegurança jurídica decuplicando as discussões judiciais, dando matéria prima para os tribunais se ocuparem do IBS pelo menos por um século! Somente para compensar os Estados com as perdas de arrecadações a PEC sob comento fixou um prazo de 50 anos. Com as judicializações inevitáveis estará deflagrada a guerra dos cem anos.

De outro lado, a autodenominada reforma tributária implicará uma inusitada elevação da carga tributária fazendo com que os ruralistas paguem o IPI e os prestadores de serviços paguem o IPI, o ICMS, o PIS e a Cofins. O profissional autônomo que hoje paga em medida 4,38% de ISS pagará no mínimo 700% a mais. Isso se a alíquota do IBS ficar em torno de 25% anunciado pelos mentores da reforma. Segundo o governo, essa alíquota giraria em torno de 30%, o que fará do Brasil o País que mais tributa no Planeta em termos de imposto sobre o consumo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Positivamente, essa autodenominada reforma tributária precisa ser repensada. Reformar radicalmente o sistema tributário que vigora mais de três décadas requer não apenas conhecimento teórico e doutrinário sobre direito tributário, como também, e principalmente experiência acumulada pela atuação profissional na área tributária ao longo de décadas. Não pode ser feita como que por um passe de mágica, por mais habilidosos e empolgantes que sejam os seus autores.

Reforma tributária radical é coisa muito séria. Demanda muito tempo, reflexão e bastante conhecimento teórico-doutrinário e uma longa vivência prática para elaboração de uma proposta segura, descomplicada, factível e eficiente. Somente o conhecimento teórico sem a prática, por mais brilhante que ele seja, não passará de um canhão de última geração desprovido de bala. E apenas a prática do dia a dia, sem o indispensável conhecimento básico do Direito Tributário, por sua vez, não passará de uma bala de prata para municiar um velho canhão carcomido pelas ferrugens. Não será preciso testar dez vezes. Na primeira tentativa, com toda certeza, haverá uma explosão.

Se a população continuar aplaudindo essa autodenominada reforma tributária, logo no primeiro mês de sua vigência pagará um preço muito caro! Imagine-se, então, dez anos de experimentos e ajustes previstos nessa PEC!

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A NECESSIDADE DE REAFIRMAÇÃO DA FORÇA VINCULANTE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM TEMPOS DE CRISE

MATEUS QUEIROZ LOPES DE MELO MARTINS: Especialista em direito tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre em direito constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Defensor Público do Estado do Rio Grande do Norte

RESUMO: A história brasileira recente tem apresentado sérios desafios desencadeados por crises sucessivas, de ordem política, moral, econômica e financeira. Em épocas de anormalidade institucional, como a que o país recentemente tem se visto imerso, costuma-se notar uma dilatação do espaço de deliberação disponível em que atuam os operadores da política e do direito. Durante a persistência de um cenário de instabilidade política e da ausência de soluções para os conflitos advindas do texto constitucional, não raro se observam alternativas que podem estar dissociadas daquelas opções erigidas como fundamentais pelo legislador constituinte. Diante disso, surge a necessidade de se reafirmar o aspecto normativo e cogente das normas constitucionais, em especial dos seus princípios norteadores. As soluções para eventuais crises não podem ser forjadas ao largo das disposições constitucionais. O Poder Público, a pretexto de solucionar problemas urgentes, não pode relegar à Constituição a posição de coadjuvante. Cabe aos sujeitos constitucionais, portanto, procurar alternativas tomando-se por norte os princípios ali elencados, assegurando, assim, o necessário respeito ao nosso mais importante diploma legal.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO. 3. O TEMPO DO NEOCONSTITUCIONALISMO. 4. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. 5. O PRINCÍPIO COMO NORMA. 5.1 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

6. CLASSIFICAÇÃO E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 6.1 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 6.2 FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 7. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A VINCULAÇÃO DO ESTADO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 9. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Ao tempo em que a Constituição da República Federativa do Brasil alcança a longevidade de três décadas, o país enfrenta sérios desafios desencadeados por crises sucessivas, de ordem política, moral, econômica e financeira.

Em épocas de anormalidade institucional, como a que o país recentemente tem se visto imerso, costuma-se notar uma dilatação do espaço de deliberação disponível em que atuam os operadores da política e do direito. E, algumas vezes, uma crise de natureza política pode tornar-se, também, uma crise de ordem constitucional. Isso porque, durante a persistência de um cenário de instabilidade política e da ausência de soluções para os conflitos advindas do texto constitucional, passa-se a testar novas soluções que podem estar dissociadas daquelas opções erigidas como fundamentais pelo legislador constituinte.

O que se tem visto como opções políticas de resolutividade para o contexto de crise são sinalizações governamentais de duvidosa constitucionalidade na medida em que algumas delas afetam diretamente direitos de hierarquia constitucional.

Tal contexto de excepcionalidade demanda, mais do que a nunca, a necessidade de reafirmação da força cogente das normas presentes no texto constitucional, notadamente dos seus princípios basilares, como forma de preservação dos direitos e garantias fundamentais esculpidos na Carta Maior, protegendo os cidadãos brasileiros de odiosos retrocessos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2. CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO

O termo "princípio" não dispõe de sentido unívoco. Analisando as incursões feitas pelos mais diversos autores, percebemos as diversas nuances que exsurgem do seu estudo.

O termo, por si só, traz a noção de origem, local de onde se parte ou de fundamento de algo. Interessa-nos, no entanto, seu viés jurídico. Quanto a este, temos a preciosa lição de De Plácido e SILVA:

> (...) no sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras e preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido. Mostram a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios Jurídicos, sem dúvida, significam pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do p róprio Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios inscrevem-se nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> fundamentais para a prática do Direito e proteção aos Direitos.[1]

Interessante colacionar a definição formulada por BANDEIRA DE MELLO, para quem princípio constitui:

> mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.[2]

BONAVIDES[3] reputa como digna de nota a reflexão doutrinária levada a cabo por Ricardo Guastini, o qual destacou seis diferentes conceitos de princípios normalmente utilizados por juristas e pela jurisprudência.

Primeiramente, a palavra seria utilizada para descrever normas providas de alto teor de generalidade. Em segundo lugar, os juristas se reportariam aos princípios como normas providas de um elevado grau de indeterminação e que demandariam concretização por intermédio da atividade interpretativa, cuja ausência inviabilizaria a aplicação aos casos concretos.

Em terceiro lugar, o vocábulo seria empregado para designar normas de caráter programático. Outro uso dispensado pelos operadores ao termo seria o de normas que ocupam posição de relevo na hierarquia das fontes de Direito. Em penúltimo lugar, os princípios também poderiam ser entendidos como normas que desempenham importante e fundamental função no sistema jurídico ou político

1 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. III, p. 447.
2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 14ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 807-808.
3 BONAVIDES, Paulo**. Curso de Direito Constitucional**.. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 257-258.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

singularmente considerado, ou num ou noutro subsistema, tal como o Direito Civil ou do Trabalho.

Por fim, e em sexto lugar, os juristas costumam se reportar aos princípios como normas destinadas aos órgãos de aplicação, cuja função é escolher as normas ou dispositivos incidentes nos variados casos. Percebe-se, portanto, que a nota comum às seis definições é o caráter normativo dos princípios.

A normatividade, no entanto, nem sempre foi atributo ínsito a categoria dos princípios. A corrente negativista da normatividade dos princípios sustentava que o seu alto grau de vagueza e sua formulação descritiva impedia que fossem classificados como verdadeiras normas jurídicas. Essa dimensão teórica novel, que reconhece a força normativa desse instituto, encontra supedâneo na teoria do constitucionalismo contemporâneo, ao qual parte da doutrina se refere por meio da expressão "neoconstitucionalismo". Em razão disso, cumpre delimitar quais as principais características desse novo momento na história constitucional, a fim de compreender o modo pelo qual os princípios tiveram seu caráter normativo reconhecido.

3. O TEMPO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O professor Artur Cortez[4] identifica a feição de normatividade da Constituição como um produto da evolução estatal e do próprio constitucionalismo, tomado como movimento multifacetério incidente nas relações travadas entre os povos e o Estado. Se, num primeiro momento do constitucionalismo, no século VXIII, o movimento tencionava combater o absolutismo reinante, limitando os poderes do monarca e estabelecendo algumas liberdades públicas, a compreensão atual agrega novos contornos.

4 CORTEZ, Artur. **Normatividade e concretização: a legalidade constitucional**. O novo constitucionalismo na era positivista: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 212-214.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BARROSO[5] resume em três os marcos fundamentais da trajetória percorrida pelo constitucionalismo europeu e brasileiro nas últimas décadas: o marco histórico, o filosófico e o teórico.

O primeiro marco ao qual o autor alude é o histórico, que na Europa continental foi o constitucionalismo do pós-guerra. Poder-se-ia citar como exemplos desse tipo de Constituição a da Itália (1947), a da Alemanha (1949), a de Portugal (1976) e a da Espanha (1978). No Brasil, por sua vez, o marco histórico foi a promulgação da Constituição da República de 1988. As características teóricas que distinguem essa quadra histórica serão objeto de análise ulterior.

O marco filosófico é o pós-positivismo, o qual corresponde aos momentos constituintes das últimas décadas do século XX. O modelo pós-positivista parece superar o purismo dos modelos anteriores antagônicos do jusnaturalismo e do positivismo. As constituições dessa época "acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais."[6]

E, por fim, o marco teórico. Neste, o autor salienta as características básicas do atual direito constitucional: i) o reconhecimento da força normativa da Constituição; ii) a expansão da jurisdição constitucional; iii) elaboração de novos métodos de interpretação constitucional.

SANCHES, com entendimento semelhante, sistematiza as seguintes características do neoconstitucionalismo: o caráter normativo ou a força vinculante da Constituição; a supremacia da Constituição perante outras fontes do Direito;

5BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. In Direito Constitucional: teoria geral da constituição / Clèmerson Marlin Clève, Luis Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais; v.1) p. 143 - 195.

6 BONAVIDES, Paulo**. Curso de Direito Constitucional**.. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 264.

aplicabilidade direta da Constituição; sistema de garantias judiciais previstas na Constituição; incidência das disposições constitucionais sobre todas as relações jurídicas e a rigidez constitucional.[7]

COMANDUCCI[8], por sua vez, inspirado na distinção formulada por Bobbio acerca das três acepções do positivismo, institui uma classificação análoga entre três diversas formas de neoconstitucionalismo: o teórico, o ideológico e o metodológico.

Quanto ao aspecto teórico, o autor italiano diz que o neoconstitucionalismo, na condição de teoria do direito, almeja descrever as conquistas da constitucionalização. Afirma que o modelo de sistema jurídico que se atribui ao neoconstitucionalismo está caracterizado por uma Constituição invasora, pela positivação de uma série de direitos fundamentais, pela presença marcante de regras e princípios e por algumas peculiaridades acerca da interpretação e aplicação das normas constitucionais em contraste com o modo pelo qual se aplica e interpreta o restante das leis. Diante de tais caracteres, o neoconstitucionalismo, tomado em seu aspecto teórico, seria uma alternativa à teoria juspositivista tradicional, dado que o culto ao legalismo e o formalismo interpretativo, caracteres do juspositivismo teórico, hoje não parecem mais sustentáveis.

No que tange ao caráter ideológico, sustenta que o neoconstitucionalismo se diferencia parcialmente da ideologia constitucionalista, na medida em que torna secundário o escopo de limitação do poder estatal, optando por priorizar o objetivo de garantir os direitos fundamentais. Em seu matiz ideológico, destaca a exigência de que as atividades atribuídas aos poderes Legislativo e Judiciário estejam

7 SANCHES, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editora Trotta, 2003. Pg. 116 – 117.
8 COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. Tradução de Miguel Carbonell. Universidade de Gênova, ISONOMÍA, n. 16, Abril, 2002. p. 96-101.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

diretamente voltadas à concretização e garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Em relação ao caráter metodológico, o teórico aponta que o neoconstitucionalismo propugna a tese da conexão necessária, identificativa ou justificativa entre o Direito e a Moral9.

Diante das diversas considerações sobre o tema, poder-se-ia destacar como principais notas desse novo paradigma do constitucionalismo: a atribuição do caráter normativo aos princípios e o redimensionamento de sua importância na aplicação do Direito; a constitucionalização do Direito, por meio do espraiamento de valores e normas constitucionais sobre os demais setores do ordenamento jurídico; a reaproximação entre Direito e Moral; o afastamento do formalismo e a busca por métodos mais abertos de raciocínio jurídico, tais como a tópica, a ponderação, etc; e a judicialização da política e das interações sociais, com certo protagonismo do Poder Judiciário.[10]

Analisando o atual ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que a Constituição da República de 1988 também sofre influxo determinante do presente estágio do constitucionalismo. Na ordem constitucional pátria, a tendência neoconstitucionalista se manifesta na medida em que a Carta contempla um vasto rol de direitos fundamentais – de natureza individual, política, social e difusa -, bem como em razão da valorização do Poder Judiciário, por meio da garantia da inafastabilidade da Jurisdição, do reforço dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e, portanto, da Jurisdição constitucional.

9 Quanto a esse aspecto, o autor faz o contraponto com o positivismo metodológico e conceitual, que defende a tese segundo a qual é sempre possível identificar e descrever o direito como ele é, distinguindo-o de como deveria ser. Tese essa que tem, pelo menos, dois corolários: a tese das fontes sociais do direito e da não conexão necessária entre direito e moral.

10 SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In SARMENTO, Daniel (coord). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-146.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outra tendência neoconstitucionalista que se reconhece no ordenamento brasileiro em razão da Carta de 1988 é o fenômeno da constitucionalização do direito. A característica analítica do nosso texto constitucional, o qual contempla um amplo rol de variados temas, diminuindo o espectro de regulamentação pelo legislador ordinário, e a consagração de uma amplitude de princípios de alta carga axiológica e considerável teor abstrato, contribuíram para a "contaminação" do ordenamento jurídico ordinário pelas diretrizes constitucionais. A ordem jurídica passa a ser lida e compreendida sob uma ótica diferente, a qual somente se reputa válida se admitida pelo filtro constitucional. A constituição assume, assim, a posição de norma jurídica suprema.[11]

Em que pesem as considerações feitas acima quanto à sistematização dos caracteres do neoconstitucionalismo, a concepção de que essas características convergem para o tempo de um novo constitucionalismo não é tomada de forma unânime pela doutrina12.

Primeiramente, há que se ressaltar o debate que envolve a acuidade da expressão "neoconstitucionalismo" para nominar o atual momento constitucional. DIMOULIS[13] aponta que em estudos realizados por alguns teóricos italianos sobre o neoconstitucionalismo, poder-se-ia aferir a heterogeneidade dos autores e das

11 BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Revista de Direito Administrativo. [S. I.], n. 240,p. 83-103, abr./jun.2005.

12 Há, até mesmo, aqueles que não falam em "constitucionalismo", mas em "constitucionalismos", no plural, tamanhas as diferenças de concepções: "Em verdade, não existe um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, ainda que unidos pelo fio condutor para expressarem sempre a tendência de satisfação de uma necessidade de limitação ao exercício do poder e da proteção da pessoa humana, variando bastante as concepções que lhe subjazem, a despeito de sempre se voltarem para a adoção de técnicas de contenção e controle ao exercício do poder e para a consagração de direitos tidos como fundamentais." (CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **A erosão das bases do Estado Social de Direito e o impacto na efetivação dos direitos sociais.** Revista do Direito Público. Londrina. V. 8, n. 2, mai/ago, 2013. p. 69-70)

13 DIMOULIS, Dimitri. **Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico**. In SARMENTO, Daniel (coord). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 222-223.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

abordagens dispensadas ao tema, e que não se estaria diante de uma corrente teórica precisa, mas de um cenário cultural em que a nota comum seria o distanciamento do positivismo jurídico. Isso ficaria evidente no uso indistinto feito por alguns autores das expressões "constitucionalismo" e "neoconstitucionalismo", tratando-as como sinônimas. Sendo assim, não estaria sedimentada no cenário internacional, como parece estar no âmbito interno, a decisiva ruptura entre o antigo constitucionalismo e o momento atual da teoria constitucional.

A objeção feita à proposta de definição do neoconstitucionalismo contesta os seus caracteres distintivos, tais como o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional.

Quanto à força normativa da constituição, existe oposição ao fato de que esse traço seria distintivo do neoconstitucionalismo, dado que as constituições que surgiram na Europa e na América Latina, desde o século XIX, já eram tidas como superiores à legislação ordinária.[14] Os que contestam essa nota diferencial sustentam que as constituições já apresentavam superioridade jurídica e caráter material-valorativo-político em suas disposições.[15]

---

14 DIMOULIS, Dimitri. **Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico**. In SARMENTO, Daniel (coord). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 214-215.

15 Na mesma linha, temos a doutrina de Anna Candida da C. Ferraz e Fernanda Dias M. de Almeida: "O que se deseja, não obstante, registrar é que não se sustentam, a nosso ver, as razões que invocam para justificar o ineditismo do modelo que propõem e que pioneiramente se assentaria em teses como a da valorização dos princípios no âmbito do Direito Constitucional, com os desdobramentos disso decorrentes, ou a da força normativa da Constituição. Ora, essas e outras premissas não são novidades, como pretendem, tendo já sido historicamente valorizadas em momentos diversos. Opta-se aqui, portanto, por visualizar o constitucionalismo de nossos dias antes como uma etapa evolutiva natural do constitucionalismo clássico, surgido no século XVIII, sem renegar seus alicerces, firmados na ideia de limitação do poder por meio de Constituições escritas, mas aceitando, obviamente, a inevitável necessidade de sua adaptação a novas realidades surgidas com o passar do tempo e que impõem o repensar dos meios destinados à garantia do objetivo por ele visado." (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Constitucionalismo contemporâneo na jurisprudência do STF**. In Direito Constitucional: teoria geral da constituição /

Quanto à expansão do controle de constitucionalidade e tutela dos direitos fundamentais, os críticos rememoram o sistema de controle de constitucionalidade empreendido nos EUA, desde o advento do constitucionalismo. Em que pese o exercício de maneira difusa, seus efeitos eram projetados para outros casos em razão do sistema de vinculação dos precedentes. Ademais disso, não existiria relação necessária entre a existência de uma Corte constitucional e uma tutela mais efetiva dos direitos fundamentais. Isso porque se estaria retirando poder dos tribunais inferiores para declarar a inconstitucionalidade e limitando-se o poder dos órgãos legiferantes. Esse deslocamento de atribuições, por si só, não garantiria tutela mais ampla dos direitos fundamentais, dado que não há como precisar se a Corte constitucional será mais afeta a sua proteção do que seriam os tribunais inferiores e o próprio legislador.[16]

Em que pese a controvérsia se teríamos um novo constitucionalismo, em razão dos caracteres diferenciadores aqui mencionados, ou se o atual estágio aponta apenas para a evolução da teoria de constitucionalismo, o que importa, pelo menos para fins do presente estudo, é uma das características que demarcam a atual teoria constitucional, qual seja, a normatividade das disposições constitucionais com o consequente reconhecimento do caráter vinculante dos princípios constitucionalmente contemplados.

4. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

De fato, o caráter normativo da constituição é uma nota recorrente quando se refere ao atual estágio do constitucionalismo. No entanto, nem sempre foi assim. Até o pós-segunda guerra, a cultura que predominava na Europa prestigiava fortemente o papel da lei emanada do Parlamento, como fonte principal do Direito.

Clèmerson Marlin Clève, Luis Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais; v.1) p. 32-33)

16 DIMOULIS, Dimitri. **Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico**. In SARMENTO, Daniel (coord). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 220.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Às constituições se atribuía papel de somenos importância, com viés essencialmente político, destituídas de força normativa, destinando-se, basicamente, a nortear a produção legiferante.

No entanto, ao perceber que terríveis injustiças e barbaridades poderiam ocorrer, como de fato aconteceram durante a segunda Grande Guerra, ainda que sob a égide de um cenário de legalidade vigente, esse ideal de veneração à lei como estrutura formal, indiferente a valores éticos, passa a ser contestado[17]. O culto positivista ao formalismo, o qual aferia a validade da norma em razão da observância do procedimento para a sua criação, independentemente do seu conteúdo, perde ressonância nesse novo pensamento.

A percepção de que as maiores políticas, responsáveis pela edição das normas jurídicas, poderiam exercer seu mister legitimando ações daquela natureza fez com que as novas constituições criassem ou fortalecessem os instrumentos de jurisdição constitucional, consagrando mecanismos de controle da atuação do legislador ordinário em seu texto. As constituições europeias do segundo pós-guerra assumem um papel de maior protagonismo, embebedadas de normas de alto conteúdo axiológico, passando a disciplinar uma série de assuntos, tais como economia, trabalho, até então estranhos ao tratamento constitucional. Ademais disso, acostando-se aos direitos individuais e políticos, há muito contemplados, temos a consagração de uma série de direitos sociais, a demandar uma atuação positiva por parte do Estado. A constituição passa, nesse momento, a influenciar todo o ordenamento jurídico, com normas dotadas de imperatividade.[18]

17 BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol. I, nº6, 2001. p. 18.

18 SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In SARMENTO, Daniel (coord). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 117.

COMANDUCCI, ao analisar o modo pelo qual a constitucionalização do direito tem ocorrido no ordenamento italiano, assinala que esse fenômeno tomou força a partir, sobretudo, das deliberações da Corte Constitucional. Por meio desse processo, o Direito passa a ser "embebedado" pela Constituição: um direito constitucionalizado tem por nota distintiva uma Constituição invasiva, que condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e os comportamentos dos atores políticos. Citando Guastini, elenca as principais condições para a constitucionalização: 1) a existência de uma Constituição rígida, que incorpora os direitos fundamentais; 2) a garantia jurisdicional da Constituição; 3) a força vinculante da Constituição (que não é um conjunto de normas programáticas senão preceptivas); 4) a "sobreinterpretação" da Constituição (interpreta-se extensivamente e dela se deduzem princípios implícitos); 5) a aplicação direta das normas constitucionais, também para regular as relações entre particulares; 6) a interpretação conforme das leis."[19]

Nesse contexto, faz-se mister trazer à baila embate jurídico relevante na trajetória do reconhecimento do caráter normativo às disposições constitucionais. Trata-se do trabalho de Konrad Hesse, traduzido para o português sob o título "A força normativa da constituição", no qual o autor alemão se contrapõe às ideias de Ferninand Lassalle, expostas na obra "A essência da Constituição".

A obra de Lassalle, "A Essência da Constituição", originalmente uma conferência para intelectuais e sindicalistas, advoga a tese de que as constituições não se originam de ideias ou princípios superiores ao homem, mas dos sistemas arregimentados pelos próprios homens para se dominarem, ou para se apropriarem da riqueza socialmente produzida. Para ele, as instituições jurídicas são os chamados "fatores reais do poder", assim entendidos como aqueles que

19 COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. Tradução de Miguel Carbonell. Universidade de Gênova, ISONOMÍA, n. 16, Abril, 2002. p. 95-96.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

preponderam em determinada sociedade, que detêm o poder em suas mãos. Esses fatores são a força ativa que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes.[20]

Para Lassale, a Constituição escrita, para que se pudesse reputar como boa e apta à longevidade, deveria ser reflexo dos fatores reais do poder em determinada sociedade. Isso porque, caso houvesse permanente conflito entre o texto constitucional e a Constituição real, certamente aquele, constante da "folha de papel"[21], sucumbiria diante das forças vigentes nos país.[22]

Desse discurso, Hesse depreende que as questões constitucionais, para Lassalle, não seriam verdadeiramente questões jurídicas, mas questões políticas. Seriam, portanto, as relações fáticas, resultantes dos diversos fatores preponderantes na sociedade, tais como o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico representado pela grande indústria que determinariam o conteúdo das disposições constitucionais. E, em havendo colisão entre a Constituição jurídica e a Constituição real, certamente aquela cederia diante dos fatores reais do poder dominantes no país.[23]

Hesse entende que a ideia de um efeito dominante decorrente exclusivamente da Constituição real configuraria, na prática, a própria negação da Constituição jurídica. Estar-se-ia negando, portanto, o direito constitucional como

20 LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 10-11.

21 Lassalle faz menção a essa expressão em alusão à frase proferida por Frederico Guilherme IV, que disse: "Julgo-me obrigado a fazer agora, solenemente, a declaração de que nem no presente nem para o futuro permitirei que entre Deus do céu e o meu país se interponha uma folhe de papel escrita como se fosse uma segunda Providência." Para Lassalle, a "folha de papel" seria a constituição escrita, em verdadeiro contraponto à constituição real, compreendida como aquela integralizada pelos fatores reais do poder que condicionam determinada sociedade.

22 LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 33.

23 HESSE, Konrad. **Die normative KIraft der Verfassung**. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 09.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ciência jurídica, reservando-lhe o papel de mero justificador das relações de poder dominantes. Essa doutrina, no entanto, faleceria de fundamento se se pudesse demonstrar que a Constituição dispõe, ainda que de maneira limitada, de uma força própria, ordenadora da realidade estatal.[24]

Fazendo, em certa medida, uma deferência ao pensamento de Lassale, Hesse reconhece que a norma constitucional não goza de existência autônoma em face da realidade. O contexto fático, de fato, exerce influência sobre a constituição. A norma constitucional não pode se apartar por completo das condições naturais, técnicas, econômicas e sociais que serão objeto de sua regulação. Destarte, qualquer diploma constitucional que se pretenda eficaz deve considerar a realidade que tenciona normatizar. Ademais disso, deve-se considerar o substrato espiritual que impera em determinado povo, ou seja, o alicerce de valores que influenciam as proposições normativas.

No entanto, em que pese o reconhecimento de que a norma constitucional não é autônoma perante a realidade, ela também não pode ser concebida como mero reflexo das condições fáticas de sua vigência. À constituição se reconhece o importante papel de imprimir ordem e conformar a realidade política e social em que impera. A constituição, do mesmo modo que é determinada pela realidade social, é determinante em relação a esta. Existe, aqui, uma relação de coordenação entre a "Constituição real" e a "Constituição Jurídica", em que ambas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, exclusivamente, uma da outra.[25] A constituição jurídica goza, portanto, de uma força normativa.

Sendo assim, a Constituição, se almejar ser eficaz, não pode construir o Estado de maneira abstrata e teórica. Se as leis sociais, culturais, políticas e econômicas

24 HESSE, Konrad. **Die normative KIraft der Verfassung**. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 11.
25 HESSE, Konrad. **Die normative KIraft der Verfassung**. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porte Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vigentes naquela sociedade não forem consideradas, prescindirá a carta constitucional do necessário "germe de sua força vital", instrumento apto a garantir a eficácia de suas disposições. Ou seja, para que não permaneça estéril perenemente, a Constituição jurídica deverá sopesar a natureza das condições presentes da realidade normatizada.[26]

No entanto, a força normativa da Constituição não repousa, apenas, na adaptação bem-sucedida à realidade que tenciona condicionar. Essa força normativa da constituição se afirma na medida em que suas disposições são respeitadas; seus mandamentos, realizados. Essa força se revigora em compasso com a adesão de suas disposições por parte de seus destinatários. O autor alemão nomina essa aderência aos ditames constitucionais presentes no consciente coletivo como "vontade de constituição". [27]

Hesse sistematiza alguns requisitos como de extrema valia para que a Constituição bem desenvolva a sua força normativa. Primeiramente, o seu conteúdo deve tentar, ao máximo, corresponder à natureza singular do presente[28], conforme já ressaltado. Ademais disso, assume relevo a práxis, ou seja, os sujeitos constitucionais devem praticar a vontade de Constituição. Aquele que se inclina a preservar um princípio constitucional, ainda que em detrimento de seus interesses particulares, colabora com o respeito à Constituição, indispensável a sua

26 HESSE, Konrad. **Die normative KIraft der Verfassung**. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porte Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 18.
27 HESSE, Konrad. **Die normative KIraft der Verfassung**. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porte Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.
28 Para tanto, o autor sustenta que é fundamental que a Constituição se mostre capaz de se adaptar a novas condicionantes. É de boa técnica, portanto, que se limite ao estabelecimento de poucos princípios fundamentais. Isso porque a consagração, em sede constitucional, de interesses episódicos, momentâneos, de grupos seletos, acaba por demandar uma incessante tarefa revisional, com a consequente desvalorização da força normativa da Constituição. Essa constante prática revisional é vista como extremamente perniciosa, uma vez que a mensagem que se transmite é a de que se atribui maior valor às exigências de natureza fática do que à ordem normativa vigente. A estabilidade se une, portanto, aos outros requisitos, como condição indelével para a eficácia da Constituição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conservação. Temos, por fim, mas não menos importante, a atividade interpretativa. A interpretação que se reputa como adequada é aquela que é capaz de concretizar, de forma ótima, o sentido da proposição normativa, frente às condições existentes em determinada situação.[29]

Esse entendimento tem sido encampado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, especialmente diante das hipóteses de omissão estatal na adoção de políticas públicas viabilizadoras dos ditames constitucionais[30]. A Corte brasileira entende que a inércia estatal em cumprir as determinações constitucionais configura desprezo pela autoridade da Constituição, pelo que tal comportamento deve ser combatido. Isso porque não há nada mais prejudicial, preocupante e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de efetivá-la em sua integralidade, relegando seu adimplemento apenas às hipóteses em que compatíveis com razões de conveniência governamental, em indisfarçado prejuízo dos cidadãos.

A inércia estatal, seja de ordem legislativa, resultante da inação da produção legiferante determinada pela Constituição, ou governamental, diante da ausência de prestações positivas exigíveis do poder público, configura violação negativa ao

29 HESSE, Konrad. **Die normative KIraft der Verfassung**. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porte Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 20-23.

30 Exemplo claro do posicionamento da Corte nesse sentido foi o entendimento adotado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337, de São Paulo, da Relatoria do Ministro Celso de Mello. Neste julgado, o Supremo entendeu que existe uma obrigação constitucional por parte do Estado de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, o efetivo acesso de crianças de até 5 anos de idade em creches e unidade de pré-escola. Nesta oportunidade, o Ministro assentou que a educação infantil, por constituir direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Embora reconhecendo que "resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estatuto constitucional. Essa situação, se recorrente e duradoura, pode, certamente, comprometer a integridade e a eficácia da Constituição.

Por tal razão, para além do dever do Estado-administração e dos órgãos legiferantes em se pautar pelas diretrizes delineadas pela Constituição, é de responsabilidade do Poder Judiciário, em especial da jurisdição constitucional, assegurar a eficácia normativa do projeto constitucional[31]. Por isso, faz-se mister a atuação dos órgãos judiciais, em especial do STF, guardião da Carta de 1988, no sentido de preservar e garantir a normatividade do texto constitucional32. Deve haver, portanto, um esforço conjunto de todos os sujeitos constitucionais no sentido de prestigiar as normas previstas na Lei Maior, pavimentando o caminho para a construção de uma autêntica cultura constitucional.

31 Ao contrário do que se possa sustentar, não vislumbramos aqui indevida intromissão do Poder Judiciário no âmbito de atuação dos demais Poderes da República. Essa postura ativa do Judiciário decorre da necessidade de fazer prevalecer as prescrições constitucionais. Quando o Poder Judiciário atua, na hipótese de inércia inconstitucional dos outros Poderes, está agindo no compasso de sua missão institucional, qual seja, a de preservação da Lei Maior. Especialmente no contexto brasileiro, em que várias questões de extrema valia são relegadas a segundo plano, ao arrepio dos mandamentos constitucionais, por pura conveniência de interesses muitas vezes escusos, uma postura altiva do Judiciário, desde que em harmonia com o texto constitucional, não se revela perniciosa, senão imperativa.

32 No âmbito do Supremo Tribunal Federal, já se pode identificar a conscientização da necessidade da interferência do Poder Judiciário no sentido de compelir o poder público a fazer valer as disposições constitucionais, até mesmo no âmbito de formulação de políticas públicas. Isso fica evidente no voto do Ministro Celso de Mello, em julgamento que envolvia o dever estatal de assistência materno-infantil: "Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. (...) como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde." (Supremo Tribunal Federal, RE 581352 AgR/AM, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 29/10/2013)

5. O PRINCÍPIO COMO NORMA

No âmbito da teoria dos princípios, havia controvérsia bastante recorrente quanto à sua natureza jurídica. Conforme sobrelevado alhures, uma das notas principais do atual momento constitucional é a que lhes atribui *status* de norma jurídica. Interessante, portanto, analisar o modo pelo qual os princípios obtiveram sua força normativa reconhecida.

No início, alguns estudos teóricos se posicionam no sentido de não reconhecer o caráter normativo dos princípios. Essa corrente negativista justificava sua posição asseverando que o alto grau de vagueza e a formulação descritiva dos princípios não permitiam o seu enquadramento como norma jurídica.[33] Essa posição, no entanto, não foi a que prevaleceu com o passar do tempo e com a evolução dos estudos doutrinários.

BONAVIDES traça um delineamento histórico, destacando três fases percorridas pelos princípios para que alcançassem o reconhecimento normativo de que hoje gozam: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-positivista. Na primeira fase, havia o reconhecimento da dimensão ético-valorativa dos princípios que inspirava os postulados de justiça, embora sua normatividade fosse praticamente inexistente. Na segunda fase, qual seja, a juspositivista, os princípios adentraram nos Códigos como fonte normativa subsidiária. No entanto, ao concebê-los como pautas programáticas supralegais, os juspositivistas assinalavam, geralmente, com a

33 Sobre essa fase, Walter ROTHENBURG ensina que: "uma primeira abordagem negava caráter de autênticas normas jurídicas aos princípios. Por força de sua suposta natureza 'transcendente', ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela sua formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediata), eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito. E porque a própria constituição seria, justamente, aquele momento lindeiro entre o social (a moral, o político etc.) e o jurídico, ou seja, porque a própria constituição não representaria um corpo estritamente jurídico, aparecia ela como o repositório natural de princípios assim considerados (desprovidos de natureza eminentemente jurídica)". (ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p.13)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

carência de sua normatividade. Na fase pós-positivista, as novas constituições evidenciam a hegemonia axiológica dos princípios, concebidos como alicerce normativo sobre o qual se edifica os novos sistemas constitucionais.[34]

O constitucionalismo contemporâneo contribui sobremaneira para a consolidação do entendimento atualmente em voga que reputa os princípios como normas-chaves de todo sistema jurídico[35]. Os princípios constitucionais assumem esse papel determinante na medida em que espelham a própria ideologia da constituição. Eles foram erigidos pelo legislador constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que se instituiu.[36]

Na doutrina brasileira concernente à defesa da normatividade dos princípios, não se pode esquecer a valiosa contribuição de Eros GRAU, para quem, contestar a força normativa dos princípios implicaria admitir, considerando-se a Constituição, que na Lei Maior constam enunciados que não constituem normas jurídicas.

> Isso, no entanto, é insustentável, visto que temos aí, nitidamente – tal como nos arts. 1º, 2º, 17, 18, 37, *v.g.* – autênticas espécies de norma jurídica. Ainda que a generalidade dos princípios seja diversa da generalidade das regras, tal como demonstra Jean Boulanger, os primeiros portam em si o pressuposto de fato (*Tatbestand,* hipótese,

34 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros Editores. 2011. pg. 259-266.

35BONAVIDES reforça a importância que assumiram os princípios sob a influência do pensamento pós-positivista: "postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum,* ou seja, norma das normas" (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros Editores. 2011. pg. 289-290.)

36 BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.141.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *facti species*), suficiente à sua caracterização como norma. Apenas o portam de modo a enunciar uma série indeterminada de *facti species*. Quanto à estatuição (*Rechtsfolge*), neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável com outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras *normas jurídicas incompletas.* Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto de fato ou a estatuição de outras normas, não obstante configurando norma jurídica na medida em que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando do sentido de validade delas.[37]

A posição que restou sedimentada atualmente não mais admite a distinção entre princípio e norma. Os princípios são considerados normas38, sendo estas gênero, que abarca as espécies: princípios e regras. É, portanto, entre princípios e regras que devem repousar os esforços diferenciadores. A partir dessa nova tipologia, cumpre fazer uma imersão nos critérios distintivos que têm sido utilizados para diferenciar esses dois institutos.

---

37 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998.** 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

38 Em defesa da normatividade dos princípios, destacam-se os argumentos apresentados por Noberto Bobbio: "Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípio induz em engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais se ocupou da problemática, ou seja, CRISAFULLI. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?" (BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10 ed. Brasília: UnB, 1999. p. 158.)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5.1 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A distinção entre princípios e regras é um dos pontos nevrálgicos para a exata compreensão acerca do próprio conceito de norma jurídica. Dentre diversos teóricos que abordaram a temática, sobressaem as sistematizações feitas por Robert Alexy e Ronald Dworkin. Em razão da importância dos estudos empreendidos por esses dois importantes autores, cumpre trazer à baila seus apontamentos para a correta apreensão do caráter normativo dos princípios.

Ao cotejar os dois institutos, DWORKIN39 assenta que as regras seriam aplicadas na base do tudo ou nada (*all-or-nothing fashion*). Caso ocorram os pressupostos previstos para a aplicação da regra, então ou a regra é válida, pelo que seu mandamento deve ser obedecido, ou ela não o é, em nada contribuindo para a resolução do caso.

Os princípios, por outro lado, operam de modo diverso. Eles não determinam as consequências legais imediatas que decorrem uma vez presente o suporte fático. Os princípios evidenciam uma razão que aponta para determinada direção, embora não exijam uma decisão específica. Até porque podem existir outros princípios que apontem para caminho oposto. Caso um princípio, diante dessa situação, não prevaleça, isso não implica dizer que ele não pertence ao sistema jurídico, dado que em outro caso, ausente a controvérsia, o preterido poderá vir a ser decisivo.

Outra distinção feita pelo autor americano aduz que os conflitos entre regras são solucionados de maneira distinta da que se opera diante da colisão entre princípios. Os princípios têm uma dimensão ausente nas regras, qual seja, a dimensão do peso ou importância, a qual é determinante para o modo de resolução de situações de colisão. Quando dois princípios se entrechocam, o intérprete deve

39 DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1977-1978. p. 24 e ss.

levar em consideração o peso de cada um. Essa natureza é ínsita aos princípios, mas não às regras.

Dentro de um sistema de regras, não se pode assentar a maior relevância de uma sobre a outra, de modo que o conflito entre elas seja resolvido em razão do maior peso de uma delas. Diante de um conflito entre regras, uma não será considerada válida. A decisão sobre a validade pode eleger como critério a escolha por aquela emanada pela autoridade hierarquicamente superior, ou aquela editada posteriormente, ou ainda a que guarda maior especificidade com o caso em apreço, ou outro critério diferenciador do gênero.

Reforçando o entendimento de que regras e princípios são espécies do gênero norma, ALEXY também coteja os caracteres ínsitos aos dois institutos, tencionando estabelecer quais seriam os critérios diferenciadores.

Primeiramente, o autor alemão reputa os princípios como *mandados de otimização*, ou seja, normas que determinam que algo seja alcançado da maneira mais ampla dentro das limitações fáticas e jurídicas que se aplicam ao caso. A realidade dos fatos, bem como as possibilidades jurídicas, aqui entendidas como as regras e demais princípios colidentes a incidir sobre o caso, irão determinar em qual grau o princípio em voga poderá ser efetivado. No que se refere às regras, por outro lado, o horizonte que se descortina é diverso: elas serão ou não satisfeitas. Ou se atende à determinação que ela impõe na sua inteireza, ou ela não restará atendida.[40]

Essa característica de mandados de otimização aponta para um elemento essencial dos princípios: seu caráter *prima facie*. Isso quer dizer que a apreensão da abrangência do princípio, de seu significado jurídico, não decorre da análise

40 ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Suhrkam Verlag, 1986. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 90-91.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

singular da norma que o contempla, mas exsurge da sua conjugação com outros fatores.[41]

Outro critério distintivo apresentado pelo jurista diz respeito aos casos de colisões entre princípios e conflitos entre regras. Quando diante de um conflito entre regras, a solução se dará por meio da inserção de uma cláusula de exceção[42] ou por meio da declaração de invalidade de uma delas. Caso não seja possível a inclusão de uma cláusula de exceção, uma das regras fatalmente não será considerada válida. Essa operação poderá ser efetivada socorrendo-se, por exemplo, dos critérios da anterioridade ou da especialidade. Mister, no entanto, que haja uma decisão sobre a validade.[43]

Tratando-se de colisão entre princípios, a solução ocorre de maneira diversa. Caso haja dois princípios que estejam colidindo, um deles terá que ceder em favor do outro. Isso não implica dizer, no entanto, que o princípio preterido naquele caso será declarado inválido. O que verdadeiramente ocorre é que, diante das circunstâncias que regem o caso em apreço, um dos princípios será considerado mais relevante, afastando a aplicação do outro. Nada impede, por outro lado, que em outra circunstância, diante de uma realidade fática diversa, o conflito entre os

41 Cita como exemplo o direito à privacidade, o qual prima facie obsta que sejam divulgados dados de uma pessoa a terceiros não autorizados. Essa proteção pode ser afastada em determinadas situações em que um valor, como a liberdade de expressão, por exemplo, demonstre ser preponderante diante daquele caso concreto. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ***Curso de direito constitucional.*** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96 e ss)

42 Ao discorrer sobre a cláusula de exceção, ALEXY a ilustra com um exemplo. Imagine-se a situação em que exista uma regra proibindo a saída da sala antes que o sinal toque e outra que determine a saída dos alunos se soar o alarme de incêndio. Caso o alarme de incêndio soe antes que o sinal toque, teremos um caso de conflito, diante da imposição de deveres contraditórios entre si. Neste caso, a solução será incluir, na primeira regra, uma cláusula que excepcione a saída de sala, antes do toque final, na hipótese do alarme de incêndio soar. (ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Suhrkam Verlag, 1986. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 92.)

43 ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Suhrkam Verlag, 1986. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 92-93.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mesmos princípios seja resolvido de maneira diversa, prevalecendo aquele que em outro caso havia sido afastado.

Diante de colisão entre princípios igualmente importantes, deve-se, portanto, sopesar aquele que irá prevalecer. Não existe a opção por um ou outro em abstrato. Nem há uma precedência absoluta de um sobre o outro. A escolha por um, e o afastamento do outro, somente se opera diante do caso concreto, com toda a sua riqueza de peculiaridades, as quais serão devidamente apreciadas por ocasião da escolha. Tem-se, assim, que a solução para a colisão está no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre aqueles princípios, consideradas as circunstâncias daquele caso concreto.[44] Pode-se, portanto, afirmar que se a convivência dos princípios é conflitual, a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, ao passo que as regras antinômicas excluem-se.[45]

Há que se ressaltar ainda, nessa linha distintiva, que os princípios caracterizam-se por serem a base do sistema jurídico. Daí decorre a sua natureza normogenética, na medida em que se apresentam como fundamento de regras, cuja existência é por eles determinada. Em razão disso, ao atuarem incorporando os valores fundamentais no ordenamento jurídico, os princípios conferem unidade ao sistema jurídico[46], pelo que em caso de colisão, conforme já dito, não existe eliminação de um por outro, tal como se dá no conflito de regras.

---

44 ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Suhrkam Verlag, 1986. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 93-99.

45 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina,2003 ,p. 1161.

46 Quanto a essa importante função dos princípios de conferir unidade ao sistema jurídico, discorre Jorge Miranda: "O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo, e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica *coerência* ou, talvez mais rigorosamente, *consistência*; projecta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em norma. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projecta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos". (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2003. t. 2, p. 249-250)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Também adepto da concepção de que princípios e regras são espécies de normas, CANOTILHO faz uma sistematização dos critérios normalmente sugeridos para fazer essa distinção, a qual contempla vários aspectos aqui já sobrelevados, quais sejam: a) grau de *abstração* – os princípios se apresentam como normas dotadas de alto grau de abstração, ao passo que as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) grau de *determinabilidade* na aplicação do caso concreto - os princípios, pela abstração outrora referida, demandam mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) caráter de *fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios gozam de importante papel no ordenamento haja vista sua importância hierárquica no sistema das fontes ou em função da sua importância estruturante dentro do sistema jurídico; d) *proximidade da ideia de direito*: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados na exigência de justiça (Dworkin) ou na *ideia de direito* (Larenz), ao tempo que as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo apenas funcional; e) *natureza normogenética:* os princípios constituem fundamento de regras, exercendo, assim, função normogenética fundamentante.[47]

Enfrentadas essas distinções, temos que as atuais constituições são compostas por normas, gênero que abrange as espécies regras e princípios. Essa coexistência dos dois institutos permite a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios. Essa concepção é importante na medida em que um ordenamento composto exclusivamente por regras, apesar de gozar de segurança jurídica, teria sua praticidade comprometida, na medida em que demandaria disciplina minuciosa e exaustiva das mais variadas questões, inibindo a abertura do sistema[48]. Por outro lado, um sistema composto exclusivamente por princípios

47 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina,2003 ,p. 1160-1161.

48 Eis aqui um importante aspecto inerente aos princípios, conforme destaca Paulo Leite Farias: "os princípios como elemento sistêmico ensejador da porosidade do sistema jurídico às mudanças da realidade. Em outras palavras, os princípios contribuem para a mobilidade do sistema jurídico,

desaguaria numa sensação de incerteza, perniciosa ao primado da segurança jurídica.

Diante disso, pode-se afirmar que o direito constitucional consiste em um sistema aberto de normas e princípios que, por meio de processos judiciais, procedimentos legislativos e de natureza administrativa, além das ações de iniciativa dos cidadãos, passam, nos dizeres do mestre português, de uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma *living constitution.*[49]

6. CLASSIFICAÇÃO E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Passa-se, neste tópico, a analisar algumas classificações dos princípios feitas pela doutrina, bem como ao estudo de algumas de suas funções, notas que podem auxiliar o leitor na compreensão dessa categoria jurídica.

6.1 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais não são todos homogêneos, podendo, cada um deles, assumir uma natureza ou configuração distintas. Em função disso, a doutrina, visando melhor estudá-los e compreendê-los, tem sugerido algumas classificações que agrupam aqueles com caracteres semelhantes, traçando-lhes o perfil.

MIRANDA[50] propõe a seguinte classificação: 1) princípios axiológicos fundamentais; 2) princípios político-constitucionais; 3) princípios constitucionais instrumentais.

A primeira categoria traz aqueles princípios correspondentes aos limites transcendentes do poder constituinte, ponte de passagem do Direito natural para o Direito positivo. Poder-se-ia citar como exemplos dessa linhagem: a

adequando o ordenamento às mudanças fáticas. (FARIAS, Paulo José Leite. **Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 10, n. 2, abr./jun., 1998, p. 17)

49CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina,2003 ,p. 1163.

50 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2003. t. 2, p. 255-258.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

inviolabilidade da vida humana, a integridade moral e física das pessoas, liberdade de crença, a não retroatividade da lei penal incriminadora, dentre outros.

Na categoria dos princípios político-constitucionais, temos aqueles que correspondem aos limites imanentes do poder constituinte, aos limites específicos da revisão constitucional, próprios e impróprios, e aqueles conexos ou derivados de uns e de outros, os quais caracterizam a constituição material perante as demais, compondo a essência de determinado regime. O autor cita, analisando o contexto português, o princípio democrático, o princípio representativo, o da separação dos poderes, o princípio republicano, etc.

Os princípios constitucionais categorizados como instrumentais seriam aqueles que dizem respeito à estruturação do sistema constitucional, em termos de racionalidade e operacionalidade. São exemplos: o princípio da publicidade das normas jurídicas, o da competência, o da tipicidade das formas da lei, o do pedido na fiscalização jurisdicional da constitucionalidade.

CANOTILHO[51], por sua vez, apresenta sua proposta de classificação, com a seguinte subdivisão: 1) princípios jurídicos fundamentais; 2) princípios políticos constitucionalmente conformadores; 3) princípios constitucionais impositivos; 4) princípios-garantia.

Na categoria dos princípios jurídicos fundamentais, o autor agrupa aqueles historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Em razão de sua importância, representam relevante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

51CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina,2003 ,p. 1164-1167.

A segunda categoria abarca os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais realizadas pelo legislador constituinte. Os princípios aqui enquadrados representam as opções políticas nucleares e refletem a ideologia inspiradora da constituição. Pode-se destacar como exemplos os definidores da forma de Estado, os caracterizadores da forma de governo, aqueles estruturantes do regime político, dentre outros.

A classificação em princípios constitucionais impositivos reúne aqueles que impõem aos órgãos do Estado, em especial ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, desse modo, princípios de natureza dinâmica, orientados de forma prospectiva. Muitas vezes são designados por nomenclaturas, como: "preceitos definidores dos fins do Estado", "princípios diretivos fundamentais", "normas programáticas". Como exemplos desse rol, o autor destaca na constituição portuguesa: o princípio da independência nacional, o princípio da correção das desigualdades na distribuição da riqueza e rendimentos.

Os princípios enquadrados como princípios-garantia são os que tencionam instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos. São exemplos: o princípio da legalidade, o do juiz natural, o que obsta a dupla punição pelo mesmo fato (*non bis in idem*).

6.2 FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Superada a questão da normatividade dos princípios, hoje amplamente reconhecida, a doutrina passou a aprofundar o estudo quanto à funcionalidade dos princípios jurídicos. IVAN LUIZ DA SILVA[52] faz um apanhado das funções clássicas dos princípios que costumam ser elencadas pela doutrina constitucionalista, quais sejam: a fundamentadora, a interpretativa e a supletiva.

52 SILVA, Ivan Luiz da. **Introdução aos princípios jurídicos**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 40 n. 160 out/dez. 2003, p. 280.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A função fundamentadora se revela na medida em que os princípios compõem a base do ordenamento jurídico, dado que veiculam os valores supremos da sociedade.[53] Em razão dessa representação dos valores erigidos como fundamentais para aquele ordenamento social, os princípios vão assumir a importante função de fundamento de legitimidade da ordem jurídico-positiva. Ainda como decorrência dessa função, pode-se sobrelevar a eficácia derrogatória e diretiva que exsurge, de modo que as normas que se apartam do âmbito normativo delineado pelos princípios perderão sua validade (na hipótese de eficácia diretiva) e/ou sua vigência (na hipótese de eficácia derrogatória), em razão de sua contradição com normas de porte constitucional.[54]

No que tange à função interpretativa, os princípios funcionam como norte para o intérprete, direcionando seu labor hermenêutico. Para SARMENTO, os princípios configuram-se como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e da legislação ordinária, representando o fio-condutor da hermenêutica jurídica, orientando o trabalhador do exegeta para que se harmonize com os valores e interesse por eles salvaguardados.[55]

A função supletiva guarda íntima relação com o papel integrador desempenhado pelos princípios. Nesse sentido, diante da ausência de norma jurídica que regulamente o caso sob exame, o intérprete deverá se valer dos princípios para colmatar essas eventuais lacunas[56]. Daí porque se costuma falar que

53 É nesse sentido a doutrina de Ivo Dantas: "Para nós, princípios são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico- constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade." (DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 59)

54 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999, p. 67.

55 SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 54.

56 Interessante a reflexão levada a cabo por José Sérgio da Silva Cristóvam quanto à função integradora dos princípios jurídicos. É que, ao se admitir que os princípios são normas válidas do sistema jurídico, gozando, portanto, de força normativa e aplicabilidade direta na regulamentação das relações fáticas, diante da ausência de norma – regra ou princípio – apta a solucionar

os princípios contribuem para a complementação do direito.[57]

Aliadas às funções clássicas mencionadas alhures, a doutrina também costuma destacar as funções argumentativa e prospectiva[58].

A função argumentativa diz respeito ao caráter *prima facie* dos princípios, ao qual já fizemos referência. Em razão desse atributo, os princípios não apresentam respostas peremptórias, mas determinam algo que deve ser viabilizado da melhor maneira, diante do contexto fático e jurídico incidente. São, assim, mandamentos de natureza argumentativa, que podem ser afastados por outras razões mais relevantes que sejam suscitadas para o deslinde daquele caso concreto.

A função prospectiva[59], por sua vez, assume importante relevo, conforme se percebe das lições do professor JORGE MIRANDA:

---

determinado caso, a lacuna subsistirá. Noutro giro, havendo princípio aplicável ao deslinde do caso em tela, não seria acurado falar-se em autêntica lacuna, dado que somente existente diante da ausência de norma – regra ou princípio- aplicável ao caso. Por isso, o autor assevera: "A função integradora dos princípios jurídicos se reveste de relevância quando atrelada à teoria dos princípios jurídicos implícitos e dos extra-sistemáticos. Como visto, existindo um princípio explícito capaz de regular determinado suposto fático, não há autêntica lacuna jurídica. Entretanto, na falta de uma regra ou princípio expressamente dispostos no ordenamento jurídico, deve-se recorrer aos princípios implícitos e extra-sistemáticos, como bitolas e parâmetros capazes de nortear a supressão daquela lacuna detectada." (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais.** Curitiba: Juruá. 2008, p. 101-102)

57 Quanto às funções integrativa e de interpretação dos princípios, eis a lição de Jorge Miranda: "A acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema. E, assim, o sentido exacto dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente. (Jorge Miranda. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2003. t. 2, p. 255.)

58 SILVA, Ivan Luiz da. **Introdução aos princípios jurídicos**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 40 n. 160 out/dez. 2003, p. 281.

59A função prospectiva, nomenclatura adotada por Jorge Miranda, se assemelha a que Norberto Bobbio denomina de *diretiva,* aquela cumprida pelas normas programáticas. Ademais dessa, o autor sobreleva as funções interpretativa, integrativa e limitativa. Esta, por sua vez, significa que os princípios constituem limites materiais e formais negativos dos poderes públicos. Para ele, cada uma das funções possui um grau de vinculação. Este é alto na função prescritiva, médio nas funções limitativa e diretiva e baixo na interpretativa e integrativa. (BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 7ª ed, UnB, Brasília, 1996, p. 118)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> exercem, finalmente, uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva que possuem (e de que se acham desprovidos os preceitos, desde logo por causa das suas amarras verbais). Daí, o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí, a exigência que contêm ou o convite que sugerem para adopção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que, portanto, mais se aproximem da idéia de Direito inspiradora da Constituição (sobretudo, quando se trate de Constituição programática).[60]

A respeito dos princípios que apresentam de maneira mais acentuada essa função prospectiva, convém tecer considerações mais detidas, tendo em vista o próprio objeto de estudo desta dissertação.

Conforme exaustivamente demonstrado em linhas pretéritas, a quadra atual indica para a constituição como norma, para a força normativa da constituição. Em assim sendo, as regras e princípios por ela contemplados devem gozar de normatividade, regulando efetivamente as relações entre cidadãos, disciplinando condutas e assegurando as expectativas de comportamento. Nesse contexto, convém trazer a lume as reflexões de CANOTILHO acerca das chamadas "normas programáticas".

Rompendo com a doutrina clássica, o professor de Coimbra acredita que se deva falar, hodiernamente, na "morte" das normas constitucionais programáticas. É bem verdade que existem, sim, normas-tarefas, normas-programa, ou seja, que demandam ações materiais a fim de concretizar determinados fins. No entanto, a essas normas não se pode atribuir o papel que tradicionalmente se apontou: de

60 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2003. t. 2, p. 255.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exortações morais, apelos ao legislador, conselhos, carecedoras, portanto, de juridicidade vinculante. A essas normas deve-se reconhecer o mesmo valor jurídico de que desfrutam os demais preceitos constitucionais.

> Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.[61]

Em posicionamento semelhante, MIRANDA também reconhece a juridicidade às normas programáticas. Ao comparar normas programáticas e normas preceptivas[62], afirma que entre elas não há diferença de natureza ou de valor. Ambas são normas jurídicas, compondo a mesma ordem constitucional, não sendo, nenhuma delas, apenas proclamação política ou cláusula não vinculativa. Há,

61 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina,2003 ,p. 1177.

62 Para o autor, as normas preceptivas são aquelas de eficácia incondicionada ou que não dependem de condições institucionais ou de fato. As normas programáticas, por outro lado, são aquelas que, dirigidas a determinados fins e a transformações da ordem jurídica, bem como das estruturas sociais ou da realidade constitucional, implicam concretização incindível dessa realidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

segundo seu entendimento, graus diferentes apenas no que se refere à realização ou efetividade.[63] [64]

Sendo assim, não deve existir dúvida acerca da normatividade dessas normas. Na verdade, a discussão que se põe é saber em que termos uma norma constitucional pode ser aplicada diretamente e em que grau pode ser executada por si mesma. Quanto à aplicação direta das normas que asseguram direitos, liberdades e garantias[65], bem como daquelas de natureza organizatória, não existem indagações mais relevantes. Situação diversa, no entanto, se dá com as normas-tarefa.

63 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2003. t. 2, p. 270.

64 Reiterando esse entendimento, José Afonso da Silva: "Em suma, cada vez mais a doutrina em geral afirma o caráter vinculativo das normas programáticas, o que vale dizer que perdem elas, também cada vez mais, sua característica de programas, a ponto, mesmo, de se procurar nova nomenclatura para defini-las, como, por exemplo normas que expressam 'apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra.' Não nos parece melhorar muito a terminologia. São normas de *princípio teleológico* porque apontam, em mero esquema, para um fim a ser atingido. Qualquer que seja, porém, a expressão a ser utilizada, o certo é que sua vinculatividade vem sendo mais e mais reconhecida. Significa que o fato de dependerem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos. São, por isso, também aplicáveis no limite dessa eficácia (...) (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7ª ed., São Paulo: Malheiros. 2007, p. 154-155)

65 Atualmente, prevalece o entendimento de que os Poderes Públicos têm o dever de conferir máxima e imediata eficácia às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Quanto ao tema, mister colacionar as precisas lições de Flávia Piovesan. Para a autora, cabe ao Legislativo: a) proceder em tempo razoável à normatização de direitos e garantias fundamentais, quando necessário para conferir-lhes plena exequibilidade; b) mover-se na seara desses direitos de forma a evitar que, a pretexto de regulamentá-los, o legislador acabe por comprometer sua força normativa, trocando-a pela força normativa da lei; c) não emanar preceitos formal ou materialmente incompatíveis com estas normas. Quanto ao Judiciário: a) interpretar as normas definidoras de direitos fundamentais em consonância com o princípio da efetividade ótima; b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais com vistas a proporcionar a sua aplicação imediata, quando inexistentes leis concretizadoras. E, por fim, quanto à Administração, cabe exercer seu relevante papel na concretização dos direitos fundamentais, dado que no exercício de sua competência planificadora, regulamentar, fornecedora de prestações, os órgãos de administração e do governo atuam concretizando os direitos fundamentais. (PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas.** 2ª ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003 ,p. 107-108)

Essas normas ditas programáticas constituem regras e princípios que são verdadeiras diretrizes para o legislador, para os tribunais, bem como para a administração.

O poder legiferante tem o dever de exercer a atividade legislativa no sentido de concretizar as diretrizes previstas pelo constituinte. Da mesma maneira, os juízes têm o dever de aplicar as normas em apreço, por mais gerais e abstratas que sejam, nos casos postos a seu exame, assim como devem analisar a constitucionalidade dos atos normativos invocados caso sejam contrários a essas normas. O poder executivo também tem sua atividade discricionária vinculada pelos mandamentos extraídos dessas normas.

AFONSO DA SILVA[66], em seu festejado estudo acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, elenca os casos em que as ditas normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem reputadas como inconstitucionais as leis ou atos que lhe forem contrários; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, por meio da atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação do que consiste o bem comum; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) têm o condão de condicionar a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; e, por fim, f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.

Sendo assim, a posição que reputamos adequada é aquela que repudia qualquer tentativa de retirar a vinculatividade da Administração a tais normas, sob o argumento de que elas seriam meros programas. Conforme restou demonstrado, o entendimento atualmente em voga é o de que elas são dotadas, sim, de caráter

66 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7ª ed., São Paulo: Malheiros. 2007, p. 164.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vinculante, de modo que os sujeitos responsáveis por concretizar as disposições constitucionais não podem mais se valer do argumento de ausência de obrigatoriedade de tais normas como escusa para desrespeitá-las.

Dito isto, cumpre analisar, nesse momento, em que medida o Estado-administração encontra-se vinculado pelas disposições constitucionais, notadamente pelos princípios ali contemplados.

7. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A VINCULAÇÃO DO ESTADO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Se, no passado, as constituições concentravam esforços mais no sentido de atribuir e organizar poderes no Estado, a atual quadra revela uma preocupação maior quanto à garantia dos direitos fundamentais das pessoas.

O Estado deve primar por respeitar e prestigiar os princípios constitucionais67. Na medida em que são normas que consagram os valores e os fins genéricos do Direito, em sua forma mais genuína, evidente está que vilipendiá-

67 Vale dizer que o entendimento que já vem sendo defendido há algum tempo assenta que, não apenas o Estado, mas também os particulares, em suas relações privadas, devem agir em conformidade com os princípios constitucionais. O Supremo Tribunal Federal assim já se posicionou, quando entendeu que as associações, quando da exclusão de sócio do quadro social, devem respeitar, por exemplo, princípios como o da ampla defesa e do contraditório: "As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre cidadãos e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (...) A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em temas de liberdades fundamentais. (Supremo Tribunal Federal, RE 201818/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para Acórdão Min. Gilmar Mendes, Julgamento em 11/10/2005)

los repercute de modo muito mais grave que transgredir normas preceituais, dado que estas têm sua aplicação e efeitos limitados às espécies definidas pelos legisladores.[68]

Em interessante estudo acerca da Teoria dos princípios, Humberto Ávila, ao compará-los com as regras, aduz que estas impõem o dever da adoção do comportamento prescrito, ao passo que os princípios determinam o dever de adotar o comportamento necessário para a concretização do estado de coisas erigido como fim.[69]

Destarte, os princípios demandam outras normas jurídicas que indiquem a conduta específica que deve ser efetivada. Apesar disso, gozam de poder normativo suficiente para exigir que seja adotada medida apta a promover a sua concretização, bem como para que se repute como inconstitucional as condutas que sejam adotadas e que vão de encontro as suas prescrições.

> (...) se o estado de coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza (...) Em outras palavras, a positivação de princípios implica a obrigatoriedade de adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência.[70]

68 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 87.
69 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78.
70 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 80.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os princípios, portanto, dispõem de normatividade suficiente para determinar a obrigatoriedade da execução de medidas que busquem a promoção do fim por eles determinado[71], de modo que não podem ser reduzidos a valores cuja aplicação repousa nas preferências do exegeta. Embora, em razão de sua indeterminação, não apontem para a conduta específica que deve ser adotada, com fulcro em seu poder normativo, pode-se exigir que sejam perfeitas condutas que se prestem a realização dos fins constitucionalmente consagrados.

Dessa forma, o Estado não pode demitir-se dos princípios constitucionais, seja por meio de sua atuação em desconformidade com os direitos assegurados pela Carta, seja por meio de condutas omissivas, quando se queda inerte diante de uma exigência constitucional72. Em assim sendo, para que a atuação do Poder Público seja entendida como legítima e legal, não é mais suficiente que o administrador/legislador se abstenha de realizar ações contrárias às normas constitucionais, sendo também necessária sua atuação, de forma comissiva, no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

71 Na mesma esteira, interessante destacar as lições de Harrison Ferreira Leite: "É nessa ótica que se pode entender a relação entre os princípios e os sujeitos, na medida em que tanto servem como defesa/resistência (passivo) ou ataque/proteção (ativo), neste caso, principalmente na efetivação dos direitos sociais (direito à prestação do Estado – ações positivas do Estado). Pautado num princípio, consegue-se obter, tanto um benefício do Estado, quanto freá-lo quando ultrapassa um limite pelo princípio exposto." (LEITE, Harrison Ferreira. **Quais os tipos de eficácia dos princípios?**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 76,p. 157.)

72 Discorrendo sobre as modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público, Celso de Mello: "O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público." (Supremo Tribunal Federal, ADI 1458 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 23/05/1996).

sentido de realizar as determinações que lhe foram impostas pelo legislador constituinte73.

A vinculação do administrador às normas constitucionais é tal, que a ele não é facultada a discricionariedade de implementar ou não, por exemplo, as políticas públicas determinadas pela Constituição74. É bem verdade que a efetivação de normas constitucionais que veiculam, por exemplo, direitos de natureza econômica, social e cultural carece, em grande medida, da existência de um aporte financeiro que fica submetido às possibilidades orçamentárias do Estado, razão pela qual uma das notas distintivas desses direitos é a gradualidade de concretização. A escusa da limitação de recursos não poderá ser usada, no entanto, quando o propósito for invocá-la como forma de frustrar a realização das condições materiais mínimas de existência.

Conforme assentado em tópico anterior, a força normativa da constituição depende em grande medida da postura que os sujeitos constitucionais adotam no sentido de efetivá-la. O Estado, quando age contrariamente aos ditames

73 Nesse sentido, o magistério de J. J. Gomes Canotilho: " (...) tanto se viola a Lei fundamental quando as acções estaduais não estão em conformidade com as suas normas e princípios, como quando os preceitos constitucionais não são 'actuados', dinamizados ou concretizados pelos órgãos que constitucionalmente estão vinculados a fornecerem-lhe operatividade prática. A Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma acção inconstitucional (fazer o que ela proíbe), mas também quando existe uma omissão inconstitucional (não fazer o que ela impõe que seja feito)." (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra Editora, 1991. p. 46)

74 Quanto à limitação da discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen: "Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. (...) Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. (...) Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração." (FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. Editora Max Limonad. 2000. p. 59, 95 e 97)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

constitucionais, ou quando a viola por meio da sua inação, compromete a própria integridade da Carta. Esse comportamento pernicioso deve ser combatido uma vez que pode ser catalisador de um indesejável fenômeno: o da erosão da consciência constitucional, o qual decorre do processo de desvalorização funcional da Constituição escrita75.

De todo o exposto, percebe-se que o Estado está vinculado aos princípios jurídicos constitucionalmente consagrados, que atuam orientando sua conduta, limitando a margem de discricionariedade dos governantes. Por tal razão, tanto a atuação governamental contrária a tais mandamentos, quanto a sua inação inviabilizando a concretização de tais normas, representam menoscabo inaceitável à autoridade da Constituição, o que deve ser combatido.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações teóricas expostas, percebe-se que os princípios constitucionais gozam, sim, de normatividade, e, portanto, de força cogente. O projeto de nação estabelecido na Carta Magna, concebível a partir daqueles valores

75 Evidenciando os aspectos deletérios que a inércia estatal em concretizar o conteúdo material das normas previstas no diploma fundamental, Anna Cândida da Cunha Ferraz: "A inércia caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução. Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional. Afeta, também, o sentido da Constituição. Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando numa inconstitucionalidade (...). Por outro lado, indiretamente, a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significados diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental. Como modalidade de mutação constitucional a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados. De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes serve como instrumento exatamente para evitar tal adaptação. De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição." (FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição.** Max Limonad, 1986. p. 230-232.)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fundantes por ela escolhidos, não pode ser afastado, especialmente diante de contextos de anormalidade institucional, momento em que direitos e garantias tendem a ficar mais vulneráveis, ocasião em que sua defesa deve ser ainda mais intransigente.

As soluções para eventuais crises, de qualquer sorte, não podem ser forjadas ao largo das disposições constitucionais, fora do seu espectro de normatividade, sob pena de se destinar a um temerário cenário de flagrante ilegalidade, produtor de consequências odiosas. O Poder Público, a pretexto de solucionar problemas urgentes, não pode relegar à Constituição a posição de coadjuvante. Cabe a qualquer sujeito constitucional procurar alternativas tomando-se por norte os princípios ali elencados, assegurando, assim, o necessário respeito ao nosso mais importante diploma legal.

9. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Suhrkam Verlag, 1986. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Constitucionalismo contemporâneo na jurisprudência do STF**. In Direito Constitucional: teoria geral da constituição / Clèmerson Marlin Clève, Luis Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais; v.1)

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Revista de Direito Administrativo. [S. I.], n. 240,p. 83-103, abr./jun.2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. In Direito Constitucional: teoria geral da constituição / Clèmerson Marlin Clève, Luis Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais; v.1)

BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10 ed. Brasília: UnB, 1999

BONAVIDES, Paulo**. Curso de Direito Constitucional**.. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina,2003.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **A erosão das bases do Estado Social de Direito e o impacto na efetivação dos direitos sociais.** Revista do Direito Público. Londrina. V. 8, n. 2, mai/ago, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ***Curso de direito constitucional.*** São Paulo: Saraiva, 2010.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. Tradução de Miguel Carbonell. Universidade de Gênova, ISONOMÍA, n. 16, Abril, 2002.

CORTEZ, Artur. **Normatividade e concretização: a legalidade constitucional**. O novo constitucionalismo na era positivista: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais.** Curitiba: Juruá. 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. **Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico**. In SARMENTO, Daniel (coord). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1977-1978.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

FARIAS, Paulo José Leite. **Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 10, n. 2, abr./jun., 1998.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição.** Max Limonad, 1986.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. Editora Max Limonad. 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998.** 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HESSE, Konrad. **Die normative KIraft der Verfassung**. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LEITE, Harrison Ferreira. **Quais os tipos de eficácia dos princípios?**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 76.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 14ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas.** 2ª ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999

SANCHES, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editora Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In SARMENTO, Daniel (coord). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. III.

SILVA, Ivan Luiz da. **Introdução aos princípios jurídicos**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 40 n. 160 out/dez. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7ª ed., São Paulo: Malheiros. 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS E A NATUREZA JURÍDICA PROPTER REM DA OBRIGAÇÃO

THIAGO VORACOSKI SANTOS: Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Direito Ambiental e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário UNINTER. Graduado em Direito pela Universidade Positivo. Advogado. Procurador Municipal.

RESUMO: O presente artigo analisa a responsabilidade civil por danos ambientais, sob a perspectiva de que, no Direito brasileiro e de acordo com a jurisprudência atual dos tribunais superiores, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a personalidade jurídica do degradador, público ou privado, proprietário ou administrador da área degradada, mesmo ocorrendo a ação exclusiva de terceiros, não isenta o proprietário de responsabilidade civil ambiental por dano ao bem protegido, **em que pese não ter contribuído para a deflagração do dano**. Trata-se da aplicação da responsabilização de feição objetiva e propter *rem*.

Palavras chave: Responsabilidade Civil. Dano Ambiental. Obrigação.

ABSTRACT: This article analyzes civil liability for environmental damages, under the perspective that, under Brazilian law and in accordance with the current jurisprudence of the higher courts, civil liability for environmental damage, whatever the legal personality of the debtor, public or private , owner or administrator of the degraded area, even in the event of the exclusive action of third parties, does not exempt the owner of environmental liability for damage to the protected good, in spite of not having contributed to the outbreak of damage. It is the application of objectively factual and propter rem.

Keywords: Civil responsability. Environmental Damage. Obligation.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1. Introdução. 2. A responsabilidade civil por danos ambientais e a natureza jurídica propter rem da obrigação. 3. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No atual contexto econômico e social, voltado à produção massiva de capitais, produtos, renda e de geração de riquezas, ocorrem vários fenômenos que transformam profundamente o meio ambiente, de modo que, inevitavelmente, diversas interferências do homem atingem de modo prejudicial, causando degradação ambiental.

Notadamente, um dos maiores problemas contemporâneos enfrentados pela humanidade diz respeito ao meio ambiente, sendo cada vez mais comum a ocorrência de danos ambientais que causam enormes prejuízos à coletividade, com alterações climáticas e extinção em larga escala de espécies da fauna e da flora.

Neste aspecto, mormente aos diversos negócios jurídicos celebrados entre particulares que consubstanciam a transferência de propriedade entre os homens, surge a necessidade de se verificar a responsabilidade civil por danos ambientais, conjugada com a obrigação de recuperar a degradação ambiental.

Tema de maior relevância e controvérsia entre particulares hodiernamente, o presente estudo analisa a questão da obrigação de recuperar a degradação ambiental, a qual recai sobre o titular da propriedade do imóvel, mesmo que não tenha contribuído para a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza ***propter rem*****.**

A metodologia de estudo utilizada abrange referenciais doutrinários, jurisprudenciais e análise de casos concretos, em cotejo com a legislação aplicável na esfera cível e ambiental.

Inicialmente, cumpre expor conceituações modernas de meio ambiente, de impacto ambiental, degradação ambiental e dano ambiental, com ênfase em legislação e doutrina.

Um passo a frente, a definição doutrinária de meio ambiente, o conceito de obrigações *propter rem,* bem como a responsabilidade civil pela reparação de danos ambientais.

Finalmente, será apresentado ao leitor casos concretos que foram levados aos tribunais, abrangendo todos os termos conceituados, quais sejam, meio ambiente, obrigações *propter rem,* bem como a responsabilidade civil pela reparação de danos ambientais.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS E A NATUREZA JURÍDICA PROPTER REM DA OBRIGAÇÃO

Inúmeros são os conceitos acerca do que vem a ser meio ambiente, degradação ambiental, impacto ambiental, dano ambiental, reparação do dano, responsabilidade civil objetiva e obrigação *propter rem*, ao passo que compete a este artigo jurídico, preliminarmente, a demonstração conceitual sob a perspectiva do direito moderno.

A Constituição Federal de 1988 tutelou o direito ao meio ambiente, nos seguintes termos:

> 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 a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

De acordo com a Lei Federal nº 6. 938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, depreende-se nestes termos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Sobre o conceito contido na Lei Federal nº 6. 938/81, Hugo Nigro Mazzilli preleciona que:

> O conceito legal e doutrinário e tão amplo que nos autoriza a considerar de forma praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar, ou seja, de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais, com base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis n. 6.938/81 e 7.347/85. Estão assim alcançadas todas as formas de vida, não só aquelas da biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região) como da biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existentes na biosfera, ou seja, todas as formas de vida em geral do planeta), e até mesmo está protegido o meio que as abriga ou lhes permite a subsistência. (MAZZILLI, 2007, p. 152)

Com o condão de ampliar a abrangência de todos os bens jurídicos tutelados, a Resolução CONAMA 306/2002 alargou o conceito de meio ambiente, dispondo que: "Meio Ambiente é o conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Outrossim, objetivando ampliar o conceito de meio ambiente, a ISO 14001/2004 define meio ambiente como "circunvizinhança em que uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

organização opera, incluindo-se ar, água, solo, recursos naturais, flora fauna, seres humanos e suas inter-relações".

Quanto a responsabilização do poluidor em decorrência de dano ambiental, de acordo com o §3° do Art. 225 da Constituição Republicana, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A responsabilidade é decorrência de toda manifestação humana, seja ativa ou omissiva, e tem como escopo impor a uma pessoa uma obrigação de reparar ou indenizar os danos sofridos por alguém. No âmbito cível, trata-se de cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, e no pagamento de condenação em dinheiro.

A degradação ambiental é resultante de um complexo interativo de fatores econômicos, políticos, tecnológicos e culturais. A degradação ambiental não surge apenas de fatores conjunturais ou do instinto humano. Como também suas consequências não só derivam do uso irracional dos recursos naturais, e sim de uma conjuntura, derivado do capitalismo, modernidade, industrialismo, urbanização e tecnocracia (LOUREIRO, 2008, p. 183).

O impacto ambiental deve ser entendido como uma ação que ocorre no meio ambiente, decorrente de fenômenos naturais, e de ações da humanidade. As consequências desses atos trazem problemas ao local de origem, da mesma forma que pode atingir outros lugares, chegando a níveis globais. O homem se constitui numa das figuras que torna a questão mais complexa, haja vista que ele intervém de forma extensa (ARAÚJO JUNIOR, 2006, p.1)

A doutrina conceitua dano ambiental como:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> (...) toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem. (MILARÉ, 2007, p. 812)

De acordo com a Lei Federal n° 6. 938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, degradação ambiental consiste em:

> Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

A esse respeito, José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala asseveram que:

> Na esfera do direito ambiental brasileiro, o legislador, através dos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, ambos da Lei 6.938/81 e art. 225, § 3º, da Constituição Federal, estabeleceu ao degradador a obrigação de *restaurar e/ou indenizar* os prejuízos ambientais. A opção do legislador indica que, em primeiro plano, deve se tentar a restauração do bem ambiental e, quando inviável esta, partir-se para a indenização por sucedâneo ou compensação. (LEITE, 2011, p. 212)

Tratando-se da obrigação de recuperar a degradação ambiental, dispensa-se a verificação do sujeito ativo que ensejou o dano, bastando a verificação da titularidade **da propriedade do imóvel, mesmo que o atual proprietário não tenha contribuído para a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza** ***propter rem*.**

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> AMBIENTAL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO "Não há como se eximir a adquirente desta obrigação legal, indistintamente endereçada a todos membros de uma coletividade, por serem estes, em última análise, os beneficiários da regra, máxime ao se considerar a função social da propriedade. (REsp 1.056.540/GO. Rel. Ministra Eliana Calmon. Data do Julgamento: 25.08.2009. 12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 843.036/PR. Rel. Ministro José Delgado. Data do Julgamento: 17.10.2006)

As obrigações *propter rem,* para Orlando Gomes, "nascem de um direito real do devedor sobre determinada coisa" (GOMES, 2008, p. 21).

Arnoldo Wald preleciona que obrigações "derivam da vinculação de alguém a certos bens, sobre os quais incidem deveres decorrentes da necessidade de manter-se a coisa" (WALD, 2006, p. 60).

Sobre a questão da reparação integral do dano ambiental, a doutrina dispõe que:

> (...) a reparação integral do dano ao meio ambiente deve compreender não apenas o prejuízo causado ao bem ou recurso ambiental atingido, como também, na lição de Helita Barreira Custódio, toda a extensão dos danos produzidos em consequência do fato danoso, o que inclui os efeitos ecológicos e ambientais da agressão inicial a um bem ambiental corpóreo que estiverem no mesmo encadeamento causal, como, por exemplo, a destruição de espécimes,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> habitats e ecossistemas inter-relacionados com o meio afetado; os denominados danos interinos vale dizer, as perdas de qualidade ambiental havidas no interregno entre a ocorrência do prejuízo e a efetiva recomposição do meio degradado; os danos futuros que se apresentarem como certos, os danos irreversíveis à qualidade ambiental e os danos morais coletivos resultantes da agressão a determinado bem ambiental. (MIRRA, 2004, p. 317)

Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra Direito Ambiental Brasileiro, ressalta que a responsabilidade objetiva ambiental significa que, quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo, sem a necessidade de questionamentos sobre os motivos e a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar (MACHADO, 2004, p. 326-327).

Com relação as situações concretas, especialmente em situações recorrentes de desmatamento ambiental, a obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O novo proprietário assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça:

> AMBIENTAL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MÍNIMO ECOLÓGICO. DEVER DE REFLORESTAMENTO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. ART. 18, § 1º, DO CÓDIGO FLORESTAL de 1965. REGRA DE TRANSIÇÃO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 1. Inexiste direito ilimitado ou absoluto de utilização das potencialidades econômicas de imóvel, pois antes até "da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente" (EREsp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 9.2.2009), tarefa essa que, no regime constitucional de 1988, fundamenta-se na função ecológica do domínio e posse.
>
> [...]
>
> 3. "A obrigação de reparação dos danos ambientais é propter rem" (REsp 1.090.968/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010), sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O "novo proprietário assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento. Logo, a obrigação de reflorestamento com espécies nativas pode "ser imediatamente exigível do proprietário atual, independentemente de qualquer indagação a respeito de boa-fé do adquirente ou de outro nexo causal que não o que se estabelece pela titularidade do domínio" (REsp 1.179.316/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 29.6.2010).

Assim, o adquirente torna-se responsável pelo passivo ambiental do imóvel adquirido. Afirmar contrariamente ensejaria a tormentosa situação de ausência de responsabilidade pelo dano, uma vez que bastaria consumar a infração e desfazer-se do bem lesado para que o dano ambiental estivesse consolidado e legitimado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sem qualquer ônus reparatório. Extrai-se a necessidade de evitar essa lacuna e da possibilidade de impunidade pela ofensa ambiental, logo, a obrigação de reparação segue a coisa (*propter rem)*, independentemente do atual titular do domínio/posse.

Vale ressaltar que o simples fato de o novo proprietário se omitir quanto à regularização ambiental, consubstancia-se em nexo causal entre a conduta e o dano.

Nesse sentido, Laila Abud preleciona que:

> Assim, a título exemplificativo, se determinada construção foi realizada em área de preservação permanente ou certo imóvel rural esteja irregular quanto à identificação e registro da reserva legal, não basta ao novo proprietário – que adquiriu a propriedade já naquele estado – promover, respectivamente, a demolição da construção ou averbação da área nos termos da Lei. Imperioso que também adote as medidas adequadas para recuperar ou compensar o dano causado, promovendo a recuperação de áreas degradadas, o replantio de espécies raras, o reflorestamento de determinada área etc. (ABUD, 2011)

Destarte, impõe-se as devidas cautelas aos adquirentes de imóvel, especialmente no meio rural, pois, se existir alguma degradação, aparente ou não, necessariamente assume a obrigação pelo passivo ambiental, surgindo o dever de recuperar a área.

Mesmo nos casos em que exista dúvida sobre a conduta do agente (proprietário ou possuidor), não estaria afastado o dever de recuperar a área degradada, tendo em vista o sistema de responsabilidade objetiva decorrente de danos ambientais. A restauração do dano, conforme preconiza a ordenamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

jurídico vigente, configura-se verdadeira obrigação imposta ao proprietário ou possuidor da área degradada.

Forte nestes argumentos, os atuais proprietários possuem a responsabilidade direta sobre as atividades desenvolvidas na área, v.g., edificações, e pelos danos ambientais que se consumaram ou tiveram continuação, por ação ou omissão do proprietário.

Não obstante a Constituição Federal de 1988 estabelecer a tríplice responsabilidade ambiental (cível, penal e administrativa), o adquirente não pode ser punido nas esferas administrativa e criminal por fatos que precederam sua posse ou propriedade sobre o bem.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de abordar didaticamente a distinção da responsabilidade civil, penal e administrativa na esfera ambiental:

> AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA APLICADA ADMINISTRATIVAMENTE EM RAZÃO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MULTA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA, DIFERENTE DA OBRIGAÇÃO CIVIL DE REPARAR O DANO.
>
> [...]
>
> 5. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação propter rem, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos. Foi essa a jurisprudência invocada pela origem para manter a decisão agravada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[...]

9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual "[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

11. O art. 14, caput, também é claro: "[s]em prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]".

12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou

> indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo).
>
> 13. Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo propter rem, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois).
>
> (REsp 1251697/PR,Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 12/04/2012,DJE 17/04/2012)

Conforme o julgado supracitado, pelo princípio da intranscendência das penas, com base no Art. 5º, inc. XLV da Constituição Federal de 1988, aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível responsabilizar penal e administrativamente o adquirente por fatos que precederam sua posse ou propriedade sobre o bem.

Conclui-se do julgado que a aplicação de penalidades administrativas e penal não obedecem à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda manifestação humana, seja omissiva ou comissiva, que cause degradação ambiental, tem como escopo impor a obrigação de reparar ou indenizar os danos, mesmo existindo causas que afastem a responsabilidade civil, haja vista que na esfera ambiental a obrigação de reparar a degradação ambiental adere-se à propriedade.

Tendo em vista o exposto no decorrer deste estudo, conclui-se que predomina na doutrina e na jurisprudência a tese de que a **obrigação de recuperar a degradação ambiental é do titular da propriedade do imóvel, mesmo que não tenha contribuído para a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza** *propter rem***.**

Evidenciou-se que recaí ao adquirente da propriedade a responsabilidade objetiva do pelo passivo ambiental do imóvel adquirido, mesmo que preexistente o dano ou culpa exclusiva de terceiros.

A dinâmica dos países e sociedades vem se transformando rapidamente, de forma que a previsão de uma vida futura em um ambiente natural e de boa qualidade, tal qual temos hoje, são improváveis se a política ambiental não for repensada, bem como na busca incessante pelo aprimoramento de mecanismos legislativos, judiciários e de aplicação prática pelos tribunais, tais como a responsabilidade civil objetiva pelos danos ambientais, fazendo com que todos, independentemente se causadores ou não de danos ambientais, repensem suas atitudes para com a coletividade, garantindo para as presentes e futuras gerações um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ABUD Leila. **A responsabilidade ambiental como obrigação propter rem**. Disponível em: < http://www.edgardleite.com.br/publicacoes/artigos/2011/02/a-

responsabilidade-ambiental-como-obrigacao-propter-rem/>. Acesso em: 02-12-2016.

ARAUJO JUNIOR, Arlindo Matos de. **Geografia: Impactos Ambientais.** (Tutorial) Dezembro de 2006. Disponível em <

http://www.juliobattisti.com.br/tutoriais/arlindojunior/geografia036.asp >

Acesso em 03-12-2016.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo; LAYRARGUES, Philippe Pomier; CASTRO, Ronaldo Souza de. (orgs.); **Sociedade e meio ambiente: a educação ambiental em debate**. 5ªed. São Paulo: Cortez, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2007.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 05 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery, in. **Aspectos Processuais do Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: CONTORNOS CONCEITUAIS E DIMENSÕES EFICACIAIS

LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA: Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Diretor de Prerrogativas da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região — AMATRA VI (gestão 2018/2020). Professor. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho (IBDT).

RODOLFO PAMPLONA FILHO[76]

(Coautor)

Resumo: O presente artigo dedica-se à investigação acerca do conteúdo jurídico do princípio da função social da propriedade, bem como da sua eficácia no ordenamento pátrio.

76 Juiz Titular da 32a Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador — UNIFACS. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Coordenador do Curso de Pós-Graduação on-line em Direito Contratual e em Direito e Processo do Trabalho da Estácio, em parceria tecnológica com o CERS. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM — Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho — ANDT). Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1 Introdução. 2 Achegas para a compreensão da função social da propriedade. 3 A constitucionalização da função social da propriedade. 4 Dimensões eficaciais da função social da propriedade. 5 Função social da propriedade e função social do contrato. 6 Conclusões. Referências bibliográficas.

1 Introdução

Há cerca de trinta anos, a Constituição Cidadã, ao consagrar o princípio da função social da propriedade nos Títulos destinados aos Direitos e Garantias Fundamentais e à Ordem Econômica e Financeira, determinou uma revolucionária alteração de perspectiva, no Direito Constitucional e no Direito Civil, em relação à propriedade.

Compreendida não como uma limitação externa a um direito subjetivo, mas como aspecto integrante de uma situação jurídica complexa, a função social da propriedade impõe nova configuração a um instituto milenar.

No presente trabalho, enfrentaremos as desafiadoras questões da sua delimitação conceitual e das potencialidades das suas dimensões eficaciais.

Para tanto, cumpre-nos examinar, em um primeiro momento, a construção histórica da noção de função social da propriedade. É o que realizaremos a seguir.

2 Achegas para a compreensão da função social da propriedade

Historicamente, atribui-se a Leon Duguit a maior influência e inspiração da produção doutrinária e legislativa brasileira acerca da teoria da função social da propriedade[77]. Sua concepção de que os direitos somente se justificam pela missão social para a qual devem contribuir, devendo o proprietário se comportar e ser

77 Para um aprofundamento sobre o tema, confira-se o belíssimo artigo de MALDANER, Alisson Thiago; e AZEVEDO, Fatima Gabriela Soares de. León Duguit e a Função Social da Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro – uma abordagem crítica na perspectiva da História do Direito. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y75l2/pwYDAX1whP0Pqf36.pdf>, acesso em 15.fev.2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

considerado, em relação a seus bens, como alguém que realiza uma função é fundamental para a compreensão do tema. Nessa linha, confira-se o seguinte texto, trazido à tona por Orlando Gomes:

> A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a *função social* do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder[78].

Assim, temos que a funcionalização da propriedade traz conformação ao seu exercício, uma vez que a expressão *função* sobrepõe-se à tradicional ideia de *estrutura* com que se vislumbravam tradicionalmente os institutos jurídicos.

Norberto Bobbio, insuperável jusfilósofo, em obra lapidar, há muito destacou a prevalência das abordagens estruturalistas na construção da visão moderna do Direito, sublinhando que "aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito s preocuparam muito mais em saber 'como o direito é feito' do que 'para que o direito serve'. A consequência disso foi que a análise estrutural foi levada muito mais a fundo do que a análise funcional"79.

---

[78] DUGUIT, Léon. Traité de Droit Constitutionel, t. 3 *apud* GOMES, Orlando. Direitos Reais. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 126.

79 BOBBIO, NORBERTO. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. 53/54.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O perfil funcional dos institutos jurídicos, consoante nos esclarece Pietro Perlingieri, expressa sua razão de ser, concorre para a definição da sua estrutura e, em tal processo, concebe, relativamente à respectiva situação jurídica, um plexo de poderes, deveres e ônus ao seu titular80. Daí a proposta do ilustrado jurista napolitano de compreensão da noção de função como "síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora", referindo-se "não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante"81.

Nessa toada, a função social da propriedade não pode ser visualizada como um fator externo que vem a constranger o proprietário, impondo-lhe artificialmente limites aos quais, originariamente, não estaria adstrito.

Em verdade, a função social integra a conformação interna do instituto da propriedade, sendo dela indissociável. Não se trata, pois, de figura "autônoma, mas sim parte essencial da garantia e do reconhecimento da propriedade privada, a razão da própria tutela da apropriação privada"82. Não há, pois, espaço para cogitar-se do proprietário como sujeito dotado de poderes ilimitados, condicionados apenas por seu próprio arbítrio83.

Logo, consoante pondera Gustavo Tepedino, a propriedade

80 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 95/96 e 106/107.
81 Ibidem, p. 96.
82 PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 942. A seu turno, assevera Eros Grau que o "princípio da função social da propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade" (**A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 251).
83 SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social *in* **Direito Civil Constitucional**. KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (Coord.). São Paulo: Atlas, 2016, p. 105.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade84.

A partir de tais constatações, duas relevantes conclusões devem ser objeto de detida atenção.

A primeira delas diz respeito à crítica (doutrinária e política) à positivação da função social da propriedade como um flerte do legislador com ideologias de matiz comunista.

A precipitada objeção revela-se irremediavelmente equivocada. Não se propugna, por incidência do princípio da função social, a abolição da apropriação particular. Bem ao revés: a função social pressupõe a propriedade privada dos bens85.

84 TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada *in* **Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito**. DIREITO, Carlos Menezes (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 321-322.

85 "O primeiro ponto a salientar, no tratamento da matéria, respeita ao fato de que, embora isso passe despercebido da generalidade dos que cogitam da função social da propriedade, é seu pressuposto necessário a propriedade privada. (...) Não obstante, embora a afirmação da função social da propriedade compreenda, prévia — porém não declarada, explicitamente — afirmação da propriedade privada, umas tantas vezes a primeira afirmação foi e permanece sendo, tida como 'revolucionária'" (Grau, Eros Roberto. Op. cit., p. 237).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A segunda importante conclusão diz respeito à percepção de que a função social incide sobre as variadas espécies de propriedade86, observando-se, naturalmente, suas peculiaridades, características e utilidades.

Na lição de Perlingieri, a função social é uma

> constante de qualquer estatuto proprietário, cada um dos quais tem uma função peculiar de acordo com o tipo de pertinência (*appartenenza*), a entidade e a extensão do bem, a unidade ou a pluralidade dos sujeitos titulares ou a sua qualificação, isto é, de acordo com as circunstâncias históricas que caracterizam a concreta composição de interesses; de modo que a função social não é rígida, mas flexível, capaz de se adequar às mudanças legislativas e de fato87.

É dizer: assim como é possível vislumbrar a existência de distintas propriedades, dotadas de regimes jurídicos (ou estatutos) específicos, é imperioso reconhecer a existência de distintas conformações da função social, adequadas às especificidades de cada propriedade88. Daí, por exemplo, a diversidade de

86 Em sentido diverso, entendendo pela existência de uma função social e de uma função individual da propriedade, sustenta Eros Grau: "Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre função individual. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo, capitalistas e, como vimos, socialistas. A essa propriedade não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, as disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal" (Grau, Eros Roberto. Op. cit., p. 240). Por sua vez, pondera Marcos Alcino de Azevedo Torres que mesmo bens destinados exclusivamente à subsistência do indivíduo cumprem uma função social: "Incide também, em sentido amplo, em bens necessários ao atendimento das necessidades individuais do titular e de sua família, haja vista que, ao atender tais necessidades, estará o bem, necessariamente, cumprindo sua função social" (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 224).

87 PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 942.

88 "Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tratamento conferido pela Carta de 1988 à função social em relação à propriedade urbana (art. 182) e à propriedade rural (art. 186).

Precisamente por isso, está condenada ao fracasso qualquer tentativa de enumeração exaustiva e apriorística, aplicável genericamente a qualquer modalidade de bem jurídico, do conjunto de deveres, faculdades e ônus decorrentes da função social da propriedade.

A partir de tais considerações, é possível, antes de avançarmos ao exame do fenômeno da constitucionalização do instituto em estudo, estabelecer as seguintes conclusões provisórias:

a) A inclusão da função social da propriedade no art. 5º da Constituição Federal, nomeadamente no Título reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, evidencia que ela não desnatura a condição de direito individual do direito de propriedade;

b) A função social da propriedade integra a configuração interna do direito de propriedade, não podendo ser compreendida como simples fator de limitação externa;

c) A função social da propriedade condiciona a legitimidade do exercício do direito de propriedade à maximização do bem-estar social, à luz dos interesses da coletividade consagrados no ordenamento jurídico.

3 A constitucionalização da função social da propriedade

A Constituição Federal de 1988 consagrou, de maneira expressa, a função social da propriedade nos arts. 5º, inciso XXIII, 170, inciso III (como princípio da

estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo" TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada *in* **Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito**. DIREITO, Carlos Menezes (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 321-322.

ordem econômica), 182 (propriedade urbana), 184 (desapropriação de imóvel rural) e 186 (propriedade rural).

Se, no passado, havia quem se assustasse com tal menção, atribuindo-lhe uma perspectiva de sucumbência ao "medo do perigo vermelho", o fato é que a compreensão da propriedade não pode prescindir da concepção social.

E não é de agora. Com efeito, a vinculação do exercício da propriedade privada ao interesse social pode ser identificada na tradição do constitucionalismo pátrio.

A Constituição de 1934 previa a impossibilidade de emprego da propriedade em desfavor do interesse social, *in verbis*:

> *Art. 113, 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.*

A Constituição Polaca, outorgada em 1937, assegurou, em seu art. 122, o direito de propriedade, sem, contudo, destacar expressamente o condicionamento da legitimidade da sua utilização à proteção do interesse social, limitando-se a prever que "seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício".

Restaurada a ordem democrática no Brasil, a Carta de 1946 estabeleceu, no art. 147, que o "uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Lei Maior de 1967 garantiu o direito de propriedade (art. 150) e, ao fixar o regime jurídico da Ordem Econômica, elencou, como um dos seus princípios, a função social da propriedade (art. 157, inciso III).

A (formalmente considerada) Emenda Constitucional n.º 01/1969 manteve a referida diretriz, consoante se depreende dos seus arts. 153 e 160, inciso III.

Sendo assim, a consagração, quase vinte anos depois, da função social da propriedade na Carta Cidadã não deveria surpreender a quem quer que seja. É bem verdade que o constituinte de 1988 optou por restringir a margem de conformação do legislador ordinário ao estabelecer diretrizes específicas no tocante à matéria (vide arts. 182, 184 e 186). No entanto, a ideia central já estava presente em todas as Constituições do século XX (ressalvada a de 1937), em consonância, registre-se, com uma tendência verificável em diversas nações ocidentais.

Aqui, outro aspecto merece atenção: a elevação da função social da propriedade ao *status* constitucional não consiste em uma idiossincrasia brasileira, estando, em verdade, inserida no contexto do constitucionalismo contemporâneo.

Deveras, a Constituição Mexicana de 1917 previa, no art. 27, que "*la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público (...)*".

Por sua vez, a Constituição de Weimar, de 1919, dispunha, em art. 153, que a "propriedade obriga. Seu uso deve servir também ao bem comum"89. A fórmula veio a ser repetida na Lei Fundamental alemã de 1949 (art. 14, 2).

A Constituição italiana de 1948, a seu turno, estabelece, no art. 42, que a "propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina os modos

89 Tradução livre dos autores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de aquisição, de gozo e limites, a fim de assegurar a sua função social e torná-la acessível a todos"90.

A Constituição espanhola de 1978, como um último exemplo, expressamente reconhece os direitos à propriedade e à herança, determinando que a "*función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*".

A constitucionalização da função social trata-se, como dito, de fenômeno intimamente atrelado ao movimento do constitucionalismo contemporâneo.

Assentada tal premissa, cumpre-nos avançar para a compreensão das variadas dimensões de eficácia assumidas pela função social da propriedade.

4 Dimensões eficaciais da função social da propriedade

O princípio da função social integra, como visto, o conteúdo dos direitos de propriedade, gerando múltiplos efeitos jurídicos no ordenamento. A partir da análise da natureza dos efeitos produzidos em decorrência da sua incidência, é possível identificar as dimensões eficaciais da função social da propriedade a seguir expostas.

a) Dimensão restritiva do exercício de posições jurídicas: A função social da propriedade impõe, numa primeira perspectiva, um plexo de limitações à atuação do proprietário, proscrevendo condutas incompatíveis com a contribuição para o bem-comum. Na lição de Pietro Perlingieri, a "função social, construída como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativa voltada

90 Tradução livre dos autores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a comprimir os poderes proprietários, os quais, sem os limites, ficariam íntegros e livres"91.

Assim, por exemplo, não poderá o proprietário de imóvel urbano conferir-lhe destino incompatível ou adotar comportamento em desconformidade com as determinações contidas no plano diretor, em virtude do disposto no art. 182, §2º, da Constituição Federal, que estabelece que a "propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor".

Condutas conflitantes com o plano diretor não se inserem, portanto, no âmbito do lícito exercício do direito de propriedade urbana.

Em verdade, de maneira geral, quaisquer atos em descompasso com a função social da propriedade estão vedados no ordenamento pátrio, conclusão extraível dos arts. 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, da Carta Constitucional e que, posteriormente, veio a ser consagrada no art. 2.035, parágrafo único, do CC/02.

Novamente acompanhando a ponderação de Perlingieri, é necessário compreender que a "autonomia não é livre arbítrio: os atos e as atividades não somente não podem perseguir fins anti-sociais ou não-sociais, mas, para terem reconhecimento jurídico, devem ser avaliáveis como conformes à razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido. A autonomia não se opõe ao controle"92.

Outra hipótese de limitação fundada na Constituição ao exercício de posições jurídicas decorrente da função social diz respeito ao tombamento (art. 216, §1º), voltado à preservação do patrimônio cultural brasileiro.

91 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226.
92 PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 947.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É interessante observar, aqui, que a incidência da função social não redundará apenas na restrição à atuação do proprietário privado da coisa, mas, de acordo com o caso, também aos demais entes particulares e públicos em seu entorno, uma vez que o Decreto-Lei n.º 25/37, responsável pela disciplina do tombamento, exige, em seu art. 18, autorização administrativa para, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade.

Verifica-se, portanto, que, sob a dimensão restritiva do exercício de posições jurídicas, a função social da propriedade não afeta apenas a esfera jurídica do seu titular, mas também de terceiros, adstritos à sua observância.

b) Dimensão promocional (ou impositiva do exercício de posições jurídicas): sob a ótica em tela, a função social da propriedade impõe, por intermédio do exercício desta, o alcance de determinadas finalidades reputadas socialmente úteis. A titularidade da propriedade não está apenas inexoravelmente acompanhada de um conjunto de restrições, mas, também, de um plexo de deveres, concebidos de acordo com o perfil de cada espécie de propriedade, com o propósito de colaboração para a obtenção do bem-estar da coletividade. É dizer: conforme adverte a Lei Fundamental alemã, a propriedade obriga.

Nessa ordem de ideias, assenta Pietro Perlingieri que o "conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social"93.

A dimensão promocional da função social da propriedade recebeu acentuado destaque na Carta de 1988.

93 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com efeito, seu art. 182 institui como pressupostos ao cumprimento da função social da propriedade rural o aproveitamento racional e adequado do solo, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho, bem como a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Resta evidenciado, portanto, em coerência com os objetivos fundamentais da República (art. 3º da Lei Maior), que a preocupação do constituinte não estava limitada à obtenção de proveito econômico pelo uso da propriedade rural (conquanto tal elemento seja igualmente valioso à Ordem Econômica estabelecida pela Constituição Cidadã), mas também direcionada à concretização da proteção ao meio ambiente, à utilização sustentável dos recursos naturais e à melhoria das condições sociais da comunidade de trabalhadores e proprietários envolvidos com a exploração do imóvel rural.

No meio urbano, a realização da função social da propriedade está condicionada ao atendimento das imposições de ordenação da cidade expressas no plano diretor, sendo possível ao Poder Público municipal exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento (art. 182, §§2º e 4º).

Sem desprestígio à dimensão restritiva do exercício de posições jurídicas, não há dúvidas de que é na dimensão promocional que a função social da propriedade revela com maior intensidade seu potencial transformador da realidade, impondo a compreensão de que propriedade não se destina exclusivamente à satisfação individual, como também à concretização do ideal de solidariedade social preconizado como objetivo fundamental da República (art. 3º) e finalidade da Ordem Econômica.

c) Dimensão sancionatória negativa: Umbilicalmente ligada à dimensão promocional, apresenta a função social da propriedade uma dimensão

sancionatória negativa94, consistente na imposição de consequências gravosas ao titular da propriedade que não realiza os ditames do princípio da função social. Trata-se, inquestionavelmente, de relevante instrumento voltado a assegurar que a função social da propriedade não seja reduzida a uma mera declaração de boas intenções.

Nessa linha de intelecção, o art. 182, §4º, da CF/88 prevê a possibilidade, em meio urbano, de utilização, sucessivamente, das seguintes medidas em relação à propriedade de solo não edificado, subutilizado ou não utilizado: parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais

No plano infraconstitucional, o Estatuto das Cidades (Lei n.º 10.257/01) prevê, no art. 4º, tais sanções negativas como instrumentos da política urbana, detalhando, a partir do art. 5º, os procedimentos para seu manejo.

A seu turno, o art. 184 da Lei Maior fixa a competência da União para a desapropriação por interesse social, para realização de reforma agrária, do "imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real,

94 Norberto Bobbio advertiu, há muito, a respeito da importância da percepção de que o vocábulo sanção não necessariamente está vinculado a uma consequência negativa: "Na literatura filosófica e sociológica, o termo 'sanção' é empregado em sentido amplo, para que nele caibam não apenas as consequências desagradáveis da inobservância das normas, mas também as consequências agradáveis da observância, distinguindo-se, no *genus* sanção, duas *species*: as sanções positivas e as sanções negativas" (BOBBIO, NORBERTO. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução d e Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p. 7)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei".

O Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504/64), a propósito, prevê ainda a utilização da tributação progressiva como mecanismo para "desestimular os que exercem o direito de propriedade sem observância da função social e econômica da terra" (art. 47).

A Constituição de 1988 prevê, ainda, a expropriação e destinação à reforma agrária e a programas de habitação popular das propriedades rurais e urbanas de onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo, a evidenciar, também aqui, o necessário tratamento rigoroso aos agentes que promovem, mediante sua atividade, resultados altamente nocivos ao interesse da coletividade.

d) Dimensão interpretativa: Conquanto as reflexões em torno da função social da propriedade frequentemente sejam destinadas aos impactos da sua incidência em relação aos particulares, tal princípio impõe condutas também ao Poder Público, inclusive ao Judiciário, nomeadamente em sua dimensão interpretativa.

Compete ao julgador, ao interpretar leis e atos privados submetidos à sua apreciação, assegurar o resultado que promova a realização, na maior medida possível, do princípio da função social da propriedade.

Na lição de Perlingieri, a

> função social é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores do direito. O intérprete deve não somente suscitar formalmente as questões de dúbia legitimidade das normas, mas também propor uma interpretação em conformidade com os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> princípios constitucionais. A função social é operante também à falta de uma expressa disposição que a ela faça referência; ela representa um critério de alcance geral, um princípio que legitima a extensão em via analógica daquelas normas, consideradas excepcionais no ordenamento pré-constitucional, que têm um conteúdo que, em via interpretativa, resulta como concretizador do princípio95.

Sob a perspectiva da funcionalização, a própria metodologia do processo interpretativo deve ser reavaliada pelo julgador, consoante adverte Gustavo Tepedino:

> A adoção desta perspectiva funcional enseja, igualmente, a necessidade de revisão de diversos cânones do direito privado. Primeiramente, impõe-se a superação da utilização da técnica da subsunção para a aplicação das normas jurídicas. Tal método, baseado no raciocínio silogístico, limita-se a enquadrar o fato (premissa menor) à *fattispecie* abstrata prevista na norma (premissa maior), daí decorrendo a conclusão, pretensamente rigorosa, de modo a mascarar as escolhas ideológicas do intérprete. Deve-se, ao revés, no processo unitário de interpretação e qualificação do fato, confrontar o fato com o inteiro ordenamento jurídico, com vistas a determinar a disciplina jurídica aplicável para a hipótese concreta96.

95 PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 947.
96 TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a Função Social dos Contratos**. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos/.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e) Dimensão legitimadora de intervenções legislativas: A função social da propriedade, consoante já ressaltado, não produz efeitos somente em face dos particulares, mas também do Poder Público, conformando, inclusive, o âmbito de atuação do legislador infraconstitucional.

Nesta dimensão, a função social da propriedade impõe a criação, em conformidade com seus ditames, de estatutos jurídicos adequados a cada espécie de propriedade, operando em dois distintos sentidos: evitando que o regime da propriedade considere exclusivamente os interesses do seu titular, de modo a eliminar a possibilidade de proveito social decorrente do seu exercício; evitando que a preocupação legislativa com a promoção do bem-estar social importe, na prática, em supressão das potencialidades da fruição individual do bem. Em outras palavras: sob a perspectiva em comento, a função social veda excessos e insuficiências na concepção legislativa dos estatutos das propriedades, seja sob a ótica do aproveitamento individual, seja sob a do interesse da coletividade97.

Permite-se, assim, consoante assinala Perlingieri,

> verificar se o órgão legislativo, ao realizar uma valoração dos fins de utilidade geral e dos meios para realizá-los, não tenha sido orientado por critérios ilógicos, arbitrários e contraditórios, e verificar se os meios predispostos sejam idôneos para realizar as finalidades que a normativa constitucional indica. Esta última impõe ao legislador ordinário a prefixação não somente de um estatuto que não

97 "O estatuto normativo, em relação a determinados sujeitos e às particularidades que o caracterizam, deve ter um mínimo, o seu mínimo, isto é, o seu conteúdo. Nesta perspectiva deve ser exercido o controle sobre a atividade do proprietário, sobre os seus comportamentos. A função social não pode, em caso algum, contrastar o conteúdo mínimo: função social e conteúdo mínimo são aspectos complementares e justificativos da propriedade" (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 231).

> conceda ao titular poderes supérfluos ou contraproducentes em relação ao interesse positivamente tutelado, mas também um estatuto que, em positivo, conceda ao titular os poderes necessários para perseguir o interesse (determinável a cada vez e) constitucionalmente relevante98.

Nesse diapasão, vide, por exemplo, as medidas específicas dirigidas à atuação do legislador para assegurar a concretização da função social da

98 PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 946/947.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

propriedade nos arts. 2º, § 2°99, e 47100 da Lei n.º 4.504/64 (Estatuto da Terra) e nos arts. 2°101, 39102, e 47103 da Lei n.º 10.257/01 (Estatuto das Cidades).

---

99 Art. 2º, § 2° É dever do Poder Público:
a) promover e criar as condições de acesso do trabalhador rural à propriedade da terra economicamente útil, de preferencia nas regiões onde habita, ou, quando as circunstâncias regionais, o aconselhem em zonas previamente ajustadas na forma do disposto na regulamentação desta Lei;
b) zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para a sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo.
100 Art. 47. Para incentivar a política de desenvolvimento rural, o Poder Público se utilizará da tributação progressiva da terra, do Imposto de Renda, da colonização pública e particular, da assistência e proteção à economia rural e ao cooperativismo e, finalmente, da regulamentação do uso e posse temporários da terra, objetivando:
I - desestimular os que exercem o direito de propriedade sem observância da função social e econômica da terra;
II - estimular a racionalização da atividade agropecuária dentro dos princípios de conservação dos recursos naturais renováveis;
III - proporcionar recursos à União, aos Estados e Municípios para financiar os projetos de Reforma Agrária;
IV - aperfeiçoar os sistemas de controle da arrecadação dos impostos.
101 Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;
IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;
VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
f) a deterioração das áreas urbanizadas;
g) a poluição e a degradação ambiental;

Assentadas tais premissas, cumpre-nos, por fim, desenvolver algumas reflexões a respeito da função social do contrato.

5 Função social da propriedade e função social do contrato

A socialização do contrato não é ideia nova.

A partir do momento em que o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, abandonando o ultrapassado papel de mero expectador da

h) a exposição da população a riscos de desastres.
VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;
VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;
IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;
XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;
XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;
XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;
XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;
XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;
XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.
XVII - estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais.
XVIII - tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento.
102 Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.
103 Art. 47. Os tributos sobre imóveis urbanos, assim como as tarifas relativas a serviços públicos urbanos, serão diferenciados em função do interesse social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ambiência econômica, a **função social do contrato** ganhou contornos mais específicos.

Registre-se, nesse ponto, a arguta observação da magistral GISELDA HIRONAKA a respeito da intelecção da palavra "social":

> Ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta idéia-princípio, a um só tempo antiga e atual, denominada 'doutrina da função social'[104].

O contrato é figura que acompanha as mudanças de matizes da propriedade, experimentando inegável interferência deste direito.

Ora, ao constatarmos o inafastável conteúdo político da propriedade, erigida à condição de direito fundamental na Carta da República, é forçoso convir que as modificações no seu trato ideológico refletir-se-iam na seara contratual.

A partir do momento em que se começou a perceber que a propriedade somente mereceria tutela se atendesse a uma determinada finalidade social, abandonou-se o antigo modelo *oitocentista* de concepção desse direito, que cederia lugar a uma doutrina mais afinada aos anseios da sociedade atual.

Com isso, socializando-se a noção de propriedade, o contrato, naturalmente, experimentaria o mesmo fenômeno, ainda que o reconhecimento

104 HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Direito Civil - Estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 105.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

legal dessa alteração no seu trato ideológico não houvesse se dado de forma imediata.

Humberto Theodoro Jr., citando o competente professor curitibano Paulo Nalin, na busca por delimitar as suas bases de intelecção, lembra-nos, com acerto, que a função social manifesta-se em dois níveis[105]:

a) intrínseco – o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais, impondo-se o respeito à lealdade negocial e à boa fé objetiva, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes;

b) extrínseco – o contrato em face da coletividade, ou seja, visto sob o aspecto de seu impacto eficacial na sociedade em que fora celebrado.

De fato, são perfeitamente adequados a sistematização e o trato ideológico da função social do contrato, segundo a doutrina de Nalin.

Sem pretender exaurirmos esforços na hercúlea tarefa de definir, a função social do contrato poderá, por outro lado, ser **delimitada** no espaço jurídico de atuação em que se projeta.

Em um primeiro plano, a socialização da ideia de contrato, na sua perspectiva intrínseca, propugna por um tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais.

Nesse sentido, repercute necessariamente no trato ético e leal que deve ser observado pelos contratantes, em respeito à clausula de boa-fé objetiva.

E nessa perspectiva, temos que a relação contratual deverá compreender, não apenas os **deveres jurídicos gerais** e de cunho patrimonial (de dar, fazer, ou

105 THEODORO JR., Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 43.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

não fazer), bem como deverão ser levados em conta os **deveres anexos ou colaterais** que derivam desse esforço socializante.

Com isso, obrigações até então esquecidas pelo individualismo cego da concepção clássica de contrato ressurgem gloriosamente, a exemplo dos *deveres de informação, confidencialidade, assistência, lealdade* etc. E todo esse sistema é, sem sombra de dúvidas, informado pelo princípio maior de **proteção da dignidade da pessoa humana.**

Em um segundo plano, o contrato é considerado como um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social.

Isso mesmo: desenvolvimento social.

Sem o contrato, a economia e a sociedade se estagnariam por completo, fazendo como que retornássemos a estágios menos evoluídos da civilização humana.

Ocorre que todo desenvolvimento deve ser sustentado, racionalizado e equilibrado.

Por isso, ao concebermos a figura do contrato – quer seja o firmado entre particulares, quer seja o pactuado com a própria Administração Pública – não poderíamos deslocá-lo da conjuntura social que lhe dá ambiência.

Consoante inferimos linhas acima, como chancelar como válido, por exemplo, um negócio que, posto atenda aos seus pressupostos formais de validade, desrespeite leis ambientais ou pretenda fraudar leis trabalhistas?

Na mesma linha, não se pode admitir contratos que violem a livre concorrência, as leis de mercado ou os postulados de defesa do consumidor, sob o pretexto de se estar incentivando a livre iniciativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nessa mesma linha de intelecção, é o pensamento de EDUARDO SENS DOS SANTOS:

> O contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da idéia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade – em suma, que o contrato seja socialmente justo[106].

Com isso, repita-se, não se está pretendendo aniquilar os princípios da *autonomia da vontade (ou autonomia privada)* ou do *pacta sunt servanda,* mas, apenas, temperá-los, tornando-os mais vocacionados ao bem-estar comum, sem prejuízo do progresso patrimonial pretendido pelos contratantes.

Em outras palavras: não pode ser considerado justo o modelo de contrato que só contemple a manifestação de vontade da parte declarante, seguindo diretriz tipicamente liberal, impondo-se, outrossim, a observância dos limites traçados pela

106 SANTOS, Eduardo Sens. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato *in* **Revista Brasileira de Direito Privado**, n. 10. São Paulo: RT, Abril-Junho de 2002, pág. 29.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

própria ordem social, a fim de que a perseguição dos interesses das partes contratantes não esbarre em valores constitucionais superiores, condensados sinteticamente no princípio da dignidade da pessoa humana.

6 Conclusões

Ao consagrar o princípio da função social da propriedade, a Constituição Cidadã, determinou uma revolucionária alteração de perspectiva em relação a um instituto milenar.

Sua inclusão no art. 5º da Constituição Federal, nomeadamente no Título reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, evidencia que ela não desnatura a condição de direito individual do direito de propriedade.

Em verdade, a função social da propriedade integra a configuração interna do direito de propriedade, não podendo ser compreendida como um fator externo que vem a constranger o proprietário, impondo-lhe artificialmente limites aos quais, originariamente, não estaria adstrito.

A função social da propriedade condiciona a legitimidade do exercício do direito de propriedade à maximização do bem-estar social, à luz dos interesses da coletividade consagrados no ordenamento jurídico.

Ao incidir, a função social da propriedade pode assumir variadas dimensões eficaciais, a) restringindo o exercício de certas posições jurídicas, b) compelindo o titular do bem à realização de certas obrigações, com o propósito de alcance de determinadas finalidades reputadas socialmente úteis, c) impondo consequências gravosas ao titular da propriedade que não concorre para a concretização do bem-estar social, à luz do estatuto jurídico respectivo, d) condicionando a interpretação por parte dos órgãos julgadores, bem como e) impondo ao legislador a criação, em conformidade com seus ditames, de estatutos jurídicos adequados a cada espécie de propriedade, vedando excessos e insuficiências no regime jurídico fixado pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

lei, seja sob a ótica do aproveitamento individual, seja sob a do interesse da coletividade.

Referências bibliográficas

BOBBIO, NORBERTO. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução d e Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Direito Civil - Estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MALDANER, Alisson Thiago; e AZEVEDO, Fatima Gabriela Soares de. **León Duguit e a Função Social da Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro** – uma abordagem crítica na perspectiva da História do Direito. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y75l2/pwYDAX1whP0Pqf36.pdf>, acesso em 15.fev.2018.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social *in* **Direito Civil Constitucional**. KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (Coord.). São Paulo: Atlas, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SANTOS, Eduardo Sens. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: Exame da Função Social do Contrato *in* **Revista Brasileira de Direito Privado**, n. 10. São Paulo: RT, Abril-Junho de 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada *in* **Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito**. DIREITO, Carlos Menezes (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997

_____. **Notas sobre a Função Social dos Contratos**. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos/.

THEODORO JR., Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ABORDAGEM DA HISTÓRIA E CULTURA AFRO-BRASILEIRA E AFRICANA NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO NA ATUALIDADE.

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO: Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

RESUMO: O presente trabalho possui o objetivo de pautar o leitor quanto à legislação vigente e, com isto, apresentar-lhe os direitos e deveres existentes,para que, o cidadão brasileiro possa vir a combater de forma mais eficaz o pré conceito étnico racial enraizado em nossa sociedade hodierna. Para tanto, este artigo utiliza-se do método de pesquisa bibliográfico.

Palavras-chave: História, Cultura, Afro-brasileira, Educação.

INTRODUÇÃO

Por longo período a história e a cultura brasileira foram tratadas com o viés europeu, em vista disto, não encontrava-se importância didática para a história e cultura Afro-Brasileira e Africana, sendo tal assunto tratado de modo simplório no que tange o longo período de escravidão existente em nosso País.

Apesar da Constituição da República Federativa do Brasil no *caput* do artigo 5º, dispor expressamente que:

"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** [...]" (BRASIL, Constituição da República do. 2006, p. 13) (*grifo nosso*).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tal igualdade não atingiu o nível desejado pelo legislador, principalmente no que tange à educação e o tratamento histórico e cultural das culturas Afro-Brasileira e Africana.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2017, no Brasil 46,7% da população considerava-se parda, 44,2% branca, 8,2% preta e 0,9% amarelos ou indígenas (IBGE. Infográfico de 23/11/2017).

Ao analisarmos a população parda e preta, conforme exposto, nota-se que contemplam a maioria da população brasileira. Porquanto, a fim de atingirmos à igualdade almejada e expressa em nossa Lei Maior cabe ao Poder Público, bem como a sociedade atuar para concebê-la.

1. **ORIENTAÇÕES E DIRETRIZES DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO**

O FNDE através da resolução nº8, de 28 de março de 2006, estabelece as orientações e diretrizes para assistência financeira suplementar aos projetos educacionais para implementação do ensino da história e cultura afro-brasileira, conforme segue:

> FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:
>
> Constituição Federal/1988 – Art. 208, Art. 215, Art. 216, Art. 68 - Ato das
>
> Disposições Constitucionais Transitórias ADCT
>
> Plano de Ação e Declaração da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo,
>
> Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlatas, 2001;
>
> Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003;
>
> Lei 11.178/2005, de 20 de setembro de 2005

Parecer 003 / 04 – Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações

Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana;

Resolução FNDE/CD nº 03, de 3 de março de 2006

Decreto nº 4887, de 20 de novembro de 2003;

Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Art. 26 A;

Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000;

Lei n 10.172, de 9 de janeiro de 2001;

Instrução Normativa nº 01 da Secretaria do Tesouro Nacional, de 15 de janeiro de 1997 e alterações posteriores.

O PRESIDENTE DO CONSELHO DELIBERATIVO DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE, no uso das atribuições legais que lhe são conferidas pelo art. 14, Capítulo V, Seção IV do Anexo I do Decreto nº 5.157, de 27 de julho de 2004 e pelos arts. 3º, 5º e 6º do Anexo da Resolução/CD/FNDE nº 31, de 30 de setembro de 2003, e

CONSIDERANDO a necessidade de promover ações supletivas e redistributivas, para correção progressiva das disparidades de acesso, de permanência e de garantia do padrão de qualidade do Ensino;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CONSIDERANDO a necessidade de corrigir injustiças, eliminar discriminações e promover a inclusão social e a cidadania para todos no sistema educacional brasileiro, CONSIDERANDO a necessidade de respeitar e de valorizar a diversidade étnicoracial, superar o racismo e a descriminação racial na escola;

CONSIDERANDO a necessidade de oferta de Ensino Fundamental que atenda ao que dispõe a Lei 10.639/03 e o Parecer CNE nº 03/04 - Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana;

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer critérios e parâmetros para habilitação e apresentação de projetos, visando assegurar a implementação dos mesmos, na configuração estabelecida no orçamento de 2006;

RESOLVE "AD REFERENDUM":

Art. 1º - Autorizar a apresentação de pleitos de assistência financeira, no âmbito da Educação Básica, para a oferta de Ensino Fundamental nos municípios das capitais brasileiras e Distrito Federal e nos municípios que disponham de órgãos de promoção de igualdade racial, reconhecidos pela SEPPIR, para implementação do Artigo 26 A da LDB.

§ 1º – Somente os municípios da relação anexa e o Distrito Federal poderão solicitar recursos para formação continuada de professores e material didático;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

§ 2º - As entidades privadas sem fins lucrativos com experiência comprovada na elaboração de material didático poderão solicitar recursos para a criação de materiais didáticos específicos para implementação do Artigo 26 A da LDB, em sala de aula.

Ações por Níveis/Modalidades de Ensino/Programas e Proponentes

NÍVEL/MODALIDADE AÇÕES PROPONENTES BENEFICIÁRIOS

Ensino Fundamental Formação Continuada de Professores - 26 municípios das capitais e Distrito Federal - municípios que disponham de órgãos de promoção de igualdade racial, reconhecidos pela SEPPIR; Professores que atuam de 1ª a 8ª série do Ensino Fundamental Material Didático - 26 municípios das capitais, Distrito Federal e entidades privadas sem fins lucrativos. Alunos e professores de escolas do Ensino Fundamental.

Art. 2º - A assistência financeira será processada mediante solicitação dos órgãos e entidades referidas nos parágrafos 1º e 2º, do art. 1º, por meio de apresentação de projetos educacionais, elaborados sob a forma de Plano de Trabalho, conforme disposições constantes no Anexo I desta resolução e no Manual de Orientação para Assistência Financeira aos Programas e Projetos Educacionais - 2006, a ser aprovado por Resolução do Conselho Deliberativo do FNDE.

§1º - A análise técnico-pedagógica dos projetos ficará a cargo da Coordenação-Geral de Diversidade e Inclusão Educacional da Secretaria de Educação Continuada Alfabetização e Diversidade – SECAD/MEC que encaminhará, ao FNDE, os projetos aprovados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

§2º- Os órgãos ou entidades deverão apresentar ao FNDE, concomitantemente com a entrega do projeto específico, a documentação de habilitação.

§3º - Os órgãos e entidades, que tiverem seus projetos aprovados, ficarão obrigados, quando for o caso, a promover a atualização dos documentos referentes à habilitação que perderem a validade, nos termos da legislação vigente.

§4º- A celebração do convênio, objetivando a execução de projetos tecnicamente aprovados, fica condicionada à disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros do FNDE, à adimplência e à habilitação do órgão ou entidade proponente.

Art. 3º - No exercício de 2006, o órgão ou entidade descrito nos parágrafos 1º e 2º, do art. 1º desta Resolução poderá apresentar um único projeto para cada modalidade de ensino e programa.

Art. 4º- O projeto específico e os documentos de habilitação de Municípios, Distrito Federal e entidades privadas sem fins lucrativos, referidos nesta Resolução, deverão ser entregues na Coordenação de Habilitação para Projetos Educacionais - COHAP/FNDE, no seguinte endereço: Setor Bancário Sul – Quadra 02 – Bloco F – Edifício Áurea – Térreo – Sala 07 – Cep: 70070-929 Brasília – DF, podendo ser postados nas agências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, por meio de Aviso de Recebimento – AR; ou encaminhados via outra empresa de transporte de encomendas, com comprovante de entrega, até 30 de abril de 2006.

Art. 5º - Para efeito de habilitação, recebimento e análise do plano de trabalho, deverá ser apresentada documentação completa, e o processamento dar-se-á de acordo com as prioridades estabelecidas pelo FNDE.

Art. 6º - A título de contrapartida financeira, o órgão ou entidade proponente, participará com um valor mínimo de 1% (um por cento) do valor total do projeto, conforme estabelecido no art. 36 e § 1º do art. 44 da Lei nº 11.178, de 20 de setembro de 2005 – Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Art. 7º - O projeto educacional, objeto de solicitação de assistência financeira suplementar ao FNDE, de que trata esta Resolução, apresentado e não conveniado até 31 de dezembro de 2006, perderá a validade.

Art. 8º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

FERNANDO HADDAD

ANEXO I

DIVERSIDADE E INCLUSÃO EDUCACIONAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Brasil é o segundo país com maior número de negros, ficando atrás unicamente da Nigéria. Em cumprimento ao que estabelecem as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Racial e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana, esta ação tem por objetivo a capacitação específica de educadores e estudantes com vistas à melhoria da qualidade do ensino ministrado nas escolas, destinando especial atenção às demandas específicas e às diferenças entre as populações afrodescendentes.

Refletir sobre educação e diversidade étnico-racial no Brasil é pensar o processo de desenvolvimento humano. Uma vez que a educação escolar corresponde a um espaço sociocultural e institucional responsável pelo trato pedagógico do conhecimento e da cultura. Ao localizarmos o conceito e o processo da educação no contexto das coletividades, da diversidade e pessoas negras e da relação dessas com os espaços sociais, torna-se imperativo o debate da educação a serviço da diversidade, tendo como grande desafio a afirmação e a revitalização da auto-estima do povo negro.

Garantir o exercício desse direito e forjar um novo modo de desenvolvimento com inclusão é um desafio que impõe ao campo da educação decisões inovadoras.

O MEC/SECAD, observando princípios legais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB, vem desenvolvendo ações no sentido de atender a demanda da população afro-brasileira.

Exercendo a sua função supletiva e redistributiva, o Ministério da Educação concederá apoio, para o desenvolvimento das seguintes ações, no exercício de 2006: Formação Continuada de Professores, Material Didático.

1. FORMAÇÃO CONTINUADA DE PROFESSORES

Destina-se a promover a melhoria da oferta do ensino fundamental, por intermédio da formação continuada de professores(as), por meio de cursos, com duração de 120 horas-aula anuais, divididas em no máximo 3 etapas.

A proposta de formação continuada de professores(as) deverá apresentar programação com base nas Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental acrescida das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana, ambas do Conselho Nacional de Educação. Isso significa que a programação, além dos conteúdos que tradicionalmente já vêm sendo tratados nas disciplinas do Núcleo Comum (ver LDB), deverá abordar, em especial, o conteúdo da História e da Cultura Africana e dos Afro-Brasileiros determinados pelo artigo 26A da LDB (Artigo esse acrescido pela Lei n° 10639/03).

A história e a cultura da população negra deve ser uma das alternativas para enriquecer o cotidiano da sala de aula. Os projetos devem apresentar as metodologias que serão utilizadas no desenvolvimento da ação proposta.

2. MATERIAL DIDÁTICO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O apoio financeiro será destinado aos 26 municípios das capitais, Distrito Federal e às entidades privadas sem fins lucrativos, para a elaboração e aquisição de materiais didáticos que visem propiciar o conhecimento e a valorização de aspectos significativos da história, da cultura da população negra como forma de expressão e de desenvolvimento da auto-estima desse segmento populacional.

Ao elaborar o projeto, é importante considerar que o material didático a ser produzido deverá valorizar os aspectos geográficos e humanos da população afrobrasileira, tanto nos textos, quanto nas ilustrações. Além disso, deve contribuir para o cumprimento do que dispõe o Artigo 26 A da LDB. O MEC/SECAD conta - a título de sugestão - com uma relação de títulos de literatura infanto-juvenil que, está disponível no endereço: www.mec.gov.br/secad/diversidade/ci.

Vale destacar que o recurso dessa ação se destina a elaboração/aquisição/reimpressão de materiais didáticos para alunos(as) e Professores(as), não podendo ser destinado a aquisição de materiais de expediente (Ex.: lápis, borracha, apontador, pastas etc.). (BRASIL, Ministério da Educação. Resolução/CD/FNDE nº8, de 28 de março de 2006).

2. **ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Contudo, tal resolução por si não surtiu o efeito desejado, posto que, há um entrelaçamento histórico de desigualdade racial e de ensino tanto no que tange a cultura, quanto a própria história brasileira. Destarte, no ano de 2010 é decretada a Lei nº 12.288/2010 que institui o Estatuto da Igualdade Racial e, a partir deste momento, há a instituição plena do viés igualitário, conforme disposto no Título I - Disposições Preliminares, em seu artigos 1º e 2º:

> Art. 1 o Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.
>
> Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:
>
> I – discriminação racial ou étnico-racial:
>
> toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;
>
> II – desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;
>
> III – desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> IV – população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;
>
> V – políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;
>
> VI – ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigual-
>
> dades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.
>
> Art. 2 o É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais,educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais. (Igualdade étnico racial, 2016, p. 14).

Cristalino, portanto, que a referida lei possui o objetivo de eliminar qualquer preconceito étnico racial existente e, com isto, atribui tal dever tanto ao Estado quanto à sociedade.

Por fim, vale ressaltar que a Lei nº 12.288/2010, em seu Título II - Dos Direitos Fundamentais, na Seção II - Da Educação, em seu artigo 11 resta expresso:

> Art. 11. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, é obrigatório o estudo da história geral da África e da história da população negra no

> Brasil, observado o disposto na Lei n o 9.394, de 20 de dezembro de 1996.
>
> § 1 Os conteúdos referentes à história da população negra no Brasil serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, resgatando sua contribuição decisiva para o desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País.
>
> § 2 o O órgão competente do Poder Executivo fomentará a formação inicial e continuada de professores e a elaboração de material didático específico para o cumprimento do disposto no caput deste artigo.
>
> § 3 o Nas datas comemorativas de caráter cívico, os órgãos responsáveis pela educação incentivarão a participação de intelectuais e representantes do movimento negro para debater com os estudantes suas vivências relativas ao tema em comemoração. (Igualdade étnico racial, 2016, p.16)

O Brasil passa a tratar a história e a cultura da população negra de forma consistente. Os livros didáticos passam a conter informações específicas que contribuem na formação do discente como cidadão e, o tratamento interdisciplinar da questão corrobora para combater o preconceito étnico racial enraizado em nossa sociedade.

A Lei em questão busca atender tratados e convenções aos quais o Brasil ratificou participação, além disto, é decisivo para o cumprimento dos artigos citados da nossa Constituição, bem como, a Carta de Direitos Humanos.

Por certo, realizar um projeto didático que atenda a legislação vigente e, atuando de forma interdisciplinar minimizará o pré conceito étnico racial tanto no âmbito escolar como na comunidade onde a instituição de ensino encontrar-se baseada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Notório que a participação da supervisão de ensino municipal e estadual, bem como das respectivas diretorias e secretarias de ensino deve-se fazer presente, a fim de instruir os servidores que atuam na área educacional, quanto à legislação vigente.

Todavia, a mera instrução, quanto à legislação, não levará por si só à eficaz solução da questão, portanto, os devidos suportes como a formação contínua dos docentes e gestores, e também a fiscalização e análise da execução das atividades educacionais conforme rege a lei.

Por fim, é tarefa do Estado, mas, também da sociedade de fiscalizar quanto às atividades educacionais proporcionadas pelas instituições e caso haja necessidade deve-se recorrer ao Ministério Público, impulsionando o Poder Judiciário, com o intuito de garantir o direito em questão.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Ministério da Educação. **Resolução/CD/FNDE nº8, de 28 de março de 2006**. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/item/3081-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-8-de-28-de-mar%C3%A7o-de-2006> Acesso em: 27 mai. 2019.

BRASIL, Senado Federal do. **Constiuição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL, Senado Federal do. **Igualdade racial e étnica**. Brasília, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL, Senado Federal do. **LDB - Lei de diretrizes e bases da educação nacional**. 2 ed. Brasília, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

BRASIL, Senado Federal do. **Educação básica: coletânea de legislação**. 2 ed. Brasília, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO AGRÁRIO

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción (UAA).

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma discussão breve sobre o direito agrário que estuda as relações entre o homem e a propriedade rural.

Palavras-chave: Direito agrário. Propriedade rural. Reforma agrária. Diálogo.

Abstract: This article has the objective of succinctly to make a brief discussion on the agrarian law that studies the relations between the man and the rural property.

Keywords: Agrarian law. Rural property. Land reform. Dialogue.

Resumen: Este artículo tiene por objetivo de forma sucinta hacer una breve discusión sobre el derecho agrario que estudia las relaciones entre el hombre y la propiedad rural.

Palabras clave: Derecho agrario. Propiedad rural. Reforma agraria. Diálogo.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

Direito Agrário é o ramo do Direito que visa o estudo das relações entre o homem e a propriedade rural.

Hoje o Direito Agrário acompanha a evolução do Direito Ambiental, na medida em que vai sendo estudado sob as novas teorias Geopolíticas. As formas hoje existentes de direito alternativas, vem surgindo com a evolução de novas ideias e novos estudos interdisciplinares. Trazendo da História e dos conhecimentos Geográficos as ideias sobre a relação entre o Homem e a terra rural, o próprio homem foi criando regras jurídicas para disciplinar seu comportamento sobre o meio ambiente em que vive, para que utilize da topografia regional de maneira adequada. À luz da Geopolítica, o Direito Agrário se inter relaciona primeiro com o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Direito Ambiental e depois com o Direito Territorial e o Direito Internacional. Há ainda a perspectiva de um Direito Agroambiental, introduzindo percepções ecológicas na construção do Direito Agrário, de modo que se estuda não somente as questões relativas ao agronegócio, mas também as dimensões da proteção ambiental, bem como, os impactos ambientais da agricultura.

O Direito Agrário está previsto entre os artigos 184 e 191 da Constituição Federal brasileira. Em sua competência está à definição das políticas de uso do solo, a Reforma agrária, a definição do que é minifúndio, latifúndio - medidas em porções ideais considerando aquilo que seja uma faixa de terra capaz de assegurar a sustentabilidade de um núcleo familiar mínimo, em cada tipo de terreno – nalgumas legislações chamadas de módulo rural.

No Brasil o diploma legal principal a disciplinar o Direito Agrário é o Estatuto da Terra. A amplitude e a Importância do Direito Agrário Brasileiro. O Direito Agrário está diretamente ligado ao Direito Ambiental, eis que o elemento essencial do Direito Agrário são atividades desenvolvidas pelo homem na terra, ou seja, atividades estritamente ligadas à natureza, ao meio ambiente.

2 Desenvolvimento

O direito agrário surge segundo alguns autores, na antiguidade, quando constatamos a existência de leis como o Código de Hamurabi, na Babilônia, e o Pentateuco, na civilização hebreia. O Direito Agrário pode ser dito como um dos ramos do direito mais antigo.

Antes mesmo de ser descoberto o Brasil, houve a partilha do Novo Mundo, através do Tratado de Tordesilhas que foi assinado em 1494, depois confirmado pela Bula Papal Inter Coetera (“bula dos mais ou menos”), definindo a área pertencente a Portugal e Espanha no Novo Mundo. Em 1750, foi assinado outro tratado, chamado Tratado de Madrid, através do qual Portugal ampliou suas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fronteiras, utilizando-se do "uti possidetis" e, graças à diplomacia de Barão do Rio Branco, hoje, o Brasil, tem suas dimensões atuais consolidadas. A partir do Brasil Colônia, houve o processo de ocupação territorial de forma efetiva através de doação e concessão de Cartas de Sesmaria, na verdade, grandes áreas superiores a 10.000 ha cada uma, sendo que o donatário ou concessionário da Carta de Sesmaria era obrigado a medir e demarcar o seu imóvel e explorá-lo, devendo pagar uma contribuição à Coroa de Cristo, pela união, então, reinante, entre Igreja e Estado. A Lei de Terras possibilitou a manutenção da concentração de terras no Brasil, também ocasionou o aumentou do poder oligárquico e suas ligações políticas com o governo imperial. Além de dificultar o acesso de pessoas de baixa renda às terras. Muitas perderam suas terras e sua fonte de subsistência. Restou a estas apenas o trabalho como empregadas nas grandes propriedades rurais, aumentando assim a disponibilidade de mão-de-obra. Todavia, em 17 de julho de 1822, foi suspensa a possibilidade de doação e concessão de sesmarias, forma de passar da Coroa ao particular terras agricultáveis. A partir desta data, começou a vigorar o Regime da Posse até a edição da Lei nº 601, de 1850, que estabeleceu como regra o processo de venda pública.

A primeira Constituição Republicana de 1891, por sua vez, transferiu ao domínio dos Estados Federados as terras devolutas, reservando-se a União, uma faixa de fronteira de 66 Km, passando depois para 100 Km e, finalmente, de 150 Km que perdura até hoje. É de se imaginar a balbúrdia e a confusão jurídica e social criada, e a grilagem oficializada que foi se arrastando ao longo do tempo, até a expedição do Estatuto da Terra, em 1964, que foi taxativo e peremptório em seu artigo 10, ao estabelecer que o Poder Público, somente poderia explorar direta ou indiretamente qualquer imóvel rural de sua propriedade única e exclusivamente para fins de pesquisa, experimentação, demonstração, fomento e fins educativos. Convém lembrar que, originariamente, todas as terras brasileiras eram "públicas da

Coroa", até o Regime Imperial (12/10/1822) e do Poder Público no Regime Republicano implantado em 15 de novembro de 1889 e regulado pela primeira Carta Política da Nação de 1891.

Não obstante a isso, temos que o surgimento como ciência jurídica, se dá na modernidade, na Europa, na década de 20, e no Brasil, na década de 60, quando da entrada em vigor da Lei Federal n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, o nosso Estatuto da Terra.

A maioria da doutrina considera o direito agrário como um híbrido, ou seja, seu conteúdo abrange questões pertinentes tanto ao direito publico quanto ao privado, sendo que a definição se dá de acordo com o caso concreto.

São duas as fontes do direito agrário: as imediatas ou diretas, que se traduzem nas leis e nos costumes, e as mediatas ou indiretas, que consistem nas jurisprudências e as doutrinas.

As fontes formais são: a lei, os costumes, a doutrina e a jurisprudência. No direito agrário as fontes são a Constituição, que estabelece princípios para a matéria agrária, além do Estatuto da Terra, importante fonte que estrutura o direito agrário.

Como características principais, ou seja, as tendências para as quais a doutrina da matéria aponta, primeiro, a imperatividade, ideia na qual o Estado exerce forte intervenção nas relações agrárias, tornando obrigatória a aplicação da lei. A imperatividade é uma ferramenta que busca principalmente proteger o elo mais vulnerável do direito agrário, o camponês ou trabalhador rural. A segunda característica marcante deste ramo do direito é a promoção da função social da terra, que se traduz na utilização racional do solo, fazendo com que este beneficie o maior número possível de cidadãos, tanto no campo como na cidade, nunca se esquecendo de reforçar as práticas de preservação ambiental dos recursos naturais.

Além das características, o direito agrário está baseado em princípios como:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Monopólio legislativo da União – a União é a única competente para legislar em matéria de direito agrário;
- Utilização da terra se sobrepõe à titulação dominical – a terra é um bem que deve servir à coletividade, em detrimento de um ou um número restrito de indivíduos;
- Propriedade condicionada à função – a propriedade rural deve ser plenamente utilizada, e não se tornar um objeto de especulação financeira;
- Dicotomia do direito agrário: política de reforma agrária e política de desenvolvimento rural – a terra deve estar disponível a todos, e estes devem nela produzir;
- Interesse público sobre o individual – o interesse público prevalece sobre as pretensões do indivíduo.
- Proteção à propriedade familiar e a pequena e média propriedade – a lei deve buscar a manutenção da propriedade que sirva ao sustento de um núcleo familiar, e as pequenas e médias propriedades – sempre produtivas, claro – devem ter o estímulo do poder público;
- Fortalecimento da empresa rural – deve ser estimulada a unidade que se dedica a culturas agrícolas, criação de gado ou culturas florestais, com a finalidade de obtenção de renda.
- Conservação e preservação dos recursos naturais e do meio ambiente etc. – a produção rural não deve desperdiçar ou por em risco os recursos naturais disponíveis.

Os problemas no campo brasileiro se arrastam há centenas de anos. A distribuição desigual de terras desencadeia uma série de conflitos no meio rural. Essa questão teve início durante a década de 1530, com a criação das capitanias hereditárias e o sistema de sesmarias, no qual a Coroa portuguesa distribuía

terrenos para quem tivesse condições para produzir, desde que fosse pago um sexto da produção para a Coroa.

Com isso, poucas pessoas adquiriram grandes extensões de terra, estabelecendo diversos latifúndios no país. Algumas famílias concentraram grandes propriedades rurais, e os camponeses passaram a trabalhar como empregados para os detentores de terra. Contudo, a violência no campo se intensificou com a independência do Brasil, em 1822, quando a demarcação de imóveis rurais ocorreu através da lei do mais forte, provocando vários assassinatos.

Outro artifício muito utilizado e que desencadeia uma série de conflitos é a grilagem. Esse método é destinado à falsificação de documentos de posse da terra, em que os grileiros colocam documentos falsos em caixas fechadas com grilos até que os papéis fiquem com aparência de envelhecidos. Posteriormente, o imóvel é vendido por meio desse documento falso, ocasionando a expulsão do proprietário, que normalmente é um pequeno agricultor.

A grilagem acontece até hoje devido às deficiências encontradas no sistema de controle de terras no Brasil. O termo grilagem vem da descrição de uma prática antiga de envelhecer documentos forjados para conseguir a posse de determinada área de terra. Os papéis falsificados eram colocados em uma caixa com grilos.

O governo ainda não implementou um registro único de terras ou ao menos um cadastro específico para as grandes propriedades. Também não há articulação e cruzamento de dados entre os órgãos fundiários nos três níveis de governo (federal, estadual e municipal).

Some-se a isto a existência de diversos títulos de propriedade para uma mesma área e fiscalização ineficiente junto aos Cartórios de Registro Imobiliário. Nesse contexto, multiplicam-se as terras de papel e leva-se a uma situação onde as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

propriedades privadas podem chegar a uma dimensão maior do que a própria Amazônia.

Os grileiros hoje são uma das maiores ameaças aos pequenos produtores, trabalhadores sem-terra e indígenas. Os conflitos envolvendo grileiros são os principais responsáveis pelo atual cenário de tensão no campo e responde pelos mais bárbaros conflitos que já foram registrados no Brasil.

Além desses fatores que beneficiam os grandes detentores de terra, outro problema é a atual organização da produção agrícola. A mecanização e a utilização massiva de tecnologia no campo têm forçado os pequenos produtores a venderem suas propriedades e trabalharem como empregados ou migrarem para as cidades, visto que muitos deles não conseguem mecanizar sua produção, fato que resulta no baixo rendimento, o que os coloca em desvantagem no mercado.

A função social da propriedade é um conceito jurídico aberto (ou indeterminado), o qual positiva o interesse supra individual na propriedade privada, sem que esta perca seu caráter individual de liberdade, mas relativizando-a em busca da igualdade social, como princípio estruturante de nossa ordem jurídica.

Ligado essencialmente a um dever de boa administração, de boa gestão, em vista do bem pessoal e do bem comum, a propriedade apresenta-se, nos dias atuais, impregnada de acentuado caráter social, afastando-se cada vez mais da concepção individualista do Código Civil de 1916, para assumir a forma de verdadeiro encargo social, aplicada ao bem-estar da coletividade.

Terrenos ou edificações ociosos em área urbana não atendem à sua função social. A partir do momento, no entanto, em que é dada finalidade àquele imóvel, seja ele usado para moradia ou para fins comerciais, diz-se que ele atende a uma função social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A função social compõe a propriedade. A propriedade é, ao menos nesse sentido, função social, como todo instituto é o complexo que resulta de sua estrutura e de sua função. Portanto, a garantia da propriedade não tem incidência nos casos em que a propriedade não atende a sua função social, não se conforme aos interesses sociais relevantes cujo atendimento representa o próprio título de atribuição de poderes ao titular do domínio.

Uma reforma agrária é uma reorganização das terras no campo. Acontece quando grandes porções de terra, até então concentradas na mão de um ou de poucos proprietários, são divididas em pequenas porções e distribuídas a outros donos, até então impossibilitados do acesso a terra.

A reforma agrária no Brasil foi implementada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) no ano de 1970. É uma política de Estado que visa, principalmente, a redistribuição de terras para a agricultura e pecuária, levando em conta o princípio de que a terra de deve cumprir dois papeis sociais fundamentais: gerar renda e trabalho, ou ser mantido como reserva ambiental.

A reestruturação da organização fundiária tem como bases a desapropriação de terras improdutivas, o assentamento de famílias de sem-terra e apoio ao pequeno agricultor por meio de financiamento e extensão rural. A questão agrária é um importante elemento no debate brasileiro. Nosso país é, ao mesmo tempo, fortemente dependente do agronegócio e altamente concentrador de terra. As desigualdades no campo estão entre as maiores do mundo (1% de proprietários detém cerca de 50% das terras).

O Brasil nunca realizou uma reforma agrária estrutural, ou seja, com grandes distribuições de terras, aos moldes da Revolução Francesa ou da Lei de Propriedade Rural dos Estados Unidos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Apesar disso, o tema esteve presente com força, a partir da segunda metade do século XX, nos debates políticos brasileiros. Um dos momentos icônicos em que se falou nele foi dentro da proposta de Reformas de Base do governo João Goulart (Jango). Entretanto, com a queda de Goulart e a tomada do poder pelos militares, em 1964, as reformas de base de Jango, como um todo, não se realizaram.

Apesar disso, a ideia de reforma agrária permaneceu viva com a criação do Estatuto da Terra, em 1964, que trouxe o conceito da função social da terra.

Para os defensores da reforma agrária, a redistribuição fundiária (espaço físico) e reforma agrícola (atividade econômica e social) é considerada essencial para o desenvolvimento econômico e social de um país. Ela daria oportunidade às populações rurais carentes, os camponeses pobres que não têm condições de prover sua subsistência. Ao mesmo tempo, transferiria terras improdutivas dos grandes proprietários, que não as aproveitam apropriadamente, fornecendo-as aos pequenos agricultores, o que levaria ao aumento da produtividade dessas terras.

Segundo os críticos da reforma agrária, contudo, a possibilidade de desapropriação das terras geraria insegurança entre os proprietários, desestimulando investimentos na produção.

Parte das críticas são alimentadas pelo fato de que já foram verificadas ilegalidades no processo, como casos de agricultores que são agraciados com terras mas que já possuem propriedades. Há, também, muitos casos de assentados que abandonam suas terras ou as vendem após sua obtenção.

Ocupações de terra, acampamentos, defesa de interesses junto ao parlamento e ao governo são formas de conflito. Assassinatos, ameaças de morte, expulsões da terra, despejos da terra e trabalho escravo são formas de violência. A violência indireta é uma prática simultânea do Estado, fazendeiros e empresários.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, mais conhecido como Movimento dos Sem Terra, sigla MST, é um movimento de massa que luta, basicamente, por terra, pela reforma agrária e por mudanças na sociedade. O MST se organiza em torno de três objetivos principais: Lutar pela terra; Lutar por Reforma Agrária; Lutar por uma sociedade mais justa e fraterna.

A Comissão Pastoral da Terra/CPT divulgou relatório em abril de 2019 sobre os Conflitos no Campo Brasil 2018 onde ficou demonstrado que a região amazônica concentra mais de 56% dos conflitos de terra registrados em todo o país. O Estado do Pará lidera o ranking das unidades da Federação onde mais pessoas morreram em decorrência de conflitos. Foram 16 pessoas que tiveram a vida ceifada. Os dados de assassinatos no Pará refletem os números elevados de conflitos de terra e pela água registrados no estado. Foram 121 conflitos por terra, somadas as retomadas, com mais de 25 mil famílias atingidas.

Em relação à água, o Pará registrou o maior número entre os estados da Amazônia Legal, com 37 conflitos e 36.692 famílias envolvidas. A maioria dos casos está relacionada à destruição e ou poluição causada por barragens e açudes no município de Barcarena/PA, onde foram feitos 30 registros de conflitos nas comunidades afetadas pela Hydro Alunorte.

Em todo o Brasil, foram 1489 conflitos, com 28 pessoas assassinadas e 960.342 envolvidos. De acordo com a **CPT**, foram 482 mulheres que sofreram violência nos conflitos no campo: 36 ameaçadas de morte, 6 sofreram tentativas de assassinato, 15 foram presas, 2 torturadas, 6 sofreram ferimentos, 2 morreram em consequência dos conflitos, uma sofreu aborto e 400 foram detidas.

A realização da reforma agrária no Brasil é lenta e enfrenta várias barreiras, entre elas podemos destacar a resistência dos grandes proprietários rurais (latifundiários), dificuldades jurídicas, além do elevado custo de manutenção das famílias assentadas, pois essas famílias que recebem lotes de terras da reforma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

agrária necessitam de financiamentos com juros baixos para a compra de adubos, sementes e máquinas, os assentamentos necessitam de infraestrutura, entre outros aspectos. Porém, é de extrema importância a realização da reforma agrária no país, proporcionando terra para a população trabalhar, aumentando a produção agrícola, redução das desigualdades sociais, democratização da estrutura fundiária, etc.

Conclusão

A regularização fundiária ainda é um dos maiores problemas no país, pois resulta em diversos conflitos com um número expressivo de vítimas. A eliminação das desigualdades, que deixa na pobreza milhares de famílias brasileiras, só depende da implementação de uma reforma agrária eficiente, consistente e justa. Mas para que ela ocorra, é preciso que haja uma alteração na estrutura de poder político e econômico e, acima de tudo, que os movimentos sociais continuem a existirem e pressionando o governo por mudanças. O diálogo é o melhor caminho para a solução dos conflitos de terra no Brasil.

Referências

ARAÚJO, Telga de. **Estudos de direito Agrário**. Recife: Ed. FASA. 1985.

BARROS, Welligton Pacheco. **Curso de direito agrário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

BORILE, Giovani Orso; CALGARO, Cleide. **O desenvolvimento agrário e a questão ambiental**: a sustentabilidade como proposta de proteção aos recursos naturais em face do progresso e evolução da agricultura. Contribuciones a las Ciencias Sociales, v. 34 n 11, p. 1-14. 2016.

BORILE, Giovani Orso; ARNOLD, Cláudia de Moraes. **Princípios pedagógicos da agroecologia**: a agricultura orgânica aliada ao desenvolvimento rural. Cuadernos de Educación y Desarrollo, Málaga, España, v. 58, p. 01-09. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DEUS, Rafael Mattos de; BAKONYI, Sonia Maria Cipriano. **O impacto da agricultura sobre o meio ambiente**. Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental. v. 7, n. 7, p. 1306-1315. 2012.

LARANJEIRA, Raymundo. **Direito agrário**. São Paulo: LTr Editora. 1984.

OPITZ, Silvia C.B. **Curso completo de direito agrário**. São Paulo: Saraiva. 2010.

PONS, Miguel Angel. **História da Agricultura**. Caxias do Sul, RS: Maneco. 1998.

https://www.cptnacional.org.br/publicacoes/noticias/conflitos-no-campo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A NECESSIDADE DE SKIN IN THE GAME NOS CONSELHOS DA FUNPRESP-EXE

ADRIANO SILVA SOROMENHO:
Advogado da União

Nassim Nicholas Taleb, libanês naturalizado americano, autor de vários best-sellers como Iludido pelo Acaso (2004), A Lógica do Cisne Negro (2008) e Antifrágil (2015), criou a expressão *Skin In The Game* que também dá título a seu livro lançado em 2018. O jargão tem se tornado cada vez mais famoso e de uso frequente no mundo dos investimentos.

A expressão remonta à ideia da necessidade de que críticos e analistas especializados em algum assunto efetivamente ponham em prática, na sua vida, o pensamento que externam em seus artigos ou colunas semanais publicadas em jornais, revistas ou periódicos.

Trata-se de colocar a "pele em jogo", fazendo com que os riscos decorrentes de eventual erro de análise recaiam também sobre o domínio da vida de seus autores. A ideia é mitigar, senão eliminar, problemas de agenciamento que surgem da dissonância entre interesses pessoais do autor da análise/opinião e do seu leitor/receptor.

A crítica de Taleb é fortemente direcionada a analistas e autointitulados *experts* do mundo financeiro que diuturnamente emitem recomendações de investimentos em ações, opções e títulos, mas que, na vida real, não investem nas suas próprias recomendações, deixando todo o risco de eventual fracasso destas aplicações alocado aos que inadvertidamente decidiram acatar suas sugestões.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Taleb[107], "cada formador de opinião precisa colocar 'a pele em jogo', na eventualidade de danos causados pela confiança que se deposita em sua informação ou opinião". Afinal, segundo o autor, "qualquer um que faz um prognóstico ou uma análise econômica precisa ter algo a perder com isso, considerando-se que as outras pessoas confiam nesses prognósticos".

No Brasil, a ideia do *skin in the game* se revela muito bem-vinda no campo das entidades fechadas de previdência complementar, particularmente no que toca aos requisitos para a escolha de conselheiros de entidades que contam com entes públicos como patrocinadores.

Muitas destas entidades permitem que seus Conselhos Deliberativo e Fiscal sejam integrados por membros escolhidos por governantes sem que se exija dos Conselheiros a condição de participante ou assistido do Fundo de Previdência.

A Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo é um caso exemplar disso. Seu estatuto permite a designação pelo Presidente da República de membros do Conselho Deliberativo e Fiscal sem que haja necessidade de o Conselheiro designado ser participante ou assistido do plano[108].

Assim, o membro designado pelo Presidente da República para o Conselho Deliberativo vai ajudar a definir, mesmo sem ser participante do Fundo, sobre política de administração do Fundo, planos de benefícios, diretrizes e normas gerais de organização, funcionamento, administração e operação.

107 TALEB, Nassim Nicholas. Antifrágil: Coisas que se beneficiam com o caos. Tradução de Eduardo Rieche. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: Best Business, 2015, Locais do Kindle 8283.

108 Art. 19, parágrafo 4º, do Estatuto da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo. Disponível em <https://www.funpresp.com.br/transparencia/a-funpresp/estatuto/Estatuto-Funpresp1.pdf>. Acesso em 15 jun. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Se o membro for designado para o Conselho Fiscal, vai examinar e emitir parecer, mesmo sem ser participante do Fundo, sobre contas da Diretoria-Executiva e demonstrações contábeis, atuariais, financeiras e de benefícios anuais do Fundo, além de acompanhar as aplicações e informar o Conselho Deliberativo sobre as eventuais irregularidades apuradas.

Se a atuação dos Conselheiros se revelar inepta para o Fundo, a consequência será nula para estes, afinal, não sendo participantes ou assistidos do Plano, não terão nada a perder sob o aspecto patrimonial. Suas aposentadorias não dependem do acerto de suas decisões como membros do Conselho.

Nesse aspecto, afigura-se pertinente a provocação de Taleb[109], segundo quem nunca se deve perguntar a qualquer pessoa sua opinião, prognóstico ou recomendação, bastando perguntá-la o que ela tem, ou não tem, em sua carteira de investimentos.

É importante ressaltar que, apesar de o Conselho Deliberativo do FUNPRESP-EXE possuir formalmente representação paritária com assento para três representantes dos patrocinadores e três dos participantes, o presidente do Conselho é designado pelo Presidente da República entre os representantes dos patrocinadores, cabendo-lhe, além do voto ordinário, o voto de qualidade para desempate[110].

Vale notar que o Estatuto da FUNPRESP-EXE exige como requisito comum de investidura nos Conselhos Deliberativo e Fiscal a condição de servidor público ativo ou aposentado dos seus membros, sejam estes representantes dos patrocinadores ou dos participantes e assistidos; no entanto, a norma estatutária exige, exclusivamente, destes últimos o requisito de participante ou assistido da Fundação

109 Ibidem, Locais do Kindle 8448.
110 Art. 33, caput e parágrafo 1º, do Estatuto da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com pelo menos três anos de contribuição, nada exigindo nesse aspecto dos representantes dos patrocinadores[111].

Assim, o Conselho Deliberativo, órgão máximo da estrutura organizacional do FUNPRESP-EXE, tem, na prática, permissão para adotar deliberações sobre questões fundamentais aos desígnios do Fundo somente com base nos votos dos membros não participantes ou assistidos da Fundação.

Cabe destacar que esses conselheiros, que podem não ser participantes ou assistidos do Plano, são os que definem a política e gestão de investimentos, o plano de aplicação de recursos, a autorização de investimentos e desinvestimentos, a autorização para a aquisição, construção e alienação de bens imóveis e para a constituição de ônus ou direitos reais sobre tais bens, além dos planos de custeio dos planos de benefícios[112].

O exercício dessas importantes funções pode ser realizado por servidores que não possuem *skin in the game*, ou seja, os que definem políticas e gestão de investimento do Fundo podem sair imunes aos problemas que porventura surjam das escolhas que fizeram na medida em que não ostentam a condição de participantes ou assistidos. Não terão nada a perder em decorrência das opiniões que emitiram e das decisões que tomaram.

A melhoria da governança das entidades fechadas de previdência complementar deve ser encarada como prioridade num país que vivenciou recentemente contexto de fraudes, crimes e gestão temerária de fundos destinados a prover aposentadorias e pensões a empregados de empresas estatais e seus pensionistas.

111 Art. 19, parágrafos 3º e 4º, do Estatuto da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo.
112 Art. 34, do Estatuto da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, revela-se indispensável que a FUNPRESP-EXE dê um salutar passo adiante na evolução de sua governança, alterando seu Estatuto para que somente participantes ou assistidos do Plano possam integrar seus Conselhos, trazendo à baila a imposição do *skin in the game* como um dos vetores no processo de tomada de decisões da entidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

OS DESAFIOS DA REFORMA TRIBUTÁRIA PARA O AGRONEGÓCIO BRASILEIRO

MARCELA DE OLIVEIRA PITOMBO: Advogada do Escritório Ângelo Pitombo Advocacia Tributária, pós graduada em Dir. Tributário, especialista em Tributação no Agronegócio pela FGV-SP, membro dos Comitês de Tributário; Liderança e Juventude e Sustentabilidade da Sociedade Rural Brasileira (SRB).

1.Introdução

O Brasil ocupa a terceira posição no ranking mundial de exportações agrícolas, e atingiu, no ano passado, a marca de US$ 101,69 bilhões de dólares na participação total de vendas no mercado externo, o equivalente a 42% (quarenta e dois por cento) do valor global exportado no país, de acordo com o boletim divulgado pelo Ministério da Agricultura na Balança Comercial do Agronegócio em 2018113.

Não obstante, o setor que representa mais de 5% (cinco por cento) da produção mundial de alimentos, segundo informe da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura114 (FAO - Food and Agriculture Organization), também será o responsável, em uma década, pela oferta de quase metade dos produtos alimentícios numa escala global.

Os dados apresentados tornam irrefutável a relevância da atividade para o desenvolvimento socioeconômico do Brasil, tendo em vista que tornou-se um dos líderes mundiais na produção e exportação de produtos rurais e agroindustriais.

Parte substancial deste sucesso, deve-se à implementação de políticas governamentais de desoneração fiscal, a exemplo da concessão de imunidades,

113 Informe do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento link: http://www.agricultura.gov.br/assuntos/camaras-setoriais-tematicas/documentos/camaras-setoriais/equideocultura/2018

114 Informe da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura link: http://www.fao.org/brasil/noticias/pt/?page=31

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

isenções, alíquota zero, diferimentos, reduções de base de cálculo, créditos, depreciação, amortização, exaustão, compensação de prejuízos fiscais etc.

Contudo, na prática, os empresários e produtores rurais têm enfrentado grandes obstáculos para usufruírem dessas desonerações, em razão da resistência do Estado em concedê-las, a exemplo da dificuldade para obter o aproveitamento de créditos de ICMS, problema que atinge a maior parte dos Estados brasileiros.

Não há duvidas de que o setor demanda atenção do governo e de seus representantes, e o novo cenário político traz otimismo para o produtor, pois o momento é oportuno para aprovação de uma reforma tributária benéfica para o desenvolvimento do setor, que deve incluir a redução da carga tributária; criação de benefícios fiscais e o incentivo de políticas públicas favoráveis.

Nesse ínterim, discorreremos aqui sobre a relação do Direito Tributário com o setor agribusiness, bem como as consequências dessa relação, além de trazer os impactos da Reforma Tributária para o setor.

2.A Reforma Tributária e o agronegócio brasileiro

Conciliar a relação do agronegócio com as questões tributárias, nunca foi uma tarefa fácil, haja vista que o setor é muito visado pela maquina arrecadatória dos Estados, em função do seu crescente desempenho econômico para o país.115

Assim, tem-se travado muitas discussões em decorrência da difícil convivência e dialogo entre o Estado e o produtor rural (lato sensu – desde o pequeno produtor, pessoa física, até as grandes agroindústrias, pessoa jurídica).

O cenário é resultado das dificuldades impostas pelo Estado em burocratizar os procedimentos fiscais e onerar o produtor rural com elevadas cobranças de

115 TAMARINDO. UBIRAJARA e PIGATTO.GESSUIR - Tributação do Agronegócio – Uma análise geral dos Principais Tributos Incidentes. Editora JH MIZUNO, Leme/SP.

impostos, inviabilizando o crescimento do setor e consequentemente da economia brasileira.

Em observação ao principal projeto de Reforma Tributária em tramitação, (PEC 45/19)116, é possível perceber que não há, até o momento, espaço dedicado espacialmente para sanar os problemas tributários enfrentados pelo setor agrícola e agropecuário.

Sabemos que toda reforma tributária deve priorizar uma mudança eficiente na estrutura legislativa de impostos, taxas e outras contribuições, de modo que o sistema de tributação se modernize e se torne mais isonômico, essa é, no plano ideal a razão principal da sua existência.

Nesse contexto, temos o setor agrícola como um dos cernes fomentadores da economia brasileira, assim, reduzir a carga tributária deste aumenta seu espaço para investimento, sendo fundamental para manutenção da saúde financeira do Brasil.

Diante do exposto, a desoneração através da revogação da Lei 10.256/2001117, que regulamenta o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural), cuja cobrança foi suspensa e declarada inconstitucional, em 2011, pelo STF118, e que recentemente mudou seu posicionamento ao decretar a constitucionalidade da contribuição previdenciária119, gerando um clima de insegurança jurídica.

Depois da discussão acerca da sua constitucionalidade, adveio a Lei nº 13.606/18, com vigência a partir de janeiro deste ano, prevendo que os produtores

116 Reforma Tributária. Link: https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/576932-CCJ-APROVA-PROPOSTA-DE-REFORMA-TRIBUTARIA,-QUE-AGORA-SEGUE-PARA-COMISSAO-ESPECIAL.html
117 Lei nº 10.256/2001, link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10256.htm
118 STF, julgamento e suspensão do : http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339464
119STF: Julgamento da constitucionalidade do FUNRURAL,link: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339602

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

rurais pessoa física ou jurídica podem optar por continuar o recolhimento da contribuição previdenciária sobre a receita bruta da comercialização da produção rural (Funrural) ou optar por se submeter à contribuição incidente sobre a folha bruta de salários de seus empregados e trabalhadores avulsos (Artigo 22, I e II, da Lei 8.212/91120**).**

O tema ainda é controverso, e sua aplicabilidade bastante confusa, desencadeando muitas discussões sobre a faculdade do recolhimento, e a opção menos onerosa para o produtor.

Outro ponto que merece destaque é a não revogação do Convênio ICMS nº 100/97 (CONFAZ), que garante redução da base de cálculo do ICMS incidente sobre insumos agropecuários, que acaba de ganhar mais um ano de fôlego com a paliativa prorrogação para 30 de abril de 2020.

Contudo, sabe-se que a revogação de apenas 12 meses, traz duvidas e inseguranças para o setor, que prevê um grande impacto negativo com a sua não prorrogação, acarretando um aumento no custo de produção da atividade rural em até 14,3% e a carga tributária em até R$ 40 bilhões, repercutindo diretamente no aumento dos valores da cesta básica, segundo informe da CNA – Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil121.

O Convênio ICMS nº 100/97122 traz grandes impactos para a economia do setor, deve portanto, merecer atenção e considerar a criação de Lei ou projeto que garanta este benefício de forma continua e segura.

120 Lei nº 13.606/18, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13606.htm
121 Informe da CNA - Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil. https://www.cnabrasil.org.br/
122 Convênio CONFAZ, link: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1997/CV100_97

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outrossim é a contenda sobre a revogação da Lei Complementar nº 87/1996123, cuja origem está no artigo 155, inciso X, alínea "a", da Constituição Federal, conhecida como Lei Kandir, prevê a isenção do pagamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre as exportações de produtos primários, como itens agrícolas, semielaborados ou serviços.

A lei responsável pela desoneração do ICMS de competência estadual - sobre alguns produtos destinados à exportação, tem como principal finalidade dar maior competitividade ao produto brasileiro no mercado internacional, e agora está ameaçada de ser revogada e acarretar imensuráveis prejuízos a economia brasileira.

Ocorre que, os Estados exercem grande pressão para revogação da mencionada Lei complementar, sob o argumento principal de que há uma perda significativa da arrecadação, prejudicando diversos estados exportadores como Pará e Minas Gerais, diminuindo suas receita e poder de investimento.

Em números concretos, a revogação da Lei gera um déficit de US$ 43 bilhões, além do aumento substancial no índice de desemprego, tendo em vista que a cada US$ 100,00 exportados pelo Brasil, US$ 14,00 corresponde à produção de soja, segundo informação divulgada pela Aprosoja124.

Na tentativa de sanar o desequilíbrio econômico, foi proposto um projeto, ainda em tramitação, para compensar os Estados, respeitando alguns critérios pré-fixados, através de um repasse realizado pela União, com a finalidade de contrapesar os Estados pela não incidência do ICMS sobre a exportação de produtor primários.

123 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm
124 https://aprosojabrasil.com.br/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O projeto ainda não foi aprovado pelas Casas Legislativas125, portanto, ainda há preocupação quanto a possibilidade da sua revogação, devendo ser combatido e discutido com muita cautela, uma vez que acarreta impactos diretos para a rentabilidade do produtor e consequentemente para a economia brasileira no mercado interno e externo.

Deste modo, imprescindível a manutenção do referido beneficio que mitiga o custo de produção para o produtor, tornando os produtos brasileiros mais competitivos no mercado externo. Por isso, deve ser considerada por eventual Reforma Tributária, para garantir, não só a estabilidade econômica interna do país, mas também sua posição e credibilidade no mercado exterior.

Por fim, é valoroso trazer medidas e alternativas para simplificar e tornar eficiente o processo de aproveitamento dos créditos acumulados de ICMS, decorrentes das operações imunes de exportações, mencionadas anteriormente.

Na prática, para garantir a exclusão total desse acúmulo de imposto no processo produtivo voltado à exportação, a carga de ICMS que vem embutida em insumos comprados no mercado interno ao longo da cadeia de produção se transforma em crédito para as empresas exportadoras.

Ou seja, as exportações geram direito à manutenção e aproveitamento de creditos de ICMS pago na aquisição dos insumos (matérias primas; produtos intermediários; matérias de embalagem), destinados à industrialização ou mercadorias adquiridas para revenda126.

125 SENADO FEDERAL - Link:https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/05/15/comissao-fixa-em-r-39-bi-a-compensacao-anual-a-estados-por-prejuizos-da-lei-kandir

126TAMARINDO. UBIRAJARA e PIGATTO.GESSUIR - Tributação do Agronegócio – Uma análise geral dos Principais Tributos Incidentes. Editora JH MIZUNO, Leme/SP.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nestes termos, o exportador pode realizar a compensação, vide artigo 25, LC 87/96:

> Para efeito de aplicação do disposto no art. 24, os débitos e créditos devem ser apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados no Estado. (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)127

Desse modo, o exportador pode abater de débitos com os estados, e se for o caso, pode ainda transferi-los para outros estabelecimentos do grupo ou a terceiros.

A ideia do aproveitamento dos créditos é excelente, contudo, não funciona em termos práticos, pois as legislações estaduais impedem que os créditos acumulados sejam utilizados para a compensação de débitos. Essas limitações contribuem para um cenário no qual uma a cada três empresas (ou 32,9%) que utiliza o ressarcimento de créditos de ICMS simplesmente não consegue receber o benefício.128

A pesquisa demonstra que a limitação à compensação de créditos de ICMS ocorre, sobretudo, no que diz respeito a dívidas decorrentes de substituição tributária (quando a empresa é responsável por recolher o ICMS devido em toda a cadeia), importação (quando há incidência de ICMS sobre a entrada de mercadorias importadas) e diferencial de alíquota (devido nas operações que destinem bens e serviços a outro Estado dentro do País).

127LEI COMPLEMENTAR 87 de 13 de Setembro de 1996. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm

128 Pesquisa "Desafios à Competitividade das Exportações Brasileiras" - Confederação Nacional da Indústria (CNI) - Jornal do Comércio (https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/cadernos/jc_contabilidade/2019/02/670489-estados-exportadores-limitam-compensacao-de-creditos-de-icms.html)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O conjunto de condições para a utilização dos créditos acumulados para compensação com débitos próprios, assim como para transferir os saldos acumulados a terceiros evidenciam a resistência do estado em permitir que as empresas gozem do seu direito.

As limitações variam de estado para estado, como alguns que exigem autorização do Fisco para permitir a transferência, ou impõem limites mensais aos valores a serem transferidos e até mesmo vedam os contribuintes que possuem débitos com exigibilidade suspensa (quando a dívida está impedida de cobrança por motivos como parcelamento ou processo judicial) a recorrer às transferências, por exemplo.

As empresas alegam a dificuldade para compensar os créditos, alem da diminuição da sua competitividade no mercado, segundo a Confederação Nacional da Industria (CNI).129

Todos os cenários restritivos, violam frontalmente Lei Kandir, como já decidiu o STJ (Superior Tribunal de Justiça) em diversas oportunidades130. O STJ tem entendimento consolidado no sentido de que as normas que dispõem sobre a utilização dos créditos acumulados são autoaplicáveis, razão pela qual não seriam passíveis de qualquer tipo de limitação pelos estados.131

3. Considerações finais

Diante do contexto, e com cenário político favorável, imprescindível incluir na reforma tributária a garantia do aproveitamento de creditos acumulados, reduzindo

129 KIMBERLEY WINHESKI/ARTE/JC - Jornal do Comércio (https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/cadernos/jc_contabilidade/2019/02/670489-estados-exportadores-limitam-compensacao-de-creditos-de-icms.html)
130 RECURSO ESPECIAL Nº 1.505.296 - SP (2014/0324753-5), link: https://www.ibet.com.br/ibet-antigo/wp-content/uploads/2016/03/RE-sp-1.505.296-SP.pdf
131 TAMARINDO. UBIRAJARA e PIGATTO.GESSUIR - Tributação do Agronegócio – Uma análise geral dos Principais Tributos Incidentes. Editora JH MIZUNO, Leme/SP.

a discricionariedade dos estados, e assegurar um procedimento uniforme, simplificado e célere.

Não há duvidas de que existem inúmeros problemas para serem incluídos na pauta de uma eventual reforma tributária, entretanto, os temas aqui elencados, são de maior urgência e prioridade para alavancar a economia do país, e portanto, merece dedicação e cautela dos governantes, parlamentares e operadores do direito.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO AOS FILHOS MENORES

FLÁVIA CAROLINE BATISTA DE SÁ CAVALCANTI: Pós-Graduanda em Direito Imobiliário - Advogada.

BRUNO PIMENTEL

(Orientador)

RESUMO: Todo ser humano é inserido em uma conjuntura familiar. Quando o assunto é família, a ideia que nos passa é de amor, carinho e afeto. Porém, do vínculo familiar também advém desentendimentos dos mais diversos motivos dos pais com os filhos, como o abandono afetivo, a não assistência material, todos esses motivos decorrem da inobservância de deveres basilares ao poder familiar, tão destacado no Código Civil, na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Recentemente, o poder judiciário vem atendendo a várias demandas onde os filhos pleiteiam a responsabilidade civil dos genitores por abandono afetivo. Este estudo tem como objetivo analisar a possibilidade ou não de responsabilização civil dos pais, através de indenização por danos morais com o intuito de reparar o abandono afetivo aos filhos menores de idade.

Palavras-chave: Abandono Afetivo; Poder Familiar; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: Every human being is inserted in a familiar situation. When the subject is family, the idea that passes us is of love, affection and affection. However, family ties also lead to misunderstandings of the parents' many different motives with their children, such as abandonment of affection, non-material assistance, all of these reasons derive from non-observance of basic duties to family power, so highlighted in the Civil Code, and the Child and Adolescent Statute. Recently, the judiciary has been attending to several demands where the children plead the civil responsibility of the parents for affective abandonment. This study aims to analyze the possibility or not of civil liability of the parents, through compensation for moral damages with the purpose of repairing affective abandonment to underage children.

Key words: Affective Abandonment; Family Power; Civil responsability.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1- A FAMÍLIA E O DIREITO. 1.1- Conceito de Direito de Família. 1.2- Filiação no Código Civil de 2002. 1.3- Princípios Constitucionais no Direito de Família. 2- RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.1- Conceito de Responsabilidade Civil. 2.2- Pressupostos da Responsabilidade Civil. 2.2.1- A conduta humana. 2.2.2- O dano. 2.2.3- Nexo de Causalidade. 2.3- Do Dano Moral. 3- O PODER FAMILIAR E O AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES. 3.1- Conceito de poder familiar. 3.2- Exercício do poder familiar. 3.3- Suspensão do poder familiar. 3.4- Destituição ou perda do poder familiar. 3.5- Extinção do poder familiar. 4- RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO AOS FILHOS MENORES. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de reparação por abandono afetivo é um assunto ainda controvertido no universo jurídico, com consequências objetivas e subjetivas por transgressão da obrigação de convivência familiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil, o poder Judiciário vem se deparando com um assunto polêmico acerca da responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo aos filhos menores de idade, concepções diferentes vêm criando uma Jurisprudência em conflito, por vezes concedendo o direito à indenização pelo fato do abandono afetivo, mas em outros casos semelhantes, negando-lhe.

Aos que são a favor da condenação dos pais com indenização em danos morais por abandono afetivo asseguram que a carência de afeto e zelo dos pais é capaz de causar danos emocionais na criança e no adolescente sujeitos a compensação. Já aos que são discordantes à compensação por abandono afetivo, defendem a ideia de que o afeto não é passível de coerção, ou seja, que ninguém é forçado a amar o outro.

O reconhecimento de filiação que estão presentes na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, dá causa a uma relação jurídica, mas não acontece em todos os casos que se crie uma relação de afeto.

Desse modo, o perfilhamento poderá ocorrer de maneira facultativa ou por meio judicial, resultando efeitos de caráter patrimonial, bem como de caráter pessoal. Ocorre que, não há na legislação vigente, nada que expresse a obrigatoriedade do apoio afetivo, causando dúvidas quanto ao dever moral dos pais em proporcionar afeto aos filhos.

Inicialmente, nesta pesquisa, será abordado acerca da família e do direito de família, bem como, acerca da filiação e os princípios constitucionais que são importantes para a elucidação deste trabalho.

Dando continuidade, buscou-se explanar acerca da Responsabilidade Civil, seu conceito, os pressupostos, bem como aborda o tema do dano moral. Após, explana-se sobre o poder familiar, o exercício do poder familiar e a perda desse poder. E explana, de forma simples, acerca da afetividade nas relações familiares.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por fim, a pesquisa se encerra com uma explanação acerca da responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo aos filhos menores de idade, buscando averiguar se o abandono afetivo é capaz de ocasionar a obrigação de indenizar a pessoa abandonada afetivamente.

1 – A FAMÍLIA E O DIREITO

1.1- Conceito de Direito de Família

A família é a essência da coletividade, local onde o ser humano é inserido de forma mais íntima. O indivíduo está implantado nela por laços sanguíneos ou por laços afetivos, e são através da família que se contrai a sua individualidade e caráter. Mais do que isso, a família, historicamente falando, é anterior ao direito e ao próprio Estado, e é primordial para a formação da personalidade do ser humano.

Assim leciona Maria Helena Diniz:

> Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano. (Diniz, 2014, p. 27).

O elemento impulsionador das maiores alegrias, e em contrapartida, das nossas maiores tristezas e frustrações é a família. A maioria dos distúrbios do ser humano tem origem no passado, na formação familiar do indivíduo. Nas palavras do psicanalista Lacan, tem-se:

> Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos

> costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com elas disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. (Lacan,1985, p.13).

Conforme se vê, a instituição da família, compreendido de maneiras distintas pelos Doutrinadores, é preservada pelo Direito, pois é um organismo que antecede ele e até o próprio Estado.

Na antiguidade o poder maior na família era exercido pelo pai, esse poderia até mesmo penalizar a morte, um ente da família que praticasse alguma postura que fosse considerada errada por ele. Nas palavras de Gonçalves (2012, p. 31): "O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes".

Com o passar dos anos, essa concepção de família foi desenvolvendo. No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a importância dada por ela ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de família tomou novas diretrizes.

Após a Carta Magna de 1988, a família passou a ser observada por outra ótica e começou a ser vista como um local para realização pessoal. A concepção de família vem cada vez mais evoluindo. Sílvio Venosa, leciona:

> A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou muito com a sociedade urbana. A família atual, contudo, difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel de pais e mães. Atualmente, a escola e outras instituições de educação, esportes e recreação preenchem atividades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> dos filhos que originalmente eram de responsabilidade dos pais. Os ofícios não mais são transmitidos de pai para filho dentro dos lares e das corporações de ofício. (Venosa, 2014, p. 05-06).

Com as diversas modificações que sofreu a família, foi se adaptando com a realidade da coletividade. E com o passar do tempo, a família e suas relações passaram a ser reguladas pelo Direito. A partir de então, surgiu o Direito de Família, com o objetivo de colaborar com a manutenção da família para que o ser humano possa ser um cidadão digno.

Assim entende Sílvio Venosa:

> O direito de família, ramo do direito civil com características peculiares, é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem estar-social. (Venosa, 2014, p. 11).

O direito de família defende além dos interesses do cidadão, mas também o da coletividade. Para Maria Berenice Dias, o direito de família é personalíssimo, intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis.

1.2- Filiação no Código Civil de 2002

O Código Civil Brasileiro foi sancionado no ano de 2002, o referido código já nasceu desatualizado, tendo em vista o grande lapso de tempo entre o envio do projeto, ocorrido em 1975 e a sua sanção, em 2002. Nas palavras de Gonçalves (2012, p. 40): "A demora na tramitação fez com que fosse atropelado por leis especiais modernas e pela própria Constituição, como já foi dito, especialmente no âmbito do direito de família, já estando a merecer, por isso, uma reestruturação".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por esse motivo, o Código Civil de 2002 não trouxe em seu diploma legal várias discussões que hoje são comuns no âmbito do Direito de Família. A título do exemplo, não é disciplinado pelo atual Código Civil, acerca dos exames de DNA, as diversas técnicas de reprodução humana assistida, dentre outras questões.

Ao tempo em que o Código Civil prosseguia no Senado Federal, no ano de 1988 a Constituição Federal foi publicada, uma série de dispositivos que seriam novidade com advento do Código Civil foi abrangido pela Carta Maior, principalmente no âmbito do Direito de Família.

O Código Civil, em seu art. 1.596 preceitua que "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

No art. 1.630, da codificação civil: "os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores". Desse modo, o pátrio poder passou a ser considerado como o poder, mas também o dever dos pais de garantir aos filhos menores proteção e amparo.

A Constituição Federal trouxe, no âmbito do Direito de Família vários princípios que devem ser observados e será analisado no tópico a seguir.

1.3- Princípios Constitucionais no Direito de Família

Os princípios são os pilares do ordenamento jurídico. Apesar de haver uma ideia de que os princípios são apenas valores éticos, eles têm, de fato, acompanhados das leis, força normativa. Os princípios são aplicáveis de forma imediata.

No Direito de Família os princípios que o embasam foram trazidos pela Carta Maior de 1988, libertando a família do *pater* poder, pois antes da Constituição Federal de 1988 o pai era o único que detinha o poder na relação conjugal.

Sílvio Venosa assim leciona:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Não mais se refere o Código ao pátrio poder, denominação derivada do caudilhesco *pater familias* do Direito Romano, mas ao *poder familiar,* aquele que é exercido como um poder-dever em igualdade de condições por ambos os progenitores. (Venosa, 2014, p. 12).

A Carta Magna considerou, dentre vários, a *dignidade da pessoa humana*, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É um princípio essencial à própria condição humana, e está disposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, conforme se observa:

> 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:
>
> III – a dignidade da pessoa humana.

Para Moraes, tem-se que:

> A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao direito à felicidade. (Moraes, 2014, p. 18).

O Legislador teve a preocupação de trazer o princípio da dignidade da pessoa humana em um lugar notório na Constituição Federal, para demonstrar o quão importante é este princípio, e deve ser sempre respeitado.

Maria Berenice Dias, acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, assim leciona:

> O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. (Dias, 2014, p. 44-45).

O princípio da dignidade da pessoa humana vem em conjunto com vários direitos fundamentais que são importantíssimos para que o ser humano viva de forma digna.

A Constituição Federal, em seu art. 226, parágrafo 5º, estabelece o *princípio da* igualdade *entre os cônjuges*: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". O Código Civil anterior, como afirmado no tópico anterior, estabelecia que apenas o homem teria o poder familiar. Com o advento da CF/1988, ficou estabelecida a igualdade entre os cônjuges.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outro princípio importante é o *princípio da igualdade entre os filhos*, o Princípio da Igualdade está consagrado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, caput e inciso I, no rol dos direitos fundamentais, conforme adiante se vê:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País e 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; (...).

Fica demonstrado que a igualdade é princípio básico da Constituição Federal Brasileira, a lei maior. Este princípio tem como fundamentação "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade".

O art. 1.596, do Código Civil Brasileiro, preceitua que "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Com base nesse princípio constitucional, percebe-se que é vedado qualquer tipo de discriminação ou tratamento diferenciado entre os filhos, sendo eles iguais, de forma absoluta.

A Constituição Federal também trás o *princípio da paternidade responsável e o* planejamento *familiar,* sendo responsabilidade dos pais a livre paternidade, sendo proibido terceiros intervir nos caminhos escolhidos pelo casal. Este princípio está expresso no art. 226, parágrafo 7º da CF/1988.

Estes princípios estabelecidos na Carta Maior de 1988, visam proteger a família, sendo indispensáveis para a garantia e efetivação dos direitos para toda a sociedade.

2- RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito de Responsabilidade Civil

O conceito de Responsabilidade Civil não é pacífico pelos Doutrinadores. Mas sem levar em consideração as divergências da Doutrina, entende-se por Responsabilidade Civil obrigação de compensação em dinheiro, quando uma conduta humana viola o dever jurídico e causa prejuízo a outrem.

Nas palavras de Gagliano e Filho, Responsabilidade Civil é:

> A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a *priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a *responsabilidade civil* deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas. (Gagliano e Filho, 2012, p. 53).

Desse modo, qualquer ação humana que transgrida o dever jurídico, e ocasione dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, tem a obrigação de reparação.

Ainda, o ordenamento jurídico, na codificação civil de 2002, em seu artigo 927, preceitua o seguinte:

> Art. 927, CC/2002 – Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, é possível afirmar que qualquer ação humana que cause dano à outra pessoa é capaz de gerar responsabilidade civil, passível de compensação.

2.2- Pressupostos da Responsabilidade Civil

Para que configure a Responsabilidade Civil é indispensável que se verifique a presença de alguns requisitos, que são eles: conduta (positiva ou negativa), o dano e o nexo de causalidade, pressupostos que serão analisados a seguir.

2.2.1- A conduta humana

A conduta humana, que também pode ser entendida como qualquer ação do ser humano, é uma atuação humana voluntária, que poderá ser uma conduta comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, mas que produz implicações jurídicas. Para que a conduta humana caracterize Responsabilidade Civil, é imprescindível que tenha sido voluntária.

Para Gagliano e filho (2012, p. 73):

> O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana, é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. (Gagliano e filho, 2012, p. 73).

Ainda nas palavras de Gagliano e Filho, tem-se que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Em outras palavras a *voluntariedade,* que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal não ocorre apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com sua livre capacidade de autodeterminação. (Idem, 2012, p. 54).

Para que o individuo seja responsabilizado civilmente e seja obrigado a reparar o dano causado a outrem, através de indenização, é preciso que o sujeito tenha agido com culpa ou dolo. Nas palavras de Beviláqua *apud* Gonçalves (2012, p. 56): "Culpa, em sentido lato, é toda violação de um dever jurídico".

A culpa, para sua caracterização, é necessário que o resultado seja previsível, se não for assim, não há que se falar em culpa. A obrigação de reparar o dano oriundo de uma ação ilícita é consequência da culpa. Na mesma linha de racicíonio, Gonçalves:

> Desse modo, o dever de reparação proveniente de ato ilícito decorre da culpa, entendida em seu sentido amplo, como a violação de um dever jurídico imputável ao autor em decorrência de conduta intencional (dolo) ou em razão de imperícia, imprudência ou negligência (culpa em sentido estrito). Além do mais, seja a conduta proveniente de dolo ou culpa stricto sensu, para que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> surja o dever de ressarcimento,o fato gerador do dano deverá ser imputável ao seu autor, que agiu de modo livre e consciente. (Gonçalves, 2014, p. 32).

Definir culpa na Responsabilidade Civil, não importa se existiu a intenção ou não (dolo e culpa), mas tão somente se de fato existiu a ação humana, na modalidade culposa e que desta conduta tenha ocasionado um dano.

2.2.2 – O dano

É imprescindível a presença do dano para que seja configurada a responsabilidade civil.

Para Gagliano e Filho:

> Poderíamos então afirmar que, seja qual for a espécie de responsabilidade sob exame (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração, qual seja, sua pedra de toque. (Gagliano e Filho, 2012, p. 81).

Entende-se por dano, toda perda suportada pelo ofendido em seus bens, sejam eles de ordem moral ou material. Quando se fala de dano material, entende-se todo dano que causa prejuízo apenas de ordem patrimonial, já o dano moral é mais complexo de se identificar, pois não atinge o patrimônio do indivíduo, mas sim o ser humano em si.

Observando a importância do conceito de dano, Agostinho Alvim *apud* Gonçalves:

> Dano, em sentido amplo, vem a ser lesão de qualquer bem jurídico, e ai se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> pessoa, aplicáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano, tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se a da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável. (Gonçalves, 2012, p. 334).

O vocábulo "dano" está sempre ligado à perda, e se não há perda, não há que se falar em indenização, pois esta tem a condição de reestabelecer o ofendido o *status quo ante.* Quando se fala em dano imaterial, não existe a possibilidade do ofendido retornar ao seu *status quo ante,* motivo pelo qual o dano é recompensado através de indenização.

2.2.3 – Nexo de Causalidade

O nexo causal é um pressuposto primordial da responsabilidade civil, pois para que se tenha direito a indenização, é imprescindível que o individuo tenha vínculo com a ação e com o prejuízo sofrido pelo ofendido.

Lopes, assim leciona:

> Uma das condições essência à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço. (Lopes, 2001, p. 218).

Para explicar o nexo de causalidade, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, que, nas palavras de Gagliano e Filho

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(2012, p. 138): "Causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata".

Para que exista a Responsabilidade Civil e o dever de indenizar, é indispensável à existência de uma conduta humana (comissiva ou de omissão), e que cause prejuízo (dano) a outrem. Mas não é possível exigir a obrigação de indenizar, se não estiver presente o nexo de causalidade entre a ação do agente e o prejuízo ocasionado.

2.3- Do Dano Moral

O Código Civil de 2002, em seu artigo 186, reconhece a reparação dos danos morais, conforme se vê: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Conforme já foi exposto neste trabalho, o dano moral é causado quando ocorre a violação de qualquer bem resguardado juridicamente.

Como observa Gagliano e Filho:

> O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (Gagliano e Filho, 2012, p. 101).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O artigo 5º da Constituição Federal, inciso X, preceitua: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Resta claro que para caber indenização por danos morais, é fundamental a existência de um prejuízo. Diferente dos danos materiais, o dano moral não é de fácil constatação, pois atinge a alma da pessoa, ou seja, valores internos do indivíduo.

Existindo a comprovação do prejuízo, surge o direito de reparação.

Nas palavras de Reis (2002, p. 141), explana que não há padrões para que se fixe o quanto deverá ser pago a título de danos morais, e desse modo, as condenações são fixadas a critério do Juiz.

Para Teixeira, tem-se que:

> Dano moral é passível de indenização, e é considerado entre um dos mais graves, pois atinge o ser humano, violando o seus direitos fundamentais da sua dignidade e direitos da personalidade. Em que se pese o que não está sendo indenizado é a dor, sofrimento ou angustia da vítima na forma da sua impossibilidade, pois os valores personalíssimos das pessoas são incomensuráveis. Contudo a indenização irá pagar aquilo que não tem preço. (Teixeira, 2014, p. 34).

Como ensina o eminente e saudoso civilista Pereira, quando se cuida de dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças:

> Caráter punitivo', para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido. (Pereira, 1990, p. 62).

Pode se verificar que a indenização por danos morais visa a compensação dos danos ocasionados a um determinado indivíduo, para tentar impedir que a conduta lesiva se repita.

No vínculo entre pais e filhos, quando o pai não dá a atenção necessária, ou até mesmo quando não lhe trata com afeto, não se deve reconhecer o direito à indenização por danos morais ao filho, pois não se deve indenizar a dor, o sofrimento, pois isso são consequências das relações afetivas.

No entendimento de Neves, tem-se, que:

> Não parece razoável que a indenização seja fixada com a finalidade de punir o pai ausente, porque não se pode dizer que o distanciamento afetivo tenha sido intencional, consciente. A função indenizatória também não se mostra viável nesses casos, porque não pode acreditar que o recebimento de uma certa quantia em dinheiro seja capaz de apagar as cicatrizes que tenham sido causadas pela falta de afeto. Ao contrário, qualquer tipo de litígio entre pai e filho a esse respeito, seja qual for a solução encontrada, só serve para alargar o abismo afetivo entre eles. (Neves, 2012).

Outro ponto a ser analisado e discutido, é que além de não ser possível compensar uma dor com dinheiro, ainda mais uma dor de um filho por não ter recebido o afeto que ele acha que merece do pai, tem também o fator psicológico, pois condenar um pai a pagar indenização a um filho por abandono afetivo, pode

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aumentar os prejuízos causados, pois só trará ao filho a certeza de sua condição de vítima, existindo, nesses casos, a possibilidade do filho ter mais dificuldade para superar a sua falta de sorte, por não ter tido pais ideais para atender seus anseios afetivos.

Não há como se cobrar afeto, amor, e além do mais, não é razoável condenar em indenização por danos morais os pais por abandono afetivo, pois não há como conferir quantidade e qualidade do afeto dado a alguém como ideal, pois cada um tem sua própria maneira de sentir, de se expressar.

3- O PODER FAMILIAR E O AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

3.1- Conceito de Poder Familiar

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve diversas mudanças em relação ao poder familiar e a família, pois só com a instituição na Lei Maior de 1988 que garantiu a igualdade entre homens e mulheres nos seus direitos, mas também em deveres.

A Carta Maior da Republica Federativa do Brasil institui a criança e ao adolescente preferência integral, no sentido de ser protegida, amada, acolhida, e todos esses deveres são atribuídos à família, a sociedade e ao Estado.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988, trás o seguinte:

> Art. 226, CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> §3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união Estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
>
> §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A partir deste artigo, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. E que o Estado deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

Mais adiante, a Constituição Federal no art. 227, preceitua o seguinte:

> 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, à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ou seja, é dever da família, da sociedade e também do Estado garantir os direitos básicos da criança e do adolescente. Ainda de acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 229: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

Diniz, dispõe acerca do conceito de poder familiar:

> O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de

> condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Ambos têm, em igualdade de condições, poder decisório sobre a pessoa e bens de filho menor não emancipado. Se, porventura, houver divergência entre eles, qualquer deles poderá recorrer ao juiz a solução necessária resguardando o interesse da prole. (Diniz, 2014, p. 617 – 618).

Rodrigues o define como sendo: "O conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes". (Rodrigues, 2001, p. 349).

Diniz, trás algumas características do poder familiar, que é importante mencionar:

> O poder familiar:
>
> 1) Constitui um *múnus* público, isto é, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um *direito-função* e um *poder-dever*, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo.
> 2) É irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele.
> 3) É inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito e oneroso; a única exceção a essa regra, que foi permitida em nosso ordenamento jurídico, era a *delegação* do poder familiar, desejada pelos pais ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

responsável, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor. Essa delegação era reduzida a termo, em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, dele constatando advertência sobre os direitos e deveres decorrentes do instituto.

4) É *imprescritível,* já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo; somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei.
5) É *incompatível* com a tutela, não se pode, portanto, nomear tutor a menor, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar.
6) Conserva, ainda, a natureza de uma *relação de autoridade,* por haver um vinculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm o poder de mando e a prole, o dever de obediência. (Diniz, 2014, p. 618 – 619).

Percebe-se que, com suporte na Constituição Federal, o poder familiar é desempenhado tanto pelo homem, como pela mulher. E os dois têm direitos e deveres em relação aos seus filhos de maneira igualitária.

3.2- Exercício do poder familiar

É importante destacar que acerca do exercício do poder familiar, como visto no item anterior, é antes de tudo, um comprometimento dos pais para com o Estado e a Sociedade.

Acerca do exercício do poder familiar, Venosa, assim leciona: "Ambos os pais devem exercer o pátrio poder, em ambiente de compreensão e entendimento". (Venosa, 2014, p. 321).

O Código Civil de 2002, no artigo 1.634, dispõe acerca do exercício do poder familiar:

> Art. 1.634 – Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
>
> I – dirigir-lhes a criação e a educação;
>
> II – Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
>
> III – Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
>
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
>
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
>
> VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
>
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
>
> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como elucida o artigo citado, é responsabilidade dos pais a criação e a educação dos filhos menores, para que lhes seja garantido à sobrevivência. A não observância à direção da criação e educação dos filhos pode configurar crime de abandono intelectual, tipificado no Código Penal Brasileiro.

Nesse sentido, Venosa entende:

> Cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 246 do Código Penal).

Além da responsabilidade dos pais pela criação e educação do menor, ainda, com base no exercício do poder familiar, a guarda deverá ser compartilhada entre ambos os genitores do menor. E cabe aos pais, que são os detentores do poder familiar, o consentimento para que o menor se case, para viajar para o exterior, para que mudem de domicílio, enfim, todos os direitos e deveres elencados no artigo 1.634 da Código Civil.

Sob determinadas condições, a não observância a deveres impostos aos pais, os detentores do pátrio poder, pode gerar responsabilização civil, que poderá desencadear em indenização.

Em caso dos pais não utilizarem o pátrio poder de forma correta, este poderá ser suspenso ou destituídos. Acerca da suspensão, perda, extinção e destituição do poder familiar, serão abordados nos itens seguintes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.3- Suspensão do poder familiar

Acerca da suspensão do poder familiar, é considerada uma atitude mais branda, pois se os motivos que provocaram a suspensão do pátrio poder, cessar, e claro, desde que seja uma medida positiva para o menor, a suspensão pode ser revista e posteriormente invalidada.

Assim leciona Venosa:

> A suspensão é medida menos grave do que a destituição ou perda porque, cessados os motivos, extinta a causa que a gerou, pode ser restabelecido o poder paternal. Por outro lado, a suspensão pode-se referir a apenas parte dos atributos do poder familiar. (Venosa, 2014, p. 337).

As causas que determinam a suspensão do poder familiar estão expressas no Código Civil de 2002, no artigo 1.637, conforme se vê adiante:

> Art. 1.637 – Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
>
> Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja a pena exceda a dois anos de prisão.

Acerca deste artigo, Gonçalves, assim entende:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O dispositivo em apreço não autoriza somente a suspensão, mas, igualmente, outras medidas que decorram da natureza do poder familiar. Prevê ele a possibilidade de o Juiz aplicá-las ou suspender o aludido poder, em caso de abuso de autoridade, caracterizado: a) pelo descumprimento dos deveres inerentes aos pais; b) pelo fato de arruinarem os bens dos filhos; c) por colocarem em risco a segurança destes. (Gonçalves, 2012, p. 374).

O poder familiar deve ser exercido observado prioritariamente os interesses dos filhos menores de idade, por isso, o legislador lista hipóteses em que o exercício do poder familiar poderá ser suspenso.

Nesse sentido, Diniz, assim dispõe:

> Sendo o poder familiar *múnus* público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado a privar o genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento, hipótese em que se tem a suspensão do poder familiar, sendo nomeado curador especial ao menos no curso da ação. Na suspensão, o exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, de todos os seus atributos ou somente de parte deles, referindo-se a um dos filhos ou a alguns. (Diniz, 2014, p. 629).

Na hipótese de suspensão do pátrio poder, durante o curso da ação, já que o processo de suspensão do poder familiar deverá sempre ser assegurado o instituto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do contraditório e da ampla defesa, então, durante a ação será nomeado um curador para dispor do poder familiar em relação ao menor, já que na suspensão, o pátrio poder é tirado do detentor por prazo determinado.

Acerca do contraditório, assim dispõe o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 24 – A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 23, estabelece que: "A falta de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar".

Ou seja, o simples fato dos pais não terem recursos materiais para manter os filhos, não gera, por si só, motivo para que seja determinada a perda ou a suspensão do pátrio poder.

3.4- Destituição ou perda do poder familiar

A destituição do pátrio poder se dá através de sentença judicial, e é uma medida mais grave do que a suspensão do poder familiar.

As hipóteses de destituição do poder familiar, estão expressas no artigo 1.638 do Código Civil, conforme adiante pode-se observar:

> Art. 1.638, CC – Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
>
> I – castigar imoderadamente o filho;
>
> II – deixar o filho em abandono;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
>
> IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Diniz assim leciona acerca do conceito da destituição do poder familiar:

> É uma sanção mais grave que a suspensão, imposta, por sentença judicial, ao pai ou mãe que pratica qualquer um dos atos que a justifiquem, sendo, em regra, permanente, embora o seu exercício possa restabelecer-se, se provada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou; por ser medida imperativa abrange toda a prole e não somente um ou alguns filhos. (Diniz, 2014, p. 640).

A perda do pátrio poder é a medida mais grave imposta aos pais que faltam com as suas obrigações para com seus filhos menores. As causas para perda do poder familiar devem ser analisados cada caso concreto, onde o juiz irá decidir se é caso para perda ou suspensão do poder familiar.

Nas palavras de Venosa:

> Os procedimentos de perda ou suspensão do poder familiar terão início por iniciativa do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, conforme o art. 24 e art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (Venosa, 2014, p. 338).

Importante destacar que mesmo nos casos de perda ou destituição do poder familiar, é possível a restituição do poder familiar, buscando o melhor interesse do menor, através de sentença judicial.

3.5- Extinção do poder familiar

O pátrio poder é uma atribuição aos pais, que deve ser exercida no melhor interesse do menor. O Estado, por vezes, poderá interferir no exercício do poder familiar, e como visto nos itens anteriores, o poder familiar poderá ser suspenso ou destituído.

O Código Civil de 2002 é taxativo nas hipóteses em que ocorre a extinção do pátrio poder, conforme se vê adiante:

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

Nas palavras de Venosa, acerca da extinção do poder familiar:

> A morte de um dos pais não faz cessar o pátrio poder, agora poder familiar, que remanesce na pessoa do genitor sobrevivente. Originalmente, na redação do Código Civil de 1916, a mãe perdia o pátrio poder se contraísse novas núpcias, o que foi modificado pela Lei nº 4.121/62. Nesse sentido, o art. 1.636 é expresso no sentido de que o pai, ou a mãe, que contrai novas núpcias ou estabelece união estável não perde os direitos do poder familiar com reação aos filhos havidos na relação anterior, exercendo-os sem qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> interferência do novo cônjuge ou companheiro. (Venosa, 2014, p. 334).

Em caso de morte de apenas um dos pais, a extinção não irá servir para o genitor vivo, pois este exercerá sozinho o poder familiar. E na hipótese de falecimento do filho, não há mais razão de manter o poder familiar.

Nos casos emancipação, que é quando apesar de ser menor de idade, equipara-se a pessoa maior de idade, e nesse caso, também não se submete mais ao poder familiar.

Na adoção, o poder familiar é transferido para o adotante. E nos casos de extinção do poder familiar por decisão judicial, são as hipóteses de perda ou destituição do pátrio poder, elencadas no art. 1.638 do CC, conforme visto no item anterior.

4- RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ABANDONO AFETIVO AOS FILHOS MENORES

Com o tema deste trabalho, percebe-se a importância do seio familiar para que a criança e o adolescente se desenvolvam, em todos os aspectos. E é um assunto relevante, tendo em vista que não há no ordenamento jurídico, de forma expressa a possibilidade ou impossibilidade da responsabilização dos pais por abandono afetivo aos filhos menores de idade.

Apesar da falta de previsão explícita, há vários operadores do direito e doutrinadores que defendem a possibilidade do pai ser responsabilizado a reparar o filho, através de indenização por danos morais, por não ter recebido afeto.

A fundamentação utilizada para quem defende a possibilidade de responsabilizar os pais por abandono afetivo aos filhos menores, se embasam no princípio que foi apresentado durante a elaboração desta pesquisa, e de total importância para o ordenamento jurídico, que é o princípio da dignidade da pessoa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

humana, além de outros princípios constitucionais, como o princípio da paternidade responsável, etc.

Além dos princípios citados, os que defendem a possibilidade de reparação do abandono afetivo por indenização, defende que a criança não tem culpa pela irresponsabilidade dos pais, fundamentando no princípio da paternidade responsável, e que o instituto da responsabilidade civil é claro ao afirmar que sempre que alguém causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, pois comete ato ilícito.

É certo que a argumentação é respeitável, porém, em se tratando de responsabilização civil, não são corretas tais considerações.

Conforme foi analisado no segundo capítulo desta pesquisa, para que reste configurada a Responsabilidade Civil é indispensável que estejam presentes a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

O questionamento a ser feito é se no abandono afetivo estão presentes as exigências para configuração da responsabilidade civil. Se a obrigação de reparar o abandono afetivo através de indenização por danos morais atinge o objetivo da responsabilidade civil.

É inquestionável que o abandono afetivo gera diversos danos aos filhos. Esses prejuízos sofridos, as consequências variam de pessoa para pessoa.

O assunto debatido neste trabalho é complicado, assim como as relações humanas também são. Apesar de o senso comum entender que o amor de um pai para um filho deve ser incondicional, isso não é uma obrigação dos pais. Não há como cobrar amor ou afeto.

O direito não deveria regular as relações de afeto entre os seres humanos. Pois não há um jeito certo de amar ou sentir afeto por alguém. O amor e o afeto não devem ser passíveis de imposições.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal, o Estatuto da Criança e o do Adolescente, asseguram diversos direitos aos menores, como exaustivamente demonstrado no decorrer desta pesquisa, como o direito à educação, à convivência familiar, à dignidade da pessoa humana, dentre outros direitos essenciais. Desse modo, é correto impor aos pais o dever de ter os filhos em sua presença física, o que não se pode é obrigar que seja prestado uma assistência afetiva considerada ideal. Mas considerada ideal por quem?

As pessoas passam diariamente por diversas situações difíceis no dia a dia, e nem todas as pessoas tem a capacidade de dar afeto e amor. Então, os pais não devem ser responsabilizados por abandono afetivo, porque não há como mensurar se a falta de afeto ao filho, tenha sido de forma intencional, ou não. Ou mesmo se essa pessoa tem ou não capacidade de amar e ser amado.

Em relacionamentos entre marido e esposa, não é reconhecido o direito à reparação por danos morais em caso de algum deles sofrer após o término do relacionamento. Não se repara o sofrimento causado pelas relações afetivas, pois a dor, o sofrimento advindo das relações, são eventualidades que podem vir a ocorrer nas relações de afeto.

No vínculo entre pais e filhos, o entendimento deve ser o mesmo. O não recebimento de afeto dos pais, não deve gerar obrigação de reparar o abandono afetivo com uma indenização. Porém, se houver de fato abuso praticado pelo genitor, é plenamente justificável a obrigação de reparar, através do instituto da Responsabilidade Civil.

CONCLUSÃO

Os Princípios Constitucionais foram motivadores do atual perfil da família. Pois antes do advento da Constituição Federal a família era alicerçada no poder patriarcal, onde apenas o varão resolvia o que era necessário para a família. Com a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

promulgação da Carta Maior de 1988, todos os integrantes da família são iguais em direitos e obrigações.

Com esse progresso, a Criança e o Adolescente devem ser preservados de qualquer violência física ou psicológica, por parte da comunidade como um todo, ou até mesmo de seus próprios progenitores. Se assim não o fizer, estarão transgredindo o princípio da dignidade da pessoa humana, tão resguardado pela Constituição Federal.

Quando ocorre o abandono afetivo dos genitores para os filhos menores, surge a grande discussão de se existe a possibilidade da monetarização ao afeto. Vários Tribunais entendem que não se pode responsabilizar civilmente os pais por abandono afetivo aos filhos, por não ser possível indenizar o afeto.

Há Doutrinadores que defendem a ideia de que negar afeto ao filho, gera várias consequências psicológicas, e isso, por si só, representa uma ação contrária à Lei, e por esse motivo deve ser sancionado na seara da responsabilidade civil.

Já os Doutrinadores que se opõem a responsabilização civil aos pais por abandono afetivo aos filhos, o fazem sob o argumento de que não há como se estimar quantidade e qualidade ao afeto dedicado por uma pessoa a outra, que o afeto deve ser voluntário e não um dever jurídico.

Desse modo, o abandono afetivo dos pais por mais censurável que seja, o simples fato do filho ficar frustrado por não ter tido o afeto dos seus genitores, não devem acarretar responsabilização civil, com indenização por danos morais, pois o Estado não é capaz de obrigar alguém a amar e sentir afeto pelo filho.

A admissão do direito à indenização, além de ir de encontro com o instituto da responsabilidade civil, só acarretaria total insegurança jurídica. E não diz respeito ao Estado estabelecer a maneira correta que um pai deve prestar assistência afetiva ao seu filho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. V. 6. Direito de Família: As famílias em perspectiva Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Parte Geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. V.6. Direito de Família. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil. V. 3. Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol.5: Direito de Família. 29ª ed. SP: Saraiva, 2014.

LACAN, Jacques. Os complexos familiares, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil – Fontes Acontratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil, 5. Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

REIS, Clayton. Avaliação do Dano Moral. Rio de Janeiro. Forense. 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil, Rio de Janeiro, Forense, 1990.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado**.** 15. ed. SP: Saraiva, 2011.

MORAIS, Jessica Reis. A IMPOSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-

FILIAIS. Disponível em < http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=67>. Acesso em 25 de Maio de 2017.

TEIXEIRA, Suellen Cristine Rodrigues. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. 51 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2014.

GONÇALVES, Lília Baptista Diniz. A Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília/DF, 2014.

CASTRO, Leonardo. *Lei proposta por Marcelo Crivella não fará os pais amarem filhos. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-mai-19/lei_proposta_crivella_nao_pais_amarem_filhos>. Acesso em 25 de Maio de 2017.*

CORONETTI, Michele. Abandono Afetivo. O que diz a lei? Disponível em < https://familia.com.br/9878/abandono-afetivo-o-que-diz-a-lei>. Acesso em 25 de Maio de 2017.

TEIXEITA, Patrícia. Abandono afetivo dos filhos pode ser caracterizado como crime. Disponível em <https://patriciadantasadvogada.jusbrasil.com.br/noticias/238667648/abandono-afetivo-dos-filhos-pode-ser-caracterizado-como-crime>. Acesso em 26 de Maio de 2017.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. Indenização por abandono afetivo: impossibilidade. Disponível em: < http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/8268>. Acesso em 26 de Maio de 2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais do direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. Ed. Forense, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família.** Vol. 6. 26ª ed. São Paulo, Saraiva: 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

MAÍSA AKROUCHE SANDOVAL DOS SANTOS:
Acadêmica de Direito na Faculdade de Direito de Franca – FDF e Estagiária no TJSP.

Resumo: O presente artigo propõe-se a evidenciar que o princípio da afetividade é de difícil delimitação, tendo em vista que sua expressão é o afeto, usualmente entendido como sinônimo de amor, o que o desvincularia de qualquer dever jurídico, no entanto, mister se faz ressaltar que o princípio supramencionado não se relaciona, tão somente, à ideia de sentimento, mas precipuamente à dedicação que os pais devem ter com a formação e a criação dos filhos menores, o que ocorre por meio de comportamentos pró-afetivos. Urge realçar que o descumprimento voluntário e injustificado dos deveres de ordem imaterial inerentes ao poder familiar, quais sejam o de educação, criação, companhia e guarda, que efetivamente colocam os filhos sob a proteção e o amparo, caracteriza o abandono afetivo e o estudo do tema do presente trabalho faz uma análise acerca da plena possibilidade se de aplicar o instituto da responsabilidade civil subjetiva à relação de parentalidade, notadamente na hipótese dos pais que abandonam afetivamente os filhos menores, desde que todos os elementos – conduta contrária à ordem jurídica, culpa, dano e nexo causal – se façam presentes, para que, por conseguinte, sobrevenha o respectivo dever de indenizar os danos morais causados.

Palavras-chave: Afetividade. Abandono afetivo. Poder familiar. Responsabilidade civil. Dano moral.

Abstract: The current article proposes to show that the principle of affectivity is difficult to delimit, considering that its expression is affection, usually understood as synonymous with love, which would dissociate it from any juridical duty, however

, it should be pointed out that the aforementioned principle is not only related to the idea of feeling, but rather to the dedication that parents must have with the formation and creation of the minor children, which occurs through pro-affective. It is important to emphasize that voluntary and unjustified noncompliance with the immaterial duties inherent in family power, such as education, creation, company and custody, which effectively place children under protection and protection, characterize the abandonment of affection and the study of the This article analyzes the full possibility of applying the institute of subjective civil responsibility to the relationship of parenthood, especially in the hypothesis of the parents who leave the children affectively, as long as all the elements conduct contrary to the legal order, fault, damage and causal link - to be present, so that, consequently, their respective duty to indemnify the moral damages caused.

Keywords: Affectivity. Affectionate abandonment. Family power. Civil responsibility. Moral damage.

Sumário: Introdução. 1. Premissas introdutórias à relação entre a família e o direito. 1.1. Evolução da família no direito brasileiro. 1.2. Princípios constitucionais informadores do direito de família. 1.2.1. Dignidade da pessoa humana. 1.2.2. Solidariedade familiar. 1.2.3. Pluralismo das entidades familiares. 1.2.4. Igualdade e respeito à diferença. 1.2.5. Melhor interesse da criança e do adolescente. 1.2.6. Afetividade. 2. Abandono afetivo na relação paterno-filial e seus efeitos. 2.1. Pressuposto: relação de parentalidade. 2.1.1. Conceito de filiação. 2.1.2. Filiação biológica, jurídica e socioafetiva. 2.2. Poder familiar. 2.2.1. Conceito, características e titularidade do poder familiar. 2.2.2. Conteúdo do poder familiar: deveres dos pais quanto aos filhos menores. 2.2.3. Extinção, suspensão e perda do poder familiar. 2.3. Caracterização do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos menores. 2.3.1. Consequências psicológicas do abandono afetivo. 2.3.2. Consequências jurídicas do abandono afetivo. 3. Responsabilidade civil por abandono afetivo na relação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

parental. 3.1. Aspectos gerais da responsabilidade civil por abandono afetivo na relação parental. 3.1.1. Elementos caracterizadores da responsabilidade civil. 3.1.2. Responsabilidade civil aplicada ao Direito de Família. 3.2. Posicionamentos em relação à indenização por abandono afetivo parental: análise doutrinária e jurisprudencial. 3.3. Responsabilidade civil no direito de família: dano moral decorrente do abandono afetivo na relação paterno-filial. Conclusão. Referências.

Introdução

A escolha do tema proposto no presente trabalho justifica-se pela problemática nas relações familiares, tendo em vista que, ao longo da história, o Direito se adequa à evolução e às demandas da sociedade e, por conseguinte, contempla as mais variadas situações e necessidades sociais, com a finalidade de garantir a paz e a justiça. Outrossim, como é notório, o Direito não se mantém estático, e da mesma forma que a sociedade evolui, o Direito, por consequência lógica, acompanha tal processo de transformação. Neste ponto, percebe-se que a família, ponto fundamental e inicial de inserção do homem na sociedade, teve sua estrutura modificada, em detrimento ao conceito legal outrora estabelecido. E tal aspecto evolutivo se deu, notadamente, em virtude do afeto e da solidariedade, que norteiam o comportamento social do ser humano.

Insta consignar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar. Nesse sentido, surge a controvérsia acerca da possibilidade de se impor aos pais o dever de dar afeto aos filhos e, por conseguinte, responsabilizá-los civilmente pelo seu descumprimento. Em que pese não seja a primeira decisão proferida acerca do tema, o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em 1º de abril de 2004, condenou um pai a pagar indenização por danos morais ao filho por tê-lo abandonado afetivamente e, especialmente após ter sido reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, o julgamento tornou-se amplamente difundido no meio jurídico e acadêmico, o que ensejou discussões e posicionamentos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

doutrinários e jurisprudenciais distintos, os quais procuram delimitar o conteúdo do afeto, ora o identificando com amor, ora o diferenciando deste sentimento. No entanto, é imprescindível, para a caracterização do abandono afetivo, delimitar a correta compreensão do significado do afeto em termos jurídicos e é nessa linha que o presente trabalho se desenvolverá.

Destarte, para se atingir o objetivo almejado, qual seja, demonstrar a plena possibilidade da aplicação da responsabilidade civil subjetiva na hipótese dos pais que abandonam afetivamente os filhos, serão utilizados diversos meios de pesquisa, sendo eles: legislativos, doutrinários, jurisprudenciais e virtuais, com recorrência à metodologia quantitativa e bibliográfica, a partir do método dedutivo. Para tanto, abordar-se-á, de proêmio, a análise da evolução da família no direito brasileiro, desde a época em que vigiam as Ordenações do Reino e, posteriormente, durante à vigência do Código Civil de 1916, até chegar na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, finalmente, no Código Civil de 2002, a fim de que seja possível a verificação das principais mudanças ocorridas na família, que deixou de ser uma estrutura hierarquizada e patriarcal para funcionalizar-se à realização existencial de seus membros. Analisar-se-á os fundamentais princípios informadores do Direito de Família, introduzidos, notadamente, pela mudança paradigmática da Constituição Federal, que evidenciou o afeto, e não mais o poder, como elemento sobre o qual estão fundadas as entidades familiares. Nesse sentido, o principal objetivo do começo do estudo será demonstrar que o princípio jurídico da afetividade não impõe o dever de amar, mas de se comportar de modo pró-afetivo, vale dizer, de agir como se amor sentisse.

Tecidas as considerações acerca da delimitação do conteúdo do afeto, iniciar-se-á o estudo sobre a caracterização do abandono afetivo, com abordagem dos pressupostos da relação de parentalidade, sem a qual não é possível falar em abandono do filho por um dos pais e, para tanto, examinar-se-á o conceito de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

filiação, bem como as suas origens, biológica e socioafetiva. A seguir, serão estudados o conceito, as características, a titularidade e o conteúdo do poder familiar, a fim de que se possa demonstrar que o descumprimentos voluntário e injustificado dos deveres de ordem imaterial inerentes ao poder familiar, quais sejam o de criação, educação, sustento, companhia e guarda, ensejam o abandono afetivo e a consequente possibilidade de este ser causa de suspensão ou destituição do poder familiar, dando ênfase às consequências psicológicas e jurídicas advindas da ausência de afeto na relação paterno-filial. Frisar-se-á que o abandono afetivo não está relacionado à falta de amor, ante a impossibilidade de se obrigar o ser humano a desenvolver qualquer tipo de sentimento por outrem.

Estabelecida a caracterização do abandono afetivo, será estudado o instituto da responsabilidade civil a partir do conceito, funções, elementos caracterizadores e aplicação no Direito de Família. Nesse estudo, imprescindível ressaltar que não obstante o Código Civil de 2002 seja essencialmente objetivista, a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo é subjetiva, razão pela qual serão averiguados os elementos imprescindíveis à sua caracterização: conduta contrária à ordem jurídica, culpa, dano e nexo causal. A seguir, serão analisados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em relação à indenização por abandono afetivo parental, a fim de que seja possível a abordagem da possibilidade de se responsabilizar civilmente os pais que abandonam afetivamente os filhos menores.

Destarte, a precípua pretensão do atual trabalho monográfico consiste em demonstrar que os filhos menores, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, necessitam do afeto dos pais para que possam atingir a íntegra formação psíquica. Assim, o dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dissuadida pela firme posição do Judiciário ao mostrar que o afeto tem um preço sublime na nova configuração familiar.

1 PREMISSAS INTRODUTÓRIAS À RELAÇÃO ENTRE A FAMÍLIA E O DIREITO

De proêmio, insta consignar que o Direito se adequa à evolução e às demandas da sociedade, contemplando as mais variadas situações e necessidades sociais, com a finalidade de garantir a paz e a justiça. Ademais, como é notório, o Direito não se mantém estático, e da mesma forma que a sociedade evolui, o Direito, por consequência lógica, acompanha tal processo de transformação. Neste ponto, percebe-se que a família, ponto fundamental e inicial de inserção do homem na sociedade, teve sua estrutura modificada, em detrimento ao conceito legal outrora estabelecido. E tal aspecto evolutivo se deu, notadamente, em virtude do afeto e da solidariedade, que norteiam o comportamento social do ser humano.

A definição de família é alvo de uma multiplicidade de conceitos. Um deles é ser um elemento ativo, pois se encontra sempre em mudança para melhor atender às necessidades de uma sociedade em evolução. Deste modo, torna-se a base da sociedade para o ser humano, revelando-se como o ramo do direito que mais está ligado à vida.

Por tal forma, novas concepções acerca da família vêm surgindo no ordenamento pátrio, conceitos tais que se fundam sobre a personalidade humana, devendo a entidade familiar ser entendida como grupo social fundado em laços afetivos, promovendo a dignidade do ser humano, no que toca a seus anseios e no que diz respeito a seus sentimentos, de modo a se alcançar a felicidade plena.

Urge ressaltar que a família, mesmo na sua forma mais primitiva, é o berço da sociedade, sendo certo que antecedeu a qualquer norma jurídica e, consequentemente, ao próprio Direito. Sob a perspectiva de Maria Berenice Dias, a família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos –, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um lar no seu aspecto mais significativo: lugar de afeto e respeito 132.

Ao longo da história a família sempre sofreu a influência de fatores econômicos, sociais, políticos e religiosos, que comprovam ser a família um "elemento ativo; que nunca permanece estacionário, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado" 133.

Qualquer tentativa de compreensão da família atual que não considere a influência destes fatores supramencionados corre o risco de apresentar uma visão míope de um organismo que transcende a própria história da humanidade, pois, conforme lecionou FACHIN: "Vê-la tão-só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um *iceberg*. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno" 134.

Tecidas tais considerações no que atine à relação entre a família e o Direito, de se ressaltar que, ao longo do desenvolvimento das civilizações, as relações humanas sempre foram objeto de demasiada observação. Nesse sentido, imprescindível o estudo acerca da evolução da família no direito brasileiro para que se possa compreender como o afeto passou a ser considerado o vetor axiológico do instituto da família.

1.1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

132 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 29.
133 MORGAN, Lewis apud ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado** – 13ª ed. Tradução de: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand, 1995. p.30.
134 FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro** – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A família é uma entidade histórica, sempre esteve presente na evolução da humanidade e sempre revelou, por meio de sua estrutura, os valores e princípios que permeiam as relações sociais, políticas, culturais e religiosas de cada sociedade, em determinado período de tempo e espaço 135. O desenvolvimento da sociedade e o gradual reconhecimento de direitos e garantias dos indivíduos que a compõem são responsáveis pela evolução da família, enquanto entidade, e das relações pessoais e patrimoniais de seus membros, conforme se demonstrará a seguir a partir da análise das relações familiares e do direito de família na história do Brasil.

Inicialmente, insta ressaltar que vigiam no Brasil, desde o período colonial, as leis gerais portuguesas compiladas nas Ordenações do Reino – Ordenações Afonsinas (1480), Ordenações Manuelinas (1520) e Ordenações Filipinas (1603). Em razão de terem sido editadas em 1603, as Ordenações Filipinas praticamente regeram todas as relações jurídicas de direito privado no Brasil, desde o colonialismo até o início da vigência do Código Civil de 1916, superando o rompimento político com Portugal, com a proclamação da independência em 1822, a queda do Império e o advento da República. O Livro IV das Ordenações Filipinas regulava o direito civil, que estabelecia normas sobre obrigações, família e sucessões 136.

A única entidade familiar reconhecida pelas Ordenações Filipinas era a formada pelo casamento, sendo exclusivamente dirigida pelo homem, considerado mais capacitado, tão somente em razão de seu gênero sexual, para administrar os bens e os direitos e deveres advindos da sociedade conjugal, bem como representar sua esposa, considerada incapaz em juízo e nos atos da vida civil. Deste modo, a mulher, em decorrência do poder marital, era tida como a parte mais fraca da

135 HIRONAKA apud PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 11.
136 PRADO, Camila Affonso., op. cit. p. 11.

relação conjugal, sendo que devia obediência ao marido e suas ações deveriam ser submetidas à vontade dele. A condição da mulher era de tal sujeição que ao marido era conferido, inclusive, o direito de matá-la caso praticasse adultério.

No que atine à filiação, as Ordenações conferiam tratamento desigualitário e, desta forma, diferenciavam os filhos em legítimos, legitimados e ilegítimos. Esse tratamento discriminatório atribuído aos filhos tinha por base o vínculo jurídico mantido por seus pais e produzia efeito, especialmente, no exercício do pátrio poder e no campo sucessório.

As principais diferenças entre os filhos legítimos e legitimados residiam na qualificação discriminatória e na exclusão da presunção de paternidade com relação aos legitimados, já que, não sendo concebidos na constância do casamento, não se presumia como pai o marido da mãe. No entanto, uma vez constatada a paternidade, tantos os filhos legítimos como os legitimados estavam submetidos ao pátrio poder, o qual era exercido exclusivamente pelo pai e destinava-se a reger a pessoa do filho e administrar seus bens.

O fundamento do pátrio poder consistia na obrigação imposta aos pais de criar e educar os filhos, bem como na necessidade de manter a regularidade e a ordem na família. O filho vivia em verdadeiro estado de submissão em relação ao pai, ao qual devia obediência, gratidão e, inclusive, reverência, sendo, ademais, considerado incapaz para o exercício dos atos da vida civil enquanto não extinto o pátrio poder 137. Neste sentido, cumpre ressaltar que a incapacidade e a completa ausência de liberdade do filho prolongavam-se por tempo indeterminado, já que não se considerava causa de extinção do pátrio poder a maioridade civil atingida aos vinte e um anos de idade.

137 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 14.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

À vista disso, conforme supramencionado, o pai era responsável por representar o filho nos atos da vida civil, ainda que atingida a maioridade, e por administrar, apropriar-se dos rendimentos e, inclusive, dispor de determinada categoria dos bens a ele pertencentes. Desta forma, a relação estabelecida entre pai e filho, legítimo ou legitimado, era, destarte, de verdadeira subordinação. Isso não significa que o afeto não se fazia presente nas relações familiares, em especial, na parentalidade. O significado de afeto, todavia, limitava-se aos sentimentos, sendo empregado como sinônimo de amor, que, de fato e, em geral, existia entre pais e filhos. Não era considerado um valor ou princípio jurídico indispensável à formação da família e ao desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros. Assim, o direito não tratava do afeto em sua atual acepção, visto que incompatível com a própria estrutura hierarquizada e desigualitária da família brasileira dos séculos XVI a XIX 138.

Cumpre esclarecer que, além dos filhos legítimos e legitimados, havia **o ilegítimo**, o qual era fruto de um caso havido fora do casamento. Os filhos ilegítimos se subdividiam em dois grupos: os **naturais**, oriundos do concubinato; e os **espúrios**, que receberam tal designação devido a impedimento de os pais se casarem à época de sua concepção.

Assim sendo, insta consignar que, ainda durante as Ordenações, os filhos ilegítimos assumiam posição inferiorizada no âmbito da estrutura familiar se comparados aos filhos legítimos e legitimados, tendo em vista que, mesmo que a paternidade fosse reconhecida, os filhos ilegítimos não estavam submetidos ao pátrio poder, o qual, embora se revelasse abusivo em demasiadas situações, foi concebido com a finalidade da proteção e da representação dos filhos incapazes para os atos da vida civil. Em razão da privação desse poder-dever, os filhos

138 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 16.

ilegítimos assumiam a condição de órfãos e, enquanto menores, ficavam sujeitos ao juízo de órfãos, que lhes nomeava um tutor para gerir sua pessoa e administrar seus bens, representando-os enquanto impúberes e os assistindo quando atingida a idade púbere 139.

No entanto, no que tange aos filhos naturais, embora não sujeitos ao pátrio poder, se tivessem a paternidade reconhecida, eram considerados membros da família paterna e, por conseguinte, titulares dos mesmos direitos dos filhos legítimos. Assim, não havia razão para assumirem a condição de órfãos. Em contrapartida, aos filhos espúrios não se atribuía qualquer dos direitos conferidos aos filhos legítimos, sendo considerados como estranhos ao pai, mesmo que prova ou reconhecida a paternidade. Havia apenas uma exceção, qual seja, a possibilidade de os filhos espúrios pleitearem alimentos em face do pai. Tratava-se, portanto, do único fundamento da ação de investigação de paternidade, uma vez que sequer eram considerados herdeiros legítimos 140.

Ante o exposto, vê-se, em relação às principais regras destinadas a regular a filiação na época do Brasil Colônia, o tratamento discriminatório conferido aos filhos, desde a sua classificação em legítimos, legitimados e ilegítimos, até a privação de direitos fundamentais inerentes a qualquer ser humano. Tais preceitos de direito de família consagrados nas Ordenações Filipinas subsistiram após a proclamação da independência, em 1822, pois, conforme previa a Lei de 20 de outubro de 1823, enquanto não se aprovasse um Código Civil, mantinham-se

139 Id., Ibid., p. 17.

140 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Obra fac-similar do livro original anotado e adaptado ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrade e Silva, editado em 1918. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/38628/pdf/38628.pdf>. Acesso em: 06 maio 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vigentes as Ordenações e as demais leis, decretos, alvarás, regimentos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821 141.

A aprovação de um Código Civil elaborado para a sociedade brasileira, baseado na cultura e nos usos e costumes desenvolvidos ao longo do domínio português, fazia-se urgente, uma vez que as Ordenações Filipinas, além de terem sido criadas para a sociedade portuguesa do século XVII, continham normas lacunosas, o que estimulou a vasta produção de leis esparsas e o surgimento de conflitos normativos.

Nesse sentido, ocorreu a atuação, no campo legislativo, de Teixeira de Freitas, com a elaboração, em 1857, da Consolidação das Leis Civis, a qual ordenou o caos dos princípios civis constantes das Ordenações Filipinas e das leis extravagantes, permitindo saber quais as normas que vigoravam no território brasileiro. Posteriormente, no período imperial, seguiram-se demasiadas tentativas de elaboração do Código Civil, sendo que apenas em 1899, Clóvis Beviláqua foi convidado a elaborar o supracitado projeto, que, concluído no mesmo ano, deu início à sua tramitação, em 1900, no Congresso Nacional e foi sancionado em 1º de janeiro de 1916.

Assim, embora o Código Civil de 1916 tenha iniciado sua vigência no começo do século XX, época em que o Estado Liberal deu lugar ao maior intervencionismo que caracteriza o Estado Social, seu respectivo projeto foi concluído no ano de 1900, conforme supramencionado. Deste modo, tratava-se de um Código elaborado para a sociedade do século XIX, em um período histórico no qual a sociedade brasileira pouco havia se desenvolvido, refletia, por conseguinte, o subdesenvolvimento das relações familiares, de modo que a estrutura da família ainda era eminentemente

141 ALVES, José Carlos Moreira. **Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais**. Disponível em: < https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67220/69830>. Acesso em: 10 maio 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

patriarcal, fundada, essencialmente, na desigualdade entre homem e mulher, no pátrio poder atribuído ao pai e no tratamento discriminatório conferido aos filhos havidos fora do casamento 142.

De acordo com Gustavo Tepedino:

> O Código Civil de 1916 é fruto de uma doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro, quando na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil 143.

O casamento era o elemento estrutural no Direito de Família no Brasil, na forma disciplinada pelo Código Civil de 1916. A partir do matrimônio a mulher casada era considerada relativamente incapaz quanto a certos atos e à maneira de exercê-los, sendo que, com fulcro no artigo 233 do diploma legal supracitado, o homem era declarado o chefe da sociedade conjugal e a ele competia deveres como os de representar legalmente a família; administrar os bens comuns e os particulares da mulher; fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade da mulher recorrer ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique e prover a manutenção da família.

Vê-se, portanto, o tratamento jurídico com caráter discriminatório conferido à mulher, a qual sequer tinha o exercício de profissão conferido, cuja prática sujeitava-se à autorização marital, que apenas poderia ser suprida judicialmente caso o marido não garantisse a subsistência da mulher e a de seus filhos. A posição tradicionalista e conservadora em favor da família legítima era evidente, tendo em vista que o ordenamento jurídico apenas reconhecia e tutelava a família formada a

142 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 22.
143 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 2.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

partir do casamento, garantindo aos seus membros a titularidade de direitos e obrigações. Por conseguinte, apenas os filhos concebidos na constância do casamento eram considerados legítimos, discriminando-se os demais por terem sido concebidos fora da relação matrimonial 144.

Cumpre ainda esclarecer que, contraído o casamento, o vínculo conjugal somente se extinguia com a morte de um dos cônjuges, eis que inexistente o instituto do divórcio à época. O desquite apenas colocava termo na sociedade conjugal e no regime matrimonial de bens, de modo que o cônjuge desquitado não poderia contrair novas núpcias. O conteúdo axiológico do casamento era de tal intensidade que os cônjuges sequer tinham liberdade para se desquitar, devendo permanecer casados, salvo nos casos de adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal por dois anos contínuos ou, havendo consentimento de ambos, se casados por mais de dois anos 145.

No que atine à filiação e tendo em vista o exposto acima, consideravam-se legítimos tão somente os filhos concebidos durante o casamento. Já os filhos concebidos por pessoas não casadas poderiam ser legitimados por ulterior matrimônio de seus pais, sendo, desta forma, equiparados aos filhos legítimos. No entanto, enquanto não sobreviesse o casamento, os filhos eram considerados ilegítimos, classificados em naturais e espúrios. Reputavam-se naturais os filhos de pessoas não casadas, desde que inexistissem, ao tempo da concepção, impedimentos para o ato matrimonial. No caso de filiação espúria, esta se subdividia em **espúrio incestuoso**, cujo impedimento decorria de parentesco próximo dos genitores, ou de afinidade; e, espúrio **adulterino**, cujo impedimento

144 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 24.

145 RODRIGUES, Silvio. **Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos**. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67221/69831>. Acesso em: 20 maio 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

se dava em função de um deles já ser casado com outra pessoa, havendo, dessa forma, a violação do dever de fidelidade recíproca.

Ainda em matéria de filiação, em que pese o Código Civil de 1916 tenha tratado com menos rigor o filho natural, o fez com demasiada perversidade em relação ao espúrio, ao proclamar em seu artigo 358 que os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos. Ora, como é sabido, o reconhecimento espontâneo ou forçado é que estabelece o parentesco entre o filho ilegítimo e seus pretensos progenitores. Se a Lei proíbe o reconhecimento, esse parentesco não se constitui; desse modo e segundo a legislação de 1916, o filho adulterino, por não ser reconhecido, não tem direito à herança, nem a alimentos, não está sob o pátrio poder, ou seja, é um estranho em relação ao homem que o engendrou. Inescondível, portanto, a discriminação contra a família nascida fora do casamento 146.

No tocante aos filhos adotivos, cumpre ressaltar que eram equiparados aos filhos legítimos e, portanto, estavam submetidos ao pátrio poder do pai adotante, sendo titulares de todos os direitos e deveres dele decorrente. No entanto, a ação não extinguia o parentesco do filho adotado com a sua família biológica, subsistindo os direitos e os deveres a ele inerentes, salvo quanto ao pátrio poder. Tratava-se, ademais, de instituto destinado à proteção dos adotantes e não dos adotados, uma vez que visava apenas àqueles que não possuíam filhos legítimos ou legitimados. Além disso, sobrevindo filhos legítimos após a adoção, esses eram privilegiados no campo sucessório em detrimento dos filhos adotivos, aos quais cabia apenas metade da herança a que aqueles tinham direito 147.

146 Id.,Ibid.

147 Art. 1.605, § 2º, do Código Civil de 1916: "Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A posição rigorosa do Código Civil de 1916 foi, paulatinamente, abandonada no curso dos anos subsequentes por uma legislação mais humana e menos conservadora. Dentre as principais leis, anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que dispunham sobre a Família, cumpre trazer à baila a promulgação da Lei n. 4.737/42, cujo artigo primeiro determinava que o filho havido fora do matrimônio poderia, depois do desquite, ser reconhecido espontânea ou forçadamente. Insta ressaltar que a controvérsia provocada pelo diploma supracitado ensejou aperfeiçoamento e, por conseguinte, sobreveio a Lei n. 883/49, em que o dispositivo inicial declarava:

> Art. 1º - Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação.

Destarte, a Lei supramencionada permitiu o reconhecimento voluntário ou forçado do adulterino, todavia, a dissolução da sociedade conjugal era o único pressuposto para tal reconhecimento. Estribava-se, a exigência, na ideia de que o reconhecimento do adulterino, na vigência da sociedade conjugal, constituía ofensa intolerável ao outro cônjuge, capaz de provocar a ruína do casamento. Dissolvida, entretanto, a sociedade conjugal pela morte ou pelo desquite, não havia mais razão para se respeitar a sensibilidade do cônjuge falecido ou desquitado 148. Vê-se, pois, que a finalidade de preservar o casamento continuava sendo a grande preocupação do legislador.

Em que pese a Lei de 1949 se apresentasse como uma Lei Áurea para os adulterinos – ressalte-se que não abrangia os incestuosos –, tal diploma continha

148 RODRIGUES, Silvio. **Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos**. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67221/69831>. Acesso em: 20 maio 2018.

demasiadas restrições ao seu direito, a principal das quais era de receberem, na sucessão de seu progenitor adúltero, somente a metade do que coubesse a seus irmãos legítimos. Assim, durante quase trinta anos a Lei n. 883/49 remanesceu praticamente intocada e somente a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977) veio a ampliar o direito do adulterino, ao proclamar igualdade de direito à sucessão, qualquer que fosse a natureza da filiação 149. Ademais, a Lei do Divórcio trouxe profunda modificação representada, primordialmente, no que atine à admissão do divórcio e também consideráveis alterações em outros capítulos de Direito de Família, quer em relação à pessoa dos filhos, quer quanto a alimentos e principalmente em dezenas de dispositivos referidos nas disposições transitórias.

Cumpre ainda mencionar outra importante Lei que auxiliou no procedimento de abandono da estrutura tradicional do então vigente Direito de Família brasileiro, qual seja o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121, de 17 de agosto de 1962), que procurou, dentro do possível, equiparar a mulher ao homem dentro do casamento e, desta forma, reduziu muitas das restrições que o legislador anterior lhe impunha, por exemplo, tirando-a do rol dos incapazes; conferindo a ela a titularidade do pátrio poder em colaboração com o marido que, até então, a mulher apenas desfrutava supletivamente e mantendo-a nessa titularidade, quando, após a viuvez, remaridava-se.

Assim, as relações familiares sofreram importante transformação com a colaboração efetiva da mulher na administração do lar conjugal e dos interesses do casal e dos filhos, bem como por meio da sua participação, ainda que incipiente, no

149 Id., Ibid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mercado de trabalho, que fez com que ela assumisse a posição de colaboradora no provimento do lar e na tomada de decisões concernentes à família 150.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que, além das Leis supramencionadas, outras colaboraram para uma evolução legislativa, na qual foi possível verificar que a tutela até então conferida à instituição da família legítima começou a ser transferida para a pessoa de cada um de seus membros e, desta forma, valorizou-se, em maior grau, a vontade dos cônjuges quanto ao fim do casamento, em detrimento da preservação do instituto propriamente dito, bem como os interesses de seus integrantes, especialmente, os da mulher e os dos filhos, que passam a ser tratados de modo mais digno e equânime no convívio familiar, muito embora a existência de normas com conteúdo discriminatório fosse, ainda, uma realidade 151.

> Novos hábitos, novas aspirações, novos valores, novos costumes e novas permissões passaram assim a florescer, pela emergência da necessidade de novos e respiráveis ares, uma exigência do tempo proclamado como pós-moderno, enfim. E assim se deu, por exemplo, com a liberdade de expressão e a revalorização do sentimento, produzindo, entre outras coisas, o deslocamento do foco de interesse familiar para a criança (e não para a instituição propriamente dita), bem como a autorização para cada membro buscar a sua própria felicidade e bem-estar, valorizando mais a pessoa – cada pessoa – que o grupo constituído sob os ares da indestrutividade. Essa inversão paradigmática andou no sentido de deitar por terra as proclamações terríveis de

150 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 34.
151 Id., Ibid. p. 36.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

outrora, como, por exemplo, a de que *a unidade social é a família e não o indivíduo* 152.

Desta forma, demasiados foram os fatores que contribuíram para a modificação da família no Brasil. O desenvolvimento socioeconômico do País foi um dos fatores responsáveis pelo ingresso da mulher no mercado de trabalho e pela sua maior participação na administração da sociedade conjugal e dos interesses de seus integrantes, reduzindo, consequentemente, as desigualdades entre homem e mulher no casamento. Cumpre ressaltar que a relação paterno-filial deixou de ser exclusivamente baseada no autoritarismo do pai para, gradativamente, fundar-se no afeto, na solidariedade e na dignidade de seus membros, o que também contribuiu para a diminuição do tratamento discriminatório conferido aos filhos havidos fora do matrimônio. Novas uniões de fato e, consequentemente, novos arranjos familiares surgiram, merecendo proteção jurídica até então inexistente, já que conferida apenas à família legítima. Ante o exposto, era demasiadamente necessária a alteração do Código Civil de 1916, tendo em vista que o modelo de família que o inspirou – sociedade patriarcal – já não condizia com aquele que findava o século XX, bem como não correspondia aos valores e aos anseios sociais em torno das relações familiares e das relações privadas em geral 153.

Neste seguimento, as expressivas modificações conceituais da família brasileira foram absorvidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, período este em que se promoveu o Estado democrático de Direito no País,

152 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade**. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67702/70310>. Acesso em: 10 junho 2018.

153 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 37.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

elegendo, desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana como principal base.

Assim, com o advento da Constituição de 1988, o modelo patriarcal-patrimonialista cedeu lugar à família democrática, eudemonista, voltada à realização pessoal de cada um de seus membros, fundada na dignidade, solidariedade, igualdade e afetividade, princípios constitucionais. Por conseguinte, as normas anteriores, infraconstitucionais, de conteúdo discriminatório, atentório à dignidade humana e aos interesses dos sujeitos da entidade familiar, não foram recepcionados pela Constituição, que, até o advento do Código Civil de 2002, tornou-se a "Lei fundamental da família", projetando-se para o novo ordenamento civil, orientando sua interpretação e aplicação aos casos concretos 154.

Essa mudança paradigmática promovida pela Constituição de 1988 revelou um modelo de família plural e igualitário. Além do casamento, o Estado expressamente reconhece como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes – a família monoparental. Mas a tutela jurídica a elas não se restringe e, desta forma, abrange outras organizações familiares, por meio da interpretação extensiva, em referência ao princípio constitucional do pluralismo das entidades familiares. Eliminou-se, assim, a família legítima, com a consequente garantia de proteção especial à família, base da sociedade, pois "é a família que merece respeito e acatamento, que é credora de amparo, de apoio, sem que se possa distinguir uma família da outra apenas porque uma delas foi solenemente constituída" 155. Destarte, a Constituição de 1988 não estabeleceu que a família é constituída pelo casamento, mas sim que ela é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

154 FACHIN apud PRADO, Camila Affonso.. op. cit., p. 38.
155 VELOZO, Zeno apud Camila Affonso Prado. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 39.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Insta consignar que demasiadas foram as importantes alterações promovidas pela Constituição Federal de 1988, as quais, além das supramencionadas, cumpre também trazer à baila a consagração do princípio da igualdade entre homem e mulher (arts. 5º, inciso I, e 226, § 5º) e entre os filhos (artigo 227, § 6º). Conforme leciona Zeno Veloso, "o modelo de sociedade conjugal hierarquizada, verticalizada, elitizada, organizada sob estrutura patriarcal, com o marido exercendo a chefia, o comando, reservando-se à mulher uma posição de inferioridade, acabou, em nosso País". Nas relações familiares, homem e mulher passaram a ter os mesmos direitos e deveres na administração da sociedade conjugal ou de fato, assim como na criação e na educação dos filhos. O Código Civil de 2002 regulou esses dispositivos constitucionais ao prever que ao homem não é mais atribuída a chefia da sociedade conjugal, cuja direção passou a ser exercida também pela mulher, em igualdade de condições com aquele, no interesse do casal e dos filhos. O poder familiar também passou a ser exercido por ambos os pais no interesse exclusivo dos filhos menores, independentemente da sua origem 156.

Da mesma forma, todos os filhos foram equiparados, sendo, igualmente, titulares dos mesmos direitos pessoais, patrimoniais e sucessórios. Por conseguinte, proibiu-se qualquer designação discriminatória relativa à natureza da filiação. Assim, todo e qualquer filho pode ser reconhecido, voluntária ou judicialmente, independentemente da relação jurídica mantida entre seus pais à época da concepção, pois "é corolário do princípio da igualdade o direito de estabelecer a ascendência biológica, qualquer que seja" 157. Leciona Flávio Tartuce que o princípio da igualdade entre os filhos pode ser assim sintetizado:

> Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade

156 PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 44.
157 VELOZO, Zeno apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 45.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> abrange também os filhos adotivos, os filhos socioafetivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino* ou *filho incestuoso* que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões *filho espúrio* ou *filho bastardo*, *comuns em passado não tão remoto*. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo *filho havido fora do casamento*, eis que juridicamente, todos são iguais. Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, desse modo, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional 158.

Desta forma, insta consignar que as principais modificações, no direito de família, introduzidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foram confirmadas e reguladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, que consagrou o princípio da proteção integral, assegurando o pleno desenvolvimento físico, intelectual e moral das crianças e dos adolescentes, e pelo Código Civil de 2002 159. A partir das alterações supramencionadas, vê-se, pois, que foi estabelecido o marco definitivo na transição do modelo da família patriarcal, característica do século XIX e da primeira metade do século XX, para a família contemporânea, consagrada no final do século XX com a nova ordem constitucional. Delineada, especialmente, pelos princípios da dignidade da pessoa

158 TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: Direito de Família** – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 17.

159 LÔBO, Paulo Luiz Netto apud PRADO, Camila Affonso**. Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 45.

humana, da igualdade, da solidariedade e da afetividade, a família destina-se à realização existencial de cada um de seus membros 160.

Assim, nota-se que não mais existe a ideia de que a família é unicamente formada pelo caráter produtivo e reprodutivo, tendo em vista que perdeu sua função econômica e procriacional para ser o espaço da realização pessoal e da dignidade de seus membros. O vínculo afeito atualmente possui mais prestígio, uma vez que envolve seus integrantes e, por conseguinte, faz nascer uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho, de amor. O valor do afeto passou a ser mais respeitado nas relações familiares, permanecendo por toda a convivência familiar. Atualmente a família passa por uma realidade nova, em que os valores são outros, tais como a afetividade, o companheirismo, o convívio familiar, a contribuição de todos para o sustento do lar. Nos dizeres de Maria Berenice Dias, houve a repersonalização das relações familiares:

> A família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor 161.

Destarte, o elemento estruturador da família contemporânea é o afeto, que deve unir todos os seus integrantes, sujeitos centrais da proteção estatal fundada nas garantias da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Nesse sentido, analisar-se-á, no próximo item, o conteúdo dos princípios constitucionais

160 PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 46.
161 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 34.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que informam o direito de família, a fim de melhor compreender os valores que atualmente norteiam as relações familiares de caráter pessoal 162.

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Um novo modo de ver o direito emergiu da Constituição Federal, verdadeira carta de princípios, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e de garantias fundamentais (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, § 1º). Nos dizeres de Paulo Bonavides, os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei. Muitas das transformações levadas a efeitos são frutos da identificação dos direitos humanos, o que ensejou o alargamento da esfera de direitos merecedores de tutela 163.

Paulo Lôbo leciona que liberdade, justiça, solidariedade são os objetivos supremos que a Constituição brasileira (art. 3º, I) consagrou para a realização da sociedade feliz, após duzentos anos da tríade liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, Do mesmo modo, são valores fundadores da família brasileira atual, como lugar para a concretização da dignidade da pessoa humana de cada um dos seus membros, iluminando a aplicação do direito 164.

Nesse sentido, os institutos de direito civil, especialmente os de direito de família, não devem ser analisados isoladamente, sob o âmbito estrito do positivismo jurídico, mas, ao contrário, devem ser entendidos e interpretados em conformidade

162 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 47.
163 BONAVIDES, Paulo apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 39.
164 LÔBO, Paulo Luiz Netto apud TARTUCE, Flávio**. Direito civil, v. 5: Direito de Família** – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 06.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com os princípios constitucionais, que informam todo o ordenamento jurídico e todas as relações sociais, sempre visando à proteção do ser humano e à garantia da justiça social. É por meio da aplicação dos princípios na solução dos casos concretos que os fins sociais perseguidos são efetivamente atingidos 165.

> Os princípios constitucionais vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito. Dispõem de primazia diante da lei, sendo os primeiros a ser invocados em qualquer processo hermenêutico. É equivocada a ideia de que os princípios vêm por último no ato integrativo. Trata-se, em uma palavra, de verdadeira invasão hermenêutica 166.

Os princípios constitucionais informadores do direito de família resumem-se aos da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, princípios fundamentais da ordem jurídica, dos quais decorrem os princípios do pluralismo das entidades familiares, da igualdade e respeito à diferença, do melhor interesse da criança e do adolescente e da afetividade, os quais, observados no estudo, na aplicação e na interpretação das regras jurídicas, garantem a efetividade da tutela familiar 167.

1.2.1 Dignidade da pessoa humana

A princípio, de se destacar que a dignidade é o vértice do Estado Democrático de Direito e é um amparo de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Por conseguinte, é o princípio maior, sendo afirmado já no

165 ÁVILA, Humberto apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 48.
166 PEREIRA e TEPEDINO apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 42.
167 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 48.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

primeiro artigo da Constituição da República Federativa do Brasil. Nos dizeres de Maria Berenice Dias:

> 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. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão totalmente intelectual e, em face dos outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos. O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios 168.

Nesse sentido, a dignidade, expressão da condição humana, deve ser respeitada e tutelada pelo Estado, pela sociedade e por cada indivíduo, a fim de garantir a existência digna do ser humano, protegendo-o contra qualquer ato atentório à sua integridade física e moral, além de garantir liberdade e autonomia para determinar os rumos de sua vida, sempre com observância ao dever de respeito à dignidade dos demais indivíduos integrantes da sociedade 169. Daniel Sarmento leciona que o princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva, tendo em vista que o Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa

168 DIAS, Maria Berenice., op. cit., p. 44.

169 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 51.

dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território 170.

O direito de família, no âmbito do direito privado, é o que mais possui influência desse princípio, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana encontra nas relações familiares o solo apropriado para florescer. Ademais, a família contemporânea, baseada na igualdade e na afetividade, passou a ser o espaço da realização existencial de cada um de seus membros e, preferencialmente, na afirmação de suas dignidades. Assim, o princípio em estudo manifesta-se no sentido de impor à comunidade familiar o dever de respeito e de tratamento igualitário, além da observância e da proteção dos direitos da personalidade, assegurando-se, desta forma, uma vida digna a todos em um ambiente familiar adequado à realização pessoal de seus integrantes 171.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu capítulo VII, destinado à disciplina da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, expressamente prevê a aplicação do princípio da dignidade humana às relações familiares, fazendo-se, porém, de forma exemplificativa, já que se trata de valor inerente a todo ser humano. Dispõe, assim, que o planejamento familiar deve estar fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), sendo dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança, ao adolescente, ao jovem e às pessoas idosas, dentre outros direitos, a dignidade (arts. 227 e 230) 172.

Vê-se, pois, que com base no princípio da dignidade humana, a tutela do ser humano é o objetivo central do sistema jurídico, do Estado, da sociedade e da família. As relações pessoais com o mais elevado conteúdo afetivo e sentimental se

170 SARMENTO, Daniel apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 45.
171 PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 52.
172 Id., Ibid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

desenvolvem na família, sendo o local onde o indivíduo encontra sua plena realização existencial, que a dignidade da pessoa humana se perfaz completamente, devendo, por isso, ser protegido e colocado a salvo de todos os atos que coloquem em risco o seu bem estar físico e mental.

1.2.2 Solidariedade familiar

A solidariedade, na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social 173.

O princípio da solidariedade incide permanentemente sobre a família, impondo deveres a ela enquanto ente coletivo e a cada um de seus membros, individualmente. Ao mesmo tempo, estabelece diretriz ao legislador, para que o densifique nas normas infraconstitucionais e para que estas não o violem; ao julgador, para que interprete as normas jurídicas e solucione os conflitos familiares tendo em vista as interferências humanas que encerram, sem a dura escolha do tudo ou nada. O princípio da solidariedade, no plano das famílias, apresenta duas dimensões: a primeira, no âmbito interno das relações familiares, em razão do respeito recíproco e dos deveres de cooperação entre seus membros; a segunda, nas relações do grupo familiar com a comunidade, com as demais pessoas e com o meio ambiente em que vive 174.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias:

173 LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/ img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 20 junho 2018.
174 Id., Ibid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...] Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O dever de amparo às pessoas idosas dispõe do mesmo conteúdo solidário (CF 230). A lei civil igualmente consagra o princípio da solidariedade ao prever que o casamento estabelece comunhão de vidas (CF 1.511). Também a obrigação alimentar dispõe deste conteúdo (CC 1.694). Os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de alimentos. A imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar. Também os alimentos compensatórios têm como justificativa o dever de mútua assistência, nada mais do que a consagração do princípio da solidariedade 175.

Destarte, o princípio da solidariedade permeia todas as relações familiares, as quais devem ser construídas e desenvolvidas com observância dos deveres de cooperação, cuidado, respeito e assistência moral e material, viabilizando-se, assim, a união da família em torno da convivência afetiva e responsável e, em última análise, a existência digna de todos os seus membros e de toda a coletividade.

175 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 49.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1.2.3 Pluralismo das entidades familiares

A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou, por conseguinte, o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência das várias possibilidades de arranjos familiares 176.

Nesse sentido, o novo modelo familiar está baseado na afetividade, independentemente da forma que possa revestir, conforme leciona Maria Berenice Dias:

> Como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar, encontravam abrigo somente no direito obrigacional, sendo tratadas como sociedades de fato. Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais – agora chamadas de uniões homoafetivas – [...] são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias. No mesmo âmbito se inserem tanto as famílias parentais como as pluriparentais. Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente chancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça 177.

176 FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 49.
177 DIAS, Maria Berenice., op. cit. p. 49.

Nesse sentido, cumpre evidenciar que todas as entidades familiares, independentemente da origem de sua formação, merecem tutela estatal a fim de que seja preservada a dignidade de todos os seus integrantes, que encontram na família o local de sua realização existencial e do desenvolvimento de sua personalidade. Assim, a partir da normatização de que a família, considerada em sentido amplo, é a base da sociedade, consagrou-se o princípio do pluralismo das entidades familiares, que garante aos membros de todas as famílias, expressamente previstas ou não no ordenamento jurídico, tratamento igualitário, bem como os direitos, os meios necessários ao desenvolvimento de sua personalidade e a realização concreta da dignidade da pessoa humana no âmbito familiar 178.

1.2.4 Igualdade e respeito à diferença

Maria Berenice Dias assevera que falar em igualdade sempre lembra a célebre frase de Rui Barbosa: tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade 179. Desta forma, é imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para prevalecer a igualdade material.

Assim, além da igualdade formal, garantida constitucionalmente (5º, *caput*, CF), deve-se buscar a igualdade material, permitindo-se o tratamento desigual, diferenciado, das pessoas desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, tratar igualmente os desiguais conduziria à prática de injustiças, em razão do desrespeito às diferenças inerentes aos seres humanos.

A igualdade e o respeito às diferenças constituem um dos princípios-chave para as organizações jurídicas e especialmente para o direito de família, sem os

178 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 62.
179 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 46.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

quais não há dignidade dos sujeitos de direito e, por conseguinte, não há justiça. Insta consignar que no âmbito do direito de família, o princípio da igualdade desdobra-se em três vertentes, que historicamente, foram, em demasia, marcadas pela desigualdade, quais sejam: as entidades familiares, a relação entre homem e mulher e a relação de filiação.

No que atine às entidades familiares, o princípio da igualdade, analisado conjuntamente com o princípio do pluralismo das entidades familiares, determina que todas as famílias, independentemente da origem, devem ser igualmente tuteladas pelo Estado. Já no que diz respeito à relação entre homem e mulher, o princípio em estudo, com base nos arts. 5º, *caput* e 226, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher e, a partir da interpretação dos dispositivos supramencionados, vê-se que o gênero sexual não deve ser utilizado para diferenciar materialmente homem e mulher, salvo quando a diferenciação tenha por objetivo a redução dos desníveis naturalmente existentes. Assim, com a equalização dos direitos e deveres na entidade familiar, a sociedade conjugal passou a ser fundada e mantida no afeto, na igualdade e na solidariedade entre os seus membros, e não mais na subordinação e na discriminação da mulher, características da sociedade patriarcal do início do século XX. Por fim, o princípio da igualdade na relação de filiação está previsto no art. 227, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação 180.

180 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 65.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1.2.5 Melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem previsão no art. 227, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988; nos arts. 3º, 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente e, além dos dois supracitados institutos jurídicos, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pelo Brasil em 1990, consagra o princípio em estudo em seu art. 3º, inciso I.

A proteção integral da criança e do adolescente é o alicerce no direito da infância e da juventude. O princípio em estudo tem por finalidade garantir que toda a atuação, especialmente da família, seja voltada, prioritariamente, à preservação e à efetivação dos interesses e direitos fundamentais da prole, imprescindíveis à tutela da dignidade humana e ao pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Nos dizeres de Maria Berenice Dias:

> A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração constitucional do princípio que assegura a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, 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. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227) 181.

Destarte, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente atinge todo o sistema jurídico nacional, uma vez que é a base axiológica a ser seguida

181 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 50.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

quando postos em causa os interesses dos menores. Nesse sentido, estando a criança e o adolescente em processo de amadurecimento e formação da personalidade, devem ser preservados ao máximo. De se ressaltar, outrossim, que devem ter seus interesses tratados com prioridade pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quando na aplicação do direito, vale dizer, que os menores têm, portanto, o direito fundamental de chegarem à condição adulta sob as melhores garantias morais e materiais.

1.2.6 Afetividade

Tornou-se comum, na doutrina contemporânea, afirmar que o afeto tem valor jurídico ou, mais do que isso, foi alçado à condição de verdadeiro princípio geral. Nesse sentido, o papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares.

Conforme bem aponta Ricardo Lucas Calderon, parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição da República Federativa do Brasil, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento 182.

182 CALDERON, Ricardo Lucas apud TARTUCE, Flávio. **O princípio da Afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 01 julho 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Insta consignar que a afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão da vida. Nesse sentido, a relação de parentalidade deve estar antes fundada na afetividade do que tão somente na origem biológica da filiação e no mero cumprimento das respectivas obrigações patrimoniais, isso porque, a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural.

João Baptista Villela leciona que as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor 183.

Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade 184. Cumpre ressaltar que em que pese não exista qualquer meio de compelir os pais a agirem afetivamente, a omissão do afeto, caracterizadora do abandono afetivo, gera a possibilidade de se pleitear indenização visando à reparação dos danos causados pelos filhos, conforme se demonstrará no decorrer do presente estudo 185.

2 ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL E SEUS EFEITOS

183 VILLELA, João Baptista apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 54.
184 Id., Ibid.
185 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 82.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A princípio, cumpre ressaltar que, conforme visto no capítulo anterior, o ordenamento jurídico brasileiro prevê como direitos fundamentais da criança e do adolescente o desenvolvimento saudável e a convivência familiar. Hoje, qualquer que seja a modalidade de família, seu núcleo sempre será o afeto. Destarte, não há família sem afeto.

Ademais, partindo da premissa de que é no seio da família que o indivíduo constrói sua identidade, não se pode distanciar do princípio da dignidade da pessoa humana. É indiscutível o fato de que a ausência do afeto causa consequências psicológicas no desenvolvimento de uma pessoa e, muitas vezes, tais consequências são irreversíveis. Nesse sentido, dada à imprescindibilidade do afeto nas entidades familiares, a sua ausência enseja a possibilidade de se pleitear indenização. Nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira:

> O Direito de Família somente estará em consonância com a dignidade da pessoa humana se determinadas relações familiares, como o vínculo entre pais e filhos, não forem permeados de cuidado e de responsabilidade, independentemente da relação entre os pais, se forem casados, se o filho nascer de uma relação extraconjugal, ou mesmo se não houver conjugalidade entre os pais, se ele foi planejado ou não [...]. Em outras palavras, afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona seu filho, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele 186.

De acordo com as lições de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

186 PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>. Acesso em: 06 julho 2018.

> A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar [...]. Paralelamente, significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Poder-se-ia dizer, assim, que uma vida familiar na qual os laços afetivos são atados por sentimentos positivos, de alegria e amor recíprocos em vez de tristeza ou ódio recíprocos, é uma vida coletiva em que se estabelece não só a autoridade parental e a orientação filial, como especialmente a liberdade paterno-filial 187.

Não obstante seja intenso, na doutrina, o debate acerca da indenização por abandono afetivo, de se destacar que, conforme demonstrado acima, a relevância do afeto nas relações familiares é tamanha que a sua ausência pode ensejar o dever de indenizar em casos tais, principalmente se houver um dano psíquico propulsor de dano moral, a ser demonstrado por prova psicanalítica.

187 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes apud TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>. Acesso em: 06 julho 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O desrespeito ao dever de convivência é muito claro, eis que o art. 1.634 do Código Civil impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia. Ademais, o art. 229 da Constituição Federal é cristalino ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Violado esse dever e sendo causado o dano ao filho, estará configurado o ato ilícito, nos exatos termos do que estabelece o art. 186 do Código Civil em vigor 188. Tecidas tais considerações, a seguir serão demonstrados os pressupostos ensejadores da indenização por abandono afetivo na relação paterno-filial.

2.1 PRESSUPOSTO: RELAÇÃO DE PARENTALIDADE

A relação de parentalidade deve ser orientada pelo princípio da afetividade, que impõe aos pais a obrigação de conviver com os filhos menores, educando-os e criando-os, vale dizer, zelando pelas suas pessoas de modo ativo e dedicado com vistas à garantia do desenvolvimento pleno da personalidade 189. Sendo esses deveres inerentes à parentalidade, uma vez que materializados no poder familiar, cumpre verificar os critérios jurídicos pelos quais se estabelece a filiação a fim de que seja possível determinar as pessoas que, juridicamente qualificadas como pais, podem ser responsabilizadas pelo abandono afetivo dos filhos menores 190.

2.1.1 Conceito de filiação

O vocábulo filiação procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace. Nos dizeres de Sílvio de Salvo Venosa:

188 Id., Ibid.

189 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 83.

190 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 83.

> Sob o aspecto do Direito, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral 191.

Cumpre trazer à baila as lições de Paulo Lôbo no que atine ao conceito de filiação:

> Filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é titular de autoridade parental e a outra a esta se vincula pela origem biológica ou socioafetiva. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade [...]. Sob o ponto de vista do direito brasileiro, a filiação não é haurida da natureza. Por ser uma concepção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como um fenômeno abrangente da origem biológica, que antes detinha exclusividade, e de outras origens não biológicas. No brasil, a filiação é conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações. Desde a Constituição de 1988 não há mais filiação legítima, ou filiação ilegítima, ou filiação natural, ou filiação adotiva, ou filiação incestuosa, ou filiação matrimonial ou extramatrimonial, ou filiação adulterina, como o direito anterior as classificava. Os

191 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 251.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> direitos e deveres dos filhos, de qualquer origem, são plenamente iguais 192.

Mister se faz evidenciar que a absoluta impossibilidade do ser humano de sobreviver de modo autônomo – eis que necessita de cuidados especiais por longo período – faz surgir um elo de dependência a uma estrutura que lhe assegure o crescimento e o pleno desenvolvimento. Daí a imprescindibilidade da família, que acaba se tornando seu ponto de identificação social 193. Nesse sentido, tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial.

Maria Berenice Dias leciona que existem três critérios para o estabelecimento do vínculo parental:

> (a) Critério jurídico – previsto no Código Civil, estabelece a paternidade por presunção, independentemente da correspondência ou não com a realidade (CC 1.597); (b) critério biológico – é o preferido, principalmente em face da popularização do exame do DNA; (c) critério socioafetivo – fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana. Pai é o que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue 194.

Assim, em suma, a filiação pode ser conceituada como a relação jurídica mantida entre ascendentes e descendentes, de primeiro grau em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivesse gerado. Nessa esteira, a filiação pode ser estabelecida pelo vínculo biológico, consubstanciada na transferência do material genético por meio da fecundação

192 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 211.
193 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 388.
194 Id., Ibid.. p. 390.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

natural ou da inseminação artificial homóloga, ou pelo vínculo socioafetivo, constituído pela adoção, pela posse de estado de filho ou pela inseminação artificial heteróloga.

2.1.2 Filiação biológica, jurídica e socioafetiva

A filiação biológica consiste na relação que se estabelece, por laços de sangue, entre uma pessoa e seu descendente em linha reta de primeiro grau 195. Nos dizeres de Maria Berenice Dias:

> Até hoje, quando se fala em filiação e em reconhecimento de filho, a referência é a verdade genética. Em juízo sempre foi buscada a chamada verdade real, sendo assim considerada a filiação decorrente do vínculo de consanguinidade 196.

A filiação biológica pressupõe a transmissão do material genético dos pais para os filhos concebidos por meio de fecundação natural ou de inseminação artificial homóloga, independentemente do vínculo jurídico mantido por aqueles. A fecundação natural decorre da conjunção carnal, enquanto a inseminação artificial homóloga resulta da manipulação dos gametas feminino e masculino pertencentes ao casal em razão de deficiência reprodutiva do homem ou da mulher, ou, ainda, da livre opção deles 197.

O vínculo socioafetivo pode ser constituído pela adoção, que, em sentido estrito, é o estado de filiação decorrente de um ato jurídico, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial; a adoção constitui um parentesco eletivo, por decorrer exclusivamente de um ato de vontade, trata-se de modalidade de filiação

195 FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10.
196 DIAS, Maria Berenice., op. cit., p. 397.
197 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 85.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

construída no amor, na feliz expressão de Luiz Edson Fachin, gerando vínculo de parentesco por opção 198.

Ademais, a socioafetividade também pode decorrer da posse de estado do filho, situação em que, na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, consiste em uma pessoa desfrutar do *status* de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal 199. Isso porque é no cotidiano da vida em família que a posse de estado do filho se constitui, revelando-se no tratamento dispensado pelos pais ao filho e no uso que este faz do nome da família, apresentando-se e sendo reconhecido como tal na sociedade. Assim, nos dizeres de Maria Berenice Dias, a posse de estado ocorre quando as pessoas desfrutam de situação jurídica que não corresponde à verdade 200.

A terceira hipótese de filiação socioafetiva decorre da inseminação artificial heteróloga, técnica de reprodução assistida que utiliza material genético de pelo menos um terceiro, aproveitando ou não os gametas (sêmen ou óvulos) de um ou de outro cônjuge 201. O Código Civil, contudo, apenas prevê a hipótese de inseminação artificial heteróloga que faz uso do sêmen de terceiro, doador anônimo, para a fecundação do óvulo da mulher. Nas lições de Paulo Lôbo:

> A inseminação artificial heteróloga dá-se quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que

198 FACHIN, Luiz Edson apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 481.
199 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 232.
200 DIAS, Maria Berenice., op. cit., p. 405.
201 RODRIGUES, Silvio apud PRADO, Camila Affonso., op. cit. p. 113.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> tenha o marido previamente autorizado a utilizado de sêmen estranho ao seu [...].
>
> A norma legal brasileira apenas prevê a inseminação artificial heteróloga em relação ao marido. Porém, por similitude, se a mulher for fecundada com óvulo de outra, com sêmen do marido, ter-se-á a mesma atribuição de filiação: ela e seu marido serão os pais legais do filho que vier a nascer, pois militam nessa direção as presunções de maternidade e paternidade 202.

Tecidas as considerações sobre as formas de filiação biológica e socioafetiva, vê-se que a filiação biológica é a definida pelo vínculo da consanguinidade, a que pode ser comprovada pela genética. Sobre o tema, Clóvis Beviláqua enfatiza:

> O parentesco criado pela natureza é sempre a cognação ou a consanguinidade, porque é a união produzida pelo mesmo sangue. O vínculo do parentesco estabelece-se por linhas. Linha é a série de pessoas provindas por filiação de um antepassado. É a irradiação das relações consanguíneas 203.

No entanto, com o passar do tempo, dois fenômenos romperam o caráter absoluto do princípio da origem biológica dos vínculos de parentalidade, que a lei consagra, a doutrina sempre sustentou e a jurisprudência vinha acolhendo. Maria Berenice Dias explica:

> O primeiro foi ter deixado a família se de identificar pelo casamento. No momento em que se admitiram entidades familiares não constituídas pelo matrimônio, passou-se a

202 LÔBO, Paulo., op. cit., p. 221.
203 BEVILÁQUA, Clóvis apud MONTEIRO, Matheus. **Filiação biológica e socioafetiva**. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/49625/filiacao-biologica-e-socioafetiva>. Acesso em: 15 julho 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> reconhecer a afetividade como elemento constitutivo da família. Essa mudança de paradigmas não se limitou ao âmbito das relações familiares. Refletiu-se também nas relações de filiação. Com isso o estado de filiação desligou-se da verdade genética, relativizando-se o papel fundador da origem biológica. Como diz Paulo Lôbo, na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar.
>
> O outro acontecimento que produziu reflexos significativos nos vínculos parentais foi o avanço científico, que culminou com a descoberta dos marcadores genéticos. A possibilidade de identificar a filiação biológica por meio de singelo exame do DNA desencadeou a verdadeira corrida ao Judiciário, na busca da "verdade real".
>
> Esses dois episódios provocaram consequências paradoxais: nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade passou a ter pouca valia frente à verdade afetiva. Tanto é assim que foi construída a diferença entre pai e genitor. Pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o que gera. Se durante muito tempo – por presunção legal ou por falta de conhecimento científicos –, confundiam-se essas duas figuras, hoje é possível identificá-las em pessoas distintas 204.

Imprescindível ressaltar que, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, consagrou o princípio da igualdade entre os filhos e, por conseguinte,

204 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 397.

rompeu com o modelo da família legítima, o que fez com que a paternidade não mais se baseasse exclusivamente na origem biológica, mas também nos laços afetivos 205. Nesse sentido, a filiação não deve ser desconstituída se estabelecida a paternidade com base na aludida presunção e desenvolvida estreita relação de afetividade entre pai e filho, ainda que se prove a ausência do vínculo biológico, a fim de que se atenda ao melhor interesse do filho menor 206.

> A necessidade de manter a estabilidade da família faz com que se atribua papel secundário à verdade biológica. A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (a função). É uma espécie de adoção de fato. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor... ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimento que sobre ele se projetam 207.

205 NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras apud PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 93.
206 PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 93.
207 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 406.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ante o exposto, vê-se que a relevância da socioafetividade é notória e, desta feita, cumpre trazer à baila um caso decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em que o vínculo socioafetivo desenvolvido entre a criança e o pai registral, que acreditava ser o genitor biológico, mas, de fato, não o era, deve ser preservado, mormente quando o pai socioafetivo deseja mantê-lo, não obstante a revelação da verdade biológica e a vontade do genitor biológico em ver declarada a relação paterno-filial 208. Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.
>
> 1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativas à filiação.
>
> 2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência do elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.
>
> 3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frisa-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.
>
> 4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e

208 PRADO, Camila Affonso., op. cit. p. 94.

limitadoras, traduzidas pela figura do ventre *contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.

5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, torna-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.

6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.

7. Recurso especial provido. (STJ, REsp nº 1.087.163 RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 18/08/2011).

Ademais, mister se faz evidenciar que, com vistas à garantia da dignidade humana e dos direitos da personalidade do filho, apenas se, cumulativamente, inexistir o vínculo biológico e o afetivo, e existir, de forma comprovada, vício de consentimento quando do registro de nascimento, é que se deve admitir a desconstituição da relação de paternidade erigida nas presunções dos incisos I e II

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do art. 1.597 do Código Civil 209. Na lição de Rui Geraldo Camargo Viana, em observância ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a paternidade afetiva deve prevalecer sobre a paternidade biológica e jurídica sempre que a primeira se revelar o meio mais adequado de realização dos direitos constitucionais assegurados à pessoa humana 210.

Cumpre ressalvar que, conforme acima citado, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, deu fim a qualquer discriminação no que concerne à filiação e, por conseguinte, surgiu a possibilidade dos filhos, independentemente de serem derivados do matrimônio ou não, terem o seu direito de conhecimento de identificação genética resguardado. Nesse sentido, o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível (ECA 27). Em relação a essa busca dos filhos, existe a chamada investigação de paternidade, que, nos dizeres de Maria Berenice Dias, deve ser considerada ação declaratória, uma vez que a pretensão do autor é que seja declarado o seu vínculo parental com o réu e, desta forma, a demanda é de eficácia declaratória 211. Assim, ainda que a verdade afetiva mereça sempre ser prestigiada – porque a tudo se sobrepõe –, não pode servir de obstáculo à pretensão de descobrir a verdade genética, não revelada em anterior demanda 212.

Os pais socioafetivos, assim como os biológicos, são titulares do poder familiar e devem cumprir os respectivos deveres impostos como forma de garantir o pleno desenvolvimento físico e psíquico dos filhos. É nesse contexto que se inicia,

209 RODRIGUES, Silvio apud PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 95.
210 VIANA, Rui Geraldo Camargo apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 95.
211 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 422.
212 Id., Ibid., p. 424.

a seguir, o estudo do poder familiar, seus aspecto gerais e deveres, cujo descumprimento está estritamente relacionado ao abandono afetivo 213.

2.2 PODER FAMILIAR

O poder familiar está relacionado ao dever dos pais de sustento, guarda e educação dos filhos menores, ou seja, é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores. Trata-se do antigo pátrio poder, expressão do Código de 1916, que considerava que o poder era exercido exclusivamente pelo pai. A mudança de nomenclatura se deu em 2009, pela Lei n. 12.010, e alterações no Código Civil. Dessa forma, o poder familiar é dever conjunto dos pais, e a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, estabelece, em seu art. 226, que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Nas lições de Paulo Lôbo:

> A autoridade parental ("poder familiar", segundo o Código Civil) é o exercício dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do tempo, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um complexo de relações, em que ressaltam os deveres e as responsabilidades 214.

213 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 115.
214 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 287.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ainda nos dizeres do autor:

> A denominação acompanhou a trajetória e as vicissitudes do instituto. Enquanto persistir o modelo de família patriarcal, desde os antigos romanos até às seis primeiras décadas do século XX, vigorou o "pátrio poder". Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores se deram antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), como fez o Código Civil de 2002, ao denominá-lo "poder familiar". A mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento. Não há mais poder do pai ou dos pais sobre os filhos.
>
> Desde os antigos, já se fizeram distintos os conceitos de "poder" e de "autoridade". Poder é a relação entre força legitimada e sujeição dos destinatários. Esse sentido amplo abrange tanto o poder político quanto o poder privado. Por seu turno, autoridade é competência reconhecida, destituída de força e sujeição, exercida no interesse dos destinatários. O poder é vertical, emanando de cima para baixo; a autoridade é horizontal, porque consubstanciada em direitos e deveres recíprocos 215.

2.2.1 Conceito, características e titularidade do poder familiar

215 Id., Ibid., p. 288.

O poder familiar, ou autoridade parental, no Brasil, não é mais tido como um direito absoluto e discricionário do pai, mas sim como um instituto voltado à proteção dos interesses do menor, a ser exercido pelo pai e pela mãe, em regime de igualdade, conforme determina a Constituição da República Federativa do Brasil, em seus arts. 5º, inciso I, e 226, § 5º 216. Na lição de Flávio Tartuce:

> O poder familiar é conceituado como sendo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto.
>
> [...]
>
> Nos termos do vigente Código Civil, o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, não sendo mais o caso de se utilizar, em hipótese alguma, a expressão pátrio poder, totalmente superada pela despatriarcalização do Direito de Família, ou seja, pela perda do domínio exercido pela figura paterna no passado 217.

O poder familiar deve ser exercido no melhor interesse dos filhos e suas características são inerentes à proteção da relação familiar, deste modo, são irrenunciáveis, indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, tendo ainda como característica a temporariedade. Maria Helena Diniz traz a seguinte definição e características do poder familiar:

> O poder familiar constitui um múnus publico, isto é, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo

216 SANTOS NETO, José Antônio de Paula apud ALEGRANSI, Débora. **O instituto do poder familiar no direito brasileiro e a responsabilização civil dos pais**. Monografia – Universidade do Vale do Itajaí. 2006. p. 22.
217 TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: Direito de Família** – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 507.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> o poder familiar um direito-função e um poder-dever [...] é irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele; é inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso, salvo caso de delegação do poder familiar, desejadas pelos pais ou responsáveis para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor [...] é imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo, sendo que somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei; é incompatível com a tutela, não podendo nomear tutor a menor cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar; conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade por haver vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm poder de mando e a prole o dever de obediência 218.

Paulo Lôbo leciona que a autoridade parental é entendida como uma consequência da parentalidade e não como efeito particular de determinado tipo de filiação, uma vez que os pais são os defensores legais e os protetores naturais dos filhos, os titulares e os depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado 219.

Destarte, sendo um encargo legal decorrente da parentalidade, o poder familiar não pode ser renunciado, tampouco delegado, de modo que aos pais é vedado transacioná-lo ou transferi-lo a outrem. Não se permite que os pais se desincumbam, por sua vontade, de uma obrigação de ordem pública imposta pelo

218 DINIZ, Maria Helena apud CABRAL, MARIO SILVA. **Aspectos teóricos sobre o poder familiar**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aspectos-teoricos-sobre-o-poder-familiar,54927.html>. Acesso em: 20 julho 2018.
219 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 290.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Estado objetivando a proteção e a educação dos filhos menores "em seu próprio e primeiro benefício, mas também em favor da sociedade como um todo" 220. Ademais, conforme citado acima na definição feita por Maria Helena Diniz, o poder familiar é, ainda, imprescritível, ou seja, dele não decaem os pais pela falta de seu exercício, somente o perdem na forma e nos casos expressamente previsto em lei. Desta feita, vê-se que não é possível nomear tutor ao filho menor cujos pais não foram destituídos ou suspensos do poder familiar 221.

Ante o exposto no que atine ao conceito e às características do poder familiar, de se ressaltar que o instituto é concebido para proteger a pessoa e os bens do filho menor, que, em razão de sua vulnerabilidade e condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, merece maior amparo e cuidado a fim de que se desenvolva de forma digna e plena 222.

Insta consignar que o Código Civil faz referência ao poder familiar dos pais, no entanto, não significa dizer que estes são os únicos titulares ativos e os filhos os sujeitos passivos deles. Paulo Lôbo explica que para o cumprimento dos deveres decorrentes, os filhos são titulares dos direitos correspondentes e, portanto, a autoridade parental compreende titulares recíprocos de direitos 223. Nas lições do mesmo autor acima citado:

> O ECA estabelece que a autoridade parental será exercida pelo pai e pela mãe, "na forma do que dispuser a legislação civil" (art. 21). O Código Civil refere-se apenas à titularidade dos pais, durante o casamento ou a união estável, restando silente quanto às demais entidades familiares tuteladas

220 SCAFF, Fernando Campos apud PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 117.
221 PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 117.
222 Id., Ibid.
223 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 291.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> explícita ou implicitamente pela Constituição. Ante o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerça o múnus, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular, como se dá com irmão mais velho que sustenta os demais irmãos, na ausência de pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com ele vivem.
>
> A convivência dos pais, entre si, não é requisito para familiar exercício da autoridade parental, que apenas se suspense ou se perde, por decisão judicial, nos casos previstos em lei. Do mesmo modo, a convivência dos pais com os filhos. Pode ocorrer variação de grau, máxime quanto ao que cumpre o dever de guarda, mas isso diz respeito apenas ao seu exercício e não á titularidade 224.

Destarte, mister se faz evidenciar que não obstante o art. 1.631 do Código Civil 225 faça referência tão somente à titularidade dos pais casados ou que vivam em união estável, sendo omisso quanto às demais entidades familiares tuteladas constitucionalmente, a norma deve ser interpretada consoante o princípio do pluralismo das entidades familiares, abrangendo, portanto, todas as famílias, uma vez que o poder familiar decorre da relação de filiação, e não do casamento ou da união estável 226. Qualquer interpretação em sentido contrário acabaria por

224 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 291.
225 Art. 1.631 do Código Civil: "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade".
226 GONÇALVES, Carlos Roberto apud PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 118.

conferir tratamento desigualitário aos filhos havidos fora do casamento ou da união estável, o que não deve ser admitido.

Imprescindível ressaltar que a separação, o divórcio ou a dissolução da união estável não é causa de perda do poder familiar, uma vez que a convivência dos pais, conforme supramencionado, não é requisito para a titularidade do instituto. Nesse sentido é a disposição do art. 1.632 do Código Civil: "A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos". Paulo Lôbo leciona:

> É assegurada a autoridade parental de pais separados ou que tiveram os filhos fora dessas uniões familiares. Ainda que a guarda esteja sob a detenção de um, a autoridade parental continua sob a titularidade de ambos os pais. O que não detém a guarda tem direito não apenas a visita ao filho, mas a compartilhas das decisões fundamentais que lhe dizem respeito. A ele também se aplica o recurso ao juiz para solução do desacordo, a exemplo dos critérios a serem observados para a educação do filho. A criança é um sujeito e não objeto do acordo dos pais em litígio. Esse é o marco fundamental que o juiz deve levar em consideração para decidir sobre as modalidades de exercício da autoridade parental.
>
> Havendo divórcio ou dissolução da união estável, a autoridade parental permanece íntegra, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia.
>
> [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O direito (e dever) à companhia dos filhos, daquele que o reteve na separação, não exclui o do outro, na forma em que tiver sido decidido, amigável ou judicialmente, no tocante ao chamado direito de visita.
>
> O "direito à companhia" é relativo e não pode ser exercido contrariamente ao interesse do filho, que deve ter assegurado o direito à companhia do pai ou da mãe que não seja o guardião, nas hipóteses excepcionais de guarda unilateral. O direito de um não exclui o direito do outro e o filho tem direito à companhia de ambos 227

Os direitos e os correspectivos deveres dos pais em relação aos filhos menores não emancipados, seja a relação de filiação biológica ou socioafetiva, relacionam-se à administração dos bens e à pessoa do filho menor. Assim, os deveres quanto à pessoa do filho serão, a seguir, estudados, pois o seu descumprimento constitui a essência e o fundamento do abandono afetivo, principal foco do presente trabalho 228.

2.2.2 Conteúdo do poder familiar: deveres dos pais quanto aos filhos menores

Cabe aos pais dirigir a educação dos filhos, tendo-os sob sua guarda e companhia, sustentando-os e criando-os 229. Sob esse título, o Código Civil disciplina a matéria de forma concisa no art. 1.634:

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

227 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 292.
228 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 120.
229 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 354.

> I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Em que pese o extenso rol acima citado, cumpre ressaltar que não consta o que seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. Sobre o tema, Maria Berenice Dias explica:

> A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a tendência jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por **abandono afetivo**, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo. A omissão dos genitores, deixando de garantir a sobrevivência dos filhos, como, por exemplo, deixando imotivadamente de pagar os alimentos, configura o delito de **abandono material** (CP 244).

O elenco dos deveres inerentes ao poder familiar também não faz referência expressa aos deveres impostos aos pais pela Constituição (CF 227 e 229) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA 22). Assim, às obrigações e direitos previstos pela lei civil somam-se todos os outros que também não derivados do poder familiar 230.

As obrigações dos pais quanto aos filhos menores podem ser sintetizadas nos deveres de criação, educação, sustento, companhia e guarda. Em suma, o dever de criação consiste na prática de todos os atos que garantam o desenvolvimento e a formação dos filhos, abrangendo, assim, a assistência moral e material, a educação e o sustento 231. Em sentido jurídico, o exercício desse dever tem por finalidade assegurar aos filhos todos os direitos fundamentais previstos no art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, 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 232.

230 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 466.
231 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda apud PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 122.
232 PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 122.

No que atine à educação, nas lições de Paulo Lôbo, é a mais larga possível, uma vez que inclui a educação escolar, a formação moral, política, religiosa, profissional, cívica que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho, como pessoa em desenvolvimento e inclui, ainda, todas as medidas que permitam ao filho aprender a viver em sociedade 233.

O dever de sustento, em síntese, consiste na obrigação dos pais em alimentar os filhos menores, garantindo-lhes o indispensável à satisfação de suas necessidades vitais básicas, que abrangem vestuário, moradia, saúde, educação, alimentação e educação 234. Segundo Yussef Said Cahali, o dever de sustento não se confunde com a obrigação alimentar vinculada à relação de parentesco em linha reta, uma vez que o dever de sustento decorre do poder familiar, enquanto o de alimentos é um direito autônomo e, desta forma, o dever de sustento é uma obrigação de cunho assistencial, genérica e mais ampla de assistência paterna, representada pelo dever de criar e sustentar a prole 235.

Vê-se, pois, que os deveres de criação, educação e sustento visam ao desenvolvimento do filho menor e consubstanciam-se na assistência moral e material, cujo descumprimento pode caracterizar o abandono material e afetivo 236.

Insta consignar que é direito-dever dos pais a companhia e a guarda dos filhos menores. Nesse sentido, essa função do poder familiar visa à proteção dos filhos, uma vez que, a partir da vigilância e da convivência familiar e comunitária em

233 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 294.
234 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 125.
235 CAHALI, Yussef Said apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., 125.
236 PRADO, Camila Affonso., op. cit., 126.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ambiente saudável, evita-se que terceiras pessoas exerçam má influência sobre a educação e a formação da personalidade do filho ainda em desenvolvimento 237.

> O direito à companhia dos filhos tem como contrapartida o direito dos filhos à companhia de ambos os pais e à convivência familiar, constitucionalmente atribuída. O direito à companhia inclui o de fixar a residência do filho e exigir que este, sem permissão do pai e da mãe, deixa-a ou dela se ausente; ao mesmo tempo, o filho tem o direito de não ser retirado dela, salvo em caso de necessidade fundado na lei,
>
> O direito-dever de guarda inclui o de fiscalização, que permite aos pais controlar a vida da criança, dentro do domicílio familiar e fora dele. Esse direito permite submeter a criança à vigilância sobre o organização de seu cotidiano e em controlar seus deslocamentos, suas relações com os membros da família e com terceiros. Ele permite controlar as correspondências e as comunicações. O direito deve ser exercido no interesse da criança, em função de sua idade e da cultura familiar. Deve-se ter em conta, nesse direito de controle e vigilância, os direitos reconhecidos à criança pelos textos internacionais, notadamente o direito à liberdade de expressão (art. 13 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança), o direitos a não ser indevidamente interferido em sua vida privada, em sua família e em sua correspondência 238.

237 FUJITA, Jorge Shiguemitsu apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., 127.
238 LIENHARD apud LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 295.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ante o exposto, insta ressaltar que tanto a companhia como a guarda têm por fundamento assegurar a convivência familiar, direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade do filho menor. Não apenas a presença física dos pais no cotidiano da vida dos filhos, mas, principalmente, a afetiva, é indispensável à sua plena formação física e psíquica. É por meio do afeto, da atenção, do cuidado, da dedicação dos pais à satisfação dos interesses dos filhos que a convivência familiar se concretiza na sua forma mais plena, pois, somente assim, garantir-se-á o bem-estar físico e mental da prole 239.

2.2.3 Extinção, suspensão e perda do poder familiar

A princípio, cumpre evidenciar que para melhor efetivar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, foi promulgada a Lei n. 8.069, em 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), considerada um marco na proteção da infância, reforçando a ideia de prioridade absoluta da Constituição Federal. A exemplo disto, o art. 7º do ECA assegura à criança e ao adolescente o direito a um desenvolvimento sadio e harmonioso, bem como o direito de serem criados e educados no seio de sua família 240.

Entretanto, se os direitos assegurados às crianças e aos adolescentes forem desrespeitados ou interrompidos por alguma razão, pode haver a extinção, a suspensão ou a perda do poder familiar, sendo que o próprio ECA prevê as regras processuais quando proposta uma ação deste gênero, aplicando-se,

239 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 131.

240 Agência CNJ de notícias. **CNJ serviço: entenda o que é suspensão, extinção e perda do poder familiar**. Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80757-cnj-servico-entenda-o-que-e-suspensao-extincao-e-perda-do-poder-familiar>. Acesso em: 23 julho 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

subsidiariamente, as normas do Código de Processo Civil. Em relação ao procedimento, a agência CNJ de notícias expõe:

> Em relação ao procedimento para que seja determinada a suspensão ou perda do poder familiar – denominado antigamente de "poder pátrio" – o ECA estabelece que deve ser provocado pelo Ministério Público ou pela parte interessada, por meio de uma petição inicial que informe, entre outros aspectos, as provas que serão produzidas e contenha a exposição sumária do fato. Caso exista um motivo grave, o juiz poderá determinar a suspensão do poder familiar por meio de uma medida liminar até o julgamento definitivo da causa, confiando a criança ou adolescente a uma pessoa idônea ou a uma casa de acolhimento. Os pais serão ouvidos e poderão defender-se perante a Justiça. Nesse caso, o juiz deve determinar a realização de estudo social da família envolvida, ou perícia por equipe interprofissional. Na audiência, são ouvidas as testemunhas e o juiz tem o prazo máximo de 120 dias para proferir a sentença 241.

Nas lições de Paulo Lôbo:

> A extinção é a interrupção definitiva da autoridade parental. As hipóteses legais (CC, art. 1.635) são exclusivas, não se admitindo outras, porque implicam restrição de direitos fundamentais: morte dos pais ou do filho, emancipação do filho, maioridade, adoção e perda da autoridade parental. A

241 Agência CNJ de notícias. **CNJ serviço: entenda o que é suspensão, extinção e perda do poder familiar**. Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80757-cnj-servico-entenda-o-que-e-suspensao-extincao-e-perda-do-poder-familiar>. Acesso em: 23 julho 2018.

> ocorrência real dessas causas leva à extinção automática. A extinção não se confunde com a suspensão, que impede o exercício do poder familiar durante determinado tempo, e com a perda. Esta última leva à extinção, ainda que por causas distintas, de rejeição do direito, ao contrário da extinção propriamente dita 242.

Assim, quanto às hipóteses de extinção do poder familiar, insta consignar que a morte apenas extingue a autoridade parental se for de ambos os pais, uma vez que o pai ou a mãe sobrevivente detê-la-á de modo exclusivo, enquanto viver e o filho não atingir a maioridade. A morte do filho leva à perda do objeto da autoridade parental, pois esta apenas existe se houver filho menor 243. A emancipação, por sua vez, é o ato de vontade dos pais para que o filho maior de 16 anos e menor de 18 atinja e exerça a plenitude da capacidade negocial, no entanto, só é possível se houver concordância dos pais e se faz por instrumento público, sem necessidade de homologação judicial. A lei também prevê a emancipação por sentença do juiz 244. Acerca da maioridade, Paulo Lôbo leciona:

> A maioridade é atingida, em geral, quando o filho chegar à idade de 18 anos. A referência à maioridade deve ser entendida como abrangente das demais hipóteses de cessação da incapacidade, ou seja, pelo casamento, pelo exercício de emprego público, pela relação de emprego que faça o menor desenvolver economia própria, pelo estabelecimento civil ou comercial e pela colação de grau científico, de difícil realização. Seria inconcebível que o menor pudesse casar, adquirisse a capacidade plena e, malgrado

242 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 296.
243 Id., Ibid.
244 Id., Ibid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> tudo, permanecesse sob o poder dos pais, como ocorria na antiga Roma 245.

Quanto à adoção, qualquer que seja sua modalidade, ela extingue o poder familiar da originária família, que passa a ser exercido pela adotante 246. Vê-se, pois, que, na verdade, a adoção transfere o poder familiar, não o extingue.

Ainda no que atine às hipóteses de extinção do poder familiar, na forma do art. 1635 do Código Civil, a decisão judicial lastreada no art. 1.638 é aquela que conclui por um dos fatos graves ali descritos, que se mostram incompatíveis com o poder familiar, quais sejam:

> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente; V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Dentre as supramencionadas causas que ensejam a perda do poder familiar, de se destacar o abandono do filho. Nos dizeres de Silvio Rodrigues, o abandono abrange o ato de deixar o filho sem assistência material e moral, como o "descaso intencionar pela sua criação, educação e moralidade" 247. Nesse sentido, tanto o abandono material, caracterizado por privar o filho das condições necessárias à sua subsistência, como o abandono moral e afetivo, que consiste na ausência da convivência familiar e pela omissão quanto aos deveres de criação e educação,

245 Id., Ibid., p. 297.
246 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 365.
247 RODRIGUES, Silvio apud PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 134.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

podem acarretar a destituição do poder familiar 248. Nesse sentido, cumpre trazer à baila a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE. ART. 395, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ECA. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA. – Caracterizado o abandono afetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência do art. 395, II, do Código Bevilacqua, em conjunto com o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se a mãe abandonou o filho, na própria maternidade, não mais o procurando, ela jamais exerceu o pátrio poder. (STJ, REsp nº 275.568-RJ, Terceira Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, data do julgamento: 18/05/2004).

Por outro lado, Sílvio de Salvo Venosa leciona que a suspensão do poder familiar é decretada pela autoridade judiciária, após a apuração de conduta grave 249. A suspensão do poder familiar é menos severa que a destituição, no entanto, também constitui sanção civil. Nesse sentido, o art. 1.637 refere que podem os pais ser suspensos do poder familiar quando agirem com abuso, faltarem com os deveres inerentes ou arruinarem os bens dos filhos. O pedido de suspensão pode ser formulado por algum parente ou pelo Ministério Público, ou mesmo de ofício. Caberá ao prudente juiz suspender o poder familiar pelo tempo que achar conveniente, adotando também as medidas necessárias. O parágrafo único do citado art. 1.637 dispõe que também será suspenso o poder familiar se o pai ou a mãe forem condenados por crime cuja pena exceda de dois anos de prisão. A

248 PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 134.
249 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 365.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

condenação por crimes apenados com reprimendas inferiores poderá ocasionar a suspensão, ou até a perda do poder familiar, dependendo da gravidade com relação ao filho, ocasião em que deve ser examinado o caso concreto 250. No que tange à suspensão do poder familiar, o mesmo autor acima citado explica:

> As causas de suspensão do poder familiar descritas no Código são apresentadas de forma genérica, dando margem ampla de decisão ao magistrado. O Estatuto da Criança e do Adolescente faz referência à perda e suspensão do poder familiar no art. 24, reportando-se ao descumprimento injustificado dos deveres e obrigações descritos no art. 22. Esse dispositivo, por sua vez, reporta-se aos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, bem como à obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, no interesse deles. Portanto, o caso concreto dará ao juiz os parâmetros para a grave decisão de suspensão do poder familiar. Não esqueçamos, por outro lado, que os processos de perda e suspensão do poder familiar devem assegurar o contraditório, com amplo direito de defesa aos envolvidos, devendo ser nomeado advogado dativo para a defesa, se for o caso de pobreza e a assistência judiciária oficial não estiver disponível. Os arts. 155 ss do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinam os procedimentos para a perda ou suspensão do poder familiar. A sentença que decretar a perda ou suspensão do poder familiar será

250 Agência CNJ de notícias. **CNJ serviço: entenda o que é suspensão, extinção e perda do poder familiar**. Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80757-cnj-servico-entenda-o-que-e-suspensao-extincao-e-perda-do-poder-familiar>. Acesso em: 23 julho 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente.

Uma vez suspenso o poder familiar, perde o genitor todos os direitos em relação ao filho, inclusive o usufruto legal. Se houver motivos graves, a autoridade judiciária poderá decretar liminarmente a suspensão do poder familiar, dentro do poder geral de cautela [...]. A suspensão é medida menor grave do que a destituição ou perda porque, cessados os motivos, extinta a cauda que a gerou, pode ser restabelecido o poder paternal. Por outro lado, a suspensão pode-se referir a apenas parte dos atributos do poder familiar 251.

Destarte, os pais que descumprem os deveres decorrentes do poder familiar podem tê-lo suspenso ou destituído. O instituto visa à proteção dos interesses dos filhos menores, de modo que não sendo os seus titulares aptos ao desempenho do encargo, ou praticando condutas graves que coloquem em risco a dignidade e a segurança da prole, devem ser privados de seu exercício. Cumpre ressaltar que o abandono afetivo pode ser causa tanto de destituição como de suspensão do poder familiar, devendo o magistrado analisar o caso concreto a fim de verificar qual medida melhor atende ao interesse do filho 252. Deve-se ter em vista que, conforme exposto, dentre todos os deveres dos pais em relação aos filhos menores, o mais importante é o de dar-lhes amor, carinho e afeto, uma vez que a presença afetiva é indispensável ao desenvolvimento físico e psíquico dos menores.

Em qualquer das hipóteses – de destituição ou de suspensão do poder familiar – não se exclui a possibilidade de responsabilização civil decorrente do

251 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 367 .
252 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 138.

abandono afetivo na relação paterno-filial, como se demonstrará no presente estudo 253.

2.3 CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS MENORES

A princípio, cumpre ressaltar que a relação paterno-filial vem assumindo destaque nas disposições sobre a temática da família, o que deixa evidente a preocupação com os filhos como sujeitos, e não como assujeitados ao poder paterno 254. No dizer de Rodrigo da Cunha Pereira:

> O abandono parental deve ser entendido como uma lesão extrapatrimonial a um interesse jurídico tutelado, causado por omissão do pai ou da mãe no cumprimento do exercício do poder familiar (CC 1.634), o que configura um ilícito, sendo, portanto, fato gerador de obrigação indenizatória para as funções parentais 255

No que atine ao abandono afetivo na relação paterno-filial, Rolf Madaleno leciona:

> O dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos fiquem impunes, mas principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida

253 Id. Ibid.
254 MORAES, Maria Celina Bodin apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 542.
255 PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud DIAS, Maria Berenice., op. cit., p. 544

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar 256.

Destarte, o abandono afetivo, na relação parental, consiste na ausência de comportamento pró-afetivo dos pais 257. Conforme bem explica Camila Affonso, a afetividade não se traduz na imposição da obrigação de amar e, desta feita, deve ser entendida, em sua acepção jurídica, como a dedicação integral dos pais ao pleno desenvolvimento da personalidade e à garantia da integridade psíquica dos filhos, vale dizer, é o agir como se amor sentisse, ainda que a conduta do genitor não corresponda ao seu real estado afetivo 258. Nesse sentido, os pais devem cumprir os deveres imateriais inerentes ao poder familiar, assegurando aos filhos a convivência familiar, a educação e a assistência imaterial, direitos imprescindíveis à completa formação física, moral, ética e mental dos menores.

> Ainda que não sintam amor pelos filhos, é por meio do cumprimento dos deveres que os pais se comportam de modo pró-afetivo, eis que evidenciam a finalidade de tutelar os interesses da prole e assegurar o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Dessa forma, configura-se o abandono afetivo quando há lesão de um direito alheio, pelo desrespeito a um dever jurídico estabelecido em lei, vale dizer, quando os deveres de criação, educação, companhia e guarda são descumpridos, assumindo lugar o desamparo e o desprezo pelo filho 259.

256 MADALENO, Rolf apud DIAS, Maria Berenice., op. cit., p. 544.
257 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 138.
258 Id., Ibid.
259 Id., Ibid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nas lições de Rodrigo da Cunha Pereira, é na parentalidade afetiva que se observa uma das mais relevantes consequências do princípio da afetividade, uma vez que abrange os filhos de criação e garante as funções parentais que não se fundam tão somente na similitude genética, mas no cuidado e na atenção dispensados aos filhos. O autor acima citado salienta, ainda, que a procriação, por si só, não implica no serviço e no amor que revestem a paternidade. A verdadeira experiência da paternidade, da maternidade ou da filiação não é garantida pela ascendência genética por tratar-se de uma construção que transcende a semelhança entre os genes. Há que se preencher, no imaginário de cada membro familiar, o lugar simbólico de pai e de mãe o que não se atinge, simplesmente, com a presença de um ou de outro, mas com o efetivo cumprimento das referidas funções para a saudável estruturação biopsíquica de cada elemento que compõe a família 260.

Paulo Lôbo leciona que, no que atine à expressão abandono afetivo, a doutrina e a jurisprudência atentaram para o fato de o pai, que não convive com a mãe, contentar-se em pagar alimentos ao filho, privando-o de sua companhia 261. O mesmo autor afirma que a questão é relevante, tendo em vista a natureza dos deveres jurídicos do pai em relação ao filho, o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza laica do Estado de Direito, que não pode obrigar o amor ou o afeto às pessoas 262. Nesse sentido, pertinente trazer à baila sínteses de dois julgados, nos quais houve condenação decorrente de indenização por abandono afetivo, nas palavras de Paulo Lôbo:

260 PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud CESSETI, Alexia; PASSOS, Anna Paula. **O princípio jurídico do afeto e o dever de indenizar o abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=271df68653f0b3c7>. Acesso em: 25 julho 2018.
261 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 301.
262 Id., Ibid.

> [...] Segundo caso (RS): juiz condenou em 2003 um pai a pagar igualmente 200 salários mínimos à filha porque "a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirme". A sentença transitou em julgado, por ter havido revelia. Terceiro caso (SP): o juiz condenou em 2004 um pai a pagar indenização no valor de R$50.000,00 por danos morais e tratamento psicológico da filha. O pai a abandonou com poucos meses de vida, quando se separou da mãe para constituir nova família. A jovem abandonada sentiu-se rejeitada e humilhada em razão do tratamento frio dispensado a ela pelo pai, especialmente por todos serem membros da colônia judaica, "crescendo envergonhada, tímida e embaraçada, com complexos de culpa e inferioridade", submetendo-se, por isso, a tratamento psicológico 263.

Em conclusão, o autor pondera que o inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade, estabelecidos na Constituição e na legislação ordinária, caracteriza o abandono afetivo, uma vez que seu campo não é exclusivamente da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas e, nesse sentido, quando há descumprimento dos deveres parentais estabelecidos em lei, como os referidos nos arts. 227 e 229, da Constituição da República Federativa do Brasil, uma das consequências é a reparação civil 264.

263 Id., Ibid.
264 Id., Ibid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Imprescindível evidenciar que o abandono afetivo pode ser verificado tanto na relação de filiação biológica como na socioafetiva, independentemente do vínculo jurídico mantido pelos pais. Assim, conclui-se que descumpridos os deveres parentais de conteúdo existencial – criação, educação, companhia e guarda –, evidenciado o desprezo e o desamparo dos pais em relação aos filhos, configura-se o abandono afetivo, suscetível de ocasionar irreparáveis danos à saúde física e mental dos menores, uma vez que o afeto é a base da família e, por conseguinte, é nela que o menor constrói a sua personalidade. Nesse sentido, a seguir, serão estudadas as consequências psicológicas ocasionadas aos menores abandonados afetivamente, bem como a possibilidade de reparação civil advinda dos danos causados.

2.3.1 Consequências psicológicas do abandono afetivo

O afeto decorre do princípio basilar das relações de família, qual seja, o da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, nas lições de Maria Helena Diniz, a evolução da família tornou-a cada vez menos organizada hierarquicamente, uma vez que passou a se basear na comunhão de vidas através da afeição entre seus membros. A autora explica que a mudança supracitada atende às exigências da atualidade, que, em buscar da plena felicidade, revela uma constante necessidade de mútua cooperação, a qual somente se torna possível diante da afetividade entre os membros das entidades familiares 265.

Nesse sentido, de se ressaltar que o afeto é primordial para o desenvolvimento físico e mental dos menores e, por conseguinte, não basta que os pais ofereçam todas as condições de subsistência para a sua prole. Não obstante a impossibilidade de mensurar o amor, é possível verificar o descumprimentos dos

265 DINIZ, Maria Helena apud SANTOS, Saruzze Pereira. **Consequências psicológicas e jurídicas do abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-psicologicas-e-juridicas-do-abandono-afetivo,590068.html>. Acesso em: 26 julho 2018.

deveres inerentes ao poder familiar, dentre eles, o de cuidar e zelar pelos menores. No que atine à importância do afeto nas relações familiares, discorre Rolf Madaleno:

> O afeto é mola propulsora dos relacionamentos familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto 266.

Insta evidenciar que não está em discussão o amor, uma vez que, em que pese seja estritamente ligado ao afeto, não se pode obrigar a amar, no entanto, é incontroversa a imposição biológica e jurídica de cuidar, tendo em vista que é dever intrínseco das relações familiares. Giselda Hironaka leciona questões relevantes no que atine ao abandono afetivo e ressalta que não se trata de circunstância simplesmente individual, mas sim de um comportamento social danoso.

> O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada 267.

266 MADALENO, ROLF apud SANTOS, Saruzze Pereira., op. cit.
267 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes apud SANTOS, Saruzze Pereira. **Consequências psicológicas e jurídicas do abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-psicologicas-e-juridicas-do-abandono-afetivo,590068.html>. Acesso em: 26 julho 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tendo em vista que, conforme acima citado, o afeto é fundamental para o crescimento e desenvolvimento dos infantes, insta consignar que o dano causado aos menores abandonados afetivamente prejudica, em demasia, suas personalidades. Isso porque o afeto, no âmbito da infância, diz respeito a condições mínimas de sobrevivência com dignidade 268. Desta feita, a ausência de afeto enseja irreparáveis consequências aos menores que crescem em tal condição e, nesse sentido, a psicóloga Mariana Cardoso leciona que a ruptura das relações pessoais e da ligação de afeto, assim como a ausência de familiaridade entre pais e filhos, podem provocar sequelas psicológicas e comprometerem o desenvolvimento saudável da criança 269.

> **Através da visão jurídica "o amor é facultativo, porém, o cuidar é dever."** Ou seja, a função dos pais não se restringe somente ao alimentar, mas também ao dever de possibilitar o desenvolvimento humano pleno. A criança depende do amor e afeto dos pais (ou responsáveis) para se desenvolver saudavelmente, os mesmos são espelhos para a criança, e quando ela se vê sem a convivência com um deles, se sente perdida. Somente com o apoio, intervenção e amor dos pais, a criança pode se tornar um adulto capaz de também cumprir com suas obrigações de forma natural. **Os estímulos de carinho devem começar antes mesmo do bebê nascer** e é extremamente importante também na primeira infância (de 0 a 3 anos). **O sofrimento da criança abandonada pode ocasionar deficiências no seu comportamento mental e**

268 SANTOS, Saruzze Pereira., op. cit.
269 CARDOSO, Mariana. **Abandono afetivo: psicóloga explica os danos para formação da criança**. Disponível em: <http://blog.terapiadebolso.com.br/abandono-afetivo-psicologa-explica-os-danos-para-formacao-da-crianca/>. Acesso em: 27 julho 2018.

> **social** para o resto da vida, a criança pode se isolar do convívio de outras pessoas, apresentar problemas escolares, depressão, tristeza, baixa autoestima, além de problemas de saúde 270.

Nas lições de Sigmunt Freud, no longo período da infância, em que a criança vive na dependência, os pais deixam como herança toda a influência parental, a qual, naturalmente, inclui em sua operação não somente a personalidade dos próprios pais, mas também a família, as tradições raciais e nacionais por eles transmitidas, bem como as exigências do ambiente social imediato que representam 271.

> A criança abandonada pode apresentar deficiências no seu comportamento social e mental para o resto da vida. A dor da criança que esperava por um sentimento, ainda que mínimo, de amor ou atenção, pode gerar distúrbios de comportamento, de relacionamento social, problemas escolares, depressão, tristeza, baixa autoestima, inclusive problemas de saúde, entre outros devidamente comprovados por estudos clínicos e psicológicos. Diversos são os estudos promovidos no sentido de comprovar os danos mentais e clínicos em menores negligenciados pelos pais. Nas palavras de Isabela Crispino, "Já é pacífico, entre as psicólogas e assistentes sociais, o entendimento de que criança abandonada pelos pais sofre de trauma e de ansiedade, que irá repercutir, diretamente, em suas futuras relações, fazendo-a perder sua confiança e autoestima". O que se percebe nos

270 Id., Ibid.
271 Id., Ibid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> estudos é que, em muitos casos, essa lacuna deixada pela ausência dos pais, ou de um deles, na maioria das vezes, o pai, é preenchida por outras figuras presentes em sua vida. Os danos de ordem psíquica ou moral, vão depender de cada situação, da vulnerabilidade de cada um, da idade, da participação do outro genitor, bem como do ambiente em que vive, entre outros fatores. No entendimento de Gisele Groeninga, a Ciência da Psicanálise demonstra que quando há a falta de afeto, abandono ou rejeição, vez que a criança não encontra os modelos de identificação, ocorre a ameaça da integridade psíquica, cuja consequência é falhas no desenvolvimento da personalidade. Segundo Melvin Lewis, um dos mais renomados professores de Psiquiatria Infantil, os pais, como modelos e guias, possuem um papel de contribuir para o desenvolvimento de uma personalidade sadia, controlando seus impulsos e comportamentos, cuja ausência ou disfunção muitas vezes acarreta abalo na personalidade. Estudos comprovam que a figura do pai é a responsável por transmitir limites ao filho, por ensinar a diferença entre o certo e o errado, introduzindo a criança de forma efetiva na sociedade. Deve assim, não só a mãe endereçar a figura e autoridade do pai, como este, ocupar o seu devido lugar e assumir tal responsabilidade moral perante a criança 272.

A ausência do afeto nas relações familiares origina evidente dor psíquica e, por conseguinte, prejuízo à formação do menor, o qual, ao crescer sem o apoio, a

272 BICCA, Charles. **Abandono afetivo e suas graves consequências**. Disponível em: <http://abandonoafetivo.org/abandono-afetivo-e-suas-graves-consequencias/>. Acesso em: 27 julho 2018.

dedicação, a cooperação e o cuidado comuns em uma família bem estruturada, poderá ter a sua existência comprometida, com transtornos de difícil reparação futura.

Destarte, as relações e os vínculos familiares são demasiadamente importantes para o desenvolvimento do indivíduo, uma vez que é no seio familiar que ele nasce, se desenvolve e inicia a formação da sua personalidade. Assim, quando há rompimento desses vínculos, as consequências podem ser extremamente desagradáveis para as crianças, afetando a sua autoestima e a maneira com que se relacionam com os demais 273. Tendo em vista a gravidade das consequências psicológicas advindas do abandono afetivo, imprescindível evidenciar que, não obstante a afetividade não possa ser valorada pecuniariamente, é passível de reparação civil, ensejando consequências jurídicas, conforme será estudado a seguir.

2.3.2 Consequências jurídicas do abandono afetivo

Consoante visto anteriormente, o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, notadamente o de criação, educação, companhia e guarda, enseja o abandono afetivo. O descumprimento dos deveres de criação e educação é caracterizado, essencialmente, pela falta de interesse, respeito, cuidado, atenção, apoio psicológico, transmissão de valores culturais e morais, imposição de regras e limites à vida em família e em sociedade e acompanhamento físico e espiritual, ou seja, na omissão do genitor quanto à assistência e à formação moral e intelectual dos filhos menores274. Consiste, enfim, na omissão dos pais quanto à satisfação das necessidades biopsíquicas da prole 275. Já o descumprimento dos deveres de

273 WEISHAUPT, Gisele; SARTORI, Giana. **Consequências do abandono afetivo paterno**. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142_415.pdf>. Acesso em: 28 julho 2018.
274 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., p. 139.
275 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 139.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

companhia e guarda configura o abandono afetivo quando os pais deixam de conviver com os filhos menores 276.

> A convivência não se resume à mera presença física dos pais, envolvendo a sua participação constante no cotidiano da vida dos filhos, acolhendo-os, protegendo-os, estabelecendo verdadeira relação de interação e proximidade espiritual. Configurar-se-á o abandono afetivo pela não observância voluntária injustificada e contínua do dever de convivência. Não se trata da ausência temporária e justificada, mas, sim, do caso do pai ou da mãe que não deseja estar na companhia do filho, dele se afastando deliberadamente, rejeitando-o, tratando-o de modo indiferente, como se uma pessoa estranha fosse.
>
> Vê-se, pois, que o dever de sustento não está relacionado à caracterização do abandono afetivo. Esse dever possui conteúdo patrimonial, sendo imprescindível ao desenvolvimento físico dos filhos. Seu inadimplemento pode caracterizar o abandono material, mas não o abandono afetivo. O abandono afetivo vai além, abrangendo o desamparo, a falta de cuidado e interesse, a omissão dos pais quanto à criação, educação e convivência com os filhos menores. É necessário presença, afeto, limite, segurança, proteção, exemplo, enfim, atributos que não se esgotam no dever de sustento e no pagamento de alimentos a fim de que a paternidade e a maternidade sejam exercidas em sua

276 PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 139.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> plenitude, com tempo, dedicação, disponibilidade e trabalho 277.

Tendo em vista que o Direito se adequa à evolução e às demandas da sociedade, o Judiciário, recentemente, foi chamado a se manifestar sobre a questão do abandono afetivo, o que acarretou em sábias decisões condenando pais que, independentemente da prestação de assistência alimentar, faltaram com a obrigação de assistência moral a seus filhos. Cumpre evidenciar a lição de Paulo Lôbo no que atine às finalidades da reparação civil por abandono afetivo.

> A reparação civil por abandono afetivo cumpre duas finalidades: Uma, de reparação de danos patrimoniais, correspondentes às despesas com educação formal e assistência material, que todo pai ou mãe devem arcar, de acordo com suas possibilidades financeiras, em relação ao filho, até alcançar a maioridade, se não o tiverem feito. Outra, de compensação por danos extrapatrimoniais, em virtude de violação dos deveres de assistência moral e afetiva e de criação, para os quais não bastam os valores pecuniários despendidos com o sustento material. Esta segunda tem sido preferida pelos que recorrem ao Judiciário. A ausência ou o distanciamento voluntário de um ou de ambos os pais na formação dos filhos, ainda que o tenham provido de meios materiais de subsistência, causam lesão à integridade psíquica da pessoa, que é um dos mais importantes direitos da personalidade 278.

277 Id., Ibid.
278 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 303.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Vê-se, pois, que a negligência dos genitores em descumprir e desrespeitar o dever de cuidado em relação aos filhos enseja danos de ordem moral nos infantes de tal gravidade que acarretam mágoas, dores e problemas, os quais, além de comprometerem uma infância sadia, arrastam-se para a vida adulta 279 e, diante disso, muitos indivíduos têm recorrido ao Judiciário na busca da compensação dos danos extrapatrimoniais, que, conforme lecionado pelo autor citado acima, ocorre em maior quantidade do que a reparação de danos patrimoniais. Nesse sentido, urge trazer à baila o julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação

279 OLIVEIRA, Sthephanie Mazarino de. **Da indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo – A mercantilização do amor**. Disponível em: <https://stephaniemazarino.jusbrasil.com.br/artigos/218374905/da-indenizacao-por-dano-moral-decorrente-do-abandono-afetivo>. Acesso em: 29 julho 2018.

> por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp nº 1.159.242 – SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 24/04/2012).

A Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial supracitado, lecionou, em seu voto, que a questão da reparação civil por abandono afetivo não discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos 280.

> O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado,

280 STJ, REsp nº 1.159.242 – SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 24/04/2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 29 julho 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> distintamente, é tisnado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal 281.

Neste diapasão, Giselda Hironaka leciona que o dever de indenizar decorrente do abandono afetivo encontra os seus elementos de configuração na funcionalização das entidades familiares, que devem tender à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque para a pessoa dos filhos, buscando-se, deste modo, analisar os elementos clássicos da responsabilidade civil segundo este paradigma 282.

Não obstante demasiados entendimentos favoráveis à reparação civil advinda do abandono afetivo, mister se faz ressaltar que não é o mero descumprimento dos deveres de criação, educação, companhia e guarda que

281 Id., Ibid.

282 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 julho 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ensejam tal indenização, tendo em vista que é imprescindível o preenchimento dos elementos clássicos caracterizadores da responsabilidade civil, os quais serão estudados no capítulo a seguir.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PARENTAL

De proêmio, urge ressaltar que na família ocorrem grandes mudanças sociais e, desta forma, é de se esperar que o ordenamento jurídico encontre dificuldades para acompanhá-las, tendo em vista o complexo e problemático processo de adaptação e integração 283. Nesse diapasão, a dignidade humana assume papel central, como fonte normativa e valorativa de uma feição jurídica, a qual resulta no desenvolvimento cada vez maior dos direitos da personalidade.

Em meio às evoluções e às demandas da sociedade, notadamente no que atine à proteção dos membros da família, de se evidenciar que o afeto foi elevado a componente fundamental dos relacionamentos familiares, o que ensejou desafios aos juristas na busca de um fundamento legítimo para a responsabilização daqueles que ofendem a dignidade dos demais membros da família 284.

Nessa esteira, imprescindível evidenciar que as controvérsias a respeito dos danos morais travadas no âmbito familiar são, no fundo, questões de responsabilidade civil 285, razão pela qual tais problemas devem ser solucionados sob a perspectiva dos elementos essenciais caracterizadores da responsabilidade civil.

Tecidas tais considerações, insta registrar que o dever de indenizar decorrente do abandono afetivo na relação paterno-filial é uma das questões

283 MARCONDES, Laura de Toledo Ponzoni. **Dano moral nas relações familiares**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., p. 03.
284 Id., Ibid.
285 Id., Ibid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

atinentes ao dano moral no Direito de Família e deve encontrar os seus elementos de configuração na funcionalização das entidades familiares, uma vez que estas devem tender à realização da personalidade de seus membros, com especial destaque para a pessoa dos filhos 286. Nesta visão, a seguir, serão analisados os elementos clássicos da responsabilidade civil, bem como a aplicação no Direito de Família, notadamente no que diz respeito ao abandono afetivo.

3.1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO E FUNÇÕES

A responsabilidade civil se assenta no elementar princípio ético de que o dano causado pelo descumprimento de um dever jurídico contratual ou extracontratual deve ser reparado. A regra é *primun non nocet* (em primeiro lugar não fazer o dano), mas, uma vez feito o dano, porque ofende o dever jurídico de não lesar a outrem, cumpre a obrigação de indenizar. Essa é uma das facetas mais almejadas da concreção do Direito: o perene e renovado anseio de alcançar o justo e o equânime 287. Nas lições de Sergio Cavalieri Filho, o Direito se destina aos atos ilícitos; cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos nocivos 288.

> A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de

286 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 julho 2018.

287 BIANCO, João Carlos. **Apontamentos de responsabilidade civil**. Material de estudo – Faculdade de Direito de Franca., 2016.

288 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2014., p. 13.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.

É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil 289.

Insta evidenciar a distinção entre obrigação e responsabilidade, feita por Sergio Cavalieri Filho, segundo o qual a primeira é sempre um dever jurídico originário, enquanto a segunda é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro 290.

> Daí a feliz imagem de Larenz ao dizer que "a responsabilidade é a sombra da obrigação". Assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente 291.

Destarte, a responsabilidade civil é o instituto por meio do qual se impõe ao agente que viola direito alheio e causa dano o dever de repará-lo-, pois ao direito da vítima à reparação do dano que injustamente sofra corresponde um dever de recuperação ou, ao menos, de reaproximação do estado anterior à lesão causada, em observância ao princípio da dignidade humana 292.

Urge ressaltar que conforme o dever jurídico originário decorra do ordenamento jurídico ou de relação jurídica obrigacional, a responsabilidade civil

289 Id., Ibid., p. 14.
290 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2014., p. 14.
291 Id., Ibid., p. 15.
292 LÔBO, Paulo Luiz Netto apud PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., p. 167.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

resultante de seu descumprimento será extracontratual ou contratual. Na responsabilidade contratual há prévia existência de um vínculo obrigacional, cujo inadimplemento gera o dever de indenizar o dano causado. Em contrapartida, não havendo relação obrigacional entre os indivíduos e, desta forma, decorrendo o dano de violação de direito subjetivo, a responsabilidade será extracontratual 293.

Vê-se, pois, que a responsabilidade civil consiste na reparação pecuniária dos danos resultantes de conduta ilícita culposa ou do risco. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho leciona que a ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, uma vez que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir 294.

> Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.
>
> O Código Civil de 2002, em seu art. 186, manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra *culpa* está sendo aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo.
>
> Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.

293 PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 167.
294 CAVALIERI FILHO, Sergio., op. cit., p. 32.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica, e principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, art. 931 e outros 295.

Destarte, a responsabilidade civil será subjetiva se fundada na teoria da culpa, vale dizer, na conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano e, por outro lado, será objetiva se fundada na teoria do risco e, por conseguinte, sendo irrelevante a culpabilidade, uma vez que o dever de indenizar, nesse caso, decorre de previsão legal ou do exercício de atividade de risco que causa dano aos direitos de outrem 296.

A imposição do dever de reparar as lesões causadas e o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementos sentimento de justiça 297. Nesse sentido, o instituto da responsabilidade civil possui três finalidades: reparatória, punitiva e preventiva 298.

> A função precípua da responsabilidade civil é reparar, ressarcir os danos. A lesão causada rompe o equilíbrio econômico-jurídico anteriormente existente entre a vítima e o agente, razão pela qual se deve restabelecer, o quanto possível, o *status quo ante*, recolocando-a na situação em que se encontrava antes da ocorrência do dano. Isso ocorre por meio

295 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2014., p. 14.
295 Id., Ibid., p. 32.
296 NERY JUNIOR, Nelson apud PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., p. 168.
297 CAVALIERI FILHO, Sergio., op. cit., p. 26.
298 GODOY, Claudio Luiz Bueno de apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 169.

da reposição do bem material perdido ou do pagamento de indenização pecuniária, fixada de acordo com a extensão do dano, em atenção ao princípio *restitutio in integrum 299*.

Embora em caráter secundário, a função punitiva diz respeito à sanção como consequência jurídica do não cumprimento de um dever em relação ao obrigado que o descumpriu. E, por fim, a função preventiva consiste em inibir ou, ao menos, desestimular a repetição da conduta lesiva ante a certeza ou elevada probabilidade de condenação à reparação 300. Ademais, de se ressaltar que é melhor prevenir um dano ao invés de repará-lo, tendo em vista que existem hipóteses, como no dano moral, em que a reparação sequer é possível, mas tão somente a compensação da vítima.

Ante o exposto, cumpre evidenciar que as três funções da responsabilidade civil coexistem entre sim, uma vez que não obstante a maior finalidade do instituto seja impor o dever de reparar os danos causados, é através dessa reparação que, além de restaurar o equilíbrio das relações sociais, pune-se o ofensor pela conduta lesiva, evitando-se a ocorrência de danos futuros 301.

3.1.1 Elementos caracterizadores da responsabilidade civil

Os pressupostos são os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, vale dizer, os elementos imprescindíveis à configuração do instituto e, em suma, podem ser caracterizados pela conduta humana, que diz respeito a um ato praticado no mundo concreto, do qual decorre um efeito sensível, é o fato gerador da responsabilização civil; pelo dano, caracterizado pelo mal ou prejuízo resultante da conduta praticada; pelo nexo de causalidade, relação lógica e perceptível entre

299 PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 169.
300 Id., Ibid.
301 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., p. 169.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a prática do ato e o resultado deste; e, na responsabilidade civil subjetiva, pela conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano. No que atine ao último elemento supracitado, mister se faz ressaltar que a responsabilidade civil objetiva elegeu o risco criado nas atividades perigosas como motivação determinante do ressarcimento ante o prejuízo de vítimas inocentes, dispensando qualquer consideração a respeito da culpa 302.

O Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, uma vez que todo seu sistema estava fundado na cláusula geral do art. 159 303 (culpa provada), mas, conforme leciona Sergio Cavalieri Filho, era tão hermética que a evolução da responsabilidade civil desenvolveu-se ao largo do velho Código, através de leis especiais 304.

> O Código de 2002 fez profunda modificação nessa disciplina para ajustar-se à evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX. Embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagram, tais como o abuso do direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928) etc. Após o exame dessas hipóteses todas, haverá uma

302 BIANCO, João Carlos. **Apontamentos de responsabilidade civil**. Material de estudo – Faculdade de Direito de Franca., 2016.
303 Art. 159 do Código Civil de 1916: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano [...]".
304 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2014., p. 200.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> única conclusão: muito pouco sobrou para a responsabilidade subjetiva.
>
> A responsabilidade subjetiva se restringe às relações interindividuais, só para pessoas físicas e os profissionais liberais, enquanto a objetiva domina todas as relações entre o grupo e o indivíduo – Estado, empresas, fornecedores de produtos e serviços etc. 305.

Vê-se, pois, que estabelecido o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, sem cogitar do elemento subjetivo da culpa a qualificar a conduta, está aperfeiçoada a responsabilidade objetiva 306, a qual, conforme a lição acima citada, de Sergio Cavalieri Filho, é a predominante no atual Código Civil. Insta reiterar que a responsabilidade civil objetiva não investiga a imputabilidade e nem a antijuridicidade do fato danoso, considera, sim, se ocorreu o evento e se ele emanou o dano 307.

Urge evidenciar a discussão doutrinária no que diz respeito à ilicitude ou à licitude do ato que recai sobre a responsabilidade objetiva. Nesse sentido, Camila Affonso Prado explica:

> Para uma parte da doutrina a responsabilidade objetiva decorre da prática de ato lícito, pois independe da culpa do ofensor, causador do dano. Já para outra parte da doutrina, o ato que enseja a reparação do dano na responsabilidade objetiva é ilícito, considerado em sentido amplo com a mera

305 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2014., p. 200/201.
306 Apontamentos de responsabilidade civil. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/51233028/Apontamentos-de-Responsabilidade-Civil>. Acesso em: 30 julho 2018.
307 Id., Ibid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> violação da ordem jurídica, independentemente de dolo ou culpa do agente. Dessa forma, adotando-se qualquer das correntes doutrinárias, certo é que ambas fundamentam a responsabilidade objetiva na teoria do risco, caracterizando-a sem consideração ao elemento subjetivo dolo ou culpa. A controvérsia reside na natureza jurídica do ato que enseja a reparação dos danos: se lícito ou ilícito 308.

Sergio Cavalieri Filho é defensor da última corrente doutrinária supracitada, uma vez que, em suas lições, a classificação do ato ilícito em *lato sensu* e *stricto sensu* pode ser observada no próprio Código Civil.

> O Código Civil assumiu em relação ao ato ilícito esta postura dicotômica, tanto é assim, que, além da responsabilidade subjetiva fulcrada no ato ilícito *stricto sensu*, prevista no art. 927, lembra o parágrafo único deste mesmo artigo que há outras situações igualmente geradoras da obrigação de indenizar *independentemente de culpa*. Devemos ainda ressaltar que o Código, após conceituar o ato ilícito em sentido estrito em seu art. 186, formulou outro conceito de ato ilícito, mais abrangente, no seu art. 187, no qual a culpa não figura como elemento integrante, mas sim os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico ou social do Direito. O abuso do direito foi aqui configurado como ato ilícito dentro de uma visão objetiva, pois boa-fé, bons costumes, fim econômico ou social nada mais são que valores ético-sociais consagrados pela norma em defesa do

308 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., p. 177.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> bem comum, que nada tem a ver com a culpa. [...] A responsabilidade subjetiva continua fulcrada no ato ilícito *stricto sensu* (art. 186), com aplicação nas relações interindividuais. A violação de um dever jurídico e o ato ilícito em sentido amplo é o fato gerador da responsabilidade objetiva e tem por campo de incidência as relações entre o indivíduo e o grupo (Estado, empresas, fornecedores de serviços, produtos etc.) 309.

Não obstante a controvérsia acima explicada, de se ressaltar que, conforme demonstrado, o atual Código Civil é prevalentemente objetivista, vale dizer, fundamenta-se na teoria do risco, caracterizada pela desconsideração ao elemento subjetivo dolo ou culpa. Em contrapartida, a responsabilidade civil subjetiva, cerne desse trabalho, advém de um ato ilício, ou seja, da violação da ordem jurídica por meio de conduta voluntária, dolosa ou culposa, causadora de dano 310.

A culpa é o elemento nuclear da responsabilidade civil subjetiva. Nesse sentido, a imposição do dever de reparar os danos resulta da conduta culposa do agente, seja no caso de dolo (intencional), ou advinda da culpa *stricto sensu* (decorrente da falta de cautela), que se evidencia por meio da imprudência, negligência ou imperícia 311. Destarte, o ofensor que pratica ato ilícito com o fim de obter o resultado danoso, ou mesmo que não o desejando, provoca pela ausência de cuidado, será obrigado a reparar as lesões causadas 312.

Tecidas as breves considerações acerca dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, a seguir será estudado o dano moral no Direito de Família,

309 CAVALIERI FILHO, Sergio apud PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., p. 176/177.
310 PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 177.
311 Id., Ibid., p. 183.
312 Id., Ibid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tendo em vista que as relações em sede familiar são caracterizadas pelos laços afetivos e envolvem uma gama de aspectos pessoais e sentimentais entre os seus membros, o que acarreta, em demasia, situações em que são desrespeitados os deveres familiares, passíveis de reparação civil.

3.1.2 Responsabilidade civil aplicada ao Direito de Família

A princípio, urge apontar que a configuração do dano moral é uma questão que vem se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade 313. Sergio Cavalieri Filho assevera acerca do risco de ingresso à fase da industrialização, em que o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias 314. Nesse sentido, o autor leciona que não basta qualquer contrariedade para configurar o dano moral, uma vez que consiste em uma agressão à dignidade humana.

> Dano moral, à luz da Constituição vigente, em sentido amplo é agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito, é agressão à dignidade humana. Que consequências podem ser extraídas daí? A primeira diz respeito à própria configuração do dano moral. Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade.
>
> Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e

313 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2014., p. 111.
314 Id., Ibid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.
>
> Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém 315.

Vê-se, pois, que para que haja possibilidade de reparação por dano moral, o indivíduo deve sofrer uma ofensa verdadeiramente grave, que seja capaz de resultar um grande sofrimento, causando-lhe lesões que repercutirão em sua vida, vale dizer, o mero desprazer comum à vida das pessoas não acarreta direito à indenização 316.

Ante a análise da configuração do dano moral, cumpre evidenciar que o instituto da responsabilidade civil é plenamente aplicável ao Direito de Família, uma vez que, conforme mencionado anteriormente, as controvérsias a respeito dos

315 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2014., p. 111.

316 ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos. **Responsabilidade civil no direito de família: da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>. Acesso em: 01 agosto 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

danos morais existentes no âmbito familiar são questão de responsabilidade civil e, por conseguinte, devem ser solucionadas sob a análise dos elementos ensejadores de tal instituto.

Imprescindível evidenciar que a responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, tendo em vista que exige, para a sua configuração, juízo de censura do agente capaz de entender a ilicitude de sua conduta, bem como comportamento, culposo ou doloso, e a demonstração do nexo de causalidade entre o agir e o dano. Diante deste quadro, de se ressaltar a responsabilidade civil no Direito de Família sob a ótica da afeição entre pais e filhos e, por conseguinte, os casos de indenização decorrente do abandono afetivo. Nas lições de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

> O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada 317.

A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo na relação paterno-filial é, assim como as demais controvérsias atinentes ao dano moral no âmbito família, subjetiva. Paulo Lôbo explica:

> A responsabilidade não é objetiva, pois depende de culpa do pai ou da mãe, a quem se imputa o abandono afetivo. Pode

317 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes apud ARRUDA, Paula Roberta Corrêa., op. cit.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ter havido circunstâncias que excluam a responsabilidade, a exemplo de condutas hostis do outro genitor, ou do próprio filho, inclusive em decorrência de alienação parental, que inibiram ou impediram o cumprimento dos deveres parentais existenciais. Ressalte-se que o ônus da prova dessas excludentes é do imputado pelo inadimplemento, ainda que não se possa exigir dele que antes tenha tentado reverter essa situação mediante ajuizamento de ação para assegurar-lhe os direitos parentais. Por outro lado, os danos não são presumíveis, tendo de ser comprovados, neste caso por quem os alega 318

Urge ressaltar que a indenização por abandono afetivo, se utilizada sob às perspectivas da responsabilidade civil subjetiva, e, por conseguinte, configurada com parcimônia e bom senso, é um instrumento de demasiada relevância e importância para um Direito de Família mais consentâneo com a contemporaneidade, uma vez que desempenha um fundamental papel pedagógico no seio das relações familiares 319.

Destarte, finalizada a breve análise acerca dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, bem como da aplicação do instituto no Direito de Família, notadamente no que diz respeito aos casos decorrentes do abandono afetivo na relação paterno-filial, necessário se faz o estudo acerca dos posicionamento no que atine ao tema central deste trabalho.

---

318 LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 303.

319 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 agosto 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.2 POSICIONAMENTOS EM RELAÇÃO À INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

A necessidade de se tutelar a personalidade e a dignidade dos filhos é a maior justificativa para o estudo acerca da indenização por abandono afetivo, uma vez que os menores são, nesse caso, vítimas das lesões causadas pela conduta culposa dos pais que negligenciam sua criação e educação, privando-os, ainda, da convivência familiar 320.

> Trata-se, assim, de analisar a possibilidade de responsabilizar civilmente os pais que, adotando conduta imprópria, negam a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias 321

Urge ressaltar que os primeiros processos que trataram a respeito do abandono afetivo são do início dos anos 2000 (dois mil). O Excelentíssimo Senhor Doutor Ministro Fernando Gonçalves, relator do Recurso Especial n. 757.411-MG (primeira oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça se posicionou acerca desta temática), à época do seu voto 322, afirmou:

> "A questão da indenização por abandono moral é nova no Direito Brasileiro. Há notícia de três ações envolvendo o tema, uma do Rio Grande do Sul, outra de São Paulo e a presente,

320 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., p. 198.
321 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 198.
322 PESTANA, Bruno Lima Soares. **A trajetória do abandono afetivo sob a ótica jurisprudencial, doutrinária e legislativa**. Monografia – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2013., p. 17.

> oriunda de Minas Gerais, a primeira a chegar ao conhecimento desta Corte".

Nesse sentido, de se evidenciar que no julgamento do recurso especial acima mencionado a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça rejeitou o pedido de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo. O processo foi iniciado na 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que indeferiu o pleito autoral, mas, em sede de segunda instância – no Tribunal de Justiça de Minas Gerais – foi julgado favoravelmente, nestes termos:

> INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.
>
> A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (TJMG, Apelação Cível 208.550-5, Rel. Des. Unias Silva, Belo Horizonte, julg. 01 de abr. 2004).

O Relator pautou o seu entendimento na responsabilidade dos genitores não se limitar ao dever de alimentar, mas também em assegurar o desenvolvimento saudável e digno dos filhos, com observância ao princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares. Nesse sentido, ressaltou o ilustre Relator:

> A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causas a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave 323.

Com base nos fundamentos acima transcritos, a decisão de primeiro grau foi reformada a fim de conceder a indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo ao autor. A decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais gerou grande repercussão na doutrina, no entanto, insta ressaltar que os entendimentos não foram uníssonos no que atine ao posicionamento adotado no acórdão. Maria Berenice Dias analisou a decisão da seguinte maneira:

> Imperioso reconhecer o caráter didático dessa nova orientação, despertando a atenção para o significado do convívio entre pais e filhos. Mesmo que os genitores estejam separados, a necessidade afetiva passou a ser reconhecida como bem jurídico tutelado. [...] mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento do abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação 324.

323 TJMG, Apelação Cível 208.550-5, Rel. Des. Unias Silva, Belo Horizonte, julg. 01 de abr. 2004

324 DIAS, Maria Berenice apud PESTANA, Bruno Lima Soares. **A trajetória do abandono afetivo sob a ótica jurisprudencial, doutrinária e legislativa**. Monografia – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2013., p. 27.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em contrapartida, Anderson Schreiber demonstrou grande temor com o teor da decisão.

> O acórdão gera inevitável preocupação com os contornos da tutela de valores existenciais e causa receio, seja no que tange à adoção, implícita, de um dever de amar, incompatível com qualquer acepção do sentimento, seja no que tange à identificação expressa de um dano jurídico decorrente do desamor e, coerentemente, também do amor excessivo, do amor contido, do amor fugaz e assim por diante 325.

O caso apreciado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais chegou ao Superior Tribunal de Justiça através de um recurso especial formulado pelo pai condenado a indenizar o filho por dano moral advindo do abandono afetivo. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça reformou a primeva decisão do Tribunal de Minas Gerais, afastando o dever de indenizar no caso em questão, sob o fundamento da ausência de ato ilícito, pois o pai não seria obrigado a amar o filho.

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
>
> 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp: 757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, T4 – QUARTA TURMA, julg. 29/11/2005).

325 SCHEREIBER, Anderson apud PESTANA, Bruno Lima Soares., op. cit., p. 28.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em suma, consoante à decisão acima citada, o abandono afetivo seria situação incapaz de gerar reparação pecuniária. O Ministro Fernando Gonçalves, relator do caso, iniciou o seu voto ressaltando que a questão é demasiadamente polêmica, mas asseverou no sentido de que a legislação pátria já prevê, no caso de descumprimento injustificado do dever de sustento ou de abandono, a sanção da perda do poder familiar e entendeu que tal sanção já cumpriria, de forma satisfatória e ampla, as funções de punição e de dissuasão no que atine à indenização decorrente do abandono afetivo. O relator destacou, outrossim, que a condenação do pai a pagar uma indenização ao filho, certamente, findaria qualquer chance de uma reaproximação futura e, por conseguinte, impediria que o filho se visse acolhido em algum momento pelo amor paterno. Ademais, encerrou o seu voto com a ressalva de que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo e, destarte, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada 326.

No entanto, imprescindível evidenciar que a decisão do Superior Tribunal de Justiça não encerrou a discussão acerca da reparação civil nos casos de abandono afetivo parental, a qual permanece intensa na doutrina e na jurisprudência. Cumpre ressaltar que demasiadas opiniões emanaram do julgado acima transcrito, dentre as quais urge trazer à baila a crítica feita por Rodrigo da Cunha Pereira, o qual lecionou sobre o equívoco da argumentação de que a punição para o pai que abandona afetivamente um filho é a destituição do poder familiar.

> A imputação da perda do poder familiar como pena para aquele que abandona seu filho serviria somente em prêmio para o genitor abandônico, ou mesmo de estímulo para aqueles que não querem ser responsabilizados pelo ato de

326 PESTANA, Bruno Lima Soares. **A trajetória do abandono afetivo sob a ótica jurisprudencial, doutrinária e legislativa**. Monografia – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2013., p. 29.

> gerar um filho. [...] Certamente um filho que precisou recorrer à justiça para pedir ao Estado-Juiz uma reparação civil, já sabe que se antes já não tinha seu pai por perto, com a condenação ele se afastará ainda mais 327.

Vê-se, pois, que a temática enseja posicionamentos distintos desde os primeiros passos dentro do cenário jurídico brasileiro. Nesse sentido, de se consignar que houve uma trajetória de jurisprudências até a segunda decisão do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o assunto veio à tona com veemência no cenário jurídico e, por conseguinte, acarretou uma grande divergência na doutrina, impulsionando uma série de questionamentos por parte de juristas e psicólogos sobre os possíveis erros e acertos das decisões e até que ponto seria possível cobrar dos pais determinadas condutas 328.

Após a repercussão do pioneiro caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, demasiados casos semelhantes ao julgado vieram à tona para apreciação do Poder Judiciário e, desta forma, fez surgir um novo desafio de grande complexidade e bastante delicado para os julgadores brasileiros. Cumpre ressaltar que as jurisprudências acerca do tema não alcançaram unanimidade, no entanto, muitas delas observaram o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça e, por conseguinte, denegaram a possibilidade de indenização por abandono afetivo.

No entanto, com o aumento exacerbado do número de processos com pedidos semelhantes e tendo em vista que grande parte da doutrina se manifestou de maneira favorável à possibilidade de indenização, surgiram decisões que se filiaram a tal entendimento e muitos dos Tribunais de Justiça do País decidiram de maneira contrária ao que, até então, era posicionamento majoritário.

327 PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud PESTANA, Bruno Lima Soares., op. cit., p. 29.
328 PESTANA, Bruno Lima Soares., op. cit., p. 31.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante do contexto acima mencionado, demasiadas decisões surgiram a respeito do tema, ora concedendo, ora denegando a indenização por abandono afetivo. Dentre os entendimentos, imprescindível trazer à baila a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que deu origem ao Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2012.

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJSP, 7ª C. Dir. Priv., Apel. n. 361.389.4/2-00, Rel. Desa. Daise Fajardo Jacot, julgado em 26/11/2008).

Na hipótese do caso, o réu alegou que duvidava da paternidade e que foi impedido pela mãe da menor a manter relação afetuosa com a filha. O juízo *a quo* julgou improcedente o pleito autoral, no entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu ser cabível a indenização e reformou a sentença, entendendo de forma perspicaz a relatora 329:

> Não há como conceber a escusa do pai para o exercício efetivo da paternidade em relação à filha, a pretexto de que sempre foi impedido de fazê-lo em razão do alegado comportamento agressivo da mãe dela ou ainda a pretexto de que duvidava da paternidade até o reconhecimento

329 PESTANA, Bruno Lima Soares. **A trajetória do abandono afetivo sob a ótica jurisprudencial, doutrinária e legislativa**. Monografia – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2013., p. 58.

> judicial, acrescentando que pagou a pensão alimentícia mensal fixada judicialmente e depois elevada para dois (2) salários mínimos, até a maioridade 330.

Nesse sentido, após analisar a conduta do réu no caso concreto, a relatora entendeu que restou evidente a conduta culposa pelo abandono afetivo grave, bem como o nexo causal entre o citado ato ilícito e o dano moral indenizável. Todavia, inconformado, o pai interpôs Recurso Especial e, destarte, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou novamente a temática, o que gerou demasiada expectativa, tendo em vista que, até hoje, o tema enseja controvérsias, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Não obstante a existência de posicionamento, citado anteriormente, proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ocorreu uma mudança paradigmática e toda a expectativa relatada se justificou. Liderado pela relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o tão importante julgado condenou o réu ao pagamento de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, contudo, reduziu o valor arbitrado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo 331.

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas

330 TJSP, 7ª C. Dir. Priv., Apel. n. 361.389.4/2-00, Rel. Desa. Daise Fajardo Jacot, julgado em 26/11/2008.

331 PESTANA, Bruno Lima Soares. **A trajetória do abandono afetivo sob a ótica jurisprudencial, doutrinária e legislativa**. Monografia – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2013., p. 60.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp nº 1.159.242 – SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 24/04/2012).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O exímio voto da Ministra Nancy Andrighi se iniciou com a fundamentação acerca da possibilidade de condenação por danos morais nas relações familiares, sob o argumento de que não há restrições legais no que atine à aplicação das regras referentes à responsabilidade civil no Direito de Família. A Ministra lecionou que outro aspecto merecedor de apreciação preliminar diz respeito à perda do poder familiar, que foi apontada como a única punição possível para de ser imposta aos pais que descumpram os deveres do múnus a eles atribuídos.

> Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos 332.

Imprescindível trazer à baila alguns dos trechos do brilhante voto acima mencionado:

> O desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratados como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

332 STJ, REsp nº 1.159.242 – SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 24/04/2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...]
>
> Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.
>
> [...]
>
> Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever 333.

Destarte, a violação do dever de cuidado, pela omissão do agente, atinge o bem jurídico tutelado e enseja o ilícito civil, suscetível de gerar o dever de indenizar. Cabe, assim, ao julgador ponderar as situações fáticas para averiguar se foram cumpridos os deveres mínimos de cuidados parentais de forma a assegurar a adequada formação psicológica e inserção social 334.

Diante do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, criou-se não apenas uma jurisprudência, mas também, sinalizou-se a adoção de uma interpretação mais principiológica, mais atenta à dignidade da pessoa humana e aos demais princípios basilares da Constituição da República Federativa do Brasil. Cumpre ressaltar, outrossim, que a concretização dos princípios constitucionais é, em demasia, fundamental para a sustentação de um Direito de Família mais consoante com a nova realidade social, uma vez que para a construção de uma

333 STJ, REsp nº 1.159.242 – SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 24/04/2012.

334 PESTANA, Bruno Lima Soares. **A trajetória do abandono afetivo sob a ótica jurisprudencial, doutrinária e legislativa**. Monografia – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2013., p. 64.

sociedade justa é imprescindível que haja maior proteção aos membros que integram cada entidade familiar, centro primordial de toda e qualquer sociedade 335.

Em que pese seja de suma importância demonstrar a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo, insta ressaltar que a questão também está em pauta no Congresso Nacional, através do Projeto de Lei n. 3212/2015, cuja ementa consiste na alteração da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil, sendo que, no momento, o Projeto está pronto para pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Ante a breve análise feita acerca das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais no que atine ao dano moral decorrente do abandono afetivo na relação parental, de se ressaltar que, consoante demonstrado, os danos sofridos pelo filho não devem ficar irreparáveis sob o argumento de que não há ato ilícito ante a inexistência do dever jurídico de amar, tendo em vista que o que realmente deve ser compreendido é a exigência de adoção de comportamento pró-afetivo pelos pais, cuja ausência, além de configurar ato ilícito, viola a dignidade do filho e causa-lhe danos à personalidade 336.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

A aplicação do instituto da responsabilidade civil à relação de parentalidade somente se tornou possível com a mudança paradigmática introduzida pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que colocou a proteção da pessoa humana como valor central do sistema jurídico e, por conseguinte,

335 Id., Ibid., p. 68.
336 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., p. 217.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

consagrou o princípio da afetividade nas relações familiares 337. A proteção da dignidade humana efetiva-se por meio das garantias dos direitos da personalidade, os quais tutelam, além dos aspectos físicos, os aspectos psíquicos do indivíduo, estritamente relacionados ao intelecto e ao afeto 338. A atuação da afetividade é diretamente ligada às relações familiares e é fundamental ao pleno desenvolvimento da personalidade, razão pela qual é dever dos pais o comportamento pró-afetivo e o correto desempenho das funções inerentes ao poder familiar, no interesse dos filhos menores, a fim de que eles atinjam o pleno desenvolvimento físico e psicológico 339.

Consoante citado anteriormente, a responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva. Nesse sentido, iniciar-se-á o cotejo dos elementos da supramencionada responsabilidade na relação de parentalidade sob a consideração da funcionalização das entidades familiares, vale dizer, a existência da família que visa à realização da personalidade de seus membros 340. Insta novamente evidenciar que não se trata, aqui, de responsabilizar os pais pela falta de amor, mas sim, de lhes impor o dever de indenizar os filhos pela omissão no que atine à sua criação, educação e convivência familiar, não apenas física, mas, principalmente, espiritual e moral.

> O descumprimento do exercício do poder familiar por qualquer um dos genitores configura um ilícito, sendo, portanto, o fato gerador da indenização. Qualquer pessoa, qualquer criança, para se estruturar como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é

337 SANTOS, Romualdo Baptista dos apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 199.
338 Id., Ibid.
339 Id., Ibid.
340 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 200.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> o amor, o afeto. E afeto significa afeição por alguém, dedicação. Afeiçoar significa também instruir, educar, formar, dar afeição, forma ou figura. Essa é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas também uma ação 341.

A conduta voluntária contrária à ordem jurídica é o primeiro elemento da responsabilidade civil subjetiva. Na relação paterno-filial, a caracterização do abandono afetivo se dá pelo descumprimento dos deveres de ordem imaterial do poder familiar, quais sejam o de criação, educação, guarda e companhia.

> Estes não evidenciam o dever de amar, mas a dedicação integral dos pais à plena formação psíquica dos filhos menores, que necessitam de assistência moral justamente para lhes proporcionar e assegurar o desenvolvimento de sua personalidade. Giselda Maria Fernandes Novas Hironaka, em abordagem filosófica sobre a responsabilidade civil na relação paterno-filial, afirma que a autoridade parental não mais se consubstancia em uma relação de poder, mas, sim, em uma relação de afeto, construída durante todo o processo de criação e educação dos filhos 342.

Em regra, a conduta ilícita dos pais é omissiva e se caracteriza pela infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar 343. O descumprimento dos deveres

341 CUNHA, Rodrigo Pereira apud PESTANA, Bruno Lima Soares. **A trajetória do abandono afetivo sob a ótica jurisprudencial, doutrinária e legislativa**. Monografia – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2013., p. 41/42.

342 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., p. 200.

343 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 202.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

supramencionados enseja prejudiciais consequências ao desenvolvimento do menor e, por conseguinte, ocasiona o dano, outro elemento da responsabilidade civil subjetiva.

> O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ele possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.
>
> A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e consequente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade 344

Giselda Hironaka afirma, ainda, que será mais fácil configurar o dano se já houver o estabelecimento efetivo de um vínculo de afetividade que, posteriormente, foi cessado na medida em que se conseguir demonstrar e comprovar que a sensação de abandono foi nociva à criança, afirmando que esta prova deve ser feita por perícia técnica determinada pelo juízo. No entanto, Maria

344 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 04 agosto 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Celina Bodin de Moraes entende que o dano, no caso de abandono afetivo, é *in re ipsa*, não sendo, destarte, necessária a sua comprovação através de perícia ou laudo psicológico 345.

A culpa é essencial pressuposto ensejador da responsabilidade civil subjetiva e consiste no elemento anímico qualificador da conduta do agente, uma vez que o pai ou a mãe deve adotar comportamento deliberado no sentido de abandonar o filho, descumprindo os deveres do poder familiar 346. Se tiver a intenção de causar lesão à personalidade do filho agirá com dolo e, por outro lado, agirá com culpa se adotar comportamento impróprio e injustificado, negando, por sua própria vontade a conviver ou a participar da criação e da educação do filho, mas sem intenção de ocasionar o dano. Destarte, a conduta culposa exterioriza-se pela falta de cuidado com a formação da personalidade dos filhos 347.

> Além da inquestionável concretização do dano como elemento da configuração de dever de indenizar, torna-se necessária a comprovação da culpa do genitor não-guardião, que deve ter se ocultado à convivência com o filho, e deliberadamente se negado a participar do desenvolvimento de sua personalidade, de forma negligente ou imprudente. Como o caso é de abandono afetivo, com a concomitante inobservância dos deveres de ordem imaterial atinentes ao poder familiar, expressão maior da relação paterno/materno-

345 MORAES, Maria Celina Bodin de apud PESTANA, Bruno Lima Soares. **A trajetória do abandono afetivo sob a ótica jurisprudencial, doutrinária e legislativa**. Monografia – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2013., p. 64/65.
346 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., p. 205.
347 SANTOS, Romualdo Baptista dos apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 205.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> filial, configurar-se-á a culpa em sua modalidade omissiva 348.

Além da culpa, também é imprescindível a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta de descumprir os deveres inerentes ao poder familiar e dos danos advindos. O nexo causal é o elemento de mais difícil configuração no caso dos danos provocados pelo abandono afetivo.

> Com efeito, são diversos os fatores e estímulos que influenciam a psique humana, existindo, assim, dificuldade para se atribuiu a determinado fato a causa efetiva da lesão à integridade psíquica. Nesse sentido, a perícia possui importante papel para a identificação da causa que, de fato, foi determinante à produção do resultado danoso. Para tanto, deve-se aferir, além de outros fatores, a época em que os sintomas do dano começaram a se manifestar, pois não se poderá imputar ao pai um dano que tenha se manifestado em época anterior ao abandono 349.

Ante o exposto, constatando-se que a conduta culposa do pai que descumpriu os deveres de ordem imaterial inerentes ao poder familiar foi a causa determinante aos danos afetivos sofridos pelo filho, o nexo causal estará configurado e a condenação ao pagamento de indenização é a medida que se impõe 350.

---

348 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 04 agosto 2018.

349 PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo., p. 213.

350 Id., Ibid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Percebe-se que os casos de indenização por abandono afetivo não devem se disponibilizar de forma desarrazoada ou desapegada da realidade. O molde jurídico para o restabelecimento da situação foi pensado pelo direito há muito tempo. O que se assiste, atualmente, é uma adaptação do figurino clássico da responsabilidade civil aos casos que decorrem de situações de direito de família e entre membros de uma mesma família, sem que isto implique em subversão do sistema. Também a obrigação jurídica que se apresenta violada é obrigação que existe há muito tempo. O que se assiste na atualidade é o necessário repensar destes direitos e deveres, permeando-os com o afeto, agraciando-os com a despatrimonialização das relações, submetendo-os a uma função de esteio e alicerce para a dignidade humana e deixando-se de lado o autoritarismo, a perversão e o direito de disposição mais ou menos limitado a respeito do futuro dos filhos. Os avanços ou as adaptações percebidos, portanto, não podem ser olvidados ou relegados, sob pena de retrocesso. Mas certamente não podem também – e muito menos – tornarem-se instrumento nefasto às relações familiares sob o pretexto da penalização do pai que abandona, ocasionando – tal qual o tiro que sai pela culatra – a impossibilidade completa de restabelecimento destas relações 351.

351 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 04 agosto 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ante o exposto, vê-se que a indenização por abandono afetivo, se bem utilizada, é um instrumento de demasiada importância para a configuração de um Direito de Família mais consentâneo com a contemporaneidade, mas é imprescindível que seja configurada com parcimônia e bom senso 352. Nesse sentido, o Poder Judiciário deve verificar a ocorrência do abandono afetivo, em cada caso concreto, a partir da exata compreensão do princípio da afetividade, a fim de se evitar a indústria indenizatória do afeto.

> O que não se deve permitir é que o genitor causador de dano à personalidade do filho fique isento de responsabilidade civil, de modo que o medo da banalização não se transforme em mais um dos gigantescos empecilhos que cega à compreensão daquilo que verdadeiramente é considerado como nobre e essencial 353.

Destarte, verificados no caso concreto a conduta culposa que descumpre os deveres de ordem imaterial do poder familiar, o dano e o nexo de causalidade, caracterizada está a responsabilidade civil pelo abandono afetivo e, por conseguinte, surge o respectivo dever de indenizar.

Conclusão

Ante o exposto no presente trabalho, vê-se que, no decorrer da história, a família sofreu profundas modificações, tanto em sua estrutura quanto na relação entre os seus membros. De unidade com finalidade meramente econômica e procriacional, fundada no poder do chefe da sociedade conjugal e, precipuamente, na desigualdade, a família passou, gradativamente, a ser baseada no afeto e na solidariedade. Assim, a nova concepção de família passou a ser entendida como grupo social fundado em laços afetivos, promovendo a dignidade de seus

352 Id., Ibid.
353 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes apud PRADO, Camila Affonso., op. cit., p. 215.

membros, no que atine a seus anseios e a seus sentimentos, de modo a se alcançar a felicidade plena.

Atualmente, o princípio jurídico da afetividade, fundado na dignidade da pessoa humana, constitui o elemento formador da família e, independentemente de qualquer sentimento, traduz o dever de dedicação e assistência que os familiares devem ter com cada um dos sujeitos aos quais se unem, seja por vínculo biológico ou socioafetivo. Nesse sentido, imprescindível evidenciar que, conforme estudado, seja qual for a origem da entidade familiar, o afeto é um fator de demasiada relevância para a plena formação física e psíquica dos menores, pois é nele que as relações familiares buscam o alicerce do crescimento da personalidade humana, vale dizer, é na família que se encontra o esteio da vida, refletindo a concretização dos direitos fundamentais para o crescimento comum.

Não obstante inúmeras famílias, de fato, vivenciem uma relação pautada no afeto, na igualdade, na dignidade e no carinho, com estreita proximidade e interação espiritual, urge evidenciar que, por outro lado, integra a triste realidade de muitas entidades familiares a situação de abandono dos filhos, renegados por um dos pais, que, em contraposição ao que estabelece o princípio jurídico da afetividade, não lhes proporciona convivência, assistência moral e intelectual, uma vez que descumpre, de modo voluntário e injustificado, os deveres de conteúdo imaterial do poder familiar e, por conseguinte, não adota comportamento pró-afetivo.

O Direito de Família somente consone com a dignidade da pessoa humana se as relações familiares, notadamente a de parentalidade, não forem desconsideradas ou excluídas. Nesse sentido, a fim de se evitar graves injustiças sociais, deve-se abolir a exclusão de determinados tipos de família e, consequentemente, dos membros que compõem as entidades familiares, especialmente quando se trata de crianças ou adolescentes, ou seja, afronta o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona seu filho afetivamente. E, no campo jurídico, afetividade vai além do sentimento, pois está diretamente ligada à responsabilidade e ao cuidado.

Em razão da gravidade da conduta de desamparo e rejeição dos filhos, o ordenamento jurídico pátrio prevê sanções para os pais que os abandonam, consistentes na suspensão ou na destituição do poder familiar, no entanto, além de ineficazes, uma vez que revelariam verdadeiro prêmio para o pai que deliberadamente se afastou da vida do filho e já não exerce os respectivos deveres, não visam à reparação dos danos que, majoritariamente, são causados, razão pela qual se tem concebido a aplicação do instituto da responsabilidade civil à relação de parentalidade, ante as sérias consequências produzidas pelo abandono afetivo na formação do filho menor.

Caracterizado o abandono afetivo, o respectivo dever de indenizar os danos morais e materiais causados somente é possível se preenchidos os elementos ensejadores da responsabilidade civil subjetiva e, em que pese não restabeleça o *status quo ante* da situação de abandono, a indenização compensará o filho pelos danos sofridos, uma vez que trata-se de compensação e não de ressarcimento, além de que punirá o pai ou a mãe pela conduta imprópria e indevida adotada, e dissuadirá a sua prática futura, uma vez que alertará todos aqueles que são pais, biológicos ou socioafetivos, acerca da importância do correto desempenho de suas funções na formação da prole.

O Poder Judiciário, diante da análise do caso concreto envolvendo o abandono afetivo na relação paterno-filial, deve nortear o julgamento com observância ao princípio da afetividade para que os danos sofridos pelo filho menor não fiquem irreparáveis sob o argumento de que não há ato ilícito ante a inexistência do dever jurídico de amar, pois o que deve ser compreendido é a necessidade da adoção de comportamento pró-afetivo pelos pais, cuja ausência,

além de configurar ato ilícito, viola a dignidade do filho e causa danos à sua personalidade. Destarte, além de coibir a disseminação da denominada indústria do dano moral, a atividade judiciária deve pautar-se na proteção da vítima do abandono afetivo e o julgador deve voltar sua atenção aos deveres jurídicos de conteúdo moral entre os membros da família, uma vez que a ausência ou o distanciamento voluntário de um ou ambos os pais na formação do filho, ainda que o tenham provido de meios materiais de subsistência, causam lesão à integridade psíquica da pessoa, que é um dos mais importantes direitos da personalidade. Assim, o menor abandonado afetivamente deve ser indenizado pelos danos sofridos em razão da conduta ilícita daquele que naturalmente deveria se apresentar como a figura protetora e essencialmente afetiva no âmbito familiar, mas que, voluntária e injustificadamente, se omite, não exercendo a verdadeira função parental.

Referências

Agência CNJ de notícias. CNJ serviço: entenda o que é suspensão, extinção e perda do poder familiar. Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80757-cnj-servico-entenda-o-que-e-suspensao-extincao-e-perda-do-poder-familiar>. Acesso em: 23 julho 2018.

ALVES, José Carlos Moreira. **Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais**. Disponível em: < https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67220/69830>. Acesso em: 10 maio 2018.

Apontamentos de responsabilidade civil. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/51233028/Apontamentos-de-Responsabilidade-Civil>. Acesso em: 30 julho 2018.

Art. 159 do Código Civil de 1916: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano [...]".

Art. 1.605, § 2º, do Código Civil de 1916: "Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes".

Art. 1.631 do Código Civil: "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade".

ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos. **Responsabilidade civil no direito de família: da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/22_11_2011%20Afetividade.pdf>. Acesso em: 01 agosto 2018.

BIANCO, João Carlos. **Apontamentos de responsabilidade civil**. Material de estudo – Faculdade de Direito de Franca., 2016.

BICCA, Charles. **Abandono afetivo e suas graves consequências**. Disponível em: <http://abandonoafetivo.org/abandono-afetivo-e-suas-graves-consequencias/>. Acesso em: 27 julho 2018.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Vade Mecum. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARDOSO, Mariana. **Abandono afetivo: psicóloga explica os danos para formação da criança.** Disponível em: <http://blog.terapiadebolso.com.br/abandono-afetivo-psicologa-explica-os-danos-para-formacao-da-crianca/>. Acesso em: 27 julho 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa da responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 10. Ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

DINIZ, Maria Helena.. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.7, 16 ed. São Paulo; Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. v.7, 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Direito de Família. v.5, 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro** – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v.4, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pós-modernidade. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67702/70310>. Acesso em: 10 junho 2018.

_____. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 julho 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 20 junho 2018.

MARCONDES, Laura de Toledo Ponzoni. **Dano moral nas relações familiares**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

OLIVEIRA, Sthephanie Mazarino de. **Da indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo – A mercantilização do amor**. Disponível em: <https://stephaniemazarino.jusbrasil.com.br/artigos/218374905/da-indenizacao-por-dano-moral-decorrente-do-abandono-afetivo>. Acesso em: 29 julho 2018.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família.** Obra fac-similar do livro original anotado e adaptado ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrade e Silva, editado em 1918. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/38628/pdf/38628.pdf>. Acesso em: 06 maio 2018.

PESTANA, Bruno Lima Soares. **A trajetória do abandono afetivo sob a ótica jurisprudencial, doutrinária e legislativa**. Monografia – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2013., p. 17.

PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Projeto de Lei PL 3212/2015. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil. Disponível em: **http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535**. Acesso em: 29 agosto. 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos**. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67221/69831>. Acesso em: 20 maio 2018.

SILVA, Mabel Tibes da. Abandono afetivo parental. Disponível em: https://mabeltibes.jusbrasil.com.br/artigos/111192077/abandono-afetivo-parental. Acesso em: 15 agosto. 2017.

STJ, REsp nº 1.159.242 – SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 24/04/2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 29 julho 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Método, 2010.

_____. **Direito civil, v. 5: Direito de Família** – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TJMG, Apelação Cível 208.550-5, Rel. Des. Unias Silva, Belo Horizonte, julg. 01 de abr. 2004

TJSP, 7ª C. Dir. Priv., Apel. n. 361.389.4/2-00, Rel. Desa. Daise Fajardo Jacot, julgado em 26/11/2008.

VADE MECUM. **Obra coletiva,** Editora Saraiva – 23ª ed. Atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008

_____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito civil: família**. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

VIAFORE, Vanessa. Abandono afetivo. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Vanessa_Viafore.pdf. Acesso em: 20 agosto. 2017.

WEISHAUPT, Gisele; SARTORI, Giana. **Consequências do abandono afetivo paterno**. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142_415.pdf>. Acesso em: 28 julho 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ESPAÇOS PÚBLICOS E SEU PAPEL NA POLÍTICA FUNDIÁRIA URBANA

RODRIGO BARBOSA OLIVEIRA E SILVA: Mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduado em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito – Fadisp e em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Registrador Civil e Tabelião de Notas em Aparecida de Goiânia, Estado de Goiás.

Resumo: O artigo apresenta a questão de como os espaços públicos podem enfrentar o problema de regularização fundiária no cenário nacional. A problemática se estende na falta de uma legislação estável, a fim de que os projetos e as políticas públicas se firmem de maneira eficaz para gerações futuras.

Palavras-chaves: Espaços Públicos – Cidade Social – Neoconstitucionalismo.

Abstract: The article presents the question of how public spaces can face the problem of land regularization in the national scenario. The problem extends in the absence of a stable legislation, so that projects and public policies are firmly established for future generations

Keywords: Public Spaces - Social City - Neo-constitutionalism.

Sumário: 1. Introdução - 2. Conceito de Cidade – 3. Conceito de Espaços Públicos – 4. Fonte normativa do Direito Fundiário - 5. Conclusões - 6. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

O direito à cidade, definido no Brasil pela Constituição Federal de 1988 é uma garantia que toda população tem de usufruir da estrutura e dos espaços públicos de sua cidade, com igualdade de utilização a todos os residentes e aos que se encontrem temporariamente.

Nesse sentido ganha relevância para eficácia do direito constitucional de moradia um ambiente urbano digno para os seus moradores forma igualitária, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

garanta acessibilidade, participação popular, manifestações culturais, dentre outras formas de manifestação social.

Ante a crescente implementação dos direitos sociais para o bem-estar social, no denominado Estado Social Democrático demanda regulamentação dos direitos estabelecidos no artigo 182 da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, por estar expressamente estabelecido no texto constitucional entende-se a política urbana como uma diretriz constitucional a ser perseguida pela administração pública e particulares. Com isso, por se tratar de uma norma de eficácia contida, conforme o próprio artigo 182 da Constituição Federal estabelece, não basta por si só, sendo necessária a existência de uma lei de regulamentação destas garantias.

Com isso, a Lei Nacional número 10.257, de 2001 veio para regulamentar a norma constitucional em suas lacunas. O direito à cidade, definido no Brasil pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela referida lei chamada de "Estatuto da Cidade" é uma garantia que todo brasileiro tem de exigir um ambiente sustentável para fruir de forma que possa garantir a qualidade de vida dos indivíduos.

O direito ao exercício dos atributos atinente a cidade é uma questão muito debatida, tanto em termos urbanísticos quanto sociais. Percebe-se uma série de violações recorrentes a este direito garantido constitucionalmentei.

Sabe-se que certas cidades violam os direitos constitucionais pelas mais variadas formar sob pretexto de programas sociais. Assim, promovem a devolução de determinadas pessoas as suas cidades de origem, em geral pedintes ou andarilhos, o que consiste em uma evidente infração ao direito à cidade, especialmente quando essas pessoas não querem retornar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não é diferente a utilização dos espaços públicos por pessoas de determinadas classes sociais, havendo, inclusive, discriminação por pessoas de outras localidades, como por exemplo praças públicas, espaços públicos como as fachadas ativas incentivadas. No entanto para se garantir a corretar utilização dos espaços públicos se torna necessário considerar a multiplicidade de grupos e interesses humanos.

Nunca é demais lembrar que mesmo que a administração de bens de uso comum seja transferida a uma associação de moradores por exemplo, não retira sua natureza pública. Assim, transformar uma praça antiga em um local adequado para esportes ou lazer deve ser conferido para utilização de toda sociedade.

Por outro lado, a multiplicidade da utilização urbana conflita diretamente mesmo que haja uma atitude onde se tenta cumprir o Estatuto da Cidade de maneira bem-intencionada. Portanto, embora a implementação de determinados equipamentos públicos seja benéfica para determinados grupos praticantes de esportes, para outros como idosos que se utilizavam da área para tomar sol possam se sentir prejudicados.

2. CONCEITO DE CIDADE

A Sociologia Urbana tem se empenhado para firmar conceitos de cidade, como uma situação humana, uma organização geral da sociedade como centro de consumo em massa, ou como multiplicidade dialética de sistemas. A doutrina segue para classificar cidade sob as perspectivas de concepção demográfica, econômica ou de subsistemas.

Na concepção demográfica é muito difundido pelo qual se considera cidade o aglomerado urbano com determinado número de habitantes o que varia de país para país[ii]. Na concepção econômica se dá quando a população local satisfaz uma parte economicamente essencial de sua demanda diária no mercado local[iii]. A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

terceira concepção considera cidade como um conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e socioculturais no sistema geraisiv.

Vale destacar que o Professor José Afonso da Silva considera como inadequado o conceito de subsistema, uma vez que a teoria dos sistemas identifica sistemas mais amplos ou menos amplos, porém não conclui para um subsistema, pois se assim definir como subsistema criaria um conceito abstrato. Porém, não descarta a corrente doutrinária e segue a corrente filiada à concepção de cidade como uma multiplicidade dialética de sistemasv.

Conclui o Professor José Afonso da Silva para se caracterizar cidade devem estar presentes dois requisitos, unidades edilícias e equipamentos públicos. Para unidades edilícias define como um conjunto de edificações em que os residentes fixem seus domicílios e desenvolvam atividades econômicas. Quanto aos equipamentos públicos devem ser criados democraticamente para atenderem as necessidades de seus residentesvi.

3. CONCEITO DE ESPAÇOS PÚBLICOS

Entre os chamados de filósofos de espaço público destacam-se Hannah Arendt e Jurgen Habermas, ambos destacam o espaço público como o local para ação política da comunidade, ou seja, um lugar de uso livre e público para todosvii.

Vale lembrar que em uma cidade a rede de espaços públicos fortalece as conexões em diferentes níveis de influência, pois possuem o condão se bem planejados e executados centros urbanos dentro das próprias cidades. Com isso se desenvolve em regiões carentes de serviços públicos, empregos, lazer e centro de convivência em regiões de franco desenvolvimento, fazendo com que até mesmo os investimentos públicos possam ser destinados a outras regiões de maior interesse social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, os espaços públicos solidificam os laços comunitários, os tornando em centros de encontros, e facilita o exercício da cidadania. No mesmo caminho a propriedade privada, mas abertos às pessoas como cafés, livrarias e bares também são ambientes de interação e troca de ideias que facilitam esses encontros, impactando a qualidade do meio urbano. Há, ainda, os benefícios para pacificação social, saúde, tanto física quanto mental.

É possível relacionar os espaços públicos ao exercício da democracia, já que a fruição desses espaços além de trazer a convivência social, reacende a harmonia social tão carente nos dias atuais. Dessa forma, o bom espaço público estimula a convivência entre as pessoas sem esforço, que cria as condições necessárias para a permanência, que convida as pessoas a estarem na rua.

Diversos conceitos sobre a melhor maneira de planejar e implementar espaços públicos para sua implementação são sugerias pela sociedade civil organizada, já que o simples fato de oferecer espaços sem o devido planejamento pode ensejar o fracasso do projeto, já que as pessoas estarão na rua se sentirem segurança e a rua será um ambiente mais seguro quanto mais pessoas estiverem nelas.

Assim, os espaços públicos devem possuir características multifacetadas, e atender as peculiaridades de cada sistema da cidade, ou seja, não necessariamente em cada sistema a implementação de espaços públicos será homogenia, podendo inclusive gerar colisão entre elesviii.

Nesse sentido algumas propostas para implementação dos espaços públicos são sugeridas pela sociedade civil e fazem parte da política pública de urbanização, tais como: diversidade de usos, fomento à economia local, identidade local, áreas verdes, participação social, dentre outras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A diversidade de uso é a mescla de uso residencial com áreas de trabalho e serviços, tais como cafés e pequeno comércio local. Essa forma de fomento para o uso do espaço público contribui para um ambiente mais seguro e amigável, uma vez que mais pessoas na rua ajudam a inibir a criminalidade. Porém, para sua efetividade é necessário o planejamento do poder público em identificar o local e o horário para implementação do uso desses espaços públicos.

Vale lembrar que as fachadas ativas têm um importante papel na implementação de espaços públicos, bem como na qualidade de vida das pessoas, pois além de contribuírem com a segurança do local existe concreta possibilidade de que novos negócios sejam criados em virtude da atratividade do desenho urbano.

Destaca-se que o investimento em espaços públicos precisa ser canalizado como um motor de desenvolvimento econômico e social, portanto a infraestrutura adequada para circulação preferencialmente nas microrregiões tais com bairros e vilas mantem o ciclo econômico e garante uma independência regional com empregos, lazer e serviços. No mais, esses investimentos trazem uma identidade ao bairro tornando um local fraterno para domicílio de seus habitantes.

Nunca é demais lembrar que um meio ambiente sustentável em todos suas características e elementos traz forte impacto na qualidade de vida das pessoas. Com isso, as áreas verdes além de contribuir com a qualidade do ar tem o poder de humanizar as cidades, atraindo as pessoas para atividades ao ar livre.

Um dos mais importantes aspectos para o desenvolvimento urbano, e nesse se incluir o planejamento dos espaços públicos é a participação social. Os espaços públicos têm usos e significados diferentes aos cidadãos, portanto garantir a participação da comunidade permite que sua implantação seja realizada para melhorar a qualidade de vida da população. Por outro lado, se um espaço não refletir as demandas e desejos da população local, não será utilizado nem mantido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O modo como vivemos nas cidades se reconfigura a cada dia, mediante as transformações da sociedade e o surgimento de novas políticas, tecnologias e opções alternativas de transporte. A urbanização, o adensamento e as altas taxas de motorização lançam desafios de planejamento e instigam as cidades a pensarem novos modelos de desenvolvimento. Em meio a transformações constantes, contudo, mantém-se intacta a importância dos espaços públicos para a qualidade de vidaix, e consequente implantação dos equipamentos públicos que garantam a mobilidade urbana.

Por outro lado, o espaço público é inadequado, mal concebido, ou privatizado, a cidade se torna cada vez mais segregada, porque as pessoas divididas não se encontram criando barreiras ideológicas ou econômicas. Com isso se tem uma cidade suscetível a tensões sociais.

O planejamento e desenho adequados dos espaços públicos levantam questões relativas ao direito das pessoas à liberdade de expressão artística, reunião política e empoderamento cívico, para desfrutar, se engajar e trocar com todos. Com isso o exercício da cidadania atinge sua plenitude.

Nunca é demais lembrar que o planejamento urbano é uma meta a ser alcançada internacionalmente, e não apenas no âmbito nacional. A Organização das Nações Unidas no ano de 2015 apresentou a proposta para adoção internacional de diretrizes para melhorar a vida das pessoas em todos os lugares.

Assim, foi criada a ação global para as pessoas e o planeta, e dentre essas ações foi criado o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS 11, que dentre suas diretrizes está a necessidade de proporcionar o acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis e verdes, particularmente para as mulheres e crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiênciax.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Neste contexto, a ONU realizou um estudo com base em indicadores de um total de 40 cidades pesquisadas, apenas 7 destinaram mais de 20% das terras para ruas no núcleo de suas cidades, e menos de 10% em suas áreas suburbanas. Na Europa e na América do Norte os núcleos das cidades têm 25% das terras destinadas às ruas, enquanto áreas suburbanas têm menos de 15%. Na maioria dos núcleos das cidades do mundo em desenvolvimento, menos de 15% da terra é destinada para ruas e a situação é ainda pior nos subúrbios e nos assentamentos informais, onde menos de 10% das terras são destinados a ruas. Este é um reflexo das enormes desigualdades em muitas cidades do mundo em desenvolvimentoxi.

Dessa forma, o desenvolvimento econômico está intrinsicamente ligado a infraestrutura das cidades, que por consequência na qualidade de vida de seus cidadãos. Portanto, bons espaços públicos possuem reflexos diretos na atração de investimento, usos e atividades. No mesmo sentido e de forma indireta aumenta os valores de propriedade, gerando receita municipal na cobrança de IPTU e ISS, bem como proporciona oportunidades de interação econômica e melhorando as oportunidades de subsistência, criando assim uma eficaz cadeia econômica.

4. FONTE NORMATIVA DO DIREITO FUNDIÁRIO.

É cediço que o Poder Constituinte Originário ao promulgar a Constituição Federal de 1988, optou por um constituição analítica e dirigente ou seja determinou os objetivos a serem buscados pela administração pública e pela sociedade, caracterizando assim o Estado Social Democrático.

O Estado Social Democrático é aquele que apoia intervenções econômicas e sociais do Estado para promover justiça social dentro de um sistema capitalista, a fim de tornar a sociedade mais igualitária e um compromisso com a democracia representativa.

Assim, o artigo 182 da Constituição Federal estabeleceu a forma em que a postura estatal deve se orientar. Ato contínuo para regulamentar a atividade estatal se deu a Lei Nacional número 10.257, de 2001 chamada de "Estatuto da Cidade, o qual definiu o Plano Diretor Municipal como o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

O Plano Diretor como instrumento obrigatório para municípios com mais de 20 mil habitantes tem por finalidade orientar a atuação do poder público e da iniciativa privada na construção dos espaços urbanos na oferta dos serviços públicos essenciais, visando assegurar melhores condições de vida para a população.

Não obstante o direito positivo estabelecer as regras de atuação no tocante ao planejamento urbano, a interpretação da lei ganha contornos ideológicos em virtude da corrente denominada neoconstitucionalismo, o que por muitas vezes altera a legislação consolidada sem alteração de texto, mais se assemelhando ao controle de constitucionalidade abstrato sem redução de texto.

O neoconstitucionalismo é um fenômeno que aplica à supremacia da constituição, em relação a todo o ordenamento jurídico, para que confira substratos necessários à concretização dos direitos fundamentais. É nesse sentido que o neoconstitucionalismo promoveu influxos em toda ordem jurídica que passou da fase de codificação para a da descodificação, e com isso fortaleceu o ativismo jurídico.

Ressalta-se que o direito positivo esteve no centro do ordenamento jurídico, contudo atualmente a Constituição Federal de 1988 passou a ser o núcleo do sistema jurídico, servindo como filtro axiológico para a interpretação do direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, com a força normativa da constituição, característica essa do neoconstitucionalismo, todo o sistema jurídico positivado passou a ser lido a partir da constituição, dentre elas as relativas ao direito urbanístico.

A técnica da ponderação também influencia sobremaneira o sistema jurídico positivado, ao passo que a autonomia normativa deixou de prevalecer sobre direito fundamental, como a igualdade material entre os contraentes. Ocorre que a técnica de ponderação tem sido utilizada como uma nova forma de positivação do direito, em especial pelo Poder Judiciário, o que é seguido muitas vezes pelo administrador público na condução da atividade administrativa.

Essa interpretação dos direitos constitucionais em matéria urbanística ganha relevância uma vez que nem sempre a Administração Pública faz a leitura para resguardar os direitos das pessoas, o que vai de encontro a visão contemporânea da cidade social.

Vale ressalta-se que não raras as vezes sob a justificativa de políticas sociais a própria administração pública transforma direitos fundamentais e direitos menores, como por exemplo remover andarilhos de espaços públicos para suas cidades de origem, ou aprovar desmembramentos de forma desordenada, especialmente em loteamentos finalizados projetados com equipamentos e espaços públicos aprovados para aquela dimensão de ocupação. Assim, permitir novos desmembramentos dos terrenos em desacordo com o projeto inicial torna toda a infraestrutura já implantada, bem como os espaços públicos em obsoletos.

É oportuno salientar que a premissa de que todo o ato praticado pela Administração Pública está incutido de interesse público pode não ser verdadeira, uma vez que o neoconstitucionalismo autoriza tomada de decisões de conteúdo ideológico. Com isso mesmo na determinação de interesse social para utilização espaços públicos a população estaria sujeita a arbitrariedades e descumprimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

os objetivos da ODS 11, que como exemplo a remoção compulsória de pessoas de baixa renda de cidades com apelo turístico.

A criação de espaços públicos além de proporcionar benefícios a população, a Administração Pública também se beneficia, ou seja, quanto mais espaços públicos mais se pode implantar espaços comunitários sem a necessidade de gastos com desapropriações e menos cessões administrativas a particulares, e por fim evita-se a gentrificação. Em outras palavras, um sistema jurídico claro permite que os espaços públicos sejam definidos em lei para que quaisquer projetos de urbanização prevejam de antemão o percentual a ser utilizado.

Ademais, a ODS 11 aponta que em países desenvolvidos o percentual de espaços públicos é maior do que em países em desenvolvidos. É provável que isso se dê em virtude de uma política firme no sentido de se buscar a qualidade de vida da população, e por via indireta a redução dos custos estatais, seja na prevenção da criminalidade, como até mesmo o transporte escola, uma vez que quanto mais próxima a população dos serviços públicos menor será o custo de transporte e de infraestrutura.

Destaca-se que o Brasil é um país com dimensão continental com valores e culturas próprias em cada região. Com isso uma política sólida para espaços públicos deve ser traçada pela Administração Pública Federal, a qual detém a competência de estabelecer regras gerais. Portanto se houver sobreposição de regras sob a justificativa de políticas sociais dificilmente o país avançará para os índices dos países desenvolvidos para espaços públicos.

Por fim, quanto maior for conteúdo abstrato das políticas públicas mais existirá a possibilidade de arbitrariedades, e consequentemente por via reflexa, quebra dos direitos fundamentais ora utilizados como fundamento. Nesse caso a legislação federal deveria prever o percentual mínimo de espaços públicos para os novos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

projetos urbanísticos, e casso não fosse possível pela peculiaridade local que fosse estabelecido critério com compensação.

5. CONCLUSÃO

O princípio da solidariedade e da cooperação é fonte de direito, portanto aplicável as ações de regularização fundiária, e muito mais na acepção contemporânea de espaços públicos. Assim, o direito deve ser utilizado para o bem e interesse de todos, não deve apenas focar no desenvolvimento econômico de poucos, mas sim em toda a sociedade, mesmo que haja sacrifício razoável de alguns.

Nota-se que esse posicionamento do direito social da propriedade reflete diretamente na antiga concepção do direito patrimonialista. No entanto, com o advento da Lei Federal 13.465/2017 novos rumos devem ser observados, porém referido diploma não estabelece um porcentual mínimo para espaços públicos, perdendo-se uma oportunidade para traçar uma política urbana para espaços públicos.

É oportuno ressaltar que as áreas já ocupadas apresentam desafios enormes para implantação de espaços públicos como seria desejável, uma vez que a ponderação dos direitos entre moradia e espaços públicos deve-se priorizar à moradia. Porém, seria diferente para empreendimentos novos, em que a legislação poderia prever índices de ocupação espaços públicos como em países desenvolvidos, e com isso proteger as gerações futuras.

Consoante ao exposto, deve-se também criar meios mais eficazes e céleres para implantação das políticas de regularização fundiária, que no tocante a espaços públicos como por exemplo tornar compulsória a publicidade registraria dessas áreas, o que traria maior transparência a população acerca de sua ocupação e finalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O neoconstitucionalismo como um fenômeno jurídico absorvido pela comunidade jurídica brasileira traz influxos no direito urbanístico, a fim de outorgar a eficácia dos direitos à cidade social. Entretanto, deve-se ponderar que quanto mais abstrato o direito, mais se abre o caminho para arbitrariedades, que por sua vez em um primeiro momento garante o direito, porém em um segundo momento traz insegurança aos beneficiados.

A questão não é nova na construção do direito, Aristóteles, no livro da Retórica, assentara célebre lição: "*melhor é que todas as coisas estejam reguladas pela lei do que deixá-las ao arbítrio dos juízes*"xii. São Tomás de Aquino ensinou também que "*é mais fácil encontrar uns poucos sábios que bastem para instituir leis justas do que os muitos que se requereriam para julgar retamente cada caso particular*"xiii.

Não obstante o exposto, o ativismo jurídico tem trazido novos regramentos à sociedade, com base nos direitos e garantias do cidadão, princípios esses de conteúdo abstrato que pode variar de acordo com a ideologia do aplicador do direito ou de complementação legislativa. Em outras palavras a falta de regras objetivas pode configurar arbitrariedades sob a justificativa de ações sociais, como por exemplo a mudança compulsória de andarilhos de determinadas cidades ou regiões.

Nesse sentido deve interpretar as regras urbanísticas segundo a Constituição e não a Constituição segundo as regras urbanística, como se tem sido a utilizado para leitura do direito positivo. Assim, a leitura inadequada das normas propicia viver em um ordenamento onde tudo se pode e nada se tem.

Verifica-se que hoje a Constituição possui um fator preponderante centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força devendo funcionar como vetor de interpretação e não a norma primária em si. Essa forma de interpretar o direito permite que regras sólidas de firmem no ordenamento e com isso preparar novos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

empreendimentos às gerações futuras, e com isso garantir o efetivo exercício do direito à cidade.

A crítica que se aponta é que se tudo partir da Constituição os sistemas de direito tendem a perder importância, gerando insegurança nas relações sociais, e deixar de criar mecanismos eficazes para implantação dos espaços públicos, como por exemplo os índices de ocupação do solo dos países desenvolvidos em empreendimentos novos.

Nunca é demais lembrar que as ocupações já consolidadas devem ser encaradas de forma a analisar o caso concreto, pois já estão sem qualquer obediência aos padrões urbanísticos, razão pela qual deve-se mitigar as regras vigentes para implementação de empreendimentos novos, haja vista o direito à moradia.

É imprescindível ressaltar que a mitigação das regras urbanísticas deve ser apenas às hipóteses de ocupações irregulares de população de baixa renda, sob pena de tornar o sistema urbanístico instável. Ademais, espera-se que a mitigação das regras urbanísticas seja uma transição para que no futuro as regularizações fundiárias estejam apenas na história, e os profissionais busquem alternativas urbanísticas para melhorar a vida nas cidades.

6. BIBLIOGRAFIA

1 https://direitosbrasil.com/direito-cidade-como-funciona/(consultado em 21/11/2018).

1 É a concepção oferecida por Sjoberg, para quem a cidade é uma comunidade de dimensões e densidade populacional consideráveis, abrangendo uma variedade de especialistas não-agrícolas, nela incluída a elite culta. (“Origem e evolução das cidades”, *in Cidades, a Urbanização da Humanidade*, 2ª ed., p.38.)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1 Partindo da ideia de mercado, Joseff Wolff chega à sua definição de "cidade" como "forma de assentamento de população especialmente apropriada para fomentar o comércio, o artesanato e o negócio, o cultivo dos valores espirituais e o exercício do poder público (El planeamiento urbanístico del território y las normas que garantizan su efectividad, conforme a la Ley Federal de Ordenación Urbanística", *in La Ley Federal Alemana de Ordenaction Urbanística y los Municipios*, p. 12)

1 Cf. Isis Ragheb, "Pautas de crecimiento urbano em el Oriente Medio, in Gerald Greese, La Ciudad em los Países em Vias de Desarrollo, pp. 155 e 160

1 AFONSO DA SILVA, José, Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo: 2018. p. 25

1 AFONSO DA SILVA, José, Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo: 2018. p. 26

1 SERPA, Angelo, O espaço público na cidade contemporânea, São Paulo: 2018. p. 16

1 AFONSO DA SILVA, José, Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo: 2018. p. 25

"Filiada a esta concepção é a concepção da cidade como multiplicidade dialética de sistemas, de Di Franco Ferrarotti: sistema econômico-ecológico ou produtivo, sistema político, sistema cultural, sistema familiar e sistema simbólico. Esses *diferentes sistemas, que, em conjunto, constituem o fenômeno urbano global, entram necessariamente em colisão uns com os outros e são precisamente essa colisão, esse desencontro e esse conflito que estão na base e que tornam possível o desenvolvimento da cidade* (Di Franco Ferrarotti, *La Città comme Fenomeno di Classe*, p.21).

1 https://portal.aprendiz.uol.com.br/2018/05/18/espacos-publicos-10-principios-para-conectar-pessoas-e-rua/(consulta realizada em 21/11/2018).

1 https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/ (consultado em 21/11/2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1 https://nacoesunidas.org/pos2015/ods11/p.3 (consultado em 21/11/2018)

1 ARISTÓTELES, Retórica, Bkk. 1.354 a 31.

1 S. TOMÁS DE AQUINO, Suma Teológica, I-II, q. 95, art. 1º, ad secundum

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

LIMITAÇÃO DA JORNADA NO REGIME DE TELETRABALHO

LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA: Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Diretor de Prerrogativas da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região — AMATRA VI (gestão 2018/2020). Professor. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho (IBDT).

Resumo: O presente trabalho destina-se à análise das regras concernentes à limitação da duração do labor no regime do teletrabalho, bem como dos seus reflexos processuais.

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito legal. 3 Limitação da jornada no teletrabalho e o novo art. 62, inciso III, da CLT. 4 Conclusões.

1 Introdução

Um dos principais recursos manejados pelos defensores do PL n.º 6.787/16 (que viria a ser convertido na Lei n.º 13.467/17) para convencimento da sociedade quanto à necessidade de uma reforma trabalhista consistiu no argumento do caráter anacrônico da Consolidação das Leis do Trabalho, a qual seria incapaz de disciplinar as novas formas de desenvolvimento das relações trabalhistas. O exemplo normalmente invocado era o do *home office*, do trabalho remoto ou, na terminologia que veio a ser consagrada na nova legislação, do teletrabalho.

É bem verdade que qualquer diploma legislativo — e, de maneira geral, qualquer obra da inteligência humana — é suscetível a lacunas e passível de atualização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Entretanto, a afirmação genérica da idade avançada da CLT nada diz sobre o valor do seu conteúdo, mesmo porque ela foi alvo de dezenas de alterações, da maior ou menor expressão, nas últimas décadas.

Nessa ordem de ideias, mencionar o teletrabalho como um exemplo de relação trabalhista que estaria à margem da velha CLT não deixa de ser uma expressão de ignorância, com o devido respeito.

Desde o ano de 2011, em virtude da Lei 12.551, prevê a Consolidação, em seu art. 6º, que, se presentes os requisitos da relação de emprego, não há falar em distinção entre trabalho presencial no estabelecimento do empregador e trabalho remoto, bem como que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, tipicamente utilizados no teletrabalho, equiparam-se aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio para fins de configuração da subordinação jurídica.

Em outras palavras: há anos o legislador consagrou a regra de acordo com a qual o empregado submetido ao teletrabalho é subordinado ao empregador da mesma maneira que o trabalhador que presta seus serviços presencialmente, sendo àquele aplicável a mesma disciplina de proteção do labor.

Embora não houvesse detalhamento na legislação acerca da dinâmica contratual, a orientação era inequívoca quanto à submissão às mesmas regras que incidiam em relação aos demais trabalhadores.

Todavia, sob a propaganda da novidade, a Lei n.º 13.467/17 (Reforma Trabalhista) veio a consagrar regulamentação a respeito do teletrabalho em seus arts. 62, inciso III, e 75-A a 75-E. Examinando a novel disciplina, constata-se que alguns desses dispositivos nada estabelecem de novo, ao passo que outros certamente ensejarão severas controvérsias, ante a ausência de tratamento analítico

dos respectivos temas, criando um potencial cenário de ameaça à segurança jurídica (a qual, aliás, foi outro dos propalados objetivos da Reforma).

O legislador perdeu, ademais, a importante oportunidade de explicitar a isonomia de direitos e oportunidades do teletrabalhador em relação aos empregados presenciais, bem como de criar mecanismos capazes de assegurar a participação do teletrabalhador no cotidiano da empresa e em entes ou órgãos de representação da coletividade[354].

2 Conceito legal

Conceitua o novo art. 75-B da CLT, em seu *caput*, o teletrabalho como a "*prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo*". Em seu parágrafo único, esclarece o dispositivo que o "*comparecimento às* dependências *do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho*".

O conceito legal brasileiro aproxima-se bastante daquele consagrado no Código do Trabalho de Portugal (art. 165[355]) e no Acordo-Quadro Europeu sobre Teletrabalho (item 2[356]).

A partir da nova previsão legal brasileira e das referências estrangeiras mencionadas, é possível identificar que o teletrabalho consiste em uma modalidade

354 Vide, a propósito, os arts. 169 e 171 do Código do Trabalho de Portugal, assim como os itens 9 e 10 do Acordo-Quadro Europeu sobre Teletrabalho.

355 Artigo 165. Noção de teletrabalho. Considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação.

356 *El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular*. (Disponível em: https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de trabalho a distância caracterizada pela prestação de serviços com intensa utilização de recursos de tecnologia da informação.

Em regra, a atividade desenvolvida pelo teletrabalhador poderia perfeitamente ser executada no interior do estabelecimento do empregador. Entretanto, por conveniência das partes ou por interesse empresarial na gestão do espaço e dos recursos humanos, o labor é predominantemente prestado de maneira remota, muitas vezes a partir (mas não necessariamente) da residência do empregado.

Assim, o teletrabalho não se confunde com o trabalho externo, em que a execução dos serviços pressupõe o deslocamento para fora do estabelecimento do empregador para a realização, por exemplo, de entregas ou visitas a clientes ou parceiros comerciais, como premissa para o desempenho das atribuições inerentes ao contrato.

Assentadas essas premissas, avancemos ao exame da questão relativa à existência ou não de limites à duração do trabalho no regime regulado pela Lei n.º 13.467/17.

3 Limitação da jornada no teletrabalho e o novo art. 62, inciso III, da CLT

A limitação da duração do trabalho consiste em uma importante conquista histórica e em um dos mais relevantes direitos humanos trabalhistas, estando intimamente relacionada à viabilização do pleno desenvolvimento das potencialidades e dos projetos de vida das pessoas cuja sobrevivência digna depende do oferecimento no mercado de sua força de trabalho.

Justamente por isso, tal direito é explicitamente consagrado em diversos documentos internacionais referentes à proteção do ser humano, a exemplo da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 24[357], do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no art. 7º, alínea "d"[358], e do Protocolo de San Salvador, em seu art. 7º, alínea "g"[359].

Não à toa, a primeira[360] Convenção editada pela Organização Internacional do Trabalho dispôs exatamente sobre o tema da limitação das horas de trabalho, sendo a observância deste direito indispensável para a concretização da noção de trabalho decente sustentada pela entidade.

Em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 7º, XIII, a regra geral da duração do trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, fixando que a remuneração do serviço extraordinário deve ser superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.

No plano infraconstitucional, a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece, atualmente, em seu art. 62, três hipóteses de empregados afastados da disciplina da duração do trabalho nela prevista: **a)** os trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (inciso I); **b)** os ocupantes de cargos de gestão (gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial) (inciso

357 Artigo 24. Todo o homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.
358 Artigo 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.
359 Artigo 7º. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: g. Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos.
360 A Convenção n.º 01 da Organização Internacional do Trabalho foi editada em 1919. No Brasil, isso correspondeu a apenas aproximadamente trinta anos após a abolição formal da escravatura, mediante a Lei Imperial n.º 3.353 (Lei Áurea), quadro que bem evidencia o déficit histórico de proteção dos direitos humanos no País.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

II); **c)** a partir da vigência da Lei n.º 13.467/17, os empregados em regime de teletrabalho (inciso III).

O adequado exame da matéria, sob o enfoque do teletrabalho, exige breve digressão a respeito das duas primeiras situações excepcionais previstas no art. 62.

O enquadramento na exceção contida no **art. 62, I, da CLT** pressupõe os seguintes fatores: a) inviabilidade fática de controle da jornada do trabalhador (e não a simples opção do empregador por não realizar o controle); b) anotação da condição de trabalhador externo na CTPS e na ficha de registro de empregado (formalidade para fins de prova, não como exigência de validade361).

Em outras palavras: só não deverão ser pagas as horas extraordinárias quando, estando registrada a condição de externo na CTPS e na FRE, a duração do trabalho desenvolvido fora do ambiente da empresa for *incontrolável*, pela impossibilidade de fiscalização, e não *incontrolada* porque assim houve melhor o empregador. Entendimento diverso importaria na conclusão de que estaria exclusivamente sob o poder de decisão do patrão se os empregados externos teriam ou não os direitos decorrentes das normas que disciplinam a duração do trabalho.

Por sua vez, o **art.** 62**, II, celetista** veicula hipótese de duvidosa constitucionalidade.

Isso porque a Constituição Federal de 1988, ao fixar a duração normal do trabalho, não admitiu distinção de qualquer espécie, relacionada a qualquer cargo ou posição ocupada na estrutura empresarial.

361 Em conformidade com o entendimento sedimentado no âmbito da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho, explicitado na ementa a seguir transcrita: "*Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a simples ausência de anotação da condição de trabalhador externo na carteira de trabalho e no registro de empregados não constitui, por si só, fator determinante da condenação do empregador ao pagamento de horas extras*" (E-RR 8387800-32.2003.5.04.0900, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 07/11/2008).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Igualmente, a convencionalidade do dispositivo é questionável, tendo em vista a aparente incompatibilidade com os documentos de Direito Internacional mencionados supra (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo de San Salvador), os quais são dotados de *jus cogens*. Afinal, a limitação da duração do trabalho é, como já afirmado, um dos mais importantes direitos humanos de índole social.

Não obstante, o Tribunal Superior do Trabalho possui posicionamento pacífico quanto à constitucionalidade do mencionado artigo celetista, em quase três décadas de manifestação a respeito do dispositivo sob a égide da nova ordem constitucional.

A caracterização da exceção prevista no art. 62, II, da CLT exige a coexistência de três requisitos básicos: a) atribuições de gestão; b) inexistência de controle de horário; e c) padrão de remuneração significativo, com gratificação de 40% superior ao cargo efetivo. Logo, ausente qualquer desses pressupostos, a cláusula de exclusão prevista no referido dispositivo não será aplicável.

Assentadas essas premissas, três conclusões são inevitáveis:

a) O art. 62 da CLT assume como premissa um sistema de presunções. A exclusão do empregado externo do regime de duração do trabalho deve-se ao fato da inviabilidade de controle de seus horários, com a possibilidade de início, interrupção, retomada e cessação dos serviços insuscetível de verificação e determinação por parte do empregador. O exercente de cargo de gestão está excluído do regime de duração do trabalho em razão da possibilidade de estabelecimento, dada sua elevada posição na estrutura de pessoal da empresa, dos seus próprios horários, não estando sujeito a fiscalização em relação a tal matéria;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

b) As presunções fixadas no art. 62 da CLT possuem natureza relativa, não absoluta. É dizer: a discussão em torno do válido enquadramento em tal dispositivo está vinculada ao exame do quadro fático vivenciado na relação jurídica de direito material. Constatada a possibilidade de controle da jornada (no caso dos externos) ou sua efetiva realização (no caso dos ocupantes de cargo de gestão), afasta-se a presunção relativa estabelecida no art. 62 celetista, reconhecendo-se a submissão dos trabalhadores ao regime geral de duração do labor;

c) Tratando-se de fato impeditivo do direito à percepção de horas extraordinárias, o ônus probatório quanto à demonstração do preenchimento dos requisitos para o lícito enquadramento nos casos excepcionais consagrados no art. 62 da CLT recai sobre o empregador (CPC/15, art. 373, II; CLT, art. 818, II).

Tais considerações eram indispensáveis à adequada compreensão da nova hipótese de exclusão do regime de duração do trabalho concebida pela Lei n.º 13.467/17: o teletrabalho (**art. 62, III**).

A redação do inciso III do art. 62 da CLT parece sugerir que o simples fato da adoção do teletrabalho seria suficiente para o afastamento dos direitos concernentes à duração do trabalho, nela não estando contemplada a ressalva contida no inciso I do mesmo artigo ("*incompatível* com *a fixação de horário de trabalho*").

Não parece ser a melhor interpretação.

De fato, como visto, a regra geral no direito brasileiro é a limitação da duração do trabalho, por força da Constituição Federal e dos aludidos tratados de Direitos Humanos. Os casos de exclusão do regime de duração do labor são excepcionalíssimos e devem possuir um fundamento racionalmente justificável (quanto ao externo, a impossibilidade de acompanhamento e controle da jornada;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

quanto ao ocupante de cargo de gestão, a fixação por ele próprio dos seus horários, não estando subordinado a fiscalização no tocante ao tema).

A mesma lógica deve ser aplicada em relação ao novo inciso do art. 62 da CLT.

O teletrabalho deve ser compreendido sob a ótica do sistema de presunções relativas erigidas no aludido dispositivo legal, não como uma cláusula absoluta de exclusão do âmbito de incidência da disciplina da duração do trabalho, sob pena de violação à Constituição Federal e aos citados diplomas internacionais de Direitos Humanos.

O simples fato do exercício de tarefas fora do estabelecimento do empregador não conduz automaticamente à conclusão quanto à inviabilidade de fiscalização do tempo de trabalho, como há anos explicita o art. 6º da CLT.

Em verdade, é de conhecimento geral a existência de inúmeros programas e aplicativos concebidos precisamente para o controle da duração do labor do empregado no regime de teletrabalho, mediante, por exemplo, a programação do tempo médio para o cumprimento de cada tarefa ou projeto, com a criação de rotinas de trabalho, o acompanhamento dos períodos de *login* e *logout*, o envio de relatórios das atividades desempenhadas, o encaminhamento de mensagens *online* para acompanhamento das tarefas e fornecimento de *feedback*, a identificação instantânea da visualização de mensagens, o monitoramento em tempo real do trabalho que está sendo executado pelo obreiro, até mesmo com visualização da imagem em seu monitor e do conteúdo do texto digitado pelo empregado.

Nessa ordem de ideias, se for possível, no plano fático, o controle da jornada do empregado em teletrabalho (observe-se, aqui, que a dinâmica do contexto de labor deste sujeito é muito mais próxima da realidade do externo do que do exercente de cargo de gestão), será ele alcançado pela disciplina celetista da duração do trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim como nos demais casos previstos no art. 62 da CLT, temos no novo inciso o estabelecimento de uma presunção relativa[362], suscetível de afastamento em casos concretos, cabendo ao empregador, no plano processual, a comprovação da incompatibilidade da atividade do teletrabalhador com o controle da sua jornada.

Vale rememorar, a propósito, que o art. 75-B da CLT prevê que a presunção consagrada no art. 62, III, do mesmo diploma não será desconstituída pela circunstância do comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento.

Naturalmente, se tal comparecimento revelar-se não como uma necessidade para a realização de certas atividades específicas, mas como verdadeiro mecanismo de controle do tempo de trabalho restará, também aqui, descaracterizada a presunção contida no art. 62, III, da CLT.

4 Conclusões

A Lei n.º 13.467/17 consagrou a regulamentação a respeito do teletrabalho nos arts. 62, inciso III, e 75-A a 75-E da CLT.

A redação do inciso III do art. 62 da celetista parece sugerir que o simples fato da adoção do teletrabalho seria suficiente para o afastamento dos direitos concernentes à duração do trabalho, nela não estando contemplada a ressalva

362 Em sentido diverso, consagrando a tese de que sempre serão devidas horas extraordinárias no teletrabalho, foi editado o **Enunciado n.º 71 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**: "*São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o artigo 7º, "e", "g" e "h" Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ("Protocolo de San Salvador"), promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 da OIT*".

contida no inciso I do mesmo artigo ("*incompatível com a fixação de horário de trabalho*").

Não parece ser esta, todavia, a melhor interpretação. O teletrabalho deve ser compreendido sob a ótica do sistema de presunções relativas erigidas no aludido dispositivo legal, não como uma cláusula absoluta de exclusão do âmbito de incidência da disciplina da duração do trabalho, sob pena de violação à Constituição Federal e a diversos diplomas internacionais de Direitos Humanos.

O simples fato do exercício de tarefas fora do estabelecimento do empregador não conduz automaticamente à conclusão quanto à inviabilidade de fiscalização do tempo de trabalho, como há anos explicita o art. 6º da CLT.

Nessa ordem de ideias, se for possível, no plano fático, o controle da jornada do empregado em teletrabalho, será ele alcançado pela disciplina celetista da duração do trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O MANDADO DE INJUNÇÃO NA CONJUNTURA DA NOVA LEI Nº 13.300/2016.

VICENTE FÉRRER DE ALBUQUERQUE JÚNIOR:
Procurador da Fazenda Nacional. Pós-graduado em Direito Tributário e em Direito Processual Civil. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

RESUMO: Com a omissão inconstitucional do legislador, surgiu um remédio para combater esta deficiência legislativa. O Mandado de Injunção, dentro da categoria dos remédios constitucionais, é considerado como uma forma de combater uma ilegalidade por omissão. Os pressupostos legais de cabimento são cerrados, advindos diretamente da lei. Quanto à legitimidade ativa, será franqueada tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas, desde que titulares do direito constitucional violado por omissão. No polo passivo estará a autoridade competente para legislar. Os efeitos da decisão são variáveis de acordo com o caso concreto e a decisão, mas a regra é aplicar a teoria concretista individual intermediária. O mandado de injunção pode ser tanto individual quanto coletivo. Este remédio é utilizado no combate a mora legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de Injunção. Omissão inconstitucional. Remédios constitucionais. Direitos fundamentais. Teoria concretista.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO. 2 – O MANDADO DE INJUNÇÃO NA NOVA LEI 13.300/2016. 2 – 1. Pressupostos Legais de cabimento. 2 – 2. Legitimidade Ativa e Passiva. 2 – 3. Efeitos da decisão. 2 – 4. Mandado de injunção coletivo. 3 – CONCLUSÃO. 5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 – INTRODUÇÃO.

Previsto constitucionalmente no inciso LXXI do art. 5º, encontra-se amparado no título de direitos e garantias constitucionais. Apesar disto, somente teve sua regulamentação a partir da lei 13.300, de 23 de junho de 2016, sendo aplicada anteriormente, por analogia, a lei do mandado de segurança.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Este trabalho foi realizado justamente para analisar as inovações legislativas e entendimentos consolidados a respeito do Mandado de Injunção.

2 – O MANDADO DE INJUNÇÃO NA NOVA LEI 13.300/2016.

Regulamentado pela Lei 13.300/16, poderá ser individual ou coletivo, sendo utilizado quando verificada a ausência, total ou parcial, de norma regulamentadora que *"torne inviável o exercício dos* ***(a)*** *direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à* ***(b)*** *nacionalidade,* ***(c)*** *à soberania e* ***(d)*** *à cidadania"*.

Destina-se verificar a ocorrência ou não de mora da autoridade ou Poder de que depende a elaboração da norma regulamentadora do Texto constitucional, não cabendo a concessão de liminar. Visa conferir aplicabilidade e eficácia ao Texto Constitucional, com a competência determinada de acordo com o foro da autoridade impetrada, que violou a Constituição por omissão, necessitando representação por advogado e pagamento de custas processuais.

2 – 1. Pressupostos legais de cabimento.

Possui **três pressupostos legais**: a) falta, total ou parcial, de regulamentação de preceito constitucional; b) inviabilização de exercício do direito ou liberdade constitucional ou prerrogativa de nacionalidade, soberania ou cidadania, em razão da ausência de norma regulamentadora; c) mora legislativa (prazo razoável para a regulamentação, sem que o legislador tenha feito). É necessário ao impetrante comprovar ser titular do direito constitucional de impossível execução, por ausência da norma regulamentadora.

Não caberá mandado de injunção: a) para discutir a constitucionalidade da norma regulamentadora; b) pela falta de norma regulamentadora de direito previsto exclusivamente na legislação infraconstitucional; c) falta de regulamentação da MP não convertida em lei (art. 62, § 3º); d) contra normas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

constitucionais definidoras de princípios institutivos ou organizativos de natureza facultativa.

2 – 2. Legitimidade Ativa e Passiva.

No polo passivo pode figurar qualquer pessoa, física ou jurídica, inclusive de direito público, titular o direito constitucional resguardado pelo MI; já no polo passivo estará a autoridade ou Poder competente para produzir a norma regulamentadora do direito constitucional, excluindo os particulares.

2 – 3. Efeitos da decisão.

Quanto aos **efeitos da decisão,** temos:

a) teoria concretista = o Poder Judiciário reconheceria a omissão legislativa ou administrativa e possibilitaria a concretização do exercício deste direito, até que a norma infraconstitucional fosse elaborada, subdividindo-se em: i) concretista geral (a decisão judicial revestida de normatividade teria efeitos *erga omnes*, possibilitando a concretização a todos os titulares daquele direito) ou ii) concretista individual (a decisão judicial seria *inter partes* com efeitos apenas para os impetrantes, possibilitando a concretização do exercício do direito constitucional apenas ao autor da ação), esta última ainda divide-se em duas espécies: concretista individual direta [quando o próprio Poder Judiciário concretiza a eficácia da norma constitucional para o autor da ação, sem conceder prazo ao órgão omisso para regulamentação] e concretista individual intermediária [o Poder Judiciário não concretiza imediatamente o direito constitucional que se busca tutelar, dando-se, antes, ciência ao órgão omisso para a expedição da norma regulamentadora, caso a omissão persista o Judiciário fixará as condições necessárias para o exercício do direito por parte do autor do mandado de injunção];

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

b) teoria não concretista: o Judiciário apenas reconheceria a mora legislativa, dando ciência ao Órgão omisso para que legisle, sem assegurar ao impetrante o exercício do direito buscado.

A lei regulamentadora do MI e o STF adotam a teoria concretista: entendendo necessário determinar prazo razoável para elaboração da norma regulamentadora e estabelecer as condições em que se dará o exercício do direito constitucional, tendo como regra a eficácia *inter partes*.

Adotou-se, como regra, a **teoria concretista individual intermediária,** contudo poderá, no caso concreto, adotar a eficácia *erga omnes* quando isto for inerente ao exercício do direito (art. 9º, § 1º Lei 13.300/16), adotando a teoria concretista geral. A decisão no MI tem eficácia temporária, cessando com o advento da norma infraconstitucional regulamentadora, com efeitos *ex nunc* para os destinatários da decisão transitada em julgado (art. 11).

2 – 4. Mandado de injunção coletivo.

O Mandado de Injunção coletivo poderá ser impetrado por: MP, partido político com representação no CN, organização sindical, associação em funcionamento há pelo menos um ano e pela Defensoria Pública. O MI coletivo não induz litispendência em relação ao individual, desde que haja desistência deste último em 30 dias, a contar da impetração do coletivo.

3 – CONCLUSÃO.

Recentemente, o STF foi didático no julgamento do MI nº 6.958/DF, cuja ementa restou assim disposta: *"O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – **a previsão do dever estatal de criar normas legais.** É por tal motivo que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que **o desempenho da função de***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. *– Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se* ***essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro****, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado nem pretender acesso legítimo à via injuncional. Precedentes. (STF – MI 6958 ED-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2019).*

Logo, conforme já explicado nas hipóteses de cabimento e ao longo do texto, o mandado de injunção será cabível sempre que a ausência de norma regulamentadora torne impossível o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas relacionadas a nacionalidade, soberania e cidadania, devendo a regulamentação ser obrigatória ao Poder Público.

4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Curso de direito Constitucional Descomplicado.** São Paulo: Método, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO SINDICAL NO BRASIL

ANA LAURA PARANHOS STEFFEN: Bacharel em Direito, pela URI Santo Ângelo e Pós-Graduada em Advocacia Trabalhista e Previdenciária, pela UNISC Santa Cruz do Sul.

1. Introdução

Com o presente estudo acerca do direito do trabalho, mais especificamente acerca do direito sindical, pretende-se demonstrar o funcionamento deste no cenário atual do Brasil, tendo por objetivo a plena liberdade sindical para solucionar conflitos coletivos, como premissa fundamental do Estado democrático de Direito.

Neste viés será analisada a questão sindical brasileira, sob a luz da legislação vigente, juntamente com alguns ideais da Convenção nº 87 a qual é vista como modelo ideal de Sindicalismo pós-moderno, que garante plena liberdade sindical aos trabalhadores, para gentia total de seus direitos.

2. Apanhado histórico do sindicalismo

O direto sindical começa a surgir no Brasil juntamente com os primeiros passos da industrialização, pelo deslocamento da massa populacional expurgada dos campos para a cidades, privada de qualquer direito fundamental, obrigada pela própria sobrevivência a aceitar rotinas e condições sub-humanas de trabalho.

Percebendo-se a necessidade da proteção dos trabalhadores, juntamente com a falta de amparo das leis da época, tendo registro das primeiras greves trabalhistas no ano de 1888, sendo criados então mecanismos de proteção as classes trabalhistas para regular as relações e manter o equilíbrio entre empregados e empregadores.

O alto grau de exploração dos trabalhadores no começo da industrialização brasileira, foi levando ao surgimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de agrupamentos em luta para atenuar este regime tão áspero. Os conflitos coletivos iam eclodindo, apesar da magra organização dos operários. Registram-se em São Paulo, 24 greves no período de 1888 a 1901 e outras 119 paralizações no período 1901/1914. (SANDY, João Jose. 1998, p. 39)

O direito sindical é um ramo que tem por característica a regulamentação das relações jurídicas, entre empregadores e trabalhadores, com o intuito de instaurar uma fonte de poder qual produziria normas para proteção do trabalhador e equilíbrio nas relações de trabalho. O Ordenamento Jurídico brasileiro sempre permitiu amplas opções às associações, por outro lado os sindicatos tiveram suas normas rigidamente engessadas desde sua constituição.

> Os que pugnaram pela democracia e formaram sua consciência política e jurídica nos anos de resistência a ditadura militar, acostumaram-se a pensar que o problema da liberdade sindical resumia-se na intervenção do Estado que limitava as possibilidades de escolha de tais associações. (SANDY, João José. 1998, p. 7)

Desenvolveu-se o direito coletivo do trabalho com o reconhecimento das associações dos trabalhadores, que teriam em comum em seu nome Resistência, se causou no crescimento do movimento sindical dos trabalhadores e suas primeiras entidades destinadas com fim de proteger os interesses desta classe.

A normatização idealizada pelos Sindicalistas é trazida pela Convenção n. 87 de 1948, da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Convenção da qual o Brasil não foi signatário, motivo pelo qual recebe muitas críticas e denúncias internacionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No final do Militarismo surgiram movimentos, politico e sindical, reagindo contra as intervenções e restrições contra a liberdade sindical imposta pelo regime político vigente. As Centrais surgiram acima do sistema confederativo, institucionalizando uma cúpula natural na cúpula do movimento sindical. Propondo-se a promover mudanças nas demais entidades integrantes do quadro oficial, sindicatos, federações e confederações.

> Foi uma natural contestação às intervenções nos sindicatos, ao afastamento das diretorias de algumas entidades sindicais e da administração do Ministério do Trabalho. Os meios que o sindicalismo usou para romper com o sistema legal foram os tradicionais: greves, manifestações, protestos, criação de novas estruturas sindicais e de novas lideranças, iniciativas dos metalúrgicos do ABC, a criação da CUT e da CGT – divisão provocada por divergências sindicais internas. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. 2012, p. 116)

Embora tenham ocorrido diversos movimentos e manifestações, não houveram muitas mudanças de caráter legal, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que assegurou maior liberdade sindical, manteve o sistema confederativo, criou novas contribuições aos sindicatos e não fez alterações na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, mantendo o sistema sindical corporativista.

> No período contemporâneo, é possível identificar no movimento sindical brasileiro mais de uma ideologia: *a revolucionária*, manifestada por um tipo de sindicalismo conflitivo, fundado na premissa da luta de classes e da necessidade da conquista de poder político como forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> eficaz de promoção da melhoria da condição social do trabalhador, e um *sindicalismo de resultado*, pragmático, voltado para obtenção de bons contratos coletivos de trabalho, sem maiores preocupações políticas, de tipo reformista. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. 2014, p. 1427)

Com a implementação da Constituição de 1988, houveram consideráveis mudanças no curso do direito sindical, o que o levou a proibição da intervenção estatal na organização sindical, do direito amplo de greve, da representação dos trabalhadores nas empresas, manutenção dos princípios: unicidade sindical (apenas um sindicato da mesma categoria na mesma base territorial) e da contribuição compulsória fixada em lei.

3. Direito coletivo do trabalho

Ocupando-se das relações Coletivas de trabalho, que atingem a uma classe de trabalhadores, não apenas a um individuo. Os interesses objeto dessa relação são abstratos, pois são destinados a um grupo social de forma imediata, atingindo aos sujeitos que a ele pertençam de forma mediata.

Assim, o Direito Coletivo do Trabalho trata-se de um conjunto de regras, princípios e institutos regulatórios das relações entre os seres coletivos trabalhistas: os empregados, que representados pelas entidades sindicais, e; os empregadores, seres coletivos empresariais, atuando isoladamente ou por meio de seus sindicatos.

> Os sujeitos do Direito Coletivo, são portanto, essencialmente os sindicatos, embora também os empregadores possam ocupar essa posição, mesmo que agindo de modo isolado. Tal diferenciação ocorre porque os trabalhadores somente ganham corpo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> estrutura e potência de ser coletivo por intermédio de suas organizações associativas de caráter profissional, no caso, os sindicatos. Em contraponto a isso, os empregadores, regra geral, já se definem como empresários, organizadores dos meios, instrumentos e métodos de produção, circulação e distribuição de bens e serviços; logo, são seres com aptidão natural de produzir atos coletivos em sua dinâmica regular de existência no mercado econômico e laborativa. (DELGADO, Maurício Godinho. 2018, p. 1579)

Por fim, o direito coletivo, refere-se aos grupos de trabalhadores e empregadores que atuam em conjunto para a melhoria dos direitos trabalhistas, buscando o consenso e o equilíbrio entre as partes de forma justa, por isso concentram-se nos sindicatos.

4. Sindicatos

4.1 Definição

Sindicato é um conjunto de pessoas de determinada classe de trabalhadores designados a representar e defender os direitos desta coletividade. O seu principal fim, não é a disciplina da classe, mas a sua defesa, a busca por reivindicações de melhores condições de trabalho, negociação coletiva e o acompanhamento de processos deflagrados com o conflito coletivo.

> Os sindicatos são organizações erigidas com o intuito de construir uma fonte de poder que pretende originar normas gerais de caráter abstrato, obtidas e aplicas através da coação contra outros agentes que operam dentro da mesma sociedade. Em função de tal finalidade, entram em conflito com a norma básica do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> estado democrático, na medida em que intentam tornar-se em fontes de direito, num regime onde se pressupõe que a única fonte de direito é o Estado. E mais: num regime onde a concepção fundamental é a de que a única coação aceitável é aquela praticada pelo Estado, dentro das regras estatuídas pela Ordem Jurídica. (SANDY, João José. 1998, p. 7)

Em suma, sindicatos são organizações sociais constituídas para a defesa dos interesses trabalhistas e econômicos nas relações coletivas entre grupos sociais, buscando melhores condições de trabalho.

4.2 Função

A função dos sindicatos é atingir a garantia total dos direitos dos trabalhadores a que representa, cada um com suas peculiaridade no exercício de sua profissão. Seja por meio de negociações, prestando assistência aos representados, arrecadando verbas para poder exercer suas funções, colaborando com o Estado, dentre outras formas de prestar auxílio. A luz do art. 513 da CLT:

> São prerrogativas dos sindicatos :
>
> a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos á atividade ou profissão exercida;
>
> b) celebrar contratos coletivos de trabalho;
>
> c) eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal;
>
> d) colaborar com o Estado, como órgãos técnicos e consultivos, na estudo e solução dos problemas que se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> relacionam com a respectiva categoria ou profissão liberal;
>
> e) impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas.
>
> Parágrafo Único. Os sindicatos de empregados terão, outrossim, a prerrogativa de fundar e manter agências de colocação.

Os sindicatos tem a função negocial, conforme artigo 8º, incisos III e VI, da CF, caracterizada pelo poder por ele detido para ajustar convenções coletivas de trabalho, nas quais serão fixadas regras a serem aplicadas no contrato individual de trabalho, sendo o trabalhador representado pelo sindicato. Também munido da função assitencial, qual serve para prestar serviços aos seus representados, segundo a constituição, como educação, saúde, colocação, lazer, fundação de cooperativas e serviços jurídicos.

A arrecadação também é uma função dos sindicatos, pela qual impõe contribuições aos representados, arrecadação esta que é aprovada pela assembleia e fixada por lei. São três tipos de pagamentos: contribuição sindical, que atribuiu aos sindicatos o exercício de poder delegado pelo Poder Público; mensalidade de sócio, devida pelo membro da categoria que ingressa como sócio, o que lhe confere poderes como votar e ser votado, ocupar cargos de direção sindical, entre outros, e; desconto ou taxa assistencial, fixada mediante negociação coletiva, voltado para o desenvolvimento de atividades assistências. Leia-se na constituição federal:

> Art 8º: é livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> IV – a assembleia geral fixará a contribuição que e, se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em Lei;

Aos Sindicatos cabe colaborar com o Estado, realizando estudos para a busca da solução dos problemas de sua categoria, buscando o seu desenvolvimento. Colabora com os desempregados na recolocação através de curso.

Por fim, segundo o artigo 8º, incisos III e VI, é dever dos sindicatos "a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas", e representação da classe nas negociações coletivas de trabalho. O que leva o sindicato a ser parte em dissídios coletivos e individuais de interesse da categoria, e em processos judiciais.

4.3 Natureza Jurídica

Para Maurício Godinho Delgado (2018, p. 1606) "o sindicato consiste em associação coletiva, de natureza privada, voltada a defesa e incremento de interesses coletivos profissionais e materiais de trabalhadores, sejam subordinados ou autônomos, e de empregadores".

> No Brasil, durante o sistema constitucional de 1937 e mesmo depois, o sindicato apresentou características que, embora o conservando como pessoa jurídica de direito privado, o cercavam de fortes conotações publicistas, como é possível concluir pelas suas atribuições legais nesse período, o exercício de funções delegadas do Poder Público. Após a Constituição de 1988, os vínculos jurídicos com o Estado fora

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> efetivamente rompidos, com a autonomia de organização e de administração, realçando a natureza privada dos sindicatos e a sua função de defesa dos interesses coletivos e individuais dos seus representados. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. 2014, p. 1392)

Diz o art. 511, caput, da CLT:

> É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas

Tais elementos formam uma definição da entidade sindical, que também indica sua natureza. É uma associação que aproxima-se de qualquer outra modalidade de agregação permanente de pessoas.

4.4 Formação dos sindicatos

Conforme o artigo 8º, inciso I, da CF, e artigo 558 da CLT, não se exigirá autorização do Estado para criação de sindicatos, necessitando apenas do registro no órgão competente, qual seja o Ministério do Trabalho, sendo vedado ao Poder Público a interferência e intervenções na organização sindical.

> Algumas dificuldades práticas surgiram, no período, em especial com respeito ao controle da unicidade sindical, que fora mantida pelo texto da mesma Constituição (art. 8º, II). Nesse quadro de incertezas, o Supremo Tribunal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Federal pacificou a matéria, definindo que os estatutos sindicais, independentemente da inscrição no Cartório de Pessoa Jurídica, teriam de ser levados a depósito no órgão correspondente do Ministério do Trabalho, para fins essencialmente cadastrais e de verificação da unicidade sindical (STF – Pleno – MI 144-8-SP. DJU I, 28.5.1993, p. 10381; posteriormente, Súmula 677, STF). É evidente que caberia, contra qualquer ato ou omissão do órgão administrativo, medida eficaz perante o Judiciário. (DELGADO, Maurício Godinho. 2018, p. 1596)

Diferente do trazido no ordenamento anterior a Constituição federal de 1988, qual o reconhecimento de sindicatos era fortemente burocratizado, se tratavam de atos formais, minuciosamente analisados com discricionariedade, vigilância e rigor, pelo Estado, por meio do Ministério do Trabalho, desde a formação das primitivas associações profissionais.

As alíneas do artigo 515 da Consolidação das Leis do Trabalho trazem os requisitos para o reconhecimento dos sindicato:

> **a)** reunião de um terço, no mínimo, de empresas legalmente constituídas, sob a forma individual ou de sociedade, se se tratar de associação de empregadores; ou de um terço dos que integrem a mesma categoria ou exerçam a mesma profissão liberal se se tratar de associação de empregados ou de trabalhadores ou agentes autônomos ou de profissão liberal;
>
> **b)** duração de 3 (três) anos para o mandato da diretoria; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 771, de 19.8.1969)

> **c)** exercício do cargo de presidente por brasileiro nato, e dos demais cargos de administração e representação por brasileiros.
>
> **Parágrafo único**. O ministro do Trabalho, Indústria, e Comércio poderá, excepcionalmente, reconhecer como sindicato a associação cujo número de associados seja inferior ao terço a que se refere a alínea a.

Também não será reconhecido mais de um sindicato da mesma categoria de representação econômica ou profissional na mesma base territorial, é o que nos diz o art. 516 da CLT. Os sindicatos serão distritais, municipais, intermunicipais, estaduais e interestaduais. Excepcionalmente, com a autorização do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, serão nacionais.

4.5 Dissolução

A dissolução dos sindicatos não esta expressamente prevista, pois quando voluntária é rara, no entanto quando esse sindicato de alguma maneira interfere nos direitos da sociedade, ou de seus membros cabe ao poder judiciário a apreciação desta lesão ao direito, levando a possibilidade de ações judiciais destinadas a dissolução de um sindicato.

5. Sindicalização

O direito ao sindicalismo, é garantido pela Constituição Federal, que traz em seu artigo 8º, inciso V, que ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado ao sindicato. Ou seja, a filiação é livre.

> Este é o ponto fundamenta. A liberdade sindical passa por um conjunto de meios pelos quais a Ordem Jurídica sustenta e estimula a formação do poder sindical, com a finalidade de igualar de fato, socialmente, empregados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> e empregadores, levando-os a produzir seu próprio ordenamento que regule condições de trabalho mais justas. (SANDY, João José. 1998, p. 100)

Conforme Maurício Godinho Delgado (2018, p. 1582), há basicamente, quatro maneira de agregação de trabalhadores aos seus respectivos sindicatos, são elas: sindicatos por ofício ou profissão, onde trabalhadores com o mesmo ofício, ou semelhança no exercício da profissão se agregam; Sindicato por categoria profissional, sendo o ponto de agregação a similitude laborativa; Sindicatos por empresa, se agregam em vista da empresa que se vinculam os trabalhadores, e; Sindicato por ramo empresarial de atividades, se agregam em razão do ramo ou segmento empresarial de atividades.

6. Garantias Sindicais

Junto com o sindicalismo vêm algumas garantias, conforme Amauri Mascaro Nascimento (2012, p. 179) "garantias à liberdade sindical são os mecanismos jurídicos adequados para que os princípios do direito sindical possam ser efetivados na vida concreta das entidades sindicais e dos seus participantes". Algumas dessas garantias são a livre associação, autonomia sindical, aos candidatos a dirigentes a garantia no emprego, aos dirigentes a garantia da inamovibilidade.

A defesa ao seus dirigentes se faz necessária em face da não repressão ou atos antissindicais, para que não haja retaliações, podendo estes desenvolver sua atividade. Esta garantia se da desde o registro da candidatura até um ano após o fim do mandato, sendo a principal garantia.

> A principal delas é a vedação à dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termo da lei (art 8º, VIII,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> CF/88). Esta garantia tem sido chamada também de estabilidade sindical. (DELGADO, Maurício Godinho. 2018, p. 1601)

A inamovibilidade do dirigente, não podendo ser transferido de sua base de atuação, também se trata de uma garantia sindical.

> De acordo com a Convenção n. 98 da Organização Internacional do Trabalho, "os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a menoscabar a liberdade sindical em relação ao seu emprego". (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. 2012, p. 180)

As garantias sindicais visam a proteção contra atos antisíndicas, ou seja, toda e qualquer atitude ou conduta que prejudique a causa da atividade sindical ou que limite a mesma. Em outras palavras, as práticas antisíndicas prejudicam indevidamente um titular de direitos sindicais no exercício de sua atividade ou por causa dela, ou quando negadas, injustificadamente, as facilidades ou prerrogativas necessárias para o normal desenvolvimento da ação coletiva".

7. Conclusão

A constante busca pela justa e equilibrada relação de trabalho, nos traz à criação dos sindicatos, que são cercados de garantias, não suficientes, para lutar pelos direitos das classes trabalhistas que representam. É nítida a necessidade dessas entidades para que sejam garantidos os direitos fundamentais da pessoa humana.

Conclui-se que o direito sindical é um direito essencial ao trabalhador, que vêm se instaurando de modo lento, contraditório e desigual. Tal direito, não encontra-se nem perto do que se tem por ideal. Há muito que ser conquistado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pelos trabalhadores de todas as classes, para ter certeza de todas suas garantias asseguradas de forma total e justa, fala-se em justa, pois deve ser equilibrada, beneficiando ambas as partes, empregados e empregadores, para chegar ao idealismo jurídico a classe dos trabalhadores.

8. Referências

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição Federativa do brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 19988.** Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições técnicas, 2014.

CLT: Consolidação das leis do trabalho / organização Renato Saraiva, Aryanna Linhares, Rafael Tonassi. – 18. ed. rev e atual – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 17ª ed. São Paulo: LTR, 2018

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical.** 7ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho.** 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANDY, João José. **Curso de direito sindical.** São Paulo: LTr, 1998.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO VIVO DE EUGEN EHRLICH E O NEOCONSTITUCIONALISMO COM SEUS IMPACTOS NA ATIVIDADE EXTRAJUDICIAL

RODRIGO BARBOSA OLIVEIRA E SILVA: Mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduado em Direito Civil pela Faculdade Autônoma de Direito – Fadisp e em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Registrador Civil e Tabelião de Notas em Aparecida de Goiânia, Estado de Goiás.

Resumo: O artigo apresenta a questão de como a Teoria do Direito Vido de Eugen Ehrlich de 1912, apesar de fortes críticas tem se alinhado ao Neoconstitucionalismo na regulação da atividade extrajudicial. A problemática se estende na oscilante absorção de valores morais e políticos na regulação da atividade extrajudicial, com efeitos controverso e tendentes a desestabilizar o sistema.

Palavras-chaves: Direito Vivo – Extrajudicial – Neoconstitucionalismo.

Abstract: The article presents how Eugen Ehrlich's Theory of Living Law of 1912, despite strong criticism, has been aligned with Neoconstitutionalism in the regulation of extrajudicial. The problem extends to the oscillating absorption of moral and political values in the regulation of extrajudicial with controversial effects and tending to destabilize the system.

Keywords: Extrajudicial – Living Law - Neo-constitutionalism.

Sumário: 1. Introdução - 2. O Debate inacabado entre Eugen Ehrlich e Hans Kelsen – 3. Neoconstitucionalismo – 4. Direito Vivo e o Neoconstitucionalismo e seus reflexos na regulamentação no extrajudicial - 5. Conclusões - 6. Bibliografia

7. INTRODUÇÃO

O controvertido pensamento de Eugen Ehrlich em sua obra Fundamentos da Sociologia do Direito trouxe àquela época uma doutrina inovadora e permeada de preconceitos de aplicabilidade do direito. A pensamento do Filósofo consistia que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o desenvolvimento do direito não estava no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade.

Vale destacar que a experiencia de Eugen Ehrlich com a cultura jurídica se deu na Bucovina, onde a lei Austríaca e os costumes locais nitidamente contrastantes pareciam coexistir, o fez questionar as noções hierárquicas do direito, defendidas por teóricos como Hans Kelsen.

Eugen Ehrlich entendeu que as teorias jurídicas que reconheciam as leis com a soma de estatutos e julgamentos refletiam uma visão inadequada da realidade jurídica de uma comunidade. Com isso definiu que normas sociais realmente governam a vida de uma sociedade, que sob certas condições, podem legitimamente ser consideradas, pela consciência popular e por advogados, como leis, contrariando a estrutura jurídica de Hans Kelsen.

Com isso, Hans Kelsen diverge de Eugen Ehrlich, pois entende que motivo pelo qual as normas jurídicas são observadas não é objeto de uma dogmática ou teoria do direito e nem sequer decorre de fatos sociais. Ao contrário, toda e qualquer norma jurídica só é válida se imposta e aplicada pela autoridade estatal. Dessa forma, o direito não pode ser considerado um fenômeno social, mas um conjunto de proposições jurídicas válidas, possuindo, portanto, um caráter exclusivamente normativo e contra fático.

Dessa forma, a visão de Eugen Ehrlich é uma descrição empírica-antropocêntrica do direito, na qual sustenta uma descrição causal dos fatos. A ideia central nos seus escritos está relacionada à constatação de que o direito depende de um reconhecimento social, pois toda e qualquer associação humana necessita de normas de conduta. Nesse sentido, o direito é uma norma social de conduta não restrita aos textos e às prescrições legais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Vale destacar que o Neoconstitucionalismo se aproxima em alguns aspectos da Teoria do Direito Vivo de Eugen Ehrlich, já que absorção de valores morais e políticos como premissas de julgados e regulação da administração pública, em especial do extrajudicial traz a possibilidade de criação de normas com perspectivas ideológica de determinado momento social, trazendo, com isso, a incontroversa instabilidade do sistema.

8. O DEBATE ENTRE EUGEN EHRLICH E HANS KELSEN

De acordo com o pensamento de Eugen Ehrlich a principal função da lei está no fato de criar ordem entre e nas associações com a sociedade. Com isso, entende que as normas podem ser criadas pelas pessoas para regular e coordenar suas próprias ações, quase sempre sem interferência do Estado. O Filósofo denomina "fatos da lei".

Por outro lado, Hans Kelsen explica que o fenômeno da lei pode se dar por duas diferentes perspectivas. De um lado a lei pode ser atribuída como norma, cuja regra estabelece uma forma de "dever ou não dever". De outro lado, a lei pode ser tirada como uma parte da realidade social, como um fato de regular ocorrência, que nessa perspectiva a lei ganha a forma de "ser ou estar"

Essas duas perspectivas correspondem diferentes disciplinas jurídicas, respectivamente, a "normativa" ciência da lei que por uma regra de dedução estabelece as regras válidas, e a "explicativa" sociológica da lei que estabelece indutivamente uma regularidade que tenta encontrar uma explicação causal. xiv

Com isso, Hans Kelsen critica Eugen Ehrlich por tentar combinar o que ele considera perspectivas incompatíveis, ou seja parece vacilar entre uma empírica concepção de lei, na qual lei é um fato, que está sujeita as regras de causalidade, e por outro lado a concepção normativa da lei que evade de uma observação empírica e causal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por seu turno Eugen Ehrlich fundamenta seu posicionamento no sentido de que a abstração precede a norma legal, e cita como exemplo que antes de uma Constituição o Estado já existia, e traz analogia similar a outros institutos jurídicos. No mais, aceita em seu trabalho a diferenciação em normas legais e extralegais, porém concluir ao final de que lei é uma questão de percepção social.xv

Eugen Ehrlich também atento de que práticas sociais podem ser opressivas, com por exemplo dominação, relações matrimoniais e escravidão não são sempre resolvidas internamente. Nesses casos a lei normativa é indispensável, porém de forma complementar.xvi

Vale destacar que o trabalho de Eugen Ehrlich não traz respostas a questões importantes do direito e a vida prática atual, como quando uma norma deve predominar, ou como proceder quando for balizar o caso concreto. Kelsen elucida que essa perspectiva faz perder a guia das condutas como um todo. Com isso, a sociologia de Eugen Ehrlich perde conceituação em diferenciar lei e poder e entre diferentes tipos de normas, legais ou não legais, oficiais ou não oficiais.

É oportuno lembrar que a sociologia do direito foi rejeitada por Kelsen, uma vez que a prática regular social não teria o condão de servir como norma, mas sim de um certo modo como dominação ou doutrinação.

Na perspectiva positivista, as normas têm sua origem na sociedade e pode muito bem como Eugen Ehrlich sustenta constituir uma **pré-condição empírica da existência da lei** no senso de que a norma legal possivelmente deve o seu conteúdo e sua aceitabilidade a outras normas não legais.xvii A crítica está que a sociologia como uma ciência empírica não possui uma tipologia de normas.

Por fim, as Fundamentos da Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich deve ser interpretado como uma soma valiosa a lei criada pelo Estado, seja para permitir a liberdade dos indivíduos em se relacionarem, como por exemplo um contrato, o

acordo coletivo, testamento, dentre outros, porém não como fonte normativa de direito. Ademais, pode ainda servir como fonte de inspiração do Estado para criar a lei.

9. NEOCONSTITUCIONALISMO

A Constituição Federal do Brasil por sua característica dirigente permite que sua interpretação ganhe contornos ideológicos, que por sua vez fez que Neoconstitucionalismo ganhasse cada vez mais forma no cenário nacional. Muitas vezes por forca dessa corrente doutrinária a lei é interpretada de forma ampliativa na busca do bem.

O Neoconstitucionalismo é um fenômeno que aplica à supremacia da constituição, em relação a todo o ordenamento jurídico, para que confira substratos necessários à concretização dos direitos fundamentais. É nesse sentido que o Neoconstitucionalismo promoveu influxos em toda ordem jurídica que passou da fase de codificação para a da descodificação, e com isso fortaleceu o ativismo jurídico.

Ressalta-se que o direito positivo esteve no centro do ordenamento jurídico, contudo atualmente a Constituição Federal de 1988 passou a ser o núcleo do sistema jurídico, servindo como filtro axiológico para a interpretação do direito

Dessa forma, com a força normativa da constituição todo o sistema jurídico positivado passou a ser lido a partir da constituição, dentre elas as relativas a regulação da atividade extrajudicial.

A técnica da ponderação também influencia sobremaneira o sistema jurídico positivado, ao passo que a autonomia normativa deixou de prevalecer sobre direito fundamental, como a igualdade material entre os contraentes. Ocorre que a técnica de ponderação tem sido utilizada como uma nova forma de positivação do direito,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em especial pelo Poder Judiciário, o que é seguido muitas vezes pelo administrador público na condução da atividade administrativa.

Essa interpretação dos direitos constitucionais em matéria da regulação dos serviços extrajudiciais ganha relevância uma vez que nem sempre a Administração Pública faz a leitura e positiva o direito, invadindo sistemas estranhos ao direito, como a economia e política, o que vai de encontro a visão a proteção aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal.

Vale ressalta-se que não raras as vezes sob a justificativa de justiça social a própria administração pública transforma direitos fundamentais e direitos menores, como por exemplo ser conivente ao parcelamento do solo em desacordo com projetos aprovados e o Estatuto da Cidade363. Esse permissivo ou conivência pública fere o direito a uma moradia adequada, já que torna equipamentos e espaços públicos obsoletos.xviii

É oportuno salientar que a premissa de que todo o ato praticado pela Administração Pública está incutido de interesse público pode não ser verdadeira, uma vez que o Neoconstitucionalismo autoriza tomada de decisões de conteúdo ideológico afronta a estabilidade das instituições.

Vale destacar que o conteúdo ideológico aplicado na interpretação do direito seja pela administração pública ou pelo particular voltam ao bem, porém sem regras claras criam a instabilidade, afugentam investimentos, inibe a economia,

363 CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PROCESSO Nº 2011/97225 (364/2011-E) Autor do Parecer: Roberto Maia Filho Corregedor: Maurício da Costa Carvalho Vidigal Data do Parecer: 14/10/2011 Data da Decisão: 19/10/2011
Data da Publicação: 03/11/2011 EMENTA: REGISTRO DE IMÓVEIS. Averbação de desmembramento de imóvel em novas unidades cujas áreas de superfície são inferiores a 125 m2 - Aprovação pelo órgão público municipal competente - Suficiência para reconhecimento da legalidade formal do empreendimento, no âmbito da qualificação registral - Circunstância que torna prejudicada a apreciação, nesta via, da questão relativa à lei municipal restritiva editada posteriormente, bem como da proibição imposta pelo artigo 4º, II, da Lei n° 6.766/79 - Afastamento deste óbice para a averbação. Dado provimento ao recurso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

priva a circulação de riquezas e a inovação. Em outras palavras todo empreendedor observa o ambiente, jurídico, econômico, político e trabalha seus lucros com base em equações matemáticas, e se há um risco do ambiente se alterar repentinamente isso é colocado na equação dos lucros, o denominado custo de oportunidade.

Por fim, quanto maior for conteúdo abstrato das políticas públicas mais existirá a possibilidade de arbitrariedades, e consequentemente por via reflexa, quebra dos direitos fundamentais ora utilizados como o próprio fundamento. Nesse caso a regulamentação da atividade notarial e registral deve ser na medida do mínimo possível, a fim de permitir a inovação, investimentos, estabilidade, equidade, igualdade para com isso promover a defesa das instituições democráticas.

10. DIREITO VIVO E O NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS REFLEXOS NA REGULAMENTAÇÃO NO EXTRAJUDICIAL.

É cediço que o momento atual do direito brasileiro entrará para história. O Supremo Tribunal Federal tem cada vez mais interpretando e positivando o sistema jurídico nacional sob a rubrica da prática do bem.

Não é diferente na regulação da atividade do extrajudicial, especialmente quando se trata da autonomia administrativa do notário e registrador, que na prática sua autonomia existe apenas no texto escrito.

Não se desconhece o julgado emblemático do Superior Tribunal de Justiça RMS 7730/RS364, na qual reconhece que a independência funcional dos notários e

364 CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 236, PAR. 1º, DA CF, E DA LEI 8.935, DE 18.11.1994, ARTS. 22, 28 E 37.
1. O novo sistema nacional de serviços notariais e registrais imposto pela Lei 8.935, de 18.11.1994, com base no art. 236, par. 1º, da CF, não outorgou plena autonomia aos servidores dos chamados ofícios extrajudiciais em relação ao Poder Judiciário, pelo que continuam submetidos a ampla fiscalização e controle dos seus serviços pelo referido Poder.
2. Os procedimentos notariais e registrais continuam a ser serviços públicos delegados, com fiscalização em todos os aspectos pelo Poder Judiciário.
3. O texto da carta maior impõe que os serviços notariais e de registro sejam executados em regime de caráter privado, porém, por delegação do Poder Público, sem que tenha implicado na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ampla transformação pretendida pelos impetrantes, isto e, de terem se transmudados em serviços públicos concedidos pela União Federal, a serem prestados por agentes puramente privados, sem subordinação a controles de fiscalização e responsabilidades perante o Poder Judiciário.
4. A razão desse entendimento está sustentada nos argumentos seguintes:
a) Vinculo-me a corrente doutrinária que defende a necessidade de se interpretar qualquer dispositivo constitucional de forma sistêmica, a fim de se evitar a valorização isolada da norma em destaque e, consequentemente, a sua possível incompatibilidade com os princípios regedores do ordenamento jurídico construído sob o comando da carta maior para a entidade ou entidades jurídicas reguladas.
b) Influenciado por tais posições, o meu primeiro posicionamento é o de fixar o conceito técnico-jurídico da expressão "delegação do poder público", que constitui o tema central do debate, haja vista que é o modo institucional como os serviços notariais e de registro são, hoje, exercidos no país.
c) O conceito de delegação de serviço público, após algumas variações, está hoje pacificado como sendo a possibilidade de o Poder Público conferir a outra pessoa, quer pública ou privada, atribuições que originariamente lhe competem por determinação legal.
d) Por a autoridade delegante ter a competência originária, exclusiva ou concorrente, do exercício das atribuições fixadas por lei, no momento em que delega, por para tanto estar autorizado, também, por norma jurídica positiva, estabelece-se uma subordinação entre as pessoas envolvidas no sistema hierárquico entre o transferidor da execução do serviço e quem o vai executar, em outras palavras, entre o delegante e o delegado.
e) O dispositivo constitucional em comento, no caso o art. 236, da CF, ao determinar que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, porém, por delegação do Poder Público, não descaracterizou a natureza publica de tais serviços, nem restringiu a forma de sua fiscalização, notadamente porque no par. 1º, de forma expressa, está dito que "lei regulara as atividades, disciplinara a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definira a fiscalização de seus atos pelo poder judiciário.
f) A seguir, o legislador constituinte, numa demonstração inequívoca de que não se afastou do conceito tradicional de delegação de serviço público, portanto, respeitando, em toda a sua plenitude, o princípio da subordinação hierárquica a existir entre delegante e delegado, dispôs, ainda, que "a lei federal estabelecera normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e do registro", bem como que "o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção por mais de seis meses".
g) É evidente que a prestação de serviços notariais e de registro público no Brasil, após a CF/1988, **não tomou as características preconizadas pelos impetrantes, isto e, de que passaram a se submeter ao regime de concessão de serviço público, onde o poder fiscalizador e limitado, apenas, aos atos notariais, jamais a gestão interna da entidade que a exerce em regime absolutamente privado, por ter deixado de ser uma serventia publica da justiça.<grifo>**
h) Não importa, com as minhas homenagens ao patrono dos impetrantes, em face do profundo trabalho jurídico desenvolvido, não só na petição inicial, como na do recurso, a interpretação que os impetrantes assentaram a respeito do texto constitucional em discussão.
i) O fato, por si só de no art. 236, "caput", da CF, estar inserida a expressão de que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, não conduz ao entendimento posto no recurso, pois, logo a seguir, está a determinação nuclear de que tais serviços, por continuarem a ser públicos, necessitam de delegação do poder público para quem vai exerce-los, pelo que deverão executa-los de acordo como a lei determinar e só poderão receber tal delegação os que forem, pelo próprio poder público, julgados aptos

registradores não é ampla, ou seja, permite uma ingerência administrativa e financeira nos serviços notariais e registrais, possibilitando inclusive a alteração contábil, inferindo no planejamento financeiro da serventia. De certo modo tal inferência impacta no planejamento e inovação, uma vez que cria um ambiente de surpresas e incertezas.

Nesse sentido, o caso recente e emblemático é a proibição dos notários e registradores fazerem um planejamento tributário, ou seja, a elisão fiscal nos termos da legislação em vigor, mesmo havendo o estrito cumprimento da lei.

Recentemente a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, após mais de uma década sem realizar correições ordinárias nas serventias da capital passou a mudar o entendimento acerca da contabilidade das serventias extrajudiciais. Com isso, deixou de lado a preocupação com o serviço público, ou seja, elaboração de indicadores de satisfação dos usuários, instalações das serventias, sistemas informáticos, dentre outras, e passou a incorporar a função de auditores fiscais.

Nota-se que falta de comunicação entre os sistemas e suas respectivas simbioses traz ambiente repleto de incertezas e inseguranças. Com isso, a parte híbrida em direito público e privado que é a essência do extrajudicial fica cada vez mais desestimulada.

A Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo foi além de sua função reguladora, contrariando até mesmo o posicionamento da Secretaria da Receita

pela via do concurso público.
j) A natureza publica dos serviços notariais e de registro não sofreu qualquer desconfiguração com a CF/1988. Em razão de tais serviços estarem situados em tal patamar, isto é, como públicos, a eles são aplicados o entendimento de que cabe ao estado o poder indeclinável de regulamentá-los e controlá-los exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público.
5. Nego provimento ao recurso" (RMS nº 7730/RS, Relator Ministro José Delgado, in DJ 27/10/1997).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Federal acerca de elisão fiscal, sob o argumento da moralidade administrativa, como se os notários e registradores fossem os profanadores do sistema.

É oportuno trazer à baila o Processo Administrativo número 2019/8117365, o qual foi introduzido novo parecer, o qual obsta a locação de bens móveis a pessoa jurídica a qual o titular seja sócio ou tenha parentes366

365 PROCESSO Nº 2019/8117 - SÃO PAULO - VANDA MARIA DE OLIVEIRA PENNA ANTUNES DA CRUZ. –
(296/2019-E)
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - Oficial do 16º Registro de Imóveis da Comarca da Capital - Locação de móveis e equipamentos de empresa de que são sócios os filhos da titular da delegação que, por sua vez, é usufrutuária de parte das cotas sociais - Imputação da existência de confusão patrimonial que poderia redundar na obtenção de benefício fiscal indevido e na caracterização de conduta atentatória às instituições notariais e de registro, o que ensejou a aplicação da pena de multa - Doação dos móveis para a locadora atingida pela prescrição – Valor da locação que não se comprovou superar o preço de mercado - Precedente da Corregedoria Permanente em que reconhecida a regularidade da locação de bens pertencentes a parente do titular da delegação - Inexistência de dolo ou culpa -Recurso provido, com observações sobre a locação de bens destinados à prestação do serviço público e sobre a competência da Corregedoria Geral da Justiça e das Corregedorias Permanentes para a fiscalização que inclui a regularidade do cumprimento das obrigações fiscais pelos responsáveis pelas delegações -Proposta de edição de orientação, com natureza normativa, relativa ao lançamento da locação de mobiliários e equipamentos no Livro Diário da Receita e da Despesa.

366 DECISÃO: Aprovo o parecer do MM. Juiz Assessor da Corregedoria, por seus fundamentos que adoto, e dou provimento ao recurso para julgar o procedimento disciplinar improcedente, o que faço mantendo as determinações feitas na r. decisão recorrida sobre a locação de mobiliários e equipamentos e de comunicações às Receitas Federal e Estadual. Determino, com força normativa e vinculante para os titulares de delegações dos Serviços Extrajudiciais de Notas e de Registro do Estado de São Paulo, que para efeito de escrituração do Livro Registro Diário da Receita e da Despesa:
I) é autorizada a locação de mobiliários e equipamentos, contratada com pessoas físicas e jurídicas, vedada a participação do responsável pela prestação dos serviços extrajudiciais de notas e de registro como sócio da pessoa jurídica, ou como destinatário da renda da locação mediante usufruto de cotas sociais, ou por outro meio;
II) os bens locados devem ser destinados à prestação do serviço público delegado e compatíveis com essa finalidade, podendo incluir os destinados ao conforto e comodidade dos usuários do serviço como, por exemplo, aparelhos para filtro e refrigeração de água e preparo de café e chá, televisão e outros equivalentes;
III) a locação deverá observar o preço de mercado e as regras e costumes aplicáveis, com alteração periódica do valor pela depreciação dos bens locados em razão de tempo e deterioração pelo uso;
IV) devem ser exigidos e arquivados os recibos e comprovantes fiscais emitidos pelo locador, observada a regularidade desses comprovantes em todos os seus aspectos;
V) devem ser declarados e arquivados, em classificador próprio, os comprovantes de lançamento e recolhimento do ITCMD - Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens

Ocorre que em caso análogo a Secretaria da Receita Federal do Brasil autorizou a dedutibilidade nos termos da Consulta número 328 – Cosit367, quando a propriedade imobiliária for de pessoa jurídica em que o sócio seja o titular da própria serventia.

De certa forma ao criticar o Direito Vivo de Eugen Ehrlich, Kelsen concluiu que referida teoria traz uma confusão sistêmica, pois não se sabe dizer o que é certo ou

---

ou Direitos nas hipóteses em que incidir em razão de prévia doação a terceiro, pelo responsável pela prestação do serviço público, dos bens que posteriormente locar.
Os responsáveis interinamente pelas unidades vagas dos serviços extrajudiciais e de registro permanecem sujeitos às demais normas que vedam a contratação de despesas que possam onerar a renda da delegação, salvo se necessárias e previamente autorizadas pelo Juiz Corregedor Permanente, sendo proibida, em qualquer hipótese, a locação de bens de quaisquer natureza que sejam de sua propriedade, ou de propriedade de seus cônjuges, companheiros e parentes até o terceiro grau, ou de empresas de que esses sejam sócios.
Alerto que se pretender utilizar livro único deverá o responsável para a delegação atentar que para efeito de imposto de renda a Receita Federal não autoriza deduções com a amplitude prevista no item 57 do Capítulo XIII do Tomo II das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, e que nessa hipótese deverão ser observadas as regras incidentes para a escrituração de livro fiscal, observado o subitem 61.1 do Capítulo XIII do Tomo II das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça:
"61.1. É facultativa a utilização do Livro Registro Diário da Receita e da Despesa também para fins de recolhimento do Imposto de Renda (IR), ressalvada nesta hipótese a obrigação de o delegatário indicar quais as despesas não dedutíveis para essa última finalidade e também o saldo mensal específico para fins de imposto de renda."
Intime-se e publique-se no DJe, com o parecer, para ciência e observação.
São Paulo, 10 de junho de 2019.
(a) GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO
Corregedor Geral da Justiça
367 Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF RENDIMENTO DO TRABALHO NÃO ASSALARIADO. TITULARES DE SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. LIVRO-CAIXA. **DESPESAS DEDUTÍVEIS.**
O valor do aluguel pago pelos contribuintes que percebam rendimentos do trabalho não assalariado, a empresas das quais sejam sócios, pode ser deduzido da base de cálculo do IRPF, contanto que seja condizente com os valores praticados pelo mercado, seja necessário à percepção das receitas e à manutenção da fonte produtora, e que esteja devidamente escriturado em livro-caixa e comprovado mediante documentação hábil e idônea. <grifo>
Dispositivos Legais: Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/1999), arts. 45, inciso IV; 75, inciso III; 83, e Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/2018), aprovado pelo Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, arts. 38, inciso IV; 68, inciso III; 76.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

errado, lícito ou ilícito. Portanto, não deve um sistema o outro, sob pena de criar uma antinomia sistêmica, o que tolhe as liberdades individuais.

Da mesma forma são as isenções fiscais outorgadas por meio de ato ou decisão administrativa. Ressalta-se que diversos Estados da Federação possuem incluídos nas custas cartoriais fundos de diversas naturezas, e as isenções criam um efeito em cascata, fazendo com que não ocorram os repasses aos entes públicos, prejudicando a coletividade de forma indireta.

Em outras palavras, o efeito nefasto da gratuidade repercute em toda sociedade, e a liberdade em prol de conteúdos ideológicos, os órgãos reguladores têm outorgado isenções fiscais em desacordo §2º artigo 108 do Código Tributário Nacional, ou de decisão jurisdicional que a sustente.

É oportuno destacar que a ambiguidade e a possível usurpação de funções sob o pálio da moralidade administrativa não coadunam com o sistema, seja jurídico, econômico ou político. Mais do que um sistema orientador ou regulamentador mais se assemelha a uma sanção inibidora da livre iniciativa.

Dentre diversos outros casos de positivação do direito, há um caso de 2014 que determinou a isenção fiscal na emissão de cartas de sentença pelo notariado paulista apenas por decisão administrativa368, ou seja, o administrador público com base no Neoconstitucionalismo incute um permissivo amplo e discricionário, o que pode não raras vezes causar arbitrariedades. Veja que a fundamentação foi de conteúdo ideológico, saber: *"Vale dizer, não concordo que se prestigie somente o incremento no lucro dos notários. Parece-me que, ao assumir os bônus*

368 **DICOGE 5.1 PROCESSO Nº 2014/95686 – SÃO PAULO – 13º TABELIÃO DE NOTAS DA COMARCA DA CAPITAL Parecer (228/2014-E)** TABELIONATO DE NOTAS – FORMAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CARTA DE SENTENÇA – PROVIMENTO CG 31/2013 – EXTENSÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA, CONCEDIDA NO PROCESSO – POSSIBILIDADE.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decorrentes da delegação de atribuição, as serventias devem arcar, da mesma forma, com os ônus."

Nota-se que a emissão das cartas de sentença judiciais se deu para desafogar o Poder Judiciário e não o substituir de suas funções. Assim, trata-se de uma opção dada ao usuário, razão pela qual novamente toda a sociedade ricos e pobres pagam pela gratuidade, uma vez que se deixa de recolher os fundos devidos aos atos praticados sob o manto da gratuidade.

Não se discute a discricionariedade na concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, mas sim a transferência desse ônus ao particular, uma vez que quando do planejamento administrativo as instalações, funcionários, localização da serventia são realizados com o cenário posto no certame, pois como é sabido não pode repassar o custo das gratuidades no seu preço final.

Constatada essa realidade, questões externas parecem estar influindo no sistema do direito, o qual se encontra extremamente permissivo às influências políticas e econômicas. Com isso, não se deve trabalhar um sistema aberto, mas sim fechado para que ele se opere dentro dele próprio, já que a análise se inicia no ambiente e depois se analisa o justo e injusto.

Acerca do justo e injusto é importante anotar as lições de Aristóteles, que há cerca de 2.500 anos já ensinava com lidar com o justo e injusto. De acordo com o Filósofo a justiça é o estado que torna os indivíduos predispostos a realizar atos justos e que os faz agir justamente e desejar aqueles atos. Por outro lado, a injustiça é desejar praticar atos injustos. Essa é a premissa elementar que o filósofo se utiliza para definir o justoxix.

Com isso, observa primeiramente a virtude da Justiça, sob um aspecto legal. A justiça é vista subjetivamente pela moral de cada um fazendo com que os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

indivíduos cumpram o que está na lei, sendo essa a sua primeira função, que segundo o Aristóteles seria a virtude suprema.

Dessa forma a justiça e a injustiça são relacionadas com o cumprimento e o não-cumprimento respectivo da lei. Logo o homem justo é aquele que se conforma à lei e respeita a igualdade, e o injusto aquele que contraria a lei e a igualdade.

Nunca é demais lembrar que para construção do direito positivo Aristóteles foi fundamental, sendo seguido por diversos filósofos durante a história. Aristóteles no livro da Retórica assentara célebre lição: "*melhor é que todas as coisas estejam reguladas pela lei do que deixá-las ao arbítrio dos juízes*". São Tomás de Aquino ensinou também que "*é mais fácil encontrar uns poucos sábios que bastem para instituir leis justas do que os muitos que se requereriam para julgar retamente cada caso particular*"xx.

Por fim, o ativismo regulatório pode tomar proporções de arbitrariedades, já que nas condições postas não é possível exercer a mediania ou a prudência ao bem, mesmo em sentido abstrato, mas sim a estrita observância sob pena de responsabilização administrativa do notário ou registrador incutindo a sanção com regra da atividade.

11. **CONCLUSÃO**

A liberdade é o princípio orientador e fundamentador de toda a estrutura jurídica, econômica e social de um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, pode-se afirmar que o respeito à dignidade se expressa pelo respeito à liberdade.

A realização da liberdade como autodeterminação parte dessa condição de igualdade, e trata-se de um direito imprescritível, pois compreende o direito à propriedade, livre iniciativa, liberdade de consciência religiosa e liberdade de expressão, entre outros.

Contudo, os notários e registradores são submetidos a um excessivo conjunto de regramentos que os torna desiguais a outros pretensos legitimados da atividade notarial e registral. Na essência do artigo 236 da Constituição Federal, e do artigo 21 da Lei 8.935/94 a autonomia administrativa e financeira é reduzida a um escrito sem efetividade ou validade, ou só quando conveniente.

No entanto havendo condutas de dolosas ou culposas em reiterados descumprimentos da lei deve haver intervenção estatal. Porém ao criar normativos de conteúdos ideológicos, sempre com arrimos em princípios de conteúdo aberto, os notários são tratados de forma cada vez mais desigual

Veja por exemplo, o Imposto Sobre Serviços – ISS, a tributação é feita como pessoa jurídica, diferentemente dos advogados, que não raras as vezes as bancas advocatícias com altos faturamentos são tributados como pessoa física, ou seja, um valor fixo e não baseado no faturamento, Imposto de Renda de Pessoa Física – IRPF é tratado com a maior alíquota sem possibilidade de opção a regimes tributários que propiciam uma maior eficiência do capital, como o lucro presumido.

Como se não bastasse a tributação sempre quedando para pagamento de maior alíquota ou base de cálculo, o notário e registrador agora não pode mais praticar a elisão fiscal, mesmo com amparo de decisões da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Portanto, as liberdades de notários e registradores são cada vez mais tolhidas, chegando ao ponto de desestimular e frustrar todas as narrativas de defesa das instituições democráticas até então feitas pelos delegatários.

Nunca é demais lembrar que a atividade extrajudicial passa por um momento de estresse, onde diversos entes da atividade econômica e política pretendem a desestabilização, especialmente para retirar suas competências até então construídas pela história.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É oportuno salientar que os pretensos legitimados diariamente tentam absorver as competências notariais e registrais sob a alegação de serviços burocráticos, porém se isso algum dia ocorrer nada trará de benefício a sociedade, apenas a alteração dos legitimados. Em outras palavras, os registros de propriedade, lavratura de instrumentos com força de escritura pública, nascimentos, cadastro de bons pagadores (protesto invertido), dentre outras continuarão a serem feitos, porém sem controle e imparcialidade.

Vale lembrar que seria o maior de todos os equívocos entender que se houver perda de competências a novos legitimados esses seriam submetidos a toda essa estrutura de regramentos administrativos, tributários, penais, civis, aos quais os delegatários são atualmente submetidos.

Portanto, em um momento de constantes ameaças sobreposição de sistemas, seja o econômico sobre o direito ou vice e versa, o extrajudicial precisa ser fortalecido, a fim de poder fazer frente a essas ameaças, sob pálio da liberdade e igualdade.

No tocante ao Neoconstitucionalismo a absorção de valores morais e políticos é uma de suas características de aplicabilidade. Entretanto, sua função não deve sumarizada, mas sim ampliada para garantir liberdades, livre iniciativa, solidariedade, inovação e justiça.

Por fim, a Teoria de Direito Vivo de Eugen Ehrlich de que a regra social faz a norma, portanto sem a higidez estrutural de Kelsen se faz presente de certa forma no extrajudicial. No cenário atual a delegação do artigo 236 da Constituição Federal é o contrato administrativo mais violado pelo Estado, e o que mais lhe traz benefícios de todas as espécies, portanto, há clara característica sancionadora na regulamentação.

12. **BIBLIOGRAFIA**

1 HERTOGH, MARC, Living Law, Reconsidering Eugen Ehrlich, Portland, OR, p. 130

1 HERTOGH, MARC, Living Law, Reconsidering Eugen Ehrlich, Portland, OR, p. 136

1 HERTOGH, MARC, Living Law, Reconsidering Eugen Ehrlich, Portland, OR, p. 140

1 HERTOGH, MARC, Living Law, Reconsidering Eugen Ehrlich, Portland, OR, p. 149

1www.irib.org.br/noticias/detalhes/cgj-sp-parcelamento-do-solo-urbano desmembramento-area-inferior-a-125m-possibilidade (consulta realizada em 22/06/2019)

1 ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, Tradução e notas: Edson Bini, 4ª ed. São Paulo, Edipro, 2014, pag. 179.

1 OS DIREITOS HUMANOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO: DIREITO NATURAL DA PÓS-MODERNIDADE? Ricardo Dip– Tribunal de Justiça de São Paulo / Centro de Estudos de Direito Natural "José Pedro Galvão de Sousa" http://www.aquinate.com.br/textos/os-direitos-humanos-do-neoconstitucionalismo-direito-natural-da-pos-modernidade, p. 12 (consulta realizada em 22/06/2019)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 12.403/2011 NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – UMA ALTERNATIVA A SEGREGAÇÃO DO ACUSADO

MAYCKY FERNANDO ZENI: advogado inscrito na OAB/SC-15627 e OAB/RS-87536A. Graduado em Direito pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, SC, Campus Itajaí, SC

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre os princípios constitucionais aplicados com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011 como os princípios: Proporcionalidade, Ampla defesa, Contraditório, Devido Processo Legal e Presunção de Inocência. Verifica-se que ocorre verdadeiro desrespeito aos referidos princípios tanto na persecução penal, bem como durante a instrução criminal.

Palavras chave: princípios constitucionais – Lei 12.403/2011 – segregação acusado – medidas cautelares – liberdade provisória – Código de Processo Penal.

ABSTRACT: The article on screen will verify the important changes brought in the CPP with the introduction of Law 12,403 / 2011, in which it applied important constitutional principles, thus avoiding segregation of the accused, such as the principles: Proportionality, Broad defense, Contradictory, Due Process of Law and Presumption of Innocence.

Keywords: Precautionary measures, constitutional principles and criminal proceedings.

Sumário: 1. Introdução; 2. Dos Princípios Constitucionais e Medidas substitutivas e alternativas; 3 Conclusão; 4. Referências.

1. Introdução

Com a alteração trazida pela Lei 12.403/2011 no Código de Processo Penal houve uma modernização no CPP, notadamente no CAPITULO IX do referido

dispositivo legal, referente a prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória.

Digamos que houve uma constitucionalização no Código de Processo Penal, principalmente por parte do STF que teve e tem uma atuação muito importante referente as garantias constitucionais, aos princípios constitucionais, dos princípios fundamentais em detrimento do dito clamor popular, assegurando a aplicação das garantias constitucionais do artigo 5º da CF.

2. Dos Princípios Constitucionais e Medidas Substitutivas e Alternativas

Ressalta-se a aplicação do principio constitucional da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da presunção de inocência, dentre outros.

O STF sempre andou na contramão das normas inconstitucionais, citamos dentre elas a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos, da lei antidrogas, entre outras, bem como da vedação a liberdade provisória.

Segundo os princípios constitucionais para que haja a segregação do individuo , devem estar presentes as condições que autorizem a referida segregação.

A sua afronta viola o direito da pessoa humana, pois busca-se atualmente uma direito mais humanizado, visando a dignidade da pessoa humana nos termos do artigo 1º, inciso III da CF.

A lei 11.403/2011, trouxe inúmeras inovações no tocante a prisão, permitindo que durante a persecutio criminis o indiciado responda em liberdade, evitando assim a sua segregação.

A nova Lei levou em conta o principio da humanização, da não culpabilidade, bem como da vigência e cabimento da liberdade provisória, em detrimento da prisão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A prisão deve ser sempre a exceção e a liberdade a regra em um estado democrático de Direito, visando assegurar os direitos e garantias individuais.

O artigo 312 do CPP traz em seu bojo os requisitos da prisão preventiva.

Dispõe o referido artigo:

Art. **312**. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

A jurisprudência tem o mesmo entendimento:

> HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRISÃO PREVENTIVA. DESNECESSIDADE. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E RAZOABILIDADE. 1. No caso em análise, nada há de concreto a indicar que, se posto em liberdade, o paciente se evadirá do distrito da culpa, obstaculizará o regular processamento do feito ou se furtará da aplicação da lei penal. 2. Considerando o contexto da hipótese em comento, adequada e razoável a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares. De registrar, ainda, que a revogação da prisão, por ora, não impede a imposição de novas medidas, caso demonstrada tal necessidade no curso da tramitação do processo. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 70081400483, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 05/06/2019). (TJ-RS - HC: 70081400483 RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Data

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de Julgamento: 05/06/2019, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/06/2019)

Em caso de ilegalidade ou abuso de poder temos o remédio heroico do Habeas Corpus para coibir tal abusos, disciplinado na CF e no CPP.

Com a nova lei os poderes da cautela do magistrado aumentaram.

No caso do auto de prisão em flagrante no prazo de 24 horas o magistrado deverá observar se estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, sendo que em caso negativo deverá ou poderá conforme o caso sub judice estabelecer as medidas cautelares garantidores do magistrado e da vitima, na mesma decisão que conceder a liberdade provisória.

Caso haja descumprimento das restrições impostas ai sim será submetido a segregação.

É o que dispõe o paragrafo único do artigo 312 do CPP:

> **Parágrafo único**. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Nesta esteira o STJ já decidiu:

> PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, dos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de em que consiste o periculum libertatis. 2. No caso, a prisão preventiva está devidamente justificada no descumprimento das medidas cautelares anteriormente impostas quando deferida liberdade provisória, circunstância suficiente à demonstração do perigo relacionado à liberdade do ora recorrente. 3. O descumprimento de medidas cautelares constitui fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva, nos termos dos arts. 282, § 4º, e 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes. 4. Assim, ficou demonstrada a necessidade da prisão preventiva como forma de acautelar a ordem pública e de garantir a instrução criminal. 5. Recurso desprovido. (STJ - RHC: 101828 DF 2018/0205955-9, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 09/10/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/10/2018)

O papel do Delegado de Policia é de no Auto de Prisão em Flagrante é o de instruir, instrumentalizar, para que se possa oferecer ao magistrado que irá analisar o caso concreto um prévio conhecimento ainda que suscinto do fato típico a ser apreciado bem como circunstancias especificas que envolvem tanto autor e vitima.

Outra inovação foi o artigo 313, I e 322 do CPP, que trata da decretação da prisão preventiva e da concessão da fiança por parte da autoridade policial, onde insere-se o principio da discricionariedade da autoridade policial.

Vejamos:

> **Art. 313.** Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

> **I** - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> **Art. 322.** A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> **Parágrafo único**. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

O delegado de policia não é obrigado a conceder a fiança, ficando a concessão da fiança a seu arbítrio, pois o dispositivo do artigo 322 do CPP, diz poderá conceder a fiança.

O artigo 324, IV do CPP, por seu turno, que não será concedida fiança quando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Preconiza o referido artigo:

> **Art. 324.** Não será, igualmente, concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> **IV** - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Os princípios constitucionais estão inseridos na nova lei de forma cristalina, vez que a lei visa aprimorar os mecanismos de proteção a persecução penal em todos os seus aspectos, observando os princípios e garantias fundamentais expostos na CF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O prazo das medidas cautelares também obedecem os princípios constitucionais pois visam garantir a aplicação da lei penal, garantir a investigação sendo que as medidas cautelares podem ir até a condenação ou transito em julgado, tudo dentro dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O delegado de policia pode e deve representar a autoridade judiciaria para que seja decretada a prisão preventiva caso haja o descumprimento das medidas cautelares.

É a redação do artigo 282, paragrafo 4º e 311 do CPP.

Dispõe os referidos dispositivos:

> **Art. 282.** As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> **§ 4o** No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> **Art. 311.** Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

O artigo 310, II do CPP, obedece ao principio da proporcionalidade e da razoabilidade, assim dispondo:

> **Art. 310.** Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> **II** - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Em seu livro o autor GUILHERME SOUZA NUCCI, 2019, p. 822/823, nos diz que:

Como regra antes de decretar qualquer medida cautelar alternativa a prisão (artigo 319 do CPP) deve o juiz ouvir a parte contraria que no caso é o indiciado ou réu, como prevê o artigo 282, paragrafo 3º do CPP.

Cuida-se da consagração dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Por vezes o pedido formulado pelo interessado (Ministério Público, querelante ou assistente) não apresenta consistência, algo que poderá ser apontado pelo maior interessado no indeferimento.

Em caso de urgência ou de perigo na ineficácia da medida, não se ouve o indiciado ou réu antes da decretação, nada impedindo que se promova a sua oitiva depois. Seria um autentico contraditório diferido.

3. Conclusão

Com certeza chegamos a conclusão de que a nova lei recebeu e receberá muitas criticas, mas ela trouxe também uma alternativa a segregação do acusado e investigado, evitando mais e mais que nossos presídios fiquem mais abarrotados do que estão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Visa-se assim humanizar o direito do investigado/acusado dentro dos princípios constitucionais, e é claro que em caso de descumprimento terá de arcar com sua consequência, ou seja será segregado.

4.Referencias:

NUCCI, Guilherme Souza, Curso de Direito Processual Penal, Ano 2019, Pag. 822/823, Editora Forense, 16ª Edição.

STJ - RHC: 101828 DF 2018/0205955-9, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 09/10/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/10/2018

TJ-RS - HC: 70081400483 RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Data de Julgamento: 05/06/2019, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/06/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A APLICABILIDADE DAS CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO NOS CASOS DE USUCAPIÃO FAMILIAR

FELIPE RODRIGUES DA SILVA: graduando do curso de Direito pela Faculdade de Ciências e Humanas de Cruzeiro e estagiário no Fórum de Guaratinguetá.

RESUMO: O presente artigo tem a finalidade de compreender o recente instituto da usucapião por abandono do lar previsto no Art. 1.240-A do Código Civil de 2002, acrescentado pela Lei 12.424/2011, e a aplicabilidade de suas causas interruptivas de prescrição. Paira a dúvida sobre o que caracteriza abandono do lar. O objetivo é buscar uma solução para o imóvel que foi abandonado pelo (a) ex-cônjuge, por um lapso temporal igual ou superior ao previsto em lei, cuja sentença, transitada em julgado, manteve o bem em condomínio.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião, Usucapião-Familiar, Prescrição Aquisitiva, Abandono-Familiar, Usucapiente.

INTRODUÇÃO:

Percebendo-se as incontáveis situações onde a (o) (ex) cônjuge ou (ex) companheira (o) permanecia no imóvel, após o abandono familiar por seu par e assumindo exclusivamente os ônus de manutenção e tributos do imóvel, mas não podendo consolidar a situação do bem, impedida (o) de usufruir e dispor integralmente daquele, ou seja, de exercer a totalidade da propriedade, o Art. 1228 do Código Civil de 2002. A lei 12.424/2011 criou o instituto da, assim denominado pela doutrina, usucapião familiar, pró-família ou por abandono do lar.

Trata-se de uma alteração legislativa recente e pouco estudada pela doutrina. Seus efeitos ainda não foram devidamente compreendidos, pacificados e difundidos. Contudo o referido artigo tem a intenção de elucidar o recente instituto sem esgotar possíveis discussões acerca do tema.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A metodologia aplicada nesta pesquisa é a bibliográfica, onde foram utilizados como vetores a legislação pátria, a doutrina e jurisprudência dos tribunais sobre o tema.

A APLICABILIDADE DAS CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO NOS CASOS DE USUCAPIÃO FAMILIAR

1. CONCEITO DE USUCAPIÃO.

Não podemos falar de usucapião-familiar sem antes conceituar brevemente a Usucapião.

A usucapião, que também pode ser chamada de aquisição aquisitiva, é uma modalidade de aquisição originária da propriedade da coisa móvel e imóvel, disciplinada no Código Civil de 2002. A usucapião forma-se pela posse mansa e pacífica, com *animus domini*, ininterrupta da coisa por um determinado tempo (dois, três, cinco, dez ou quinze anos), que varia conforme a sua modalidade. O que possibilita que o possuidor adquira efeitos da propriedade é o preenchimento de todos os requisitos. Sustentados tais requisitos pelo prazo mínimo legal, o usucapiente obtém, com a sentença judicial transitada em julgado, a declaração do estatal necessária para o registro do imóvel. A usucapião intervém de duas formas lógicas no direito à propriedade: onde o possuidor adquire a propriedade da coisa e, ao mesmo tempo, seu antigo proprietário vê seu bem expropriado.

2. FUNÇÃO SOCIAL DO IMÓVEL.

O abandono e/ou a negligência para com a propriedade é um dos motivos basilares para o instituto da usucapião, segundo LAFAYETTE:

> *"não é propriamente uma razão determinante da prescrição aquisitiva, mas intervém como uma consideração moral de grande valor para pô-la sob uma luz mais favorável, tirando-lhe o caráter espoliativo, que à primeira vista se lhe atribui".*

Isso porque o princípio da utilidade social tem como objetivo dar estabilidade e segurança à propriedade, facilitar a prova do domínio e consolidar as aquisições. Este princípio também é consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, XXIII "a propriedade atenderá a sua função social". Segundo a doutrina tal instituto repousa na paz social e estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e a tranquilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos.

3. USUCAPIÃO POR ABANDONO FAMILIAR.

A Lei n. 12.424/2011 inovou, instituindo a modalidade de usucapião especial urbana, chamada de usucapião familiar, inserindo no Código Civil o art. 1.240-A e seu § 1º:

> *"Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m 2 (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*
>
> *§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez"*

O propósito do legislador com o advento da referida lei era o de considerar os casais de baixa renda e a regularização fundiária, porém a nova espécie de usucapião possui alcance generalizado e independe do padrão do imóvel, atingindo inclusive propriedades situadas nas áreas nobres das grandes cidades e de grande

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

valor. O imóvel deve ser comum do casal, já partilhado ou ainda pendente de partilha. Não pode o imóvel ser próprio do ex-cônjuge ou ex-companheira (o) que abandona o lar, podendo ocorrer a usucapião em outras modalidades, mas não a usucapião familiar.

A usucapião familiar é a espécie que necessita do menor decurso de tempo para usucapir e também possui requisitos objetivos. É compreendida como um meio de a (o) ex-cônjuge ou ex-companheira (o), que permaneceu na posse, adquirir a integralidade do domínio do bem imóvel comum ao casal, visando "preservar a segurança e os interesses das pessoas integrantes da família, dando uma excepcional tutela social ao núcleo", de acordo com a professora Maria Helena Diniz. De acordo com o Art. 1.240-A e seu parágrafo primeiro, esses são seus requisitos objetivos: I) lapso temporal ininterrupto de dois anos e sem oposição, contado do abandono do lar pelo cônjuge ou companheiro; II) posse direta; III) imóvel comum ao casal e urbano com metragem fixada por lei (até duzentos e cinquenta metros quadrados); IV) o imóvel deve ser exclusivamente para moradia de quem permaneceu no bem e/ou sua família; V) que o usucapiente não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural; VI) é vedado que essa modalidade de usucapião seja reconhecida mais de uma vez para o mesmo possuidor.

4. ABANDONO DO LAR.

O abandono do lar deve ser algo voluntário e injustificado, sendo essencial o elemento culpa, que deverá ser necessariamente do ex-consorte que deixou o lar. A expressão abandono do lar é um tema bastante discutido na doutrina, pois o termo é abstrato e não seria o mais adequado. Prevalece o entendimento de que o abandono do lar não é um mero requisito objetivo, uma simples saída do imóvel, mas um ato voluntário de abandonar a posse do bem somado à ausência da tutela familiar. Neste sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *(...) A usucapião especial por abandono familiar, instituída pela Lei nº 12.424/2011, não abrange bens com área total superior a 250m², sendo, ainda neste contexto, inviável desconsiderar o excedente. Precedentes deste Tribunal. O abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro não é pressuposto meramente objetivo, exigindo demonstração da deserção voluntária e injustificada do ambiente familiar, associada ao descumprimento de deveres de assistência material e sustento do lar. (...) (Apelação Cível Nº 70066478223, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 10/03/2016).*

O tempo do abando do lar, embora não mencionado na lei 12.424 de 16 de junho de 2011, somente pode ser computado a partir da vigência da lei, ou seja, o pedido de usucapião-familiar só poderia ser feito após o decurso de dois anos, em proteção ao princípio da segurança jurídica. Contudo, o abandono voluntário, imotivado e definitivo, efetivamente deve ser contado da saída voluntária do lar conjugal, que pode ter ocorrido antes ou no período da *vacatio legis*.

O entendimento exposto é que a espera daquele prazo é uma garantia individual, já que um bem imóvel não poderia ser suprimido imediatamente do domínio de quem abandonou sem que se possibilitasse um período para o exercício de uma pretensão, de demonstração de algum interesse pelo bem, além de vedar a decisão surpresa e o desconhecimento desta possibilidade de usucapião. O abandono voluntário do lar deve ser considerado um ato continuado que se perpetua no tempo. Desta forma, iniciado antes; o abandono, mas cumprido o prazo de dois anos, esse requisito subjetivo deve ser considerado suprido.

5. A APLICABILIDADE DAS CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO NOS CASOS DE USUCAPIÃO FAMILIAR.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os artigos 197, 198 e 199, todos do Código Civil, estabelecem as causas impeditivas ou suspensivas da prescrição, *in verbis*:

> *Art. 197. Não corre a prescrição:*
>
> *I - entre cônjuges, na constância da sociedade conjugal;*
>
> *II – entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar;*
>
> *III – entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.*
>
> *Art. 198. Também não corre a prescrição:*
>
> *I – contra os incapazes de que trata o artigo 3º;*
>
> *II – contra os ausentes do país em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;*
>
> *III – contra os que se acharem servindo as Forças Armadas, em tempo de guerra.*
>
> *Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:*
>
> *I – pendendo condição suspensiva;*
>
> *II – não estando vencido o prazo;*
>
> *III – pendendo ação de evicção.*

De acordo com o art. 197 inciso I, a prescrição não corre entre cônjuges na constância da sociedade conjugal, ou seja, a prescrição é interrompida e o prazo bienal da usucapião familiar tem o seu termo inicial na data da separação de fato do casal. A razão de ser da causa suspensiva é a preservação da harmonia familiar. Porém a Jurisprudência percebe maiores efeitos à separação de fato, como a não comunicação dos bens posteriores ao fim do convívio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O art. 199 inciso II fortalece um dos requisitos do art. 1.240-A que prevê o prazo mínimo de dois anos ininterruptos de posse direta e exclusiva para a aquisição da propriedade por este novo instituto. Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> *(...) Nesse contexto, verifica-se que tanto o juízo de primeiro grau quanto o Tribunal de Justiça bandeirante afastaram o pedido de reconhecimento de usucapião familiar sob os seguintes argumentos: i) não preenchimento do prazo prescricional aquisitivo estabelecido em lei; ii) inaplicabilidade retroativa da lei que introduziu no ordenamento jurídico a modalidade de usucapião familiar; iii) não incidência das outras espécies de usucapião à hipótese dos autos e, por fim, iv) inexistência de animus dominus por parte da requerente. (...) Recurso Especial Nº 1.482.164 - Sp (2014/0223679-7), Superior Tribunal De Justiça, Relator : Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Julgado Em 04/09/2017.*

Entende-se, também, a perfeita aplicabilidade do instituto às uniões homoafetivas, quanto aos efeitos e consequências similares aos das uniões heterossexuais, diante do reconhecimento de tais uniões como entidades familiares pelo STF. (ADI n. 4.277 e ADPF n. 132).

CONCLUSÃO.

Esta pesquisa procurou contribuir de forma sucinta com a formatação e interpretação dessa modalidade de usucapião, tendo por objetivo à consolidação de seus efeitos e procedimento. Entende-se que de acordo com a legislação pátria, doutrina e jurisprudência que são aplicáveis às causas de interrupção da prescrição nos casos de usucapião familiar pelos motivos apresentados neste estudo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Muito será dito pela doutrina e jurisprudência dos tribunais, que aos poucos vêm sendo provocados a se manifestarem sobre o recente instituto.

Por fim, podemos concluir que o instituto da usucapião-familiar veio, também, consagrar o artigo 226 da Constituição Federal: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado." Conferindo uma proteção maior à família abandonada.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Brasília: Câmara dos Deputados. 2002.

PELUSO, Cezar; Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência / Claudio Luiz Bueno de Godoy, 13. Ed, Barueri (SP) – Manole, 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto; Direito Civil Brasileiro, vol 5: direito das coisas, 13º edição, São Paulo – Saraiva Educação, 2018.

NADER, Paulo; curso de Direito Civil vol. 4, Direito das Coisa, 7º edição, Rio de Janeiro -Forense, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ACIDENTE COLETIVO DE TRABALHO: UMA ANÁLISE ACERCA DA CULPABILIZAÇÃO DA VÍTIMA

CÁSSIA RAFAELLE AMORIM TRAVASSOS: Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Estácio do Pará.

RESUMO: Este trabalho trata do acidente de trabalho no âmbito coletivo, bem como, analisa a caracterização da culpa diante da ocorrência de um acidente. Demostra que, o trabalhador é apontado como culpado de um acidente, e essa forma de pensar tornará cada vez mais ineficaz as medidas de prevenção. Destarte, é dever do Poder Público aplicar medidas de prevenção que afastem o modelo de culpabilização da vítima, investindo em fiscalização quanto às normas de segurança coletiva, ou seja, verificar a ocorrência de negligencia das empresas quanto a um ambiente seguro de trabalho de modo que não coloque em risco a vida de toda a coletividade.

Palavras-chave: Acidente. Trabalho. Segurança. Prevenção.

ABSTRACT: This paper deals with work accidents in the collective environment, as well as, analyzes the characterization of guilt in the event of an accident. It shows that, the worker is appointed as guilty of an accident, and this way of thinking will make prevention measures increasingly ineffective. Thus, it is the duty of the Public Authorities to apply preventive measures that move away from the model of blame of the victim, investing in the supervision of the norms of collective security, that is, to verify the occurrence of negligence of the companies in a safe work environment so that do not endanger the life of the whole community.

Keywords: Accident. Job. Safety. Prevention.

SUMÁRIO: 1 introdução. 2. acidente de trabalho. 3. registros de acidentes de trabalho. 4 saúde e segurança. 5. responsabilidade do empregador. 6. acidente coletivo.7. prevenção. 8. considerações finais. 9. referências bibliográficas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

Com o presente artigo, pretende-se abordar o acidente coletivo de trabalho, com fim de se fazer entender que, atualmente, o maior número de acidentes registrados se dá no âmbito coletivo e não individual. Ou seja, não é o uso de equipamento individual que faz cessar os acidentes ocorridos.

Cabendo neste caso, um questionamento acerca dos empregadores e entidades de prevenção que usam um modelo de culpabilização da vítima, e isto afasta cada vez mais uma medida eficaz de prevenção, ou seja, enquanto as empresas não investirem na segurança coletiva os acidentes continuarão ocorrendo.

É necessário que o local de trabalho também seja seguro, de modo que, não apresente riscos para a saúde dos funcionários.

O artigo destina-se a analisar os direitos e deveres do empregado e do empregador, com o intuito de demostrar a responsabilidade do empregador junto ao empregado, bem como, o dever de usar, corretamente, o equipamento de proteção individual.

Contudo, conclui-se que, está cada vez mais difícil prevenir acidentes de trabalho, principalmente no âmbito coletivo, pois a sociedade brasileira segue um modelo de culpabilização da vítima, de modo que, tira do empregador a culpa pelos acidentes ocorridos. Porém, o maior número de acidentes registrados não se deu devido ao não uso ou mau uso de equipamento de segurança individual e sim devido ao ambiente de trabalho não oferecer a proteção coletiva devida.

Contudo, ainda será mencionado que a forma de prevenir é focar na segurança coletiva dos trabalhadores. Oferecer um local seguro, com equipamentos que tornem o ambiente seguro para todos os trabalhadores. Desta forma, afastaria

a visão de que acidente de trabalho é consequência apenas da falta de segurança individual do empregado.

A metodologia aplicada neste artigo baseia-se em pesquisa jurisprudencial e bibliográfica através de livros.

2 ACIDENTE DE TRABALHO

Acidente de trabalho é aquele ocorrido no exercício de atividade profissional, à serviço do empregador. O resultado desse acidente é lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

O artigo 19 da Lei nº 8.213/91 – Lei de benefícios da Previdência Social, dispõe sobre o referido tema:

> Art. 19: acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

A Lei 6.367 de19 de outubro de 1976 – Lei de Seguros de Acidente do Trabalho, não se refere apenas ao trabalhador empregado, mas também, ao trabalhador temporário, o trabalhador avulso, assim entendido o que presta serviços a diversas empresas.

Veja:

> Art. 1º O seguro obrigatório contra acidentes do trabalho dos empregados segurados do regime de previdência social da Lei número 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), e legislação posterior, é realizado pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> § 1º Consideram-se também empregados, para os fins desta lei, o trabalhador temporário, o trabalhador avulso, assim entendido o que presta serviços a diversas empresas, pertencendo ou não a sindicato, inclusive o estivador, o conferente e assemelhados, bem como o presidiário que exerce trabalho remunerado.
>
> § 2º Esta lei não se aplica ao titular de firma individual, ao diretor, sócio gerente, sócio solidário, sócio cotista e sócio de indústria de qualquer empresa, que não tenha a condição de empregado, nem ao trabalhador autônomo e ao empregado doméstico.

No mais, a referida Lei traz hipóteses de equiparação de acidente de trabalho.

Nos termos da Lei de Benefícios da Previdência Social, quando o trabalhador sofre acidente no trabalho que o incapacite de prosseguir em suas atividades laborais, deverá ser afastado temporariamente ou permanentemente de suas funções. Ou seja, quando o afastamento durar menos de 15 dias, o empregador arcará com os custos do salário do trabalhador.

Quando a incapacidade durar mais de 15 dias, essa responsabilidade passa a ser do Estado, onde o acidente do trabalho será apreciado tecnicamente pela perícia médica do INSS. Uma vez que for comprovado a incapacidade para o trabalho, o beneficiário terá direito ao auxílio doença-acidentário do INSS.

É importante salientar que deve haver uma relação de causa e efeito entre o exercício da atividade profissional e o acidente ocorrido. Ou seja, é necessário um parecer técnico que comprove o nexo de causalidade de trabalho ou doença ocupacional foi resultado.

3 REGISTROS DE ACIDENTES DO TRABALHO

O número de acidentes e doenças que vitimaram trabalhadores no Brasil é estarrecedor. Ora, de acordo com o Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho do Ministério Público do Trabalho (MPT) foram registrados 4,5 milhões de acidentes e doenças que vitimaram trabalhadores no Brasil, contabilizando gastos de R$79.000.041.558 com benefícios acidentários ativos no período de 2012 a 2018, ainda que anteriormente concebidos. Estatisticamente falando, os gastos estimados desde 2012 até hoje é de R$1,00 gastos a cada 2ms, 1 morte em acidente estimada a cada 3h 43m 42s, onde 16.455 mortes acidentárias foram notificadas no período 2012-2018.

Em matéria publicada pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho os números de acidentes de trabalho de 2018 (623.786 registros) são significativamente maiores do que os de 2017 (574.053 registros). Onde verifica-se que o total de acidentes a cada mil trabalhadores formais cresceu de 17,2 em 2017, para 18,9 em 2018.

Esses dados colocam o Brasil em 4° lugar no ranking de países com mais mortes por acidente de trabalho.

Após a análise dos dados, verifica-se que o número de mortes causadas por acidentes de trabalho voltou a crescer no Brasil. Em 2018, pela primeira vez desde 2013, a quantidade de trabalhadores que morreram no exercício da atividade profissional foi maior do que em 2017.

4 SAÚDE E SEGURANÇA

Consolidação das Leis do Trabalho – CLT em seu artigo 200, impõe ao Estado o dever de criar medidas que protejam o trabalhador de modo que previnam acidentes no ambiente de trabalho:

> Art. 200 - Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre:
>
> I - medidas de prevenção de acidentes e os equipamentos de proteção individual em obras de construção, demolição ou reparos;

Bem como, a Constituição em seu artigo 7°, inciso XXII, faz menção, também, à criação de normas de reduzam riscos inerentes ao trabalho.

> XXII - Redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

No mais, de acordo com a NR 6 da Portaria n° 3.214/78, os empregadores são obrigados a fornecer aos empregados, de forma gratuita, o Equipamento de Proteção Individual (EPI). Este equipamento tem como finalidade proteger o trabalhador de riscos que ameacem a saúde e a segurança no trabalho.

O empregador tem o dever de orientar e treinar o empregado sobre o uso correto dos equipamentos, bem como, exigir deste o uso. Além disso, cabe também, ao empregador, substituir o EPI caso esteja danificado, e zelar pela higienização e manutenção periódica do ambiente de trabalho.

Portanto, além as obrigações incumbidas ao empregador, o trabalhador também tem deveres como: usar e conservar o EPI, seguir as regras sobre o uso adequado.

Posto isso, cabe também ao Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, fiscalizar e orientar quanto ao uso adequado do EPI e aplicar as penalidades cabíveis pelo descumprimento da norma regulamentadora.

Cabe salientar, que o problema dos acidentes do trabalho no Brasil não está relacionado à lei brasileira, uma vez que, existem 36 normas regulamentadoras que tratam de regras de proteção no ambiente de trabalho, e mesmo assim os números continuam crescendo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Há também os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT), onde será necessário a existência de alguns profissionais especializados em cada empresa.

No mais, a CLT menciona a obrigatoriedade da Cipa - Comissão interna de Prevenção de Acidentes. A Cipa objetiva prevenir acidentes e doenças decorrentes do trabalho.

Segundo o presidente do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho na Bahia (Sinait), Roberto Miguel Santos, existem atualmente no Brasil menos de 2,3 mil auditores em atividade, quando o número necessário seria de oito mil, ou seja, o número de fiscalizadores é insuficiente para a quantidade de empresas, e isso contribui para o agravamento dos números de acidentes do trabalho.

5 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

Nos moldes do artigo 19 da Lei nº 8.213/91, é responsabilidade das empresas oferecer um ambiente seguro e que não apresente riscos à saúde física e mental de seus funcionários.

Os artigos 157 e 158 da CLT apontam direitos e deveres do empregador e do trabalhador. Quais sejam:

> Art. 157 - Cabe às empresas:
>
> I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
>
> II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Analisa-se, portanto, que o legislador criou dispositivos que visam reparar possíveis danos que o trabalhador venha a sofrer. Um exemplo é a Lei nº 8.213/91 que prevê para o acidentado aposentadoria por invalidez acidentária pra aquele que por meio de acidente de trabalho ficou incapaz para continuar exercendo sua atividade profissional; pensão por morte devida aos dependentes do trabalhador falecido e auxílio-acidente caso as lesões resultarem sequelas que causem a redução da capacidade laboral.

6 ACIDENTE COLETIVO

O maior número de acidentes registrados no Brasil se deu no setor da construção civil, agroindústria mineração, entre outros.

As atividades de mineração, de acordo com a OIT, são consideradas as mais perigosas do mundo. Uma vez que é a indústria que mais oferece risco e pouco treinamento e segurança aos trabalhadores.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) considera as atividades de mineração como as mais perigosas do mundo. Justamente por ser o ramo que menos oferece treinamentos e segurança aos trabalhadores, sendo a indústria extrativa a que mais oferece riscos.

De acordo com as estatísticas do Fundacentro (órgão do Ministério do Trabalho), entre 2002 e 2012, em todo o país, 50 mil mineradores sofreram acidentes durante suas acidades.

Além disso, a consequência das mortes ocorridas é a falta de equipamentos de segurança e condições insalubres, como falta de luz e alta concentração de partículas impuras no ar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ou seja, problema do crescente número de acidentes de trabalho não está na proteção individual do trabalhador, e sim na proteção coletiva. Pois, a culpa sempre fica no empregado, seja pelo não uso do equipamento individual ou pelo uso inadequado.

Um exemplo mais recente de acidente coletivo de trabalho é o rompimento da barragem da mineradora VALE na Mina do Feijão em Brumadinho/MG, onde muitos funcionários morreram devido a essa catástrofe que deixou cerca de 300 vítimas.

7 PREVENÇÃO

Mesmo diante dos órgãos que objetivam proteger a saúde do trabalhador, é necessário manter uma postura crítica e reflexiva de que os programas não estão sendo suficientes diante do número crescente de acidentes.

De acordo com o Livro de Segurança do Trabalho do Ministério Público do Trabalho, no Brasil há um comportamento empresarial que extrai o máximo de excedente do trabalho, sem que se respeite qualquer limite, e isso gera consequências para a saúde e segurança do trabalhador.

Há três características que constituem o padrão de segurança e saúde do trabalho, aqui será mencionado a individualização.

> Individualização – é a forma de abordar a saúde e segurança do trabalho que foca o indivíduo, em detrimento do ambiente de trabalho. Os debates e as ações priorizam ou são exclusivamente direcionados à figura do trabalhador, especialmente ao seu comportamento e aos equipamentos de proteção individual. Desse modo, os empregadores buscam transferir responsabilidades pelos agravos e manter intacta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a forma de gestão do trabalho que engendra os acidentes.

Ao focar no trabalhador de forma individual, abstrai-se o ambiente de trabalho, e com isso as empresas se beneficiam, de modo a não arcar com os custos para dotar medidas de proteção coletiva.

Diante disso, a estatística aponta que o maior número de acidentes com mortes se deu em decorrência do ambiente de trabalho inseguro e não porque os empregados não estavam usando o EPI ou estavam usando de forma incorreta.

> Em 2013, do total das mortes no trabalho registradas pelo INSS, 80% foram decorrentes de: a) impactos de objeto; b) quedas; c) exposição a energia elétrica; d) aprisionamentos (MTPS, 2015). Abarcando diferentes setores, há itens de normas específicos para evitar a ocorrência desses infortúnios, como nas NR 10 (instalações elétricas), NR 12 (máquinas e equipamentos), NR 18 (construção civil), NR 31 (trabalho rural) e NR 35 (trabalho em altura). (Livro de Segurança do Trabalho - MPT)

Em 2013, na construção de edifícios, mais de 40% das mortes foram consequência de quedas de edificações e equipamentos como andaimes e escadas.

Não é em vão que a construção civil está entre os setores de trabalho que apresentam maiores riscos aos trabalhadores.

Acidentes deste tipo estão intimamente relacionados à falta de treinamento dos funcionários envolvidos na atividade, bem como a ausência de um local de trabalho seguro.

Ou seja, os acidentes coletivos de trabalho continuarão acontecendo enquanto as análises de acidente de trabalho apontarem o trabalhador como culpado do acidente. Logo, será difícil falar em medidas de prevenção eficazes, uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vez que, o principal causador é o ambiente de trabalho inseguro que gera riscos para toda a coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalhado foi abordado o conceito de acidente de trabalho, bem como, a relação de causa e efeito entre o exercício da atividade profissional e o acidente ocorrido.

Esclareceu quais são os direitos e deveres do empregador e do empregado. Demostrou as especificidades da responsabilidade civil no âmbito da relação de trabalho.

Analisou a aplicabilidade das medidas de prevenção e reparação.

Contudo, conclui-se que, está cada vez mais difícil prevenir acidentes de trabalho, principalmente no âmbito coletivo, pois a sociedade brasileira segue um modelo de culpabilização da vítima, de modo que, tira do empregador a culpa pelos acidentes ocorridos. Porém, o maior número de acidentes registrados não se deu devido o não uso ou mau uso de equipamento de segurança individual e sim devido à insegurança do local de trabalho.

Logo, a forma de prevenir é focar na segurança coletiva dos trabalhadores. Oferecer um local seguro, com equipamentos que tornem o ambiente seguro para todos os trabalhadores. Desta forma, afastaria a visão de que acidente de trabalho só acontece em decorrência da falta de segurança individual do empregado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Indicam-se as obras que foram utilizadas, da seguinte forma:

BRASIL. **Lei de benefícios da Previdência Social**. Lei nº 8.213/91.

BRASIL. **Lei de Seguros de Acidente do Trabalho**. Lei 6.367 de 19 de outubro de 1976.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho** – CLT.

BRASIL. **Constituição** (1988).

NORMA REGULAMENTADORA n° 6. **Equipamento de Proteção Individual**. Portaria n° 3.214 de 1978.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Saúde e Segurança do Trabalho no Brasil**/ organizador: Vitor Araújo Filgueiras. São Paulo: Gráfica Movimento. 2017.´

SMARTLAB. **Observatório de Saúde e Segurança no Trabalho**. Disponível em: https://observatoriosst.mpt.mp.br/ Acesso em: 01/06/2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO. **Observatório Digital aponta perda de 17 mil vidas em acidentes de trabalho, de 2012 a 2018**. Disponível em: http://www.anpt.org.br/imprensa/noticias/3468-observatorio-digital-aponta-perda-de-17-mil-vidas-em-acidentes-de-trabalho-de-2012-a-2018/ Acesso em: 01/06/2019.

ANAMT. **Brasil é o quarto lugar no ranking mundial de acidente de trabalho**. Disponível em: https://www.anamt.org.br/portal/2018/04/19/brasil-e-quarto-lugar-no-ranking-mundial-de-acidentes-de-trabalho/ Acesso em: 05/06/2019.

CONECT. **Acidentes de Trabalho no Brasil: quais são as áreas com maiores riscos?**. Disponível em: https://conect.online/blog/acidentes-de-trabalho-no-brasil-quais-sao-as-areas-com-maiores-riscos/ Acesso em: 10/06/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

HONORÁRIOS PERICIAIS NA REFORMA TRABALHISTA E A INSTRUÇÃO NORMATIVA N.º 41/18 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA: Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Diretor de Prerrogativas da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região — AMATRA VI (gestão 2018/2020). Professor. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho (IBDT).

RESUMO: O presente trabalho destina-se ao exame do regramento dos honorários periciais no Processo do Trabalho à luz da Lei n.º 13.467/17 e da Instrução Normativa n.º 41/18 do TST.

SUMÁRIO: 1 A edição da Instrução Normativa n.º 41/18 pelo Tribunal Superior do Trabalho: contextualização. 2 Os honorários periciais na Reforma Trabalhista. 3 Conclusões. Referências bibliográficas.

---

1 A edição da Instrução Normativa n.º 41/18 pelo Tribunal Superior do Trabalho: contextualização

Na sessão do dia 06 de fevereiro de 2018, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou a criação de uma Comissão para elaboração de minuta de uma Instrução Normativa a respeito da aplicação temporal das novas regras de Direito Material e Processual decorrentes da superveniência da Lei n.º 13.467/17 (Reforma Trabalhista).

A preocupação declarada da Corte era o estabelecimento de parâmetros consensuais entre os Ministros para incidência das novas regras, a fim de oferecer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aos variados atores sociais previsibilidade em relação ao conteúdo das decisões judiciais.

A questão possuía especial relevo, tendo em vista que, na mesma sessão, houve o sobrestamento da apreciação das propostas de alterações de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Sodalício apresentadas por sua Comissão de Jurisprudência de Precedentes Normativos, em razão da necessidade de definição de uma questão prévia, concernente ao julgamento da arguição de inconstitucionalidade do art. 702, inciso I, alínea "f" da CLT, então suscitada. O aludido dispositivo, criado pela Reforma de 2017, erigiu, como é sabido, requisitos excessivamente rigorosos para a edição de verbetes pelos Tribunais Trabalhistas, regulando de maneira analítica matérias tipicamente reservadas aos Regimentos Internos destes, em evidente hipótese de atentado contra a autonomia do Poder Judiciário e a separação de poderes.

Aguardar o julgamento da arguição de inconstitucionalidade e o posterior exame das propostas apresentadas pela Comissão de Jurisprudência de Precedentes Normativos importaria no decurso de tempo considerável, durante o qual todos os sujeitos envolvidos com o mundo do trabalho enfrentariam profunda indefinição no tocante a diversos temas relevantes no cotidiano.

A Comissão de Regulamentação da Lei n.º 13.467/17 ofereceu suas conclusões quanto à edição de uma Instrução Normativa sobre os delicados temas do Direito Intertemporal em 16 de maio de 2018.

O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou, em 21 de junho de 2018, com alterações pontuais em relação à minuta original, o texto definitivo, que recebeu a identificação de Instrução Normativa n.º 41/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O exame dos *considerandа* e da Exposição de Motivos da IN n.º 41/18 permite a visualização de elementos essenciais para a compreensão das diretrizes que inspiraram sua elaboração.

O primeiro ponto a destacar é que **a IN n.º 41/18 não versa acerca do Direito Intertemporal Material do Trabalho**. É dizer: o TST houve por bem não editar um ato de interpretação da aplicação no curso do tempo aos contratos de trabalho das novas regras fixadas pela Lei n.º 13.467/17, reconhecendo que essa tarefa compete à atuação paulatina dos diversos órgãos jurisdicionais, que consolidarão seus entendimentos a partir do julgamento dos casos concretos apresentados à sua apreciação.

Sendo assim, a Instrução Normativa dispõe apenas a respeito da aplicação no tempo das normas de Direito Processual.

O segundo aspecto merecedor de atenção é que a IN n.º 41/2018, em genuflexão ao art. 5º, inciso XXXVI[369], da CF/88 e ao art. 6º, *caput*[370], da LINDB (Decreto-Lei n.º 4.657/42), pautou-se pela incidência imediata das novas regras processuais, inclusive aos processos em curso, respeitando-se, entretanto, o direito adquirido processual, o ato jurídico processual perfeito e a coisa julgada. Um dos pilares da segurança jurídica é, sem dúvidas, a impossibilidade de modificação, pelo legislador, mediante a edição de novo diploma normativo, das *regras do jogo* processual válidas no passado, surpreendendo as partes e seus Advogados.

Vale rememorar, aqui, que a própria LINDB estabelece, no ordenamento jurídico pátrio, a conformação das figuras anteriormente mencionadas.

369 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: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

370 Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, considera-se **ato jurídico perfeito** aquele "*já consumado segundo a lei vigente ao tempo* em *que se efetuou*" (art. 6º, §1º). A seu turno, os **direitos adquiridos** são tanto aqueles "*que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem*" (art. 6º, §2º). Por fim, a LINDB considera como **coisa julgada** a "*decisão judicial de que já não caiba recurso*" (art. 6º, §3º).

Assentadas tais premissas, cumpre-nos avançar ao exame da regulamentação dos honorários periciais pela Lei n.º 13.467/17, bem como da interpretação do TST, consubstanciada em sua IN n.º 41/18, a respeito da aplicação temporal das inovações legislativas quanto à matéria.

2 Os honorários periciais na Reforma Trabalhista

O art. 790-B da CLT, com a redação atribuída pela Lei n.º 13.467/17, estabelece novas regras em relação aos honorários periciais:

> *Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.*
>
> *§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.*
>
> *§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.*
>
> *§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.*
>
> *§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida*

no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

O aludido dispositivo legal manteve a regra de acordo com a qual a obrigação de pagamento dos honorários periciais deve recair sobre a parte sucumbente no objeto da perícia[371], passando a prever, entretanto, que tal responsabilidade subsistirá mesmo que o sujeito processual seja beneficiário da gratuidade de justiça.

Em interpretação literal, o §4º determina que o valor concernente aos honorários periciais seja abatido dos créditos eventualmente obtido pelo beneficiário da justiça gratuita, ainda que em outros processos. Assim, a União apenas responderia pelos honorários do *expert* em caso de inexistência de créditos do beneficiário da gratuidade suficientes a custear a despesa.

A nova regra é polêmica.

Com efeito, a atual disciplina normativa **a)** restringe o âmbito de proteção do direito fundamental de acesso à justiça, relativamente à abrangência da gratuidade de justiça já estabelecida pelo art. 98 do CPC/15; **b)** implica a atribuição, sem fundamentação razoável, de tratamento distinto entre o litigante no Processo Civil e no Processo do Trabalho, com regência menos favorável a este[372]; **c)** pune, na prática, o trabalhador que postula o pagamento de parcela cuja definição depende de conhecimento técnico e análises específicas, não exigíveis, obviamente, do leigo.

371 Súmula n.º 236 do TST. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão relativa ao objeto da perícia.

372 Observe-se, a propósito, que o art. 98, §1º, inciso VI, do CPC/15 prevê expressamente que a gratuidade de justiça abrange "*os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira*".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, se ultrapassado o filtro da constitucionalidade[373] das referidas novas regras, a Súmula n.º 457[374] do TST haverá de ser alterada.

De acordo com o art. 1.047 do CPC/15, as disposições acerca do direito probatório veiculadas pelo novel Diploma Adjetivo "*aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência*".

O marco, então, fixado pelo CPC para a incidência de novas regras no tocante às provas é o momento do seu requerimento ou da sua determinação.

Seguindo tal lógica, seria possível a aplicação da disciplina veiculada pelo art. 790-B da CLT aos processos em curso, desde que a prova pericial ainda não houvesse sido requerida ou determinada.

Não foi essa, entretanto, a orientação adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, consoante se infere da leitura do art. 5º da IN n.º 41/2018, *in verbis*: "*Art. 5º O art. 790-B, caput e §§ 1º a 4º, da CLT não se aplica aos processos iniciados antes de 11 de novembro de* 2017 *(Lei nº 13.467/2017)*".

Houve por bem a Corte evitar surpreender as partes com a possibilidade de incidência de despesa não cogitada por ocasião do ajuizamento da ação, reconhecendo na previsão relativa aos honorários periciais a natureza híbrida, dada a criação de crédito (direito material) em relação a um sujeito (auxiliar da justiça).

373 Vide, a propósito, o Enunciado n.º 100 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: "*É inconstitucional a previsão de utilização dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para o pagamento de despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais (artigos 791-A, § 4º, e 790-B, § 4º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017), por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado, e à proteção do salário (artigos 5º, LXXIV, e 7º, X, da Constituição Federal)*".

374 Súmula n.º 457 do TST. A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n.º 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.

Sendo assim, as referidas regras somente serão aplicáveis aos processos iniciados a partir de 11/11/2017.

O §1º do art. 790-B sugere que, em qualquer hipótese, o valor dos honorários periciais deve estar limitado ao teto estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, independentemente de o responsável pelo seu pagamento ser ou não beneficiário da gratuidade de justiça, tese há muito sustentada pelas empresas, sob o argumento de observância da isonomia.

É interessante observar que a própria Resolução n.º 66/2010 do CSJT, que disciplina o pagamento de honorários periciais no caso de concessão da gratuidade de justiça, admite expressamente que o Juiz fixe o valor dos honorários em dimensão superior ao limite geral nela previsto (R$ 1.000,00), desde que em decisão devidamente fundamentada[375], considerando-se, por exemplo, o elevado grau de complexidade da matéria objeto da perícia.

Parece-nos, assim, ainda admissível o estabelecimento de honorários periciais em valor superior a R$ 1.000,00, de maneira excepcional, em decisão fundamentada (como, de resto, deve ser qualquer decisão).

O §2º do art. 790-B autoriza o deferimento do parcelamento dos honorários periciais. Naturalmente, o parcelamento somente será possível desde que a "*parte comprove não ter condições financeiras de pagar, de uma só vez, os honorários periciais*"[376].

Por fim, o §3º do art. 790-B veda a exigência de adiantamento de valores para realização de perícias.

375 Art. 3º, § 2º A fixação dos honorários periciais, em valor maior do que o limite estabelecido neste artigo e observada a ressalva que consta do caput, deverá ser devidamente fundamentada.
376 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**: as alterações introduzidas no Processo do Trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 82.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A previsão legislativa está em consonância com a Orientação Jurisprudencial n.º 98 da SDI-II do TST, segundo a qual é "*ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia, independentemente do depósito*".

Por fim, uma cautela há de ser observada. A regra prevista no art. 790-B, §3º, da CLT diz respeito apenas às partes do processo, persistindo a possibilidade de antecipação dos honorários pela União, no caso do beneficiário da justiça gratuita, em conformidade com o disposto no art. 2º, §2º[377], da Resolução n.º 66/2010 do CSJT. No mesmo sentido, registre-se, é o Enunciado n.º 101, item I[378], da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.

3 Conclusões

O art. 790-B da CLT, com a redação atribuída pela Lei n.º 13.467/17, estabeleceu novas regras em relação aos honorários periciais.

O aludido dispositivo legal manteve a regra de acordo com a qual a obrigação de pagamento dos honorários periciais deve recair sobre a parte sucumbente no objeto da perícia, passando a prever, entretanto, que tal responsabilidade subsistirá mesmo que o sujeito processual seja beneficiário da gratuidade de justiça.

377 Art. 2º, § 2º O pagamento dos honorários poderá ser antecipado, para despesas iniciais, em valor máximo equivalente a R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), efetuando-se o pagamento do saldo remanescente após o trânsito em julgado da decisão, se a parte for beneficiária de justiça gratuita.

378 E. 101, I - Honorários periciais. Antecipação. Possibilidade. Aplicação da Resolução 66/2010 - CSJT. É compatível com a nova sistemática da CLT a antecipação de honorários periciais, nos termos do art. 2º, §2º, da Resolução CSJT 66/2010 ou de norma superveniente, permitindo que o perito seja remunerado com recursos próprios da União, ainda na fase instrutória do processo. Após o trânsito em julgado da decisão, sendo o autor beneficiário da justiça gratuita, a União pagará o valor remanescente ao perito, devidamente atualizado, nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Resolução 66/2010, sendo aplicáveis apenas as normas dos Tribunais Regionais que apresentem condição mais favorável à efetividade do processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A nova regulamentação desafia as garantias constitucionais do acesso à justiça e da isonomia, atribuindo, sem fundamentação razoável, tratamento distinto entre o litigante no Processo Civil e no Processo do Trabalho.

Relativamente ao direito intertemporal, a Instrução Normativa n.º 41/18 do TST estabeleceu que a nova disciplina legal aplica-se apenas aos processos ajuizados a partir de 11 de novembro de 2017.

Referências bibliográficas

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**: as alterações introduzidas no Processo do Trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS DIREITOS SOCIAIS E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

AMANDA ANTUNES FELIPE NOGUEIRA: Advogada na Empresa Acesso, Capacitação e Consultoria. Curso superior completo em Direito e pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes.

Ms. ROBERTA CARDOSO

(Orientadora)

Resumo: Este trabalho acadêmico tem o objetivo de analisar e refletir as questões relativas aos direitos sócias. Sua evolução histórica, classificação, conceituação e características, tendo em vista as constantes violações por parte do poder público que, apesar da Constituição Federal garantir na forma da lei tais direitos a todos os indivíduos. É possível identificar a partir dos dados apresentados a desarmonia na viabilização efetiva dos mesmos. Para fundamentação teórica e coleta de dados os utilizada a pesquisa bibliográfica, que possui uma flexibilização, onde o objeto de estudo pode ser constantemente revisado e refletido. Na análise e interpretação dos dados foram discutidos os direitos sociais e sua efetivação através de políticas públicas, e as implicações dos pareceres do mínimo existencial sobre a reserva do possível. As considerações finais expõem que a falta de orçamento é um argumento do qual o Poder Público se utiliza para justificar a falha na promoção das políticas públicas, entretanto, a jurisprudência tem afastado esse argumento diante de núcleos de direitos que são considerados essenciais.

Palavras-chaves: Direitos sociais, reserva do possível, poder público.

Abstract: This academic work has the objective of analyzing and reflecting issues related to social rights. Its historical evolution, classification, conceptualization and characteristics, in view of the constant violations by the public power that, despite the Federal Constitution guarantee in the form of the law such rights to all

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

individuals. It is possible to identify from the presented data the disharmony in the effective viability of the same ones. For theoretical foundation and data collection, bibliographic research is used, which has a flexibilization, where the object of study can be constantly revised and reflected. In the analysis and interpretation of the data, social rights and their effectiveness through public policies were discussed, and the implications of the existential minimum opinions on the reserve of the possible. The final considerations show that the lack of budget is an argument from which the Public Power is used to justify the failure to promote public policies, however, jurisprudence has moved this argument away from clusters of rights that are considered essential.

Keywords: Social rights, reserve of the possible, public power.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva falar sobre os direitos sociais devido à sua importância para o ser humano e devido à sua constante violação pelo Poder Público, não obstante possuírem status de direitos fundamentais. Oriundos da segunda geração se revestem de caráter prestacional uma vez que exigem do Poder Público ações positivas, a fim de que seja promovida a saúde, alimentação, trabalho, moradia, ou seja, o mínimo para que o cidadão possa viver com dignidade. A necessidade de se positivar os direitos sociais nasceu no século XIX no contexto da Revolução Industrial em que a mão de obra operária era explorada pela burguesia sem a obtenção de direito algum. O grande marco da positivação desses direitos foi a Constituição Mexicana de 1917, a qual elevou os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais e considerou a mão de obra humana não mais como uma fonte de lucro, mas também como um objeto de proteção do Estado. A Constituição Mexicana serviu de inspiração para diversas outras, e em 1919 foi promulgada a Constituição Alemã, a qual aperfeiçoou a Constituição Mexicana, positivando outros direitos sociais. O Brasil também evolui na legislação desses direitos, desde a

Constituição de 1824 até a atual de 1988, os direitos de segunda geração foram ganhando cada vez mais relevância e hoje estão na categoria de direitos fundamentais e são invioláveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

Neste artigo iremos abordar a origem histórica dos direitos sociais, sua evolução ao longo da história, classificação, conceituação e características. Também serão analisadas as legislações que positivaram os direitos sociais, e sua evolução no Brasil. Por último, será analisada a eficácia dos direitos sociais diante da cláusula da reserva do possível, teoria estudada na sua origem, classificação, e os casos em que é aplicada ou não pela jurisprudência.

2. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS

Em meados do século XVIII as condições dos operários que trabalhavam nas fábricas eram desumanas, jornadas de trabalho excessivas, em ambientes insalubres, sem direito à pausa para descanso ou refeições. Os salários, quando pagos, eram de valor ínfimo, e não conseguiam suprir as necessidades básicas dos trabalhadores. Ainda que os direitos de primeira geração, como igualdade e liberdade, já houvessem sido consagrados em documentos importantes como o Bill Off Rights e a Carta Magna, por exemplo, na vida prática, a desigualdade social e o sofrimento da maioria da população eram patentes. Certo é que a garantia da não intervenção do Estado na vida privada não foi suficiente para que as pessoas tivessem condições dignas de vida. Diante de tanta exploração da mão de obra operária, diversas manifestações e revoluções eclodiram durante o século XVIII, clamando por ações positivas do Estado a fim de que as desigualdades sociais fossem minimizadas e de que a igualdade formal já garantida na lei se concretizasse de fato.

A Constituição Mexicana de 1917 foi o grande marco para a consagração dos direitos sociais, sendo considerada a primeira Constituição Social do Mundo. Foi a primeira a elevar o direito ao trabalho como direito fundamental, prevendo a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

redução da jornada de trabalho, repouso semanal e o salário mínimo. A Constituição Mexicana inovou ao tratar o trabalho como um direito e não apenas como um modo dos burgueses adquirirem lucros. 379

Outra importante Constituição que positivou os direitos sociais foi a Constituição Alemã de Weimar de 1919. 380 Sua contribuição influenciou diversas outras constituições, inclusive as brasileiras de 1946 e a de 1988. Classificada pelos historiadores como a Constituição Social positivou direitos como o direito à aposentadoria, direito à educação, direito ao ensino público obrigatório e gratuito, função social da propriedade, entre outros. 381

No Brasil, a Constituição de 1824 previa a igualdade de todos perante a lei, liberdade de trabalho e instrução primária gratuita. Mas na prática, 80% da população era analfabeta, e a mão de obra, na sua maioria, era escrava, então a igualdade de todos perante a lei era apenas formal.

A Constituição seguinte, de 1891, foi pouco eficaz para os direitos sociais, seu foco foi estabelecer a República como a nova forma de governo, tratar sobre o poder legislativo e a separação do Estado da igreja, não trazendo nenhum direito social inovador.

Somente em 1930, no governo de Getúlio Vargas, foi que os direitos sociais ganharam relevância, sendo positivados na Constituição de 1934. Dentre os direitos previstos nesta Constituição estavam a proibição de diferença de salários para um

379 SOUZA, Anadélia Viana. Teletrabalho e suas implicações no direito trabalhista brasileiro.. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7403>. Acesso em 09. Abr.2019

380 PINHEIRO; Maria Cláudia Bucchianeri. **A constituição da república de weimar (1919).** 2006__ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9014/a-constituicao-de-weimar-e-os-direitos-fundamentais-sociais/3>. Acesso em 21/04/2019

381 PINHEIRO; Maria Cláudia Bucchianeri. **A constituição da república de weimar (1919).** 2006__ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9014/a-constituicao-de-weimar-e-os-direitos-fundamentais-sociais/3>. Acesso em 21/04/2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mesmo cargo por motivo de sexo, cor, raça ou estado civil, limitação do trabalho a oito horas por dia, proibição do trabalho para menores de 14 anos, repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, assistência médica aos trabalhadores, instituição da previdência em casos de velhice, gravidez ou invalidade, criação da Justiça do Trabalho, entre outros. Mas não foram só os direitos trabalhistas que ganharem relevância, mas também o direito à educação pública gratuita, inclusive para adultos, proteção à gestante e aos idosos e o direito à previdência.382

Direitos que atualmente parecem óbvios só foram existir 43 anos após a proclamação da República, o que revela o descaso do Poder Público com as condições sociais da população.

Antes da Constituição de 1934 mulheres e crianças podiam trabalhar em condições insalubres, diariamente acidentes graves aconteciam nas fábricas e estes não eram indenizados, sequer tinham o direito à assistência médica. Se os trabalhadores não tivessem mais condições de trabalhar, não havia um plano para que eles continuassem a receber, da mesma forma se fossem despedidos. As gestantes não possuíam direitos muito, menos proteção ao desemprego. Não existia nenhum tipo de segurança, nem a segurança física no ambiente de trabalho, nem a financeira, quanto aos salários. Aliás, não existia segurança em relação ao próprio trabalho, pois os trabalhadores podiam ser dispensados por qualquer motivo. Por isso a Constituição de 1934 foi tão importante para os direitos sociais no Brasil, foi a mais ousada, inovadora e garantidora. Infelizmente, sua vigência se deu por apenas 3 anos, pois em 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas a Constituição de 1937, também chamada de Polaca, por se inspirar no regime

382 SOUZA, Anadélia Viana. Teletrabalho e suas implicações no direito trabalhista brasileiro.. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7403> .Acesso em 21.abr.2019.

autoritário da Polônia. Esta Constituição marcou o autoritarismo de Getúlio, concentrando as atribuições do poder legislativo nas mãos do poder executivo e extinguindo os partidos políticos.

Em 1946 com o fim do governo de Getúlio, há um processo de redemocratização no Brasil e é promulgada uma nova Constituição que também positiva os direitos sociais. Grande inovação trazida por esta Carta foi a proteção à função social da propriedade, permitindo a desapropriação caso esta não fosse respeitada.

A exigência da função social é prevista até os dias de hoje pela Constituição de 1988. Discorrendo sobre o tema, Edson Ricardo Seleme dispõe:

> Não sendo um direito absoluto está sujeito a uma série de restrições e normas. Pode ser desapropriada, por necessidade ou utilidade pública e, caso esteja cumprindo sua função social, receberá do Poder Público expropriante justa e prévia indenização, em dinheiro (art. 5o, XXIV). Se não cumpre sua função social, fica sujeita à desapropriação como forma de sanção. Se for rural, o pagamento indenizatório será em títulos da dívida agrária (TDA), prevista no art. 184 da CF; se urbana e pelo município, dentro das condições do art. 182, § 4o, III, da CF e após lei específica, será pago por títulos da dívida pública (TDP), de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Esta última desapropriação depende da inserção do imóvel no contexto do plano diretor e ela é antecedida de parcelamento ou edificação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> compulsório. Se o proprietário se mantiver inerte lhe será imposta sanção expropriatória.383

Percebe-se que esta Constituição foi promulgada um ano após o término da Segunda Guerra Mundial, em que milhares de pessoas foram mortas, e os que sobreviveram, a grande maioria, estavam vivendo na extrema pobreza. O contexto histórico em que o mundo vivia após a Guerra era de reflexão e indignação diante a tamanha violação dos direitos sociais sofridos pelos cidadãos, principalmente por ser em virtude de suas etnias e opções filosóficas e religiosas. Nunca os direitos sociais haviam sofrido tanto desrespeito e em proporções avassaladoras. Nessa época, criou-se a ONU, com o objetivo de tratar das grandes questões da humanidade e evitar que uma terceira Guerra Mundial fosse instaurada. Os direitos sociais passaram a ser mais valorizados, principalmente em relação às minorias étnicas e religiosas, que foram as que mais sofreram com a Guerra. Não foi somente a valorização dos direitos sociais que surgiu como consequência da Grande Guerra, mas também a divisão ideológica entre duas grandes potências mundiais, Os Estados Unidos com o sistema capitalista, e a União Soviética com o sistema comunista. Evidentemente que esta polarização influenciou o Brasil, que temia o sistema comunista e, em virtude deste temor, em 1964, os militares destituíram o Presidente João Goulart, que era visto como uma ameaça comunista, e tomaram o poder, culminando na promulgação da Constituição de 1967.

A partir de então o Brasil experimentaria 20 anos de ditadura e diversas alterações em sua Constituição. A Constituição de 1967 manteve a previsão dos direitos sociais, retrocedendo quanto ao Fundo de Garantia, que passou a ser opcional e restringindo o direito de greve. Ao todo a Constituição de 1967 sofreu 27 emendas.

383 SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional. Coleção e Sucesso Concursos Públicos e OAB.** São Paulo: Manole, 2011. P.125

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No final dos anos 70 e início dos anos 80 o Brasil vivia uma grave crise econômica e o governo militar sofria grandes críticas por parte da população. Começa novamente um processo de redemocratização no país, e em 1988, com o fim do regime militar, foi promulgada a Constituição que está em vigor até os dias atuais.

A Constituição brasileira de 1988 é considerada pelos historiadores a que mais valorizou os direitos sociais. Podemos perceber logo no artigo 1°, inciso IV, que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito são os valores sociais do trabalho. No artigo 3° como objetivos fundamentais da República estão previstos a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

Ricardo Edson Saleme, citando Ferreira Filho, dispõe sobre que:

> Esta Constituição foi a mais abrangente e extensa de todas as anteriores; além de contemplar as liberdades clássicas, conferindo ênfase aos direitos em matéria penal; por outro lado, identifica novos direitos, a exemplo da defesa do consumidor, direito à informação. Inclusive, sublinha o novo capítulo aberto para definir os direitos sociais, que, desde a CF de 1934, estavam inseridos no capítulo referente à ordem econômica e social.384

A Constituição de 1988 elevou os direitos sociais ao status de direitos fundamentais o que significa que sua violação é considerada tão grave quanto à violação ao direito à vida e à liberdade por exemplo. Também significa que eles estão inseridos nas cláusulas pétreas, constituindo-se em matérias que não podem ser objeto de emenda tendente à sua abolição ou substancial alteração, de acordo com o artigo 60, parágrafo 4°, inciso IV, da Constituição Federal. Discorrendo sobre

384 SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional. Coleção e Sucesso Concursos Públicos e OAB.** São Paulo: Manole, 2011, p.105.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o caráter de cláusula pétrea que os direitos sociais possuem, Sylvio Motta revela que:

> Não há dúvida de que os direitos sociais compõem os direitos fundamentais. Do mesmo modo, podemos perceber que a maioria dos direitos sociais tem caráter individual, tais como os direitos à saúde, à educação, ao lazer e ao trabalho. Com isto, segue-se como plenamente justificável a afirmação de que eles estão compreendidos entre as cláusulas pétreas. ''385

Há a teoria das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, formulada por Noberto Bobbio. A doutrina prefere o termo dimensão por considerar que o termo geração pode dar a ideia de que uma geração de direitos exclui a outra, o que não é verdade. O que acontece é que uma dimensão traz mais direitos à anterior e os direitos se acumulam. Os direitos sociais são classificados como direitos de segunda dimensão e são aqueles que exigem uma prestação do Estado para que sejam garantidos os direitos à saúde, à previdência e aos direitos econômicos. Nas palavras de Edson Ricardo Saleme:

> Gerados a partir da necessidade de intervenção do Estado para coibir determinados abusos do Estado liberal, surgiram com o denominado intervencionismo estatal. São os direitos sociais, previdenciários ou ainda aqueles que viabilizam a intervenção do Estado na economia. 386

José Afonso da Silva conceitua os direitos de segunda geração como:

385 MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método. Revista, atualizada e ampliada, 2016, p. 400.
386 SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional. Coleção e Sucesso Concursos Públicos e OAB.** São Paulo: Manole, 2011, p. 101.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. 387

3. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS SOCIAIS E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Como a Constituição de 1988 considera os direitos sociais como direitos fundamentais, mister se faz estudarmos as suas características.

Primeiramente os direitos sociais possuem o caráter da fundamentalidade, ou seja, são supremos e superiores, constituindo-se como a base de uma sociedade democrática, como podemos comprovar com artigo 1°, inciso IV da Constituição Cidadã. A segunda característica dos direitos sociais é a universalidade, o que significa dizer que os mesmos valem para todas as pessoas sem distinção e em todo o território nacional. Os direitos sociais também são imprescritíveis, o que significa que não se extinguem pelo decurso do tempo ou pelo fato de os direitos não serem exercidos por seus titulares. Como quarta característica, podemos apontar a indivisibilidade, que já faz parte do próprio conceito das dimensões dos direitos, pois preconiza que uma geração de direitos não exclui a outra, os direitos são inseparáveis e não há hierarquia entre eles. A quinta característica é a inalienabilidade, pois os direitos sociais não possuem conteúdo econômico, sendo

387 MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método. Revista, atualizada e ampliada, 2016. p. 197.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

assim, os titulares não podem abrir mão deles. Os direitos sociais também se revestem do caráter da concorrência ou complementariedade na medida em que se complementam e podem ser exercidos ao mesmo tempo, por exemplo, o direito à moradia e à alimentação. A irrenunciabilidade se faz presente uma vez que os direitos sociais ainda que não exercidos não podem ser renunciados pelo seu titular, vão sempre existir. Os direitos sociais são limitados porque existem restrições ao seu exercício. E por último, os direitos sociais, como são direitos fundamentais, possuem aplicabilidade imediata, ou seja, não precisam de uma norma complementadora para que possam ser exercidos, segundo o artigo 5°, parágrafo 1° da Constituição. 388

Importante também destacar que aos direitos sociais aplica-se o princípio do não retrocesso social, que nas palavras de Guilherme Piccina, é a '' proteção conferida às cláusulas pétreas e também com as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. '' 389

Ingo Wolfang Sarlet dispõe que,

> Ser reconduzido tanto ao principio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao principio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do

388 MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método. Revista, atualizada e ampliada, 2016, p. 185.
389 PICCINA, Guilherme Krahenbuhl. **Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva. 2016, p.232.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.390

Podemos concluir que o princípio do não retrocesso social impede que o Poder Público suprima ou reduza os direitos sociais já garantidos aos indivíduos.

Esse princípio está implícito na Constituição Federal e também é tratado pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, o qual prevê que cada Estado adote medidas que assegurem progressivamente e até o máximo o pleno exercício dos direitos sociais.391

Também está plenamente consagrado pela jurisprudência conforme o julgado abaixo:

Princípio do não retrocesso social- Não obstante a regra do artigo 7°, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988, que reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho, tem-se entendido que as cláusulas previstas nas negociações coletivas não são absolutas, devendo respeitar as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. Não se trata de desconsiderar a livre manifestação de vontade das partes que celebraram a norma coletiva, mas impor limites à autonomia da vontade, uma vez que se coloca em risco a saúde daquele que supõe estar sendo beneficiado pelas disposições da norma coletiva. Trata-se do Princípio do Não Retrocesso Social. 392

3.1 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

390 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 454.

391 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em 23/04/ 2019.

392 BRASIL.Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região TRT-5 - Recurso Ordinário : RecOrd 0001111-91.2013.5.05.0133 BA 0001111-91.2013.5.05.0133 TJ 03 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=PRINC%C3% 8DPIO+DO+N%C3%83O-RETROCESSO Acesso: em 23/04/ 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O doutrinador José Afonso da Silva classifica os direitos sociais em seis classes, a saber:

a) Os direitos sociais relativos ao trabalho, os direitos sociais relativos à seguridade, os direitos sociais relativos à educação e à cultura, direitos sociais relativos à moradia, direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso e os direitos sociais que dizem respeito ao meio ambiente.393
b) Os direitos sociais estão previstos dentro do Título III Dos Direitos e Garantias Fundamentais, dentro do capítulo II Dos Direitos Sociais. Mas esse rol não é taxativo, pois os direitos sociais também estão previstos no Título VIII da Ordem Social.

Tratando do Título III, capitulo II, o artigo 6° prevê que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

O direito à educação além de estar previsto no artigo 6°, também se encontra inserido no capítulo da Ordem Social, previsto nos artigos 205 a 214 da Constituição Federal.

A educação é prevista como um dever do Estado e da família, sendo um direito de todos, tendo como meta o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. José Celso dispõe que a educação não proporciona apenas a instrução, mas também o desenvolvimento das aptidões e personalidade do indivíduo. 394

393 SILVA; Afonso Cunha. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo. SARAIVA, São Paulo 2001, p. 286
394 MELLO, Filho, José Celso. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 533.

Em relação ao direito à educação, o artigo constitucional mais violado na sociedade brasileira, é o artigo 208, IV, o qual prevê a obrigação do Estado em garantir a educação infantil em creches e pré-escolas para crianças com até 5 anos de idade.

O STF já consolidou o entendimento de que é possível ação judicial para que o Poder Público seja obrigado a promover a vaga da criança em creche pública, como podemos ver abaixo:

> [...] A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida as crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal [...]Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, o entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excep- cionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional [...]5 395

Ainda sobre o direito à educação, o doutrinador Guilherme Piccina resume outros quatro entendimentos firmados pelo STF:

O primeiro é que não é omissão do Chefe do Poder Executivo federal o fato de ainda existirem analfabetos no país e a falta de ensino fundamental gratuito e obrigatório para todos. O Segundo entendimento da Suprema Corte é que o Programa Universidade para Todos (Prouni) é um programa de ações afirmativas do Estado. O terceiro entendimento diz respeito ao reconhecimento da repercussão geral envolvendo o ensino familiar e a participação do Estado. O último entendimento criou a Súmula Vinculante n° 12, que reconhece a inconstitucionalidade da cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas.396

O direito à saúde, além de estar previsto no artigo 6°, também está nos artigos 196 a 200 da Carta Magna e é de responsabilidade comum de todos os entes federativos conforme podemos verificar na ementa abaixo:

Direito Fundamental à saúde. Impossibilidade de apreciação da matéria em recurso especial. Competência. Solidariedade dos entes federados. Entendimento consolidado no STJ.

---

395 BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE-AgR 410715 SP 2a Turma, Recurso Extraordinário 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22-11-200. Disponível em: **https://stf.jusbrasil.com.br/juris**prudencia /762513/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-410715-sp. Acesso em:23/04/2019.

396 PICCINA, Guilherme Krahenbuhl. **Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva. 2016 p.238.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...] o funcionamento do Sistema único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária entre os entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que objetive o acesso aos meios e medicamentos para tratamento de saúde. Outro assim note-se que foi debatida matéria com fundamento eminentemente constitucional, envolvendo especialmente a garantia constitucional de direito à saúde, sendo sua apreciação de competência exclusiva do STF [...]397

Caso o indivíduo não consiga ter acesso à assistência médica, ele pode ser valer do mandado de segurança, previsto no artigo 5°, LXIX da Constituição e regulamentado pela lei 12.016/2009, que objetiva resguardar direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou por habeas data. O direito à saúde é um direito líquido e certo e não existe nenhuma condição para que ele seja exercido:

Direito fundamental à saúde. O direito líquido e certo exigido no mandado de segurança é aquele que se apresenta de forma manifesta em sua existência, delimitado na sua extensão e apto ser exercido, sem qualquer condicionante, no momento da impetração do mandamus. Restando demonstrada a urgência e a necessidade de transferência do impetrante para o hospital com estrutura adequada para a realização de cirurgia ortopédica, deve ser mantida a sentença que, confirmando a antecipação de tutela, impôs sua realização. 398

Infelizmente o direito à saúde, na prática, entra em conflito com a disponibilidade dos recursos financeiros do Poder Público. Dispondo sobre a

397BRASIL. **Direito fundamental a saúde.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Direito+fundamental+à+saúde> Acesso em 23/04/ 2019.
398BRASIL. **Direito fundamental a saúde.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Direito+fundamental+à+saúde> Acesso em 23/04/ 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

importância do administrador em gerir de forma eficiente os recursos financeiros, Eder Marques dispõe:

> Segundo o art. 167, § 1º da CR/88, "nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade" (BRASIL, 2012). Ou seja, é vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem previsão orçamentária, cerceando, assim, a responsabilidade do governante adstrita ao cumprimento da legalidade. Portanto, a maneira de se amenizar o impacto entre o déficit de receitas e despesas é o uso devido do planejamento. 399

As leis 4.320/1964 e 8080/1990 tratam das normas gerais de direito financeiro, e das ações e serviços de saúde, dispondo sobre as verbas que o Poder Público deverá destinar ao investimento na área da saúde. Inclusive o artigo 3° da lei 8080/1190 dispõe que a saúde engloba o direito a moradia, a alimentação, ao saneamento básico, ao meio-ambiente, ao trabalho, a renda, a educação, a atividade física, ao transporte, ao lazer e o acesso a bens e serviços essenciais.400 Ou seja, segundo essa lei, todos os direitos sociais previstos no artigo 6° da Constituição, estão inclusos dentro do direito à saúde. Dispondo ainda sobre a lei 8080/1990, esta prevê que é atribuição comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a administração dos recursos financeiros destinados à saúde em cada ano. O artigo 31 da referida lei dispõe que o orçamento da seguridade social

399 AZEVEDO; Eder Marques de, ALMEIDA; Gustavo Barçante de, PORTES Paola Alvarenga. **O Mito da Teoria da Reserva do Possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais**. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/243-328-1-pb.pdf. Acesso em: 30/ 4 / 2019, p.38.

400 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em 23/04/ 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Pedro Lenza ainda cita a PEC do Orçamento Positivo que se transformou na Emenda Constitucional 86/2015 e prevê a reserva de 15% da receita líquida em gastos com a saúde, esse valor deve ser cumprido progressivamente dentro de 5 anos da sua promulgação.401 Essa emenda, porém, segundo Élida Graziane, representa um retrocesso para o direito social, visto que o valor que deverá ser reservado é menor do que o estabelecido anteriormente pela Emenda Constitucional n.29/2000, que era de 14%, representando uma infeliz perda de 0.8%.402 Vimos anteriormente que os direitos sociais são protegidos pelo princípio do não retrocesso social, que foi violado neste caso.

Assim sendo, além da Constituição Federal, a legislação brasileira possui outros instrumentos legislativos que garantem que recursos financeiros específicos sejam destinados ao investimento à saúde. Podemos perceber então que a destinação de orçamento para investimento na área da saúde enfraquece o argumento da falta de recursos financeiros por parte do Poder Público uma vez que já são previstos meios que fornecerão dinheiro para a manutenção do sistema. Eder Marques preleciona que a falta de recursos não pode ser argumento para a falta de investimentos na área da saúde ao dispor: Por tal feita, a insuficiência de recursos orçamentários decorrentes de escassa arrecadação tributária não serve como mote

401 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva. 2016. p.1317.
402 E PINTO; Élida Graziane, SARLET; Ingo Wolfgang. **Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde.** 24.03.2015, p. 4, Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto. Acesso em: 08.05.2015, p. 4

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

justificador de ausência de cobertura dos direitos fundamentais, pois suprimiria a garantia de proibição de retrocesso. Esse princípio enfraqueceria a interpretação da cláusula da reserva do possível enquanto compromisso do Estado limitado ao financeiramente possível, ao mesmo tempo em que se revela apático à realidade orçamentária como fator concreto à definição de prioridades do orçamento. De todo modo, o planejamento governamental mais uma vez se desponta como necessário ao resguardo da segurança jurídica por permitir a eleição de critérios positivadores para as escolhas trágicas diante do paradoxo demandas versus recursos. 403

O direito à alimentação foi inserido no artigo 6° pela Emenda Constitucional 64/2010 e está previsto em diversos diplomas internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que no artigo XXV, item 1 prevê :

> Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar- lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle 404

403 AZEVEDO; Eder Marques de, ALMEIDA; Gustavo Barçante de, PORTES Paola Alvarenga. **O Mito da Teoria da Reserva do Possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais**. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/243-328-1-pb.pdf. Acesso em: 30/ 4 / 2019, p.45.

404 ONU. Declaração Universal dos Direitos humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. D Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em 23/04/ 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Também está previsto no Pacto Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, e no protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1988. 405

O direito à moradia é o direito social que não raramente entra em colisão com outros direitos fundamentais, como o direito a propriedade e ao meio-ambiente, por exemplo. Importante ressaltar que não existe hierarquia entre os direitos fundamentais e que a opção de preservar um direito em detrimento de outro se dá no caso concreto através do princípio da proporcionalidade. Sobre o tema, Barroso dispõe que "não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto".406

O princípio da proporcionalidade é o instrumento do qual se vale os órgãos do poder judiciário para resolver a colisão dos direitos fundamentais no caso concreto. Ele possui três vertentes: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação avalia se a medida utilizada para alcançar o objetivo é apropriada, caso não seja, a medida deve ser desconsiderada. A necessidade exige que a medida utilizada cause o menor prejuízo à sociedade, ela deve ser estritamente necessária, não podendo ser excessiva ou insuficiente. A proporcionalidade em sentido estrito leva em consideração a ponderação dos direitos fundamentais, é essencial saber se o benefício alcançado com o meio escolhido sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que a medida buscou preservar.407 Sobre o princípio da ponderação, Morais explica que:

405 PICCINA, Guilherme Krahenbuhl. **Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva. 2016, p.243.
406 BARROSO; Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva 2009, p.120.
407 MAIA; Lorena Duarte Lopes **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal.** 2019. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em 23./04/.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.408

Nas ementas abaixo podemos ver o critério da ponderação sendo aplicado no caso concreto:

Incidência do princípio da proporcionalidade na hipótese de conflito entre direitos fundamentais. I- Diante da manifesta natureza alimentar das verbas trabalhistas e, tendo, de outro lado, o cunho também de alimentar dos salários, das aposentadorias e das pensões alimentícias , impõe-se um exercício de interpretação do artigo 833, inciso 833, inciso IV, do CPC de modo a conciliar ambos os direitos fundamentais em confronto; II- Não se figura razoável, por incidência da interpretação do aludido dispositivo legal, simplesmente obstar a satisfação do crédito trabalhista , especialmente depois do longo caminho já percorrido pela parte exequente , porque o contrário implicaria reconhecer que apenas o executado tem direito; III- assim, em juízo, de ponderação, imprescindível considerar a verba a ser objeto de constrição e, com base nesse parâmetro, estabelecer uma proporção passível de constrição visando minimizar os sacrifícios do exequente e executado, na execução da dívida trabalhista , quando a cobrança atinge responsável pessoa física assalariada ou titular do benefício previdenciário; IV- assim sendo, aplicando o princípio da proporcionalidade, não viola legislação vigente penhora que incida

408 MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. P.. 110.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sobre parte razoável de salário e/ou benefício previdenciário por mês, até atingir obrigação inadimplida.409

Função Social da propriedade e direito de moradia. Indenização pelas benfeitorias indevida.

> [...] A ação de reintegração de posse é a via adequada para que o possuidor garanta a retomada da posse, em caso de esbulho. Daí decorre que, para o manejo desta ação, devem estar devidamente comprovados a posse, o esbulho praticado pelo réu e sua data, além da consequente perda da posse. Presentes tais requisitos, procede o pedido possessório. Se o esbulho datar menos de ano e dia ter-se-á à expedição de mandado liminar, a fim de reintegrar o possuidor imediatamente. A pretensa função social da propriedade ou direito de moradia não importam diminuição da posse em favor do esbulho praticado e nem impõe o provimento do apelo, pois de modo algum pode dar respaldo à tomada arbitrária da posse alheia[...]410

Como pudemos ver a resolução dos conflitos dos direitos fundamentais, inclusive os de propriedade e os de moradia, se dá com a aplicação de medias que causem o menor número de malefícios para ambas as partes, ou seja, que cause o menor prejuízo possível aos direitos dos titulares.

409 RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região TRT-1 - Agravo de Peticao : AP 00004106420115010343 RJ . Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/jurisprud encia/busca?q=CONFLITO+ENTRE+DIREITOS+FUNDAMENTAIS>. Acesso em 23/04/2019.

410 GOIAS. Tribunal de Justiça. Terceira câmera Civel. APELACAO CIVEL: AC 0251615-33.2013.8.09.0044 14 de fevereiro 2017. Dispivivel em: https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435836259/apelacao-civel-ac-25161533201 38090044?ref=serp .Acesso em: 23/04/2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O direito à segurança, previsto no artigo 6° e no caput do artigo 5° da Constituição Federal, protege tanto a segurança física, ou seja, a segurança pública, como também a segurança jurídica, em que o Estado é obrigado a garantir a estabilidade às relações jurídicas.

Diante da omissão do Poder Público em garantir a segurança pública, cabe ao Poder Judiciário, quando acionado, determinar medidas que façam cessar a lesão ao referido direito:

> O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de politicas publicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo 411

Além desses direitos sociais, o doutrinador Guilherme Piccina ainda discorre sobre a existência dos direitos sociais em espécie, que são: direito pela busca da felicidade, previsto na Declaração do Estado da Virgínia de 1776 e objetiva garantir à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, ao trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social e a assistência aos desamparados.412 413Os direitos individuais aos trabalhadores, direitos coletivos dos trabalhadores, direito de greve, direito de participação e representação dos trabalhadores nos

411 BRASIL. 2a Turma, Recurso Extraordinário 559.646, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 7-6-2011, DJE de 24-6- 2011. No mesmo sentido: 1a Turma, ARE 654.823, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12-11-2013 DJE de 5-12-2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20135. Acesso em 23.abr.2019

412 PICCINA, Guilherme Krahenbuhl. **Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva. 2016. p.250.

colegiados dos órgãos públicos, todos já previstos nos artigos 7º, 8°, 9° e 10 da Constituição Federal.

Da Possibilidade do Poder Judiciário obrigar o Poder Executivo a promover políticas públicas

Os direitos sociais efetivam-se através de políticas públicas.

Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci políticas públicas são:

> São programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Politicas publicas são "metas coletivamente conscientes" e, como tais, um problema de direito publico, em sentido lato. 414

Quando o Poder Executivo não promove as políticas públicas, impossibilitando os cidadãos a desfrutarem dos direitos sociais, cabe ao poder judiciário agir para que tais direitos sejam cumpridos. Certo é que existe a separação dos três poderes, executivo, legislativo e judiciário, e que um poder não pode se sobrepor ao outro. Ocorre que o neoconsitucionalismo conferiu grande força a Constituição, tornando o Poder Judiciário o guardião das normas constitucionais. Baseado nesse princípio, de que a Constituição é a norma suprema a ser cumprida e que o Judiciário deve garantir a sua aplicação, é que os juízes e magistrados estão legitimados a obrigar os demais poderes a promoverem as políticas públicas.

Clarice Seixas Duarte afirma:

> Ora, se o Estado social está todo voltado para a concretização dos direitos sociais por meio da implementação de políticas

414 BUCCI; Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e politicas publicas**. São Paulo: Saraiva. 2002 p. 241.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> públicas, negar a possibilidade de constrangimento judicial do Estado a executar o que deve fere todo o espirito da Constituição e compromete sua efetividade. Não há nada pior em um Estado social do que a omissão dos poderes públicos no tocante à realização das políticas públicas constitucionalmente delineadas. Trata-se de uma lesão de direitos extremamente grave, que afeta a integridade do sistema e, como tal, deve ser levada ao Judiciário, órgão incumbido de apreciá-las, conforme dispõe o art. 5o, XXXV, da Constituição Federal 415

Dispondo ainda sobre a possibilidade do poder judiciário obrigar o poder executivo a promover as políticas públicas, Dirley da Cunha Junior revela que,

> cumpre ao juiz, no exercício da jurisdição constitucional das liberdades, desenvolver e efetivar as normas constitucionais, cabendo-lhes, até mesmo, se necessário à plena realização dos direitos fundamentais, viabilizar políticas públicas ante a omissão inconstitucional dos órgãos de direção política 416

Nesse sentido também já decidiu a Suprema Corte conforme o julgado abaixo:

> Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de

415 HADDAD, Sergio; GRACIANO, Mariângela (Org.). A educação entre os direitos humanos. São Paulo: Acabo Educativa, 2006, p. 145.

416 CUNHA; Júnior Diley daControle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva 2008.Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/22874. Acesso em: 3/05/2019, p. 362 e 363.

> abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).417

4. METODO

A pesquisa para o presente artigo foi feita através de livros, artigos científicos e jurisprudências, na língua portuguesa, utilizando palavras chaves como direitos sociais, cláusula da reserva do possível, mínimo existencial e políticas públicas. As buscas foram realizadas no período de 01 de fevereiro de 2019 a 04 de maio de 2019.

5. ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DOS DADOS

O artigo tem como finalidade discutir a eficácia dos direitos sociais no Brasil em virtude da escassez financeira e como este argumento tem sido afastado pela aplicação da teoria do mínimo existencial. Para embasar os estudos foram utilizados pensamentos de doutrinadores retirados de livros, artigos científicos, bem como entendimentos dos magistrados expressados em jurisprudências.

417 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29-4-2004, Informativo 345 do STF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

6. A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Este capítulo trás a análise da eficácia dos direitos sociais e sua relação com Cláusula reserva do possível. Para que se entenda a diferença entre mínimo existencial e princípio da reserva de possível.

Como já dito os direitos sociais demandam do Poder Público políticas que garantam ao cidadão o efetivo acesso a esses direitos. Ocorre que o Estado muitas vezes se encontra em situação de escassez financeira, o que impossibilita o cumprimento da realização da política pública. Para justificar esta impossibilidade, esta falha na prestação do direito, foi criada a teoria da reserva do possível, em que se prega que o Estado deve proporcionar os direitos sociais, desde que possua orçamento para tanto.

O princípio da reserva do possível teve origem no julgamento de uma ação na Alemanha em 1972. Nesta ação os estudantes exigiam que o Estado proporcionasse vagas no curso de medicina para todos. O pedido foi julgado improcedente, pois o Estado não possuía condições de assegurar vagas no curso de medicina para todos os estudantes do país, considerando aquela demanda fora das possibilidades de atuação do Poder Público ao mesmo tempo em que era desproporcional.418 Aquela ação trouxe em discussão o que o indivíduo poderia realmente exigir da sociedade, ou seja, até que ponto se poderia exigir do Estado determinada prestação.419

Com esse julgamento originou-se a tese de que o Poder Público só poderia atuar quando tivesse condições para tanto, ou seja, quando fosse possível a prestação do direito ,considerando a limitação dos recursos do Estado.

418 PICCINA, Guilherme Krahenbuhl. **Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva. 2016, p.229.
419 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 515.

Podemos dizer então que o princípio da reserva do possível condiciona a prestação dos direitos sociais aos recursos financeiros do Poder Público. Não só os recursos financeiros são avaliados, mas também a necessidade, a distributividade e eficácia do serviço.

Baseado em tal princípio, o Poder Público, para conceder o direito social, deve levar em consideração também, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade do pedido.

Comentando sobre a teoria da reserva do possível, Eder Marques de Azevedo dispõe que sobre ela recaem duas limitações, uma de ordem jurídica e outra de ordem fática. A limitação de ordem jurídica formal diz respeito ao que é exigido pela lei orçamentária, a qual determina quais valores e recursos serão disponibilizados para cada área, garantindo assim, a segurança jurídica. A limitação de ordem fática ou material está relacionada aos recursos financeiros disponibilizados para cada ente federativo. Eder Marques observa que há municípios que enfrentam grande escassez de recursos e sempre dependem do repasse de verbas por parte da União e do Estado, fruto de uma política desorganizada, que emancipou municípios, que hoje não possuem condições de se sustentarem sozinhos. Por outro lado, existem municípios autossuficientes, prósperos, porém, como a população é bem maior, os problemas sociais também o são, e os recursos disponíveis não são suficientes para atender as múltiplas necessidades desses centros urbanos.420

Existem três interpretações sobre a aplicação de teoria da reserva do possível:

420 AZEVEDO; Eder Marques de, ALMEIDA; Gustavo Barçante de, PORTES Paola Alvarenga. **O Mito da Teoria da Reserva do Possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais**. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/243-328-1-pb.pdf. Acesso em: 30/ 4 / 2019, .p.47.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A primeira corrente defende a inaplicabilidade completa desta teoria a fim de que os direitos sociais sejam garantidos em sua plenitude. Andreas Krell defende esta teoria e afirma que diante da questão de tratar milhares de vítimas portadoras de doenças comuns à pobreza e alguns doentes em estado terminal que precisam de recursos especiais, todos devem ser atendidos. Ou seja, em se tratando de direitos sociais fundamentais, todos, sem exceção, devem ser contemplados. Se não existem recursos suficientes, eles devem ser retirados de outras áreas, como o transporte, fomento econômico, serviço de dívida, por exemplo. Para esta doutrinadora a teoria da reserva do possível relativiza a importância dos direitos sociais na medida em que permite que o Poder Público justifique sua omissão em realizar políticas públicas. 421

Compartilhando da mesma opinião, o jurista Andreas Joachim Krell, defende a impossibilidade da aplicação da cláusula da reserva do possível no Brasil devido à realidade socioeconômica ser totalmente diferente da realidade da Alemanha, país em que o princípio teve origem. 422

A segunda corrente admite a aplicação da teoria diante da ineficiência de recursos, ou seja, o Poder Público deve promover os direitos sociais, desde que disponha de orçamento para tanto. Podemos citar como defensores dessa corrente os autores Gustavo Amaral, Paulo Gustavo Gonet Branco e Luiz Nunes Pegoraro. Essa corrente admite que o Judiciário possa obrigar o Poder Executivo a promover as políticas públicas sem que haja a ofensa ao princípio da separação dos poderes. 423

---

421 KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des.) caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.p. 53.

422 Ibidem

423 AZEVEDO; Eder Marques de, ALMEIDA; Gustavo Barçante de, PORTES Paola Alvarenga. **O Mito da Teoria da Reserva do Possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais**. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/243-328-1-pb.pdf. Acesso em: 30/ 4 / 2019. p.49.

A terceira corrente entende que a teoria da reserva do possível deve ser aplicada conquanto respeite o mínimo existencial, aquele conteúdo de direitos essenciais, como saúde, educação e saneamento, sem os quais o ser humano não pode existir de forma digna. O STF aplicou esta teoria no julgamento da ADPF n° 45, julgada em 24/04/2004424 e como defensora desta corrente, temos a doutrinadora Ana Paula Barcellos. Comentando o julgamento da ADPF n° 45, Eder Marques afirma que: ''Para a ADPF nº 45, a responsabilidade do Estado deve considerar, a princípio, os limites jurídico e material à aplicação da reserva do possível. No entanto, ainda devem ser considerados outros pressupostos à aplicabilidade de tal teoria: i) *razoabilidade da pretensão,* ou seja, verificar se o objeto pleiteado é lícito, possível e determinado, devendo ser reconhecido pelos órgãos administrativos competentes. Por exemplo, em casos de requerimentos de saúde é preciso haver a aprovação da ANVISA, do Ministério da Saúde e do SUS; ii) disponibilidade de recursos.''425

Para que o Poder Público possa se valer da cláusula da reserva do possível ele deve demonstrar quais as pessoas serão prejudicadas caso aquele benefício seja concedido e quais áreas deixarão de obter recursos em prol daquela prestação.

Nas palavras de Gustavo Amaral, quem ''vai pagar a conta''426. Não sendo suficientes argumentos genéricos como separação de poderes, mérito do ato administrativo ou prevalência do interesse público.

Esse também é o entendimento da jurisprudência:

---

424 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45.** Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 29.04.2004 Publicado em: 04/05/2004. Acesso em 03.05.2019.

425 AZEVEDO; Eder Marques de, ALMEIDA; Gustavo Barçante de, PORTES Paola Alvarenga. **O Mito da Teoria da Reserva do Possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais**. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/243-328-1-pb.pdf. Acesso em: 30/ 4 / 2019. P.50.

426 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 183.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...] a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. Dessarte, no caso dos autos, em que não há essa demonstração, impõe-se negar provimento ao especial do município [...]427

A teoria da reserva do possível configura-se numa releitura da responsabilidade do Estado em prover os direitos sociais baseado nos princípios da razoabilidade e da exequibilidade. A jurisprudência tem se utilizado desta teoria diante de pedidos genéricos, impessoais ou que irão prejudicar a coletividade. São exemplos de casos em que se utiliza a teoria da reserva do possível as ementas abaixo:

> CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - MATRÍCULA EM CRECHE - DIREITO À EDUCAÇÃO - OBRIGATORIEDADE APENAS DO ENSINO FUNDAMENTAL E NÃO INFANTIL - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA - De acordo com o artigo 208, § 1º, da CF/88, é direito público subjetivo o acesso apenas ao ensino fundamental, que é o único obrigatório, não se estendendo tal garantia à educação infantil, relativa à matrícula em creche de menor de 5 (cinco) anos. - Não é dado ao Judiciário imiscuir-se na esfera de competência do Legislativo e do Executivo, interferindo no orçamento dos entes estatais e até mesmo na política pública

427 REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. 20-4-2010, Informativo STJ 431. Acesso em 23.abr.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de atendimento aos direitos dos cidadãos, priorizando a pretensão de uns em detrimento da de muitos 428

Entendeu-se no caso acima, que a concessão de vaga para uma pessoa, prejudicaria toda a coletividade, sendo assim, a decisão não seria razoável, ou seja, o seu resultado seria mais prejudicial do que benéfico.

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DISPONIBILIZAÇÃO IMEDIATA DE VAGAS EM HOSPITAIS PÚBLICOS OU PARTICULARES ÁS EXPENSAS DO ESTADO A TODOS OS HABITANTES DA COMARCA DE CASSILÂNDIA – PEDIDO GENÉRICO E ALEATÓRIO – RECURSO PROVIDO. I- Não se pode impor ao Poder Executivo o fornecimento aleatório e indiscriminado de vagas em hospitais públicos ou particulares às suas expensas, ou medicamentos a todos os habitantes de determinado Município, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes e inviabilizar o sistema único de saúde 429

No caso acima, a teoria da reserva do possível foi aplicada, pois não se especificou quem seria o beneficiado e qual dificuldade deveria ser suprida. A jurisprudência entende que pedidos genéricos não podem ser impostos ao Poder Público.

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA – RESSARCIMENTO POR DANOS MORAIS SOFRIDOS EM DECORRÊNCIA DA

428 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 1.0702.07.407245-6/002, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, DJ: 07/05/2009. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg Acesso em 02. maio. 2019

429 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça, Segunda Turma Cível, Apelação Cível nº 2010.000285-4/0000-00 – Cassilândia, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, DJ: 25/05/2010. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/topicos/96086261/des-julizar-barbosa-trindadeAcesso em 02.maio. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL– ESTADO QUE ESTÁ BUSCANDO MELHORAR O SISTEMA PRISIONAL DENTRO DOS LIMITES DE SUA CAPACIDADE FINANCEIRA – SUPOSTO ATO OMISSIVO DO ESTADO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA – RECURSO DO ESTADO PROVIDO. I- Por força do princípio da reserva do possível, não há como impor ao Estado a construção de presídios e dele exigir que ofereça aos detentos, todas as garantias previstas na Lei de Execução Penal. II -Por se tratar de suposta omissão do Estado em por em prática o direito à dignidade humana do preso, imprescindível a prova do dolo ou culpa do Poder Público, por força da teoria da responsabilidade subjetiva 430

Neste terceiro julgado, a jurisprudência considera que o Poder Público não tem condições de oferecer todos os direitos descritos na lei de execução penal para os presos e que exigir tal prestação seria desproporcional.

Podemos concluir que a teoria da reserva do possível tem sido aplicada pela jurisprudência diante de pedidos genéricos e aleatórios, diante da responsabilidade em promover todos os direitos dos presos, em especial quando se tratar da superlotação carcerária, e quando a concessão do benefício irá prejudicar a coletividade em favor de apenas um indivíduo.

A crítica que se faz a esta teoria, é quando ela é usada pelo Poder Público de forma indiscriminada para justificar a sua omissão em garantir o mínimo existencial, de promover o bem estar social e a vida digna através das políticas públicas. Esta

430 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça, Segunda Turma Cível, Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.031982-7/0000-00 – Corumbá, Rel. Des. Des. Hildebrando Coelho Neto, DJ:31/08/2010. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/topicos /96086261/des-julizar-barbosa-trindade Acesso em 02.maio.2019

teoria não pode ser usada como argumento para isentar o Poder Público de cumprir com suas obrigações, devendo ser aplicada apenas para afastar pedidos desproporcionais, inalcançáveis ou que vão prejudicar a coletividade.

Nas palavras de Eder Marques,

> A resistência contra a reserva do possível não se opera pela pretensão de sustentar um radicalismo milagroso quanto à satisfação dos direitos fundamentais numa realidade de país periférico como a do Brasil, tampouco se pretende sustentar a condenação da Administração Pública à responsabilidade fiscal por exceder em suas possibilidades orçamentárias. Porém, a intenção é desvelar esse mito haja vista que os problemas da falta de vontade política e da organização administrativa são ainda maiores que a limitação fática orçamentária (KRELL, 2002, p. 56), o que faz do planejamento público uma ferramenta fundamental para uma melhor gestão orçamentária. 431

Comentando a questão de os direitos sociais serem condicionados a disponibilidade de recursos, a doutrinadora Ana Carolina Lopes Olsen entende que os direitos sociais fundamentais, por atenderem às necessidades essenciais do ser humano, deveriam ser promovidos independentemente da provisão de mercado e que a positivação desses direitos na Constituição foi ineficiente para garantir sua eficácia. 432

---

431 AZEVEDO; Eder Marques de, ALMEIDA; Gustavo Barçante de, PORTES Paola Alvarenga. **O Mito da Teoria da Reserva do Possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais**. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/243-328-1-pb.pdf. Acesso em: 30/ 4 / 2019, p.37.

432 OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais:** efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2011, p. 311.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O entendimento da jurisprudência brasileira também tem se inclinado para essa corrente como podemos ver no julgamento do Agravo de Instrumento n. 97.000511-3, em que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu '' que não é lícito ao julgador negar tutela a "direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário"433

Podemos concluir que a corrente adotada pela jurisprudência é de aplicar a reserva do possível desde que não afete o mínimo existencial, ou seja, o direito à saúde e educação básicas, a moradia e ao saneamento básico, sendo que o argumento da mera escassez de recursos não é suficiente para afastar a responsabilidade do poder público. Além do mais, tem-se entendido que o Poder Judiciário pode obrigar o Poder Executivo a promover os direitos sociais para garantir o mínimo existencial sem que tal medida ofenda a separação dos poderes e a discricionariedade da Administração Pública.

Vistas as situações em que a cláusula da reserva do possível tem sido aplicada, veremos as hipóteses em que a jurisprudência não a utiliza, a fim de proteger a eficácia dos direitos sociais.

A Teoria do Mínimo existencial como limitador da aplicação da cláusula da reserva do possível

A cláusula da reserva do possível não se aplica quando estivermos diante do que a doutrina chama de mínimo existencial. O mínimo existencial, que teve origem na jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha em 1954,434 são as condições básicas para que o ser humano tenha uma vida digna, englobando o direito à moradia, à educação e à assistência médica. Esses direitos são o mínimo que um ser humano deve possuir para viver em sociedade com dignidade. Devido

433 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 97.000511-3.** rel. Des. Sérgio Paladino, Julgado em 18.09.97. Publicado em: Acesso em: 03/05/.2019.
434 PICCINA, Guilherme Krahenbuhl. **Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva. 2016, p.251

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

à importâjjncia desses direitos básicos à existência humana, o Poder Público não pode invocar o princípio da reserva do possível nesses casos, conforme afirma o doutrinador Ingo Wolfang:

> As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providencias que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é disso que no fundo se está a tratar. Até mesmo a tese de que a reserva do possível poderia servir de argumento eficiente a afastar a responsabilidade do Estado (por ação ou omissão, vale dizer!) não nos parece possa ser aceita, ainda mais de modo generalizado, na esfera das prestações que inequivocamente dizem com o mínimo existencial 435

O direito ao mínimo existencial também pode ser considerado um conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna. Esse conjunto de situações pode ser classificado em quatro elementos, que são: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. 436

Na concepção de Luís Roberto Barroso o mínimo existencial é o '' conjunto de bens e utilidades públicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência,

435 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. 2008. Disponível em: **http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao 024/ingo_mariana.html**. Acesso em: 30/04/.2019., p. 37.

436 BARCELLOS; Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O principio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 197.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

não há dignidade. ‘’437 Para esse doutrinador o mínimo existencial compreende o direito a renda mínima, e esta deve ser suficiente para garantir as necessidades básicas como alimentação, saúde, moradia e alimentação, vestuário e acesso à justiça.

Nas palavras de Ana Paula Barcellos o mínimo existencial ‘’ corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana dignidade humana, vale dizer, ‘’ um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de dignidade. ‘’438

A reserva da cláusula do possível tornou-se um mecanismo para que o Poder Público pudesse eximir-se da responsabilidade de realizar as políticas públicas e assim promover os direitos sociais aos mais necessitados. Comentando sobre a distorção do uso da teoria da reserva do possível, Eder Marques, dispõe que:

> Diante de tal risco, a aceitação desse mito com frequência tem sido suficiente para se esquivar a responsabilidade do administrador na gestão dos recursos, independentemente de serem escassos ou não, de modo a se promover o esvaziamento das ações públicas em termos de prestações de serviços e eleição de políticas públicas. O que gera, por fim, retrocesso social e, mais que isso, retrocesso a um modelo liberal de Estado não interventivo ou abstencionista, típico do século XVIII [...]. 439

437 BARROSO; Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva 2009, p. 253.
438 BARCELLOS; Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O principio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 305.
439 AZEVEDO; Eder Marques de, ALMEIDA; Gustavo Barçante de, PORTES Paola Alvarenga. **O Mito da Teoria da Reserva do Possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais**. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/243-328-1-pb.pdf. Acesso em: 30/ 4 / 2019.

A teoria do mínimo existencial tem servido para impedir que o Poder Público não cumpra com suas obrigações de conceder os direitos sociais alegando a ineficiência de recursos, ou a teoria da separação dos poderes, ou a discricionariedade administrativa ou a cláusula da reserva do possível. O mínimo existencial se sobrepõe a todos esses argumentos e garante a efetividade dos direitos sociais. Esse inclusive tem sido o entendimento jurisprudencial em nosso país conforme podemos ver nas ementas abaixo:

Teoria do Mínimo existencial. Precedentes do STF e do STJ. Sentença Mantida. O fornecimento de medicamentos pelo Estado decorre do dever insculpido no artigo 196 da Constituição da República, ensejando responsabilidade solidariamente compartilhada por todos os Entes da Federação. 2. Inoponibilidade da teoria da reserva do possível ou de que a droga em questão não integra mais a lista de medicamentos gratuitamente disponibilizados pela suspensão do convênio com a clínica que aplica a droga, sob pena de se admitir restrições orçamentárias ao direito à vida e à saúde. 3. O Poder Público não pode se furtar a garantir aos cidadãos o mínimo essencial para a sua sobrevivência. Teoria do mínimo existencial. 4. Reexame necessário improvido.440

Apelação Cível-Ação Condenatória com pedido de antecipação de tutela-direito à saúde- responsabilidade dos entes públicos- dignidade da pessoa humana- necessidade de procedimento cirúrgico- sentença de primeiro grau que condenou o Estado de Sergipe e o município de estância a custear a cirurgia bem como os procedimentos necessários no pós-operatório recurso apenas do município de estância pugnando pela reforma da sentença- alegação da perda do objeto. Inocorrência. Cumprimento da liminar que não exclui o provimento

440 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - Agravo interno no agravo em recurso especial : AgInt no AREsp 1386524 MS 2018/0279208-6. 2019. Disponível em: <**https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TEORIA+DO+MINIMO+EXISTENCIAL**>. Acesso em 30/04/.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

jurisdicional de mérito para a confirmação da tutela antecipatória concedida-violação ao princípio da separação dos poderes-inocorrência-precedentes do STF e do STJ- Reserva do possível- princípio que cede em razão da garantia do mínimo existencial- omissão do poder público na adoção da medida necessária à concretização de direito fundamental- recurso conhecido e improvido- sentença irretocável- unânime.441

Percebe-se através da análise jurisprudencial que as teorias da reserva do possível e da separação dos poderes, normalmente usadas pelo Poder Público como justificativas do não cumprimento de suas obrigações, não são válidas diante da teoria do mínimo existencial. Essa teoria, portanto, tem garantido a efetivação dos direitos sociais fundamentais.

Sobre o papel balizador que a teoria do mínimo existencial exerce sobre a cláusula da reserva do possível, Luciano Dutra dispõe que

> a efetivação do mínimo existencial não se sujeita à reserva do possível, pois tais direitos se encontram na estrutura dos serviços públicos essenciais. Na omissão estatal, caberia ao Judiciário determinar a entrega das prestações positivas enquadradas no mínimo existencial, uma vez que tais direitos fundamentais não se encontram na órbita discricionária da Administração ou do Legislativo, mas compreendem a concretização da dignidade da pessoa humana, ou seja, quando se tratam de direitos relacionados ao mínimo

441 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL : AREsp 1297057 SE 2018/0071881-0** - **Decisão Monocrática disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/ jurispru dencia/584569363/agravo-em-recurso-especial-aresp-1297057-se-2018-0071881-0/decisao-monocratica-584569389?ref=serp%3E** Acesso em 30/04/.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> existencial, a reserva do possível não deve servir como um escudo apto a impedir a satisfação do direito vindicado.442

Podemos concluir, portanto, que a teoria da reserva do possível é aplicada quando as demandas são desproporcionais, irrazoáveis, genéricas ou em certas situações, diante da escassez financeira, devendo, nesse caso, ser comprovada nos autos de forma inequívoca. Essa teoria é completamente afastada diante do mínimo existencial, conteúdo de direitos que atendem às necessidades primárias do ser humano, sobrepondo-se sobre os princípios da separação dos poderes, da insuficiência de recursos e da discricionariedade do Poder Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo discorrer sobre os direitos sociais, desde a sua evolução, abordando a teoria das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, formulada por Noberto Bobbio, sendo classificados como os de segunda geração, oriundos da necessidade da intervenção do Poder Público em promover ações afirmativas que reduzissem as desigualdades sociais. Além do contexto histórico e legislações inovadoras que marcaram a positivação desses direitos, como a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar em 1919, este artigo aborda a evolução da positivação desses direitos na legislação brasileira, desde a Constituição de 1824 até a atual de 1988, considerada a mais protetora pelos historiadores, o que infelizmente, não foi suficiente para garantir a eficácia do cumprimento das obrigações por parte do Poder Público.

Há uma constante violação dos direitos sociais em nosso país não obstante a existência de uma Constituição garantidora. A falta de orçamento é um argumento do qual o Poder Público se utiliza para justificar a falha na promoção das políticas públicas. Ocorre que a jurisprudência tem afastado esse argumento

442 DUTRA, Luciano. Direito Constitucional Essencial. 3ª edição, Revista. Atualizada e ampliada. Editora Método. P.184

diante de núcleos de direitos que são considerados essenciais a existência da vida humana, quais sejam, a saúde e a educação básicas, renda mínima, saneamento e moradia, denominados de mínimo existencial. A teoria do mínimo existencial justifica o fato de o Poder Publico ser obrigado a promover os direitos sociais e afasta não somente o argumento da escassez financeira, mas também os argumentos da discricionariedade da administração pública e da separação dos poderes, a fim de conferir a máxima efetividade a esses direitos.

REFERÊNCIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AZEVEDO; Eder Marques de, ALMEIDA; Gustavo Barçante de, PORTES Paola Alvarenga. **O Mito da Teoria da Reserva do Possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais**. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/243-328-1-pb.pdf. Acesso em:

BARCELLOS; Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O principio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar. 2002

BARROSO; Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva 2009

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - Agravo interno no agravo em recurso especial : AgInt no AREsp 1386524 MS 2018/0279208-6. 2019 Disponível em: <**https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TEORIA+DO+MINIMO+EXISTENCIAL**>. Acesso em 30/04/.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL : aresp 1297057 SE 2018/0071881-0 - Decisão Monocrática Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia /584569363/a gravo-em-recurso-especial-aresp-1297057-se-2018-0071881-0/decisao-monocratica-584569389?ref=serp> Acesso em: 30/ 4 / 2019.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29-4- 2004, Informativo 345 do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm. Acesso em: 30/ 4 / 2019

BRASIL. 2a Turma, Recurso Extraordinário 559.646, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 7-6-2011, DJE de 24-6- 2011. No mesmo sentido: 1a Turma, ARE 654.823, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12-11-2013 DJE de 5-12-2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20135. Acesso em 23.abr.2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em 23/04/ 2019.

BRASIL. **Direito fundamental a saúde.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Direito+fundamental+à+saúde> Acesso em 23/04/ 2019.

BRASIL. **Propriedade e direito de moradia.** Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=PROPRIEDADE+E+DIREITO+DE+MORADIA>. Acesso em 23/04/.2019.

BRASIL. REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. 20-4-2010, Informativo STJ 431. Disponível em: file:///C:/Users/Lucia/Desktop/adiministra%C3%A7%C3%A3o/ACP_POp_em_Situa%C3%A7%C3%A3o_de__Rua_642011.pdf. Acesso em 23/03/.2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL : AREsp 1297057 SE 2018/0071881-0 - Decisão Monocrática Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/ jurispru dencia/584569363/agravo-em-recurso-especial-aresp-1297057-se-2018-0071881-0/decisao-monocratica-584569389?ref=serp%3E**. 3/04/2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45.** Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 29.04.2004 Publicado em: 04/05/2004. Acesso em 03.05.2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 1.0702.07.407245-6/002, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, DJ: 07/05/2009. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg Acesso em 02.maio.2019

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça, Segunda Turma Cível, Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.031982-7/0000-00 – Corumbá, Rel. Des. Des. Hildebrando Coelho Neto, DJ:31/08/2010. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/topicos /96086261/des-julizar-barbosa-trindade Acesso em 02.maio.2019

MATO GROSSO. Tribunal de justiça, Segunda Turma Cível, Apelação Cível nº 2010.000285-4/0000-00 – Cassilândia, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, DJ: 25/05/2010. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/topicos/96086261/des-julizar-barbosa-trindadeAcesso em 02.maio. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 97.000511-3. rel. Des. Sérgio Paladino, Julgado em 18.09.97. Publicado em: Acesso em: 03/05/.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE-AgR 410715 SP 2a Turma, Recurso Extraordinário 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22-11-200. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762513/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-410715-sp. Acesso em:23/04/2019.

CUNHA; Junior Diley. **Controle judicial das omissões do poder publico**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008, p. 362 e 363.

CUNHA; Júnior Diley da .**Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva 2008, p. 362 e 363. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/22874. Acesso em:

ONU.Declaração Universal dos Direitos humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. D Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/udhr/document s/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em 23/04/ 2019.

BUCCI; Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e politicas publicas**. São Paulo: Saraiva. 2002

DUTRA, Luciano. Direito Constitucional Essencial. 3ª edição, Revista. Atualizada e ampliada. Editor Método.

GOIAS. Tribunal de Justiça. Terceira câmera Civel. APELACAO CIVEL: AC 0251615-33.2013.8.09.0044 14 de fevereiro 2017. Dispivivel em: https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435836259/apelacao-civel-ac-25161533201 38090044?ref=serp .Acesso em: 23/04/2019

HADDAD, Sergio; GRA- CIANO, Mariângela (Org.). A educação entre os direitos humanos. São Paulo: Acabo Educativa, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des.) caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva. 2016.

MAIA; Lorena Duarte Lopes **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal.** 2019. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em 23./04/.2019.

MELLO, Filho, José Celso. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 1986

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método. Revista, atualizada e ampliada, 2016.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais:** efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2011.

PICCINA, Guilherme Krahenbuhl. **Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva. 2016

PINHEIRO; Maria Cláudia Bucchianeri. **A constituição da república de weimar (1919).** 2006_ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9014/a-constituicao-de-weimar-e-os-direitos-fundamentais-sociais/3>. Acesso em 21/04/2019

PINTO; Élida Graziane, SARLET; Ingo Wolfgang. **Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde.** 24.03.2015, p. 4, Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto acesso em 08.05.2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região TRT-1 - Agravo de Petição : AP 00004106420115010343 RJ . Disponível em: < https://www.jusbrasil.

com.br/jurisprudencia/busca?q=CONFLITO+ENTRE+DIREITOS+FUNDAMENTAIS>. Acesso em 23/04/2019.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional. Coleção e Sucesso Concursos Públicos e OAB.** São Paulo: Manole, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. 2008. Disponível em:**http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf.jus.br/artigos/edicao 024/ingo_mariana.html**. Acesso em: 30/04/.2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Lucia- no Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

SILVA; Afonso Cunha. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo. SARAIVA, São Paulo 2001

SOUZA, Anadélia Viana. Teletrabalho e suas implicações no direito trabalhista brasileiro.. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7403>. Acesso em 21/04/ 2019.

VIEIRA; Lucas Carlos. Princípios do Direito do Trabalho: Uma análise dos preceitos lógicos aplicáveis na justiça do trabalho e sua atual configuração. 2019. Disponível em:<**http://www.ambitjuridico.com.br/site /index.php?n_link=revista artigos_leitura&artigo_id=7417**> Acesso em 21/04/.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O SEQUESTRO SUBSIDIÁRIO NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO HENRIQUE DA SILVA JUNIOR: Acadêmico do curso de direito da Universidade Cândido Mendes - Campus JPA.

O tema proposto destaca-se em momento sócio jurídico de recorrentes violações à axiomas sensíveis axiomas constitucionais, como os recentes acontecimentos que destacam as manchetes midiáticas envolvendo políticos, empresários e integrantes do Ministério Público.

Conforme se sabe, o sequestro de bens e valores é uma das medidas que visa a garantir a execução de uma medida imposta, podendo ser aplicado também para assegurar o ressarcimento de danos oriundos de um ilícito penal.

Como integrante do rol de medidas assecuratórias patrimoniais que integram a caixa de ferramentas estatal à disposição do juízo para amortecimento dos danos resultantes de práticas delitivas suficientemente nocivas para merecer a atenção do *ius puniendi*, tais medidas merecem especial relevo, por denotarem providências invasivas ao patrimônio do agente que, ainda que ilícito, fazem jus, *a priori*, de proteções legais, ante o devido respeito aos postulados normativos que norteiam a aplicação dos dispositivos processuais penais, consubstanciados na lógica de aplicação do direito material, como os princípios da presunção de inocência, legalidade, contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Partindo da menção aos princípios da legalidade e presunção de inocência, cumpre-nos expor o cristalino entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio impera que o julgador, no ardor processual penal, não poderá aplicar medidas assecuratórias que não estejam expressamente previstas nas leis que regem o rito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, o ordenamento processual penal vigente prevê, como forma de medidas assecuratórias o sequestro, o arresto e a hipoteca legal, consubstanciados como medidas cautelares que visam garantir os direitos do ofendido e o ressarcimento dos danos resultantes da prática criminosa.

Por óbvio, por caracterizarem-se como medidas cautelares, ainda que de caráter patrimonial, exigem, para sua concretização, a comprovação dos elementos do *periculum in mora*, corporificado pelo risco de dano ao bem jurídico resultante na demora na concessão do requisitado, fazendo com que seja diminuída a eficácia da função jurisdicional pelo decurso da ação penal, e *fumus boni iuris*, isto é, o lastro probatório mínimo da necessidade da medida, a verossimilhança do alegado.

Não nos cabe aqui aprofundar-nos nos pressupostos de concessão de todas as medidas cautelares previstas no codex processual, mas apenas aos pressupostos gerais de provimento cautelar, visto que a discussão proposta é outra.

Neste sentido, o Código de Processo Penal trata das medidas assecuratórias do Art.125 ao 144, merecendo especial relevo o sequestro de bens imóveis, delineado no art.125 e seguintes, in verbis:

> Art. 125. Caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

Conceitua Fernando da Costa Tourinho Filho[1] que o sequestro caracteriza-se como "*a retenção da coisa litigiosa, tendo, por isso mesmo, por fim, sua incolumidade, até que se decida a causa principal*" (pag.35). Mais adiante, o mesmo doutrinador pontua que *"Embora não se trate, a rigor, de coisa sobre cuja propriedade haja controvérsia, e só assim seria sequestro, por outro lado, não podem ser sequestrados quaisquer bens do indiciado. Apenas aqueles imóveis adquiridos por ele com os proventos da infração."* (pag.35)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesta seara, faz-se razoável concluir que as medidas assecuratórias, notadamente o sequestro, recaem, necessariamente, sobre o acervo patrimonial ilícito de propriedade do agente, o qual sofrerá constrição para assegurar o cumprimento da função jurisdicional, conforme alhures mencionado, bem como a manutenção do *status quo ante*, bem como a pressagiada decretação definitiva da perda dos bens assegurados.

Por este ângulo, cumpre-nos apontar acerca da previsão do sequestro subsidiário, o qual, apesar de não previsto no capítulo de medidas assecuratórias patrimoniais, perfaz-se, pacificamente, em medida assecuratória penal.

Desta forma, o art.91, enunciando os efeitos da condenação penal, traz a seguinte previsão, em seus §§1º e 2º:

> **§ 1º** Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.
>
> **§ 2º** Na hipótese do § 1o, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

De análise atenta aos dispositivos colacionados conclui-se que estes burilam-se como exceção à um dos pressupostos básicos do sequestro previsto no Código de Processo Penal, qual seja, a necessidade de recair sobre bens ilícitos, provenientes direta ou indiretamente de infração penal, daí o termo "sequestro subsidiário", em razão de ostentar medida alternativa no caso de se frustrar a busca por bens ilícitos do acusado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Notável o ensinamento de Gustavo Henrique Badaró [2], em brilhante obra sobre Lavagem de Dinheiro:

> "(...) passou a ser efeito da condenação, além da perda do produto ou proveito do crime, também a "perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior" (art.91, §1.º, do CP). Esse, porém, é um efeito secundário ou subsidiário, somente cabível quando não for possível a efetivação do efeito principal que é a perda do próprio "produto ou proveito da infração" (Art.91, caput, II, b, do CP). A razão da preferência é óbvia. O produto ou proveito da infração é bem ilícito que integra o patrimônio do acusado. Já o equivalente ao produto ou proveito normalmente será um bem lícito!"

Assim, conclui-se que o §1º do dispositivo mencionado autoriza que as medidas assecuratórias recaiam sobre bens ou valores lícitos equivalentes à vantagem ilícita obtida e apurada no curso da instrução probatória promovida pelo órgão de persecução penal.

Neste contexto, entendemos que a autorização legislativa de constrição do patrimônio lícito do acusado esconde-se como medida assecuratória para resguardar a manutenção dos efeitos deletérios da infração, contudo, perfaz-se como ferramenta de persecução criminal, numa clara aplicação do direto penal do inimigo idealizado por Günther Jakobs, eis que reprime os diretos do acusado, permitindo que este seja privado de seus bens lícitos, isto é, aqueles obtidos pelo labor regular, em consonância com as normas legais, sem qualquer ofensa a bens jurídicos, apenas para satisfazer a função jurisdicional detratora do comportamento criminoso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ante o exposto, entrevemos que o mecanismo assecuratório em tela ultima palpável risco aos pilares instituídos pelo Estado Democrático de Direito, pois coloca o acusado como um inimigo a ser combatido, ao ponto de ser privado dos frutos lícitos para satisfazer os objetivos propostos pelas reprimendas estatais, permitindo que o órgão julgador decrete a perda de bens ou valores que não atentam à incolumidade de bens jurídicos quando a persecução não lograr êxito em localizar acervo ilícito, ao invés de aperfeiçoar as práticas de detecção dos patrimônios ilícitos a cargo do órgão de persecução.

Mister pontuar que a intenção da presente explanação não é, de forma alguma, esgotar o tema proposto ou erguer a bandeira da impunidade, mas tão somente provocar a reflexão que circunda a conjuntura de combate à criminalidade contemporânea, verificando-se constantes rupturas à princípios basilares do contraditório, ampla defesa e presunção de inocência no assaz de punir e atender o protervo clamor popular.

Bibliografia:

[1] FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo Penal, 3º Volume. 5ª Edição. 1979. Editora Jalovi.

[2] BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de Dinheiro, aspectos penais e processuais penais. 3ª Edição. 2016. Editora Revista dos Tribunais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

FEDERALISMO FISCAL, EXTRAFISCALIDADE APLICADA AO IPI E A REPERCUSSÃO GERAL Nº 653.

VICENTE FÉRRER DE ALBUQUERQUE JÚNIOR:
Procurador da Fazenda Nacional. Pós-graduado em Direito Tributário e em Direito Processual Civil. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

RESUMO: Diante da relevante função positiva desempenhada pelo Estado Social, a tributação assumiu protagonismo na promoção das políticas públicas. Assim, não só a função arrecadatória, mas também sua função de intervenção na economia adquiriu verdadeira função primordial do tributo. Dentro da extrafiscalidade, com a possibilidade de incentivar ou propor desincentivos a comportamentos, está o IPI, imposto incidente sobre produtos industrializados. O IPI, imposto de competência da União compõe fortemente a base de repartição de receitas, tal qual estabelecida constitucionalmente para o Fundo de Participação dos Estados e dos municípios. Além de servir de intervenção na economia, o IPI ainda faz a função do federalismo fiscal através da disposição de rendas aos demais entes federados. Ademais, a autonomia financeira de Estados e Municípios teve guarida constitucional, não podendo ser violada por intermédio da tributação extrafiscal. Entretanto, o STF entendeu pela constitucionalidade das isenções fiscais, independentemente da repartição de receitas.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Social. Extrafiscalidade. Imposto sobre produtos industrializados. Pacto Federativo. Repartição de Receitas.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO. 2 – ESTADO SOCIAL DE DIREITO E A EXTRAFISCALIDADE APLICADA AO IPI. 3 – REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 653 – CONSTITUCIONALIDADE DAS ISENÇÕES FISCAIS. 4 – CONCLUSÃO. 5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 – INTRODUÇÃO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os parâmetros para a pesquisa serão analisados de acordo com a necessidade de existência da extrafiscalidade da tributação, desde que não vulnere o Pacto Federativo e a autonomia dos Entes Federados. Os marcos históricos escolhido foram as desonerações tributárias do final da primeira e início da segunda década do século XXI, por isenção ou alíquota zero, principalmente sobre o IPI, que foi determinante para a queda repentina no repasse financeiro feito pela União, através dos Fundos Constitucionais de Transferência, aos Estados-membro e Municípios.

Ademais, será verificado que a tributação indutora deve ser limitada na medida em que puder tender a abolir a forma federativa de Estado, através da supressão da autonomia financeira do Ente, com potencial violação da cláusula pétrea do art. 60, § 4º, inc. I, da CRFB/88.

2 – ESTADO SOCIAL DE DIREITO E A EXTRAFISCALIDADE APLICADA AO IPI.

O estado, como concebido, surgiu numa tentativa de proporcionar uma vivência pacífica entre os integrantes do corpo social, através da diminuição da liberdade individual em benefício da segurança coletiva, com um órgão diferente dos indivíduos responsável por gerir a coisa pública, pertencente a todos. Na obra Do Contrato Social: princípios do direito político443, de Rousseau, retira-se a ideia de que o contrato social se deu a partir do momento em que os indivíduos se uniram na tentativa de superar os obstáculos de convivência em seu estado natural, daí a necessidade de ser tolhida a liberdade individual absoluta em prol da garantia de segurança e uma liberdade individual regrada por um poder soberano e imparcial aos possíveis conflitos da partes, sendo este o organizador dos interesses coletivos, o próprio Estado.

443 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

De início, surgiu o Estado comandado por um monarca soberano, que se confundia com a própria figura estatal e o interesse coletivo, impondo deveres a comunidade a qual estava exercendo seu domínio. Já neste período, havia contribuição compulsória de recursos por parte dos súditos para manutenção da Monarquia e o próprio Estado, figuras até então indissociáveis.

Importante movimento de limitação do Poder Soberano veio com a Magna Carta Inglesa de 1215, assinada pelo rei João Sem-Terra por pressão dos Barões Ingleses e do Clero, forçando-o a limitar seus próprios poderes, impedindo a majoração de tributos sem a aprovação do Parlamento, trazendo a embrionária figura do que viria a ser o princípio da legalidade tributária.

Outro movimento de relevo ocorreu no final do século XVII, com a Revolução Francesa de 1789, em sua primeira fase, os revolucionários pleitearam o que viria a ser a primeira dimensão dos direitos fundamentais, o direito à liberdade individual, numa noção de Estado abstencionista, com prestações negativas. Passada a primeira etapa, com as distorções surgidas pelas abstenções do Estado, surgi os anseios por igualdade material entre os cidadãos, numa eficácia horizontal dos direitos fundamentais, oponíveis não só quanto ao Estado, mas também na relação entre indivíduos, daí a necessidade de prestações positivas pelo ente estatal.

Nessa toada, o Estado passa a necessitar de cada vez mais recursos para fazer frente as despesas com a prestação de utilidades a coletividade, principalmente com a eclosão do Estado Social de Direito (*Welfare State*), maximizado nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, surgindo de modo mais direto o dever fundamental de pagar tributos para fazer jus aos gastos públicos com prestações positivas.

Com esse viés, o sistema tributário se consolida com respeito ao princípio da legalidade, já que o contribuinte só pagará o tributo que ele houver concordado em arcar com os custos, pois necessariamente a sua criação e, de regra, a alteração

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

das alíquotas majorando-o devem ser precedidas de aprovação por lei, votada pelos representantes do povo democraticamente eleitos, reunidos no parlamento. Advém disto a legitimidade da cobrança fiscal, alicerçada na lei, para angariar receitas classificadas no orçamento como derivadas, por serem oriundos do patrimônio privado, para possibilitar os gatos públicos com matérias do interesse comum tutelado pelo Estado, no âmbito das prestações positivas exigidas pelo Estado contemporâneo como forma de construir uma igualdade material de oportunidades para os cidadãos administrados.

No esteio do Estado prestacionista, responsável por promover uma gama de serviços e utilidades para a comunidade, delineia-se o dever fundamental de pagar tributos, para fazer frente aos gastos públicos com as prestações positivas postas à disposição da sociedade, como principal forma de obtenção de receita pública derivada. Assim, o particular fica obrigado a pagar o tributo sempre que incorrer no fato gerador da exação, definido por lei, podendo usufruir das comodidades advindas do investimento da recita pública advinda da arrecadação tributária.

Na prática, parcela do patrimônio do particular é destacada para integrar o patrimônio público, através da cobrança tributária. Na vertente d definição de tributo, constante do art. 3º do CTN, tem-se como uma exação: 1) instituída por lei; 2) em pecúnia, em moeda, ou cujo valor nela se possa exprimir, como a dação em pagamento de bem imóvel; 3) compulsoriamente cobrada; 4) que não constitua sanção por ato ilícito; e 5) cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O tributo deverá ser instituído em lei por respeito ao princípio da legalidade tributária estrita, como forma de limitação ao então poder soberano do monarca. Será pago em pecúnia, moeda ou cujo valor nela se possa exprimir por vedar o pagamento através de prestação de serviços ou dação de bens móveis, já que significaria burla ao princípio constitucional da licitação; pode ser feita a extinção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do crédito tributário ainda por dação de bens imóveis, conforme disposto expressamente no CTN, art. 156, inc. XI. É de cobrança compulsória, ocorrido o fato gerador não há discricionariedade de atuação do Fisco na cobrança tributária. Não poderá constituir sanção pelo cometimento de ato ilícito, para isso existem as multas punitivas, sendo importante destacar que se na prática de atividades ilícitas, como auferir renda através do jogo do bicho, haverá a incidência dos tributos na espécie, em atenção ao princípio *pecúnia non olet.* Por fim, a cobrança do tributo tem natureza vinculada, ocorrido o fato gerador os agentes do Fisco devem cobrar a exação tributário do contribuinte ou seu responsável.

Dessa forma, o dever fundamental de pagar tributos alicerça-se na ideia de que todos os cidadãos são responsáveis pela manutenção dos serviços públicos, prestados a todos sem discriminação. A partir do momento que um contribuinte deixa de arrecadar sua parcela para o fim comum público, outro terá de fazê-lo, onerando de sobremaneira os demais contribuintes, por isso o combate à sonegação e ao planejamento ilícito tributário devem ser constantes, tendo em vista qualificar a justiça fiscal, o sentimento de pertencimento e a real capacidade contributiva de cada indivíduo.

A esse objetivo arrecadatório dos tributos dar-se o nome de função fiscal, a fiscalidade tributária, função primordial de carrear recursos aos cofres públicos. No entanto, cabe ressaltar, principalmente quando o Estado é chamado a atuar positivamente na economia, de modo a induzir comportamentos desejados para o benefício da coletividade, que o tributo poderá ter natureza extrafiscal, deixando a função arrecadatória relegada a segundo plano, sendo o principal intento a produção de certas atividades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em termos de extrafiscalidade tributária, nas pedagógicas palavras de Amaral444:

> Como visto, a EXTRAFISCALIDADE consiste na utilização da tributação com finalidades EXTRA ("além de") FISCAIS ("arrecadatórias"), quais sejam: indução ou inibição de comportamentos. E isso ocorre pela adoção de dois mecanismos distintos, cuja eficácia ainda está para ser testada: oneração e desoneração tributária.

A cobrança de tributos é uma forma do Estado agir de maneira a intervir indiretamente na economia, através da indução de determinadas condutas direcionadas a produzir o interesse público. Através destes mecanismos, a autoridade governamental pode fomentar o exercício de uma atividade, encorajando ou desencorajando determinadas atitudes.

Na hipótese dos impostos aduaneiros, como o imposto de importação e de exportação, o aumento da alíquota sobre a importação de produtos estrangeiros similares aos nacionais é benéfico a indústria nacional, por poder concorrer com preços similares ou até mesmo inferiores aos produtos industrializados, fomentando a atividade industrial nacional, a geração de empregos diretos e indiretos e o incremento da arrecadação tributária, tanto pelo aumento da alíquota do imposto de importação quanto por aumento das negociações com os produtos nacionais. Lado outro, para evitar o desabastecimento de determinados produtos no âmbito nacional, pode-se aumentar a alíquota do imposto de exportação, desestimulando a exportação de produtos pelo aumento da carga tributária, com estimulo indireto ao abastecimento do mercado consumidor nacional, todos em atenção ao interesse público.

444 AMARAL, Paulo Adyr Dias do. Finanças Públicas e Sustentabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p20.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil, principalmente a partir da crise mundial de 2008, utilizou-se do instituto da isenção ou mesmo da alíquota zero do IPI para determinados setores da economia, como a linha branca de eletrodomésticos e os automóveis, tendo por objetivos baratear a produção, colocar ao consumidor um preço final do produto industrializado mais acessível, manter os empregos na indústria, estabilizar a produtividade e ainda manter a arrecadação através da negociação de mais produtos, mesmo com a desoneração fiscal.

Tal medida pode ser melhor entendida quando se estuda a Curva de Laffer. Artur Laffer, economista americano e integrante da equipe econômica do então presidente Ronald Reagan na década de 1980, propôs um gráfico em que relacionava na vertical a arrecadação tributária e na horizontal a alíquota do tributo, formando uma curva que tem no seu ponto mais alto o lugar onde a alíquota não poderá ser majorada, sob pena de diminuição da arrecadação. Interessante notar que quando a alíquota do tributa for igual a zero ou a 100% da renda tributável, o resultado será o mesmo: arrecadação zero. Explica-se, no primeiro caso, por ser zero a alíquota, não haverá qualquer valor a ser pago a título de tributos; por outro lado, se a alíquota for de 100%, sobre o valor total da renda, não haverá o que se tributar, já que haverá um desestímulo a aquisição de renda, tendo em vista que não haverá qualquer comodidade ao particular. Nesse sentido, busca-se o ápice da Curva de Laffer, ponto onde a alíquota fixada dará a maior arrecadação possível.

No Estado excessivamente liberal do ponto de vista econômico entendia-se que a mão invisível do mercado seria o bastante para regular a economia, fazendo despiciente a atuação estatal como órgão regulador ou indutor da atividade econômica. Com a crise do sistema liberal, pelas distorções geradas, ausência de segurança jurídica e apreço pelo domínio do capital, formando mono e oligopólios, volta-se a incentivar a atuação do Estado na Ordem Economica como forma de garantir o interesse da coletividade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dentre as formas de intervenção na economia, na clássica obra do jurista Eros Grau445, temos a divisão entre a intervenção direta e indireta. Esta ramifica-se ainda como formas de indução ou direção; já aquela distingue-se entre a absorção ou a participação. A participação seria quando o Estado age em concomitância com o particular, exercendo a atividade econômica não exclusiva, de outro lado, a absorção seria quando o Estado atua em regime de monopólio, concentrando toda a atividade produtora daquele serviço exclusivo. Na intervenção indireta, o Estado pode agir por direção quando determina ou impõe as condutas dos agentes econômicos ou indução quando o Estado estimula, através de benefícios ou malefícios, que os agentes econômicos adotem determinada conduta, sempre em observância ao interesse público.

Atualmente, o Estado exerce uma forte função regulatória, incentivando ou desencorajando certas atitudes dos particulares, com a majoração ou desoneração da carga tributária de acordo com o que for melhor para a coletividade. Nos dizeres de Paulo Amaral446: *"A tributação regulatória, por sua vez, é uma das formas de intervenção estatal na economia, ou seja: é uma das formas de regulação econômica."*. A tributação, como forma de intervir na Ordem Econômica e induzir certos comportamentos tem função de relevo neste novo Estado Regulador.

A utilização extrafiscal da tributação, como forma indutora da economia, foi utilizada entre os anos de 2009 a 2013 pela União, quando desonerou a incidência do IPI sobre o setor dos automóveis. Com os dados colhidos pelo IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, não houve redução no valor da arrecadação tributária da União no período de 2009 a 2013, em que pese tenha havido uma diminuição do montante arrecadado a título de IPI, com o aumento das

445 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 3ª ed. 2001.
446 AMARAL, Paulo Adyr Dias do. Finanças Públicas e Sustentabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pag. 12.

vendas e da produção, houve um incremento no que diz respeito a outros tributos relacionados a venda de automóveis, como o PIS e a COFINS, incidentes sobre o faturamento ou receita bruta das sociedades empresárias, compensando a perda arrecadatória na desoneração do IPI e aumentando a arrecadação final.

O Brasil já teve sua experiência como um Estado Unitário, principalmente no Século XIX, quando o poder estava centralizado nas mãos do soberano, sem autonomia as unidades administrativas. A partir da transição entre os Séculos XIX e XX, passamos a vivenciar uma Federação como forma de Estado, garantindo-se aos Estados-membro autonomia em três frentes: financeira, administrativa e política. Na CRFB/88, a forma federativa de Estado possui natureza de cláusula pétrea, vedando-se a tramitação de emenda constitucional ou qualquer proposta que tenda a aboli-la, nos termos do art. 60, §4º, inc. I.

De fato, no Estado Federal percebe-se uma maior descentralização política, com repartição constitucional das competências, estabelecida por uma Constituição rígida, que veda o direito de secessão. Somente o Estado Federal mantém sou soberania, sendo destinado as entidades federadas a autonomia, cabendo ao ente central a intervenção nos entes federados sempre nos casos e termos previstos na Constituição. Os Estados-membros organizam-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios e parâmetros da Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 25 da CRFB/88. No Poder Legislativo Central, os estados-membros serão representados pelo Senado Federal, composto de 3 senadores para cada Estado e para o Distrito Federal, como forma de manter uma representação paritária a Corte Legislativa. Além disso, possuímos um órgão cuja principal atribuição a guarda da Constituição, sendo um dos interpretes do Texto Magno, o Supremo Tribunal Federal.

Interessante instrumento de manutenção das autonomias administrativa, financeira e política das unidades federadas é a repartição de receitas do Estado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Federal para os entes federados. No Brasil, há uma certa concentração de competência tributária no âmbito do órgão central, a União, criando-se mecanismos de repartição do montante de receita tributária altamente concentrada.

Nessa toada, cria-se o sistema de repartição de receitas tributárias, sendo obrigada a repartir parte do valor arrecadado em alguns tributos com os demais entes federados. O art. 159 da CRFB/88 estabelece a repartição, como Estados-membros e Municípios, de valores arrecadados com IPI, IR ou CIDE-combustíveis.

No que se refere ao Imposto sobre Produtos Industrializados, é exceção a legalidade tributária e a anterioridade anual, respeitando a anterioridade nonagesimal. Significa dizer que o IPI poderá ter suas alíquotas alteradas por decreto do Presidente da República, podendo produzir efeitos no mesmo ano fiscal da alteração, desde que respeitado o prazo de 90 dias para a entrada em vigor. Sendo um imposto de natureza extrafiscal, o IPI é utilizado como forma de intervenção do Estado na economia, como forma de incentivar a produção industrial, tendo se utilizado deste expediente, de 2008 a 2013, como forma de reduzir custos na produção de automóveis e da linha branca de eletrodomésticos, mantendo-se os empregos e a economia aquecida, diante da crise global, que também nos atinge.

O efeito colateral desta desoneração do IPI, que tem 59% de sua arrecadação destinada a repartição constitucional para os demais entes federados, sendo 10% direcionado aos estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das exportações de produtos industrializados, e o restante repartido entre os fundos de participação dos Estados e Municípios e para financiar programas do setor produtivo do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, nos termos do art. 159 da CRFB/88, é a queda na receita tributária repassada aos demais entes federados pela União, através dos Fundos de Participação. Como é notório, mais da metade da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

arrecadação do Imposto sobre produto industrializado é constitucionalmente destinado aos demais entes federados, como forma de repasse aos fundos constitucionais, sendo boa parte de suas receitas, garantidores da autonomia financeira dos entes federados.

Portanto, a alteração de alíquotas ou a desoneração do IPI, amparada no caráter extrafiscal do tributo deveria limitar-se ao ponto em que não fira o Pacto Federativo, vulnerando a autonomia financeira e administrativa dos Estados, Distrito Federal e Munícipios. Bem por isso, em que pese à competência tributária para instituir, majorar ou reduzir as alíquotas do IPI seja da União, por ser um imposto que tem sua arrecadação repartida com os demais entes federados, como forma de garantir-lhes a autonomia financeira e administrativa, deve-se agir com prudência na concessão de benefícios fiscais, sob pena de atentar contra a própria Federação, cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, inc. I, CRFB/88.

3 – REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 653 – CONSTITUCIONALIDADE DAS ISENÇÕES FISCAIS.

A partir do julgamento do RE nº 705.423/SE, o STF consolidou entendimento pela constitucionalidade nas desonerações de IPI e do IR, sem vislumbrar qualquer violação ao pacto federativo ou a repartição constitucional de receitas:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. FEDERALISMO FISCAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. COMPETÊNCIA PELA FONTE OU PRODUTO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. AUTONOMIA FINANCEIRA. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. CÁLCULO. DEDUÇÃO OU EXCLUSÃO DAS RENÚNCIAS, INCENTIVOS E ISENÇÕES

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FISCAIS. IMPOSTO DE RENDA - IR. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. ART. 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o livre exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração. 2. A expressão "produto da arrecadação" prevista no art. 158, I, da Constituição da República, não permite interpretação constitucional de modo a incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação e dos estágios da receita pública. 3. A demanda distingue-se do Tema 42 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é RE-RG 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2008, DJe 05.09.2008. Isto porque no julgamento pretérito centrou-se na natureza compulsória ou voluntária das transferências intergovernamentais, ao passo que o cerne do debate neste Tema reside na diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado Fiscal por parte de ente federativo. Precedentes. Doutrina. 4. Fixação de tese jurídica ao Tema 653 da sistemática da repercussão geral: "É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades." 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF – RE 705423, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-020 DIVULG 02-02-2018 PUBLIC 05-02-2018)

4 – CONCLUSÃO.

Nos termos do julgado do STF, foi proposta uma resposta a seguinte pergunta: "Logo, cumpre-se perquirir o seguinte: **é constitucional a redução do produto da arrecadação que lastreia o FPM e respectivas quotas devidas às Municipalidades, em razão da concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos aos Impostos de Renda e Sobre Produtos Industrializados por parte da União**?" (RE nº 705.423/SE).

A resposta foi afirmativa, com o debate da celeuma dos termos constitucionais competência tributária da União e a autonomia financeira dos Municípios, indicando que:

> "Por conseguinte, firmo convicção no sentido de que **não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Verifica-se, a propósito, que a repartição de receitas correntes tributárias no Sistema Tributário Nacional conjuga duas espécies de financiamento dos governos locais: uma pelo critério da fonte (cobrança de tributos de competência própria) e **outra pelo produto**, o qual se traduz em participação no bolo tributário de competência do governo central. Nessa segunda hipótese, **não há direito a uma participação referente a uma arrecadação potencial máxima em que se incluiria os incentivos e as renúncias fiscais, sob pena de subversão da decisão do Poder Constituinte em momento constitucional no que diz respeito ao modelo de federalismo fiscal.** (...)
>
> Diante dessas razões, firma-se convicção no sentido de que é **constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades."**

Por fim, restou sedimentada no Tema 653 da sistemática da repercussão geral que: "É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades."

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AMARAL, Paulo Adyr Dias do. **Finanças Públicas e Sustentabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CASALTA NABAIS, José. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo.** Coimbra: Almedina, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Questões relevantes acerca da extrafiscalidade no direito tributário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MACHADO, Hugo de Britto. **Curso de direito tributário.** São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

SCHOUERI, Luiz Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção na economia.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 916 de 27/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

i https://direitosbrasil.com/direito-cidade-como-funciona/(consultado em 21/11/2018).

ii É a concepção oferecida por Sjoberg, para quem a cidade é uma comunidade de dimensões e densidade populacional consideráveis, abrangendo uma variedade de especialistas não-agrícolas, nela incluída a elite culta. ("Origem e evolução das cidades", *in Cidades, a Urbanização da Humanidade*, 2ª ed., p.38.)

iii Partindo da ideia de mercado, Joseff Wolff chega à sua definição de "cidade" como "forma de assentamento de população especialmente apropriada para fomentar o comércio, o artesanato e o negócio, o cultivo dos valores espirituais e o exercício do poder público (El planeamiento urbanístico del território y las normas que garantizan su efectividad, conforme a la Ley Federal de Ordenación Urbanística", *in La Ley Federal Alemana de Ordenaction Urbanística y los Municipios*, p. 12)

iv Cf. Isis Ragheb, "Pautas de crecimiento urbano em el Oriente Medio, in Gerald Greese, La Ciudad em los Países em Vias de Desarrollo, pp. 155 e 160

v AFONSO DA SILVA, José, Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo: 2018. p. 25

vi AFONSO DA SILVA, José, Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo: 2018. p. 26

vii SERPA, Angelo, O espaço público na cidade contemporânea, São Paulo: 2018. p. 16

viii AFONSO DA SILVA, José, Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo: 2018. p. 25

"Filiada a esta concepção é a concepção da cidade como multiplicidade dialética de sistemas, de Di Franco Ferrarotti: sistema econômico-ecológico ou produtivo, sistema político, sistema cultural, sistema familiar e sistema simbólico. Esses *diferentes sistemas, que, em conjunto, constituem o fenômeno urbano global, entram necessariamente em colisão uns com os outros e são precisamente essa colisão, esse desencontro e esse conflito que estão na base e que tornam possível o desenvolvimento da cidade* (Di Franco Ferrarotti, *La Città comme Fenomeno di Classe*, p.21).

ix https://portal.aprendiz.uol.com.br/2018/05/18/espacos-publicos-10-principios-para-conectar-pessoas-e-rua/(consulta realizada em 21/11/2018).

x https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/ (consultado em 21/11/2018).

xi https://nacoesunidas.org/pos2015/ods11/p.3 (consultado em 21/11/2018)

xii ARISTÓTELES, Retórica, Bkk. 1.354 a 31.

xiii S. TOMÁS DE AQUINO, Suma Teológica, I-II, q. 95, art. 1º, ad secundum

xiv HERTOGH, MARC, Living Law, Reconsidering Eugen Ehrlich, Portland, OR, p. 130

xv HERTOGH, MARC, Living Law, Reconsidering Eugen Ehrlich, Portland, OR, p. 136

xvi HERTOGH, MARC, Living Law, Reconsidering Eugen Ehrlich, Portland, OR, p. 140

xvii HERTOGH, MARC, Living Law, Reconsidering Eugen Ehrlich, Portland, OR, p. 149

xviiiwww.irib.org.br/noticias/detalhes/cgj-sp-parcelamento-do-solo-urbano desmembramento-area-inferior-a-125m-possibilidade (consulta realizada em 22/06/2019)

xix ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, Tradução e notas: Edson Bini, 4ª ed. São Paulo, Edipro, 2014, pag. 179.

xx OS DIREITOS HUMANOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO: DIREITO NATURAL DA PÓS-MODERNIDADE? Ricardo Dip– Tribunal de Justiça de São Paulo / Centro de Estudos de Direito Natural "José Pedro Galvão de Sousa" http://www.aquinate.com.br/textos/os-direitos-humanos-do-neoconstitucionalismo-direito-natural-da-pos-modernidade, p. 12 (consulta realizada em 22/06/2019)