

XVIII Jornada & Mostra de Estudos Jurídicos e Sociais

- Iniciação Científica -



Anais do EVENTO



FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS - FEMA

IX JORNADA INTERDISCIPLINAR DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA

XVIII JORNADA E MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS E SOCIAIS

11 e 12 DE NOVEMBRO DE 2019

COORDENAÇÃO GERAL DO EVENTO

Prof.^a Dr.^a Bianca Tams Diehl
Coordenadora do Curso de Direito

Prof.^a Me. Ana Paula Cacenote
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa e
Atividades Complementares – NUPAC

ORGANIZAÇÃO DOS ANAIS

Prof.^a Me. Ana Paula Cacenote

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Assessoria de Imprensa da FEMA

APOIO TÉCNICO

Prof.^a Me. Mariel da Silva Haubert
Guilherme Tavares Diniz
Victor Kmiecziuk

SUMÁRIO

A INTERVENÇÃO MILITAR E AS SUAS POSSIBILIDADES CONSTITUCIONAIS.....	07
Arno Daniel Bütner Sinara Camera	
CONTEXTUALIZANDO SIMONE DE BEAUVOIR: DIREITO, DEMOCRACIA E FEMINISMO.....	12
Alexandra Luísa Maboni ¹ Valentina Victória Ludwig ² Jeremyas Machado Silva	
A POSSIBILIDADE DE HABEAS CORPUS PARA GRANDES PRIMTAS.....	16
Gabriela Müller Galvão Marcos Salomão	
CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA EUTANÁSIA.....	21
Rodrigo Tonel Adrieli Laís Antunes Aquino	
OS DESAFIOS E VANTAGENS DA SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL NO SECULO XXI.....	24
Luiza Nystrom Neuberger Milena Alberti Rosmeri Radke Cancian	
O ACELERADO DEGELO NA ANTÁRTIDA: MUDANÇAS CLIMÁTICAS INQUIETANTES.....	28
Adrieli Laís Antunes Aquino Rodrigo Tonel	
ESTUDO SOBRE O INSTITUTO DA APATRIDIA – REFLEXÕES A PARTIR DO FILME: O TERMINAL.....	31
Stéfani Reimann Patz Letícia Mousquer Ritter	
A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	35
Ravena Rosanelli Seitenfus Renê Carlos Schubert Junior	
A IMPORTÂNCIA DA LINGUAGEM PARA O DIREITO.....	40
Giliardi Kolling Flores Mariel Haube	
AS FUNÇÕES DO ESTADO: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	44
Charles Bitencourte de Figueiredo	
BIOÉTICA E BIODIREITO FRENTE A DIGNIDADE DA PESSOA.....	49
Camila Fernanda Krohn Rúbia Isabel Dierings Engel	
DIREITO À LITERATURA: ANTÔNIO CÂNDIDO, CONSTITUIÇÃO E ECONOMIA.....	54
Victor Kmiecziak Mariel Haubert	

O DIREITO NO TELETRABALHO.....	60
Rodrigo Schuster Bones Ana Paula Cacenote	
FRANZ KAFKA E O PROCESSO: AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL E A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO.....	65
Victor Kmiecziak Renê Carlos Schubert Junior	
LIMITAÇÕES À COMPRA E VENDA: venda de ascendente a descendente.....	71
Jorge Luis Bohn Mittmann Renata Maciel	
O AMPARO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE NA SEARA DA JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS.....	75
Vladson dos Santos Ajala Maria Cristina Schneider Lucion	
PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CONTRATO.....	81
Bianka Andressa da Rosa Daiane Sklar Koscrevic Renata Maciel	
POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS BRASILEIRAS E A CRIAÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE PARA REGULARIZAR FAVELAS SOBREPOSTAS: uma resposta à crise do estado social.....	85
Marcos Costa Salomão	
A ESTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS E A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL	
.....	91
Janf Dudley Backes	
A FORÇA DA LEI.....	95
Iâmima Enajara Backes	
A POLÍTICA CRIMINAL E A SUA INSERÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA JURÍDICO PENAL.....	97
Janf Dudley Backes	
O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: UMA BREVE ANÁLISE COMPARATIVA AO CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO.....	101
Gabriel Henrique Hartmann Renê Carlos Schubert Junior	
A MULHER E A VELHICE.....	107
Bruna Luisa Schwan Bianca Tams Diehl	
CRÍTICA SOBRE O VETO DO § 4 DO ART.157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	
.....	113
Maria Gabrielle Schlegel Rodrigues Valtair Buss Matos Cláudio Rogério Sousa Lira	

DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO: DIVERGÊNCIAS ATUAIS.....	119
Joici Antonia Ziegler Vagner Silveira Habb	
AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELOS PEQUENOS EMPREENDIMENTOS E A IMPORTÂNCIA DE SUA MANTENÇÃO NO MERCADO BRASILEIRO.....	124
Geliel Matteus Wiede Tatiane Maslowski Rosmeri Radke	
DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	129
Marina Marx Filipin	
DOS SONEGADOS: CARACTERIZAÇÃO DAS HIPÓTESES E ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA PENA CIVIL NO ÂMBITO DO INVENTÁRIO JUDICIAL.....	135
Leonardo da Rosa Binkowski Roberto Pozzebon	
FILHOS ENCARCERADOS: O DIREITO DA CRIANÇA FRENTE A SITUAÇÃO CARCERÁRIA DA MÃE.....	141
Maria Grazielle Schlegel Rodrigues Aline Palermo Guimarães	
O PAPEL LABORAL DA MULHER NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA: UMA ANÁLISE SOBRE SUA EVOLUÇÃO, A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASO EM UMA EMPRESA DO MUNICÍPIO DE SANTA ROSA – RS.....	147
Bruna Sinigaglia Carla Rosane da Silva Tavares Alves	
O INSTITUTO DO PARTO ANÔNIMO NO DIREITO BRASILEIRO.....	152
Jaqueli Sanagiotto Paula Fernanda Perez Hoffmann	
PRECONCEITO, INTOLERÂNCIA E DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL.....	157
Gabriela Gerardon Filipowicz Gabriéli de Fatima Aleknovic Xavier	
INVENTÁRIO E PARTILHA – DIREITO DAS SUCESSÕES.....	161
Charles Barcarolo Khecthllynn Adjara de Moura	
DA (IM) POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....	166
Jéssica Bastos Tamara Caliandra Quadros Marcos Salomão	
A PERDA DO CARGO PÚBLICO À LUZ DO PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº116/2017.....	171
Douglas Glauton Fitz Lairton Ribeiro de Oliveira	

DIFERENÇAS ENTRE CRIME DE RACISMO E INJÚRIA RACIAL.....	176
Neusa Teresinha Leite Machado Ana Paula Cacenote	
POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA REALIDADE NECESSÁRIA À SOCIEDADE BRASILEIRA.....	181
Pietro von Borowski Bianca Tams Diehl	
REFUGIADOS SOMALIS: UM DESAFIO À COMUNIDADE INTERNACIONAL E AOS ESTADOS.....	185
Guilherme Henrique Tavares Diniz Sinara Camera	
VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: HOLOFOTES APAGADOS.....	190
Jéssica Zambeli Büchele Mário José Puhl	
A AUTOCOMPOSIÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	195
Leny Gomes Tiago Neu Jardim	
CONTRATOS: ANÁLISE SOBRE A PRODUÇÃO DE EFEITOS ERGA OMNES.....	199
Pietro von Borowski Renata Maciel	
A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: BRASIL TEM UM CATÁLOGO DE DIREITOS SOCIAIS NÃO CUMPRIDOS.....	204
Anelise Bourscheidt de Andrade Cláudio Rogério Sousa Lira	

A INTERVENÇÃO MILITAR E AS SUAS POSSIBILIDADES CONSTITUCIONAIS

Arno Daniel Bütner¹
Sinara Camera²

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos estados membros, Distrito Federal e municípios, primando pelo Estado Democrático de Direito, tem sua organização política, econômica e administrativa regulamentada pela Constituição Federal de 1988, a qual dentre outros princípios fundamentais em seu artigo 4º, inciso IV, prevê a não intervenção, instituto este que tem suas hipóteses reguladas pelos artigos 34 a 36 do mesmo texto constitucional.

Diante do exposto nos referidos tópicos é importante um estudo das hipóteses e formas de sua aplicabilidade e a tramitação que deve ser realizada para sua efetivação, analisando a interpretação de doutrinadores e estudiosos referente ao assunto.

Dentre as possibilidades interventivas, a militar em relação ao executivo federal chegou a ser clamado pela população brasileira recentemente, juntamente com protestos reivindicando melhorias e reformas no modelo político e econômico atual. Porém faz se necessário compreender como seria a sua aplicabilidade e quais as suas consequências.

1 METODOLOGIA

A referida pesquisa foi elaborada e desenvolvida teoricamente na modalidade de pesquisa acadêmico-científica, de natureza qualitativa, tendo por finalidade exploratória bibliográfica, por meio de obras disponibilizadas de forma física na biblioteca da unidade III, da FEMA e também virtual a partir de artigos extraídos da rede mundial de computadores.

2 REFERÊNCIAL TEÓRICO

Partindo do pressuposto constitucional, existe a repartição de poderes, também chamada por Alexandre de Moraes de *tríplice capacidade*, por meio da qual cada ente (União/ Estado/ Distrito Federal e município) exerce suas atividades de forma autônoma, não havendo interferência de um poder sobre, apenas em casos excepcionais que exijam a garantia da soberania nacional, podendo um ente perder temporariamente sua autonomia, por meio de intervenção (MORAIS, 2014).

¹ Acadêmico do curso de Direito, da Fundação Educacional Machado de Assis.

² Professora orientadora do curso de Direito, da Fundação Educacional Machado de Assis, Doutora em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS), com período de doutoramento na Universidade de Sevilha (US – Espanha), realizado com bolsa PSDE-CAPEES, Processo nº 18627/12-9. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (MILA/UFSM). Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA). Professora do Curso de Direito das Faculdades Machado de Assis (FEMA) nas áreas de Teoria do Estado, Direitos Humanos, Direito Internacional Público e Direito Comunitário e da Integração. Pesquisadora nas áreas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, da Teoria do Estado e da Cooperação Internacional.

Para José Afonso da Silva consiste na incursão da unidade interventora suprimindo de temporariamente de autonomia do ente que a sofre, a partir das possibilidades previstas na Constituição Federal, onde a União só intervirá nos Estados-membro e no Distrito Federal e territórios se houver. Em se tratando dos municípios, o Estado-membro com responsabilidade territorial, tem legitimidade para intervir sobre o município, garantia dada por meio de entendimento do STF, a União só pode intervir nos Municípios dos territórios existentes (SILVA, 2010).

O ato de intervir em se tratando de nível federal (sobre Estados-membros e DF) será feito pelo chefe do executivo (presidente da república) por meio de decreto presidente da república. Em se tratando de intervenção por iniciativa dos Estados entes o farão por ato privativo do Governador do estado, desta forma também será feita uma análise nas possibilidades deste ato ser liderado pelos integrantes das forças armadas (intervenção militar).

De outro norte também é importante observar que, poderá ser mais eficaz a tentativa de solucionar os problemas de um ente federado, por meio da aplicação de medidas concretas, mesmo que implique efeitos repudiados pelos cidadãos de início, ao que se intervir pelo ente superior, isto, pois, uma intervenção produz efeitos sobre a administração do ente interventor, além do intervindo, como a suspensão de determinadas atividade no legislativo, como emendas constitucionais, aumento de gastos em determinadas áreas que dependem de aprovação, sendo vedados, entre outras (BALDI, 2014).

3 ANÁLISE

São requisitos para que haja a intervenção:

- ✓ Haver previsão constitucional legal;
- ✓ Ente político com poder mais amplo intervém no ente com poder menos amplo (União sobre Estado-membro);
- ✓ Ato político, com decretação exclusiva pelo chefe do executivo, tanto federal, bem como estatal.

A Intervenção Federal, objeto da presente análise, de acordo com o previsto no artigo 34 da Constituição Federal de 1988, só haverá intervenção nos Estados e no Distrito Federal em casos de: manutenção da integridade nacional; repelir ameaça de invasão; ordem pública em risco; livre exercício dos poderes em risco; reorganização das finanças dos entes federados para honrar compromissos; promover a execução das leis; garantir que se observem princípios constitucionais e aplicação mínima de receitas dos impostos, estaduais, municipais e de repasses da União (BRASIL, 1988).

O processo interventivo ocorre em quatro fases, em se tratando da União para com Estados-membros, com o intuito de evitar a hipertrofia executiva. A primeira fase é a *Iniciativa*, que será sempre do Presidente da República. Ele determinará por meio de decreto, em se tratando dos incisos I ao V, porém este pode ser provocado pelos demais poderes, inclusive estaduais, Assembleia ou Câmara Legislativa, Governador, Judiciário do Local por meio de petição ao Supremo Tribunal Federal (STF), o qual se entender necessário encaminhara o pedido ao Presidente da República, também nos casos dos incisos VI e VII. Cabe ao STF, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior Eleitoral provocar ao executivo pela Intervenção. STJ e TSE, só poderão provocar diretamente o presidente da república, nos casos que tenham competência direta, nos demais casos, incluindo a

Procuradoria Geral da República devem ser repassados ao STF, o qual se entender necessário provocará o executivo (MORAES, 2015).

A segunda fase será judicial (apenas nos casos do artigo 34, VI e VII), também chamada de ação direta de inconstitucionalidade interventiva; deverá ser endereçada ao STF. Será de iniciativa do Procurador-Geral da República, que ao endereçar ao STF este encaminhará a proposição ao Presidente da República, o qual formaliza o decreto interventivo (MORAES, 2015).

A formalização da Intervenção ocorre com a publicação do *decreto interventivo*, pondo em prática os demais atos subsequentes da sua vigência, porém, na previsão do artigo 36 § 1º (necessita de interventor), determina que para o decreto vigorar, deverá ser submetido para apreciação do Congresso Nacional num prazo de 24 horas, se de recesso será convocado extraordinariamente. Nos casos de intervenção espontânea, onde quem toma a iniciativa é unicamente o Presidente da República, esta decisão poderá ser tomada depois de ouvido e consultado o Conselho da República¹ e o Conselho de Defesa Nacional² (previsto no art. 91, § 1º, II), os quais emitirão sua opinião separadamente. O presidente de forma discricionária nomeará o interventor que contará com “status” de funcionário público, podendo agir dentro dos limites estipulados pelo decreto Interventivo, incorrendo em responsabilidade civil em caso de incoerência com o que determina o decreto do ato (SILVA, 2009).

O controle político será realização pelos deputados federais e senadores da república, para garantir a excepcionalidade da medida, podendo rejeitar ou aprovar o decreto. Em caso de reprovação, deve o Presidente da República cessar para não incorrer em Crime de Responsabilidade (CF/88 art. 85, II). Nos casos previstos nos artigos 34, VI e VII, o legislativo não exercerá este instituto, limitando-se o decreto a suspensão depois de restabelecida a normalidade (CF/88, art.36, § 3º). Numa ressalva feita pelo Min. do STF Ricardo Lewandowski³ aponta que “[...] tratando-se de requisição judicial, não poderia o Legislativo obstá-la, sob pena de vulnerar o princípio da separação dos poderes”. Podendo suspender só em caso de vício de forma ou suspeição em relação ao decreto, de forma fundamentada pelo art. 49, IV, CF/88 (MORAES, 2015).

É importante ser realizada uma crítica em relação ao modelo interventivo adotado pelo estado brasileiro a partir da atual constituição federal, ele segue bastante o modelo europeu, talvez fugindo em alguns aspectos da realidade sul-americana que exige medidas diferentes em determinadas circunstâncias, já tivemos em outras constituições como a de 1934 com um modelo interventivo mais acessível para a continuidade das atribuições básicas dos poderes, na atual conjuntura acaba congestionando o andamento dos poderes da União em caso de aplicação deste instituto (intervenção) (BALDI, 2014).

3. 1 CONSTITUCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO MILITAR

Recentemente aconteceram mobilizações de grande expressão envolvendo principalmente a categoria dos caminhoneiros e parte da população em geral em ato

¹ Conselho cuja formação está prevista no artigo 89 da constituição federal de 1988, sendo o órgão superior de consulta do Presidente da República.

² Conselho de consultoria do Presidente da República em assuntos relacionados a soberania nacional, sua formação e atuação estão previstos no artigo 91 da constituição.

³ Ricardo Levandowski, citado por Alexandre de Moraes em sua obra, Direito Constitucional, 31 ed. 2015.

de apoio, indignados com os rumos que o Brasil está seguindo. Uma das formas indicadas para solucionar a grave crise atual é a Intervenção Militar, porém, se analisarmos os artigos acima descritos, não será encontrada previsão para tal.

Com base nisso, muitos defendem a tomada do poder executivo e legislativo pelos militares, a partir do previsto no artigo 142 da CF/88, como segue:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem [...]. (BRASIL, 1988).

Destarte o acima exposto é notório a impossibilidade de tal solicitação tornar-se real, isto, pois, as forças armadas que seriam as responsáveis pela referida intervenção, estão subordinadas a autoridade do Presidente da República, o qual seria o objeto de destituição inicial do poder, além do mais, faz se necessário a observação da autorização legal do legislativo para situações interventivas federais, possibilidades estas não previstas em caso se assunção dos militares em relação ao comando do país. Descartando-se desta forma, qualquer possibilidade interventiva.

Em caso de eventual intervenção militar esta ocorreria de forma irregular além do mais se exige um complexo programa de governo, por parte de quem assumisse o comando do executivo do país, e deveria ser feito de acordo com o legislativo, visto que qualquer situação que fosse instaurada, num ambiente de desequilíbrio enfrentaria forte resistência do mercado interno e externo, também seria submetido a sanções pelos organismos internacionais de proteção à dignidade humana e a estabilidade das nações. Os países parceiros comerciais e institucionais iriam impor duras barreiras ao país, inclusive o fim dos acordos de cooperação, dificultando a possibilidade de retomada de crescimento e melhorar a situação governamental.

Desta forma qualquer possibilidade de programar uma intervenção militar federal só seria possível com o rompimento total da ordem constitucional, infringindo diretamente com os princípios nela previsto, e concretizar-se-ia com a ruptura em todos os poderes que compõem a República Federativa do Brasil, pois, sendo parcial e mantendo a sistema de leis atual poderia incorrer na hipótese de motim¹ ou revolta², configurando Crime Militar, pondo em risco a soberania nacional.

Sendo assim é merecedor observamos que em eventual situação de desequilíbrio nacional, pode mediante decreto do presidente da república, este solicitar que os militares intervenham, por ter o país entrado em uma crise sem precedentes, após todos os recursos previstos no artigo 144 da CF/88, não agirem de acordo com o esperado para a sua obrigação constitucional. Situação está regulamentada pelo decreto lei N°97/1999, que prevê: “[...] a atuação das forças armadas como garantidores da lei.” (BRASIL, 1999). Ressaltando não se trata de intervenção militar neste caso, mas sim hipótese de intervenção militar nos órgãos do sistema do artigo 144 da CF/88.

¹ Previsto pelo Código Penal Militar em seu artigo 149 e incisos seguintes

² Possibilidade apresentada pelo artigo 149 parágrafo único, do Código Penal Militar, diferencia-se da revolta por ser feita de forma armada.

CONCLUSÃO

Ao finalizar o presente exposto, viu-se a importância do instituto da intervenção no ordenamento pátrio, suas hipóteses de aplicabilidade e restrições quanto à garantia da soberania nacional, de forma que parte do poder supremo pertence ao Presidente da República, sendo exercido de acordo com a previsão constitucional.

Viram-se os trâmites que devem ser seguidos, tanto inicialmente pelo executivo na solicitação de intervenção, quanto pelo legislativo ao apreciar e autorizar ou impedir que este seja executado, pois se leva em consideração as consequências que tal ato vai produzir.

Realizado uma análise em face do clamor popular pela intervenção militar, suas possibilidades, e admissibilidade legal, as consequências que poderia gerar para a soberania do país num cenário internacional, visto que é um fato repudiado por muitos países em que prevalece o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal. 1988.

BRASIL. Decreto-lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, **Código Penal Militar**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm >. Acesso em: 30 out. 2018.

BALDI, César Augusto. **Instituto da intervenção necessita ser repensada**. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jan-18/cesar-baldi-instituto-intervencao-federal-necessita-repensada>>. Acesso em 28 out. 2018.

DAUFENBACH, Lucas Felipe. **Intervenção Militar é Constitucional?** 2018. Disponível em: <<https://lucasdaufenbach.jusbrasil.com.br/artigos/588763323/intervencao-militar-e-constitucional>>. Acesso em: 20 out. 2018.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31^o ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33^o ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONTEXTUALIZANDO SIMONE DE BEAUVOIR: DIREITO, DEMOCRACIA E FEMINISMO

Alexandra Luísa Maboni¹
Valentina Victória Ludwig²
Jeremyas Machado Silva³

INTRODUÇÃO

No ano de 1949, a escritora francesa Simone de Beauvoir publicou a obra “O Segundo Sexo”. O trabalho teve como objetivo discutir o papel da mulher na sociedade, em uma época, que poucas escolhas eram oferecidas a elas. Quase 70 anos após a publicação, uma das maiores obras feministas de todos os tempos, percebe-se que a sociedade tratada por Beauvoir passou por mudanças drásticas em alguns pontos, porém, menos expressivas em outros.

Tendo em vista que a própria autora viveu em um período que todo o gênero feminino era resumido ao sexo biológico, e que as atuações da mulher dentro da comunidade se restringiam ao matrimônio e ao sacerdócio, analisaremos a sua obra sob uma perspectiva contemporânea. Assim, exige-se uma contextualização, uma vez que, no presente século, desenvolveram-se conceitos que a autora não teve a oportunidade de apreciar. Assim sendo, o presente trabalho busca conectar os o legado de Simone de Beauvoir com o progresso sociopolítico que o gênero feminino obteve com o passar dos anos.

1 METODOLOGIA

Para a realização deste trabalho, utilizou-se o método teórico de natureza qualitativa e explicativa (LAKATOS; MARCONI, 2003) a fim de se estudar o comportamento do gênero feminino. Além disso, observam-se os comportamentos psicossociais acerca da diversidade existente por trás dos gêneros e da sexualidade humana.

Ainda, como base de fundamentação teórica, será utilizada a obra “O Segundo Sexo” da autora e filósofa existencialista, a fim de mostrar como os seus ensinamentos são atemporais, uma vez que, nem de longe, o gênero feminino alcançou a plenitude almejada por grande parte das escritoras feministas do século XX.

Além da obra, realizaram-se observações facilmente compreensíveis na sociedade, como comportamentos e pensamentos acerca do gênero feminino que são transmitidos ao longo da história, e que devem ser repensados e questionados, afinal, não é porque algo é transmitido de geração em geração que precisa, necessariamente, ter continuidade em um ciclo vicioso.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Ao longo da obra, Beauvoir tratou de diversos temas relacionados ao crescimento de uma mulher, entretanto, os capítulos relativos à infância foram os que mais polemizaram naquela época.

Diferente dos meninos, meninas durante toda a infância são tratadas como seres assexuais, enquanto o primeiro é ensinado a orgulhar-se de sua virilidade. Os efeitos dessa criação são perceptíveis na atualidade, onde (em determinados

contextos) a foto de mulher nua é motivo de vergonha, no entanto, a nudez masculina é desembaraço. O tabu que rodeia o corpo feminino é tanto, que muitas mulheres chegam a cometer suicídio após serem expostas. Contudo, alguns homens não sentem nenhum pudor em enviar fotos eróticas, mesmo quando não solicitadas. O corpo feminino, quando não marginalizado, é resumido apenas à sexualização, objetificação, que é sentida apenas na puberdade, quando a garota deixa de ser assexuada para ter o seu corpo voltado apenas para o erótico. Quando a mulher usa seu corpo para fins diferentes, como a amamentação ou para atrair a atenção em protestos, o corpo antes desejado agora se torna nojento e sujo.

Beauvoir, também critica as cobranças exigidas a uma mulher, muito mais pesadas em sua época. Conforme a autora, grande parte das cobranças de comportamento partem das próprias mulheres. As mais velhas passam para as mais novas os seus conhecimentos acerca da feminilidade, conforme a seguinte passagem do livro examinado: “Para ser graciosa, ela deverá reprimir seus movimentos espontâneos; pedem-lhe que não tome atitudes de menino, proibem-lhe exercícios violentos, brigas: em suma, a menina é incitada a tornar-se, como as mais velhas, uma serva e um ídolo.” (BEAUVOIR, 1949, p. 278).

Na contemporaneidade, tais lições não são mais tão rígidas. Atualmente existem importantes referências femininas, mesmo em esportes considerados masculinos, mas nem de longe isso significa que tais cobranças se dissiparam. Meninas ainda são exigidas a sentarem de determinada maneira, vestirem-se de “modo feminino” e, quando crescem, questões como casamento e filhos ainda a perseguem. Tal comportamento mostra como a mulher ainda é encaminhada para papéis historicamente destinados a elas, mesmo que ela deixe claro que não deseja seguir tal caminho. Isto mostra que grande parte da sociedade é incapaz de reconhecer que as mulheres podem assumir papéis autônomos e de liderança, podendo sim, casar e ter filhos, apenas casar ou apenas ter filhos, ou nenhum dos dois, enfim, levar a vida da maneira que desejar. Assim, é necessário o feminismo como movimento que defende a politização da mulher. Destarte Tiburi, é possível entender o feminismo como um desejo por uma democracia voltada à luta pelos direitos de todas as mulheres (TIBURI, 2018).

Ainda sobre a maternidade, é muito recorrente entregar às meninas bonecas, pois através delas, a menina brinca e se diverte. É como se por um momento ela assumisse a função da sua própria mãe, uma vez que, na mente da criança, a mãe é uma figura perfeita e poderosa. Em algumas sociedades, os cuidados de uma criança eram entregues exclusivamente para a mãe, e esta, ao dar à luz, desenvolve, misteriosamente, um instinto materno, sendo sua vocação criar os filhos. Porém, esse ponto de vista é completamente equivocado, muitas vezes orientado por crenças românticas que rodeiam a maternidade, mas ninguém fala das dores e sofrimentos que o milagre da vida acarreta. A jovem menina apenas diverte-se com a parte mágica. Quando finalmente chega o grande momento, em que ela cresce e se torna mãe, a dura realidade se apresenta, assim, a mulher muitas vezes se vê culturalmente despreparada. A influência dos hormônios devido ao estado puerpério, a sobrecarga e a falta de auxílio mostram-se um grande desafio, a mulher precisa aprender como lidar as pressões da família, da sociedade e dela mesma. Porém, como passar do tempo, as experiências auxiliarão a mulher a superar todos os problemas, pois nenhuma nasce mãe, a maternidade e os desafios desta irão torná-la mãe.

3 ANÁLISE

Dentre todas as frases marcantes da obra, a mais difundida e notória é:

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado, que qualifica de feminino. (BEAUVOIR, 1949, p. 267).

Assim, o que faz de alguém um indivíduo do gênero feminino definitivamente não é apenas o sexo biológico, mas tudo que a sociedade relaciona como algo feminal. Isso é visível desde o útero materno, pois os pais, ao darem-se conta que terão uma menina, tratam de montar o enxoval com coisas socialmente aceitas como femininas. Assim, ao nascer, a menina já se vê cercada de tudo que uma menina deve ter: vestidos, laços e bonecas. Mesmo que nesse momento, meninas e meninos sejam praticamente iguais e possuam os mesmos desejos naturais relativos aos bebês. A partir do momento em que a fêmea passa a identificar as coisas voltadas para ela, através das primeiras influências e ensinamentos que adquirem, é quando se inicia a construção da mulher. Essa construção também é política. Conforme Tiburi:

O feminismo é, em sua base, a politização da condição do “ser mulher”. Mulher é a identidade criada por uma tradição. O gênero feminino foi construído por inevitáveis jogos de poder, tanto de linguagem quanto práticos, no contexto da ideologia patriarcal. Patriarcado, a propósito, é a construção epistemológica, lógica, moral e política dos gêneros e dos sexos. É também uma construção estética. (TIBURI, 2017, p. 209).

Ao seguir dos anos, através da convivência com pessoas diferentes, a menina passa a ver diferentes pontos de vista sobre o próprio gênero, e com a adolescência essa visão se expande, tornando-a dona da própria construção. Algumas optam por seguir com a visão socialmente aceita, algumas resolvem permanecer com alguns signos femininos, mas ter características próprias de sua personalidade, como por exemplo, negar-se a usar salto ou sutiã, ou usar cabelos coloridos e tatuagens; e por fim, aqueles indivíduos que por não se identificarem com a imagem feminina, optando por vestir-se como o sexo oposto, ou até mesmo passando pela resignação de gênero, a fim de adequar seu corpo com a sua psique.

A figura das pessoas transexuais é algo extremamente recente, que surgiu após a morte de Beauvoir; e apesar de existir às escondidas por muito tempo, não era algo sequer comentado no séc. XX. Entretanto, o processo de se tornar mulher também é aplicado para mulheres transexuais, que apesar de receberem influência para construir a imagem masculina, acabam subjetivamente absorvendo influências femininas, que se tornam fundamentais no processo de resignação sexual. Quando a criança cresce e decide adequar seu corpo a sua psique, ela parte para uma jornada, que também pode ser considerada uma construção, a jovem mulher passa por mudanças tanto físicas quanto mentais para construir a mulher que deseja se tornar, porém esta jornada não se encerra com a adequação física, pois mesmo satisfeita com o corpo que possui, a evolução continua perpetuamente ao longo da vida.

A citada evolução é contínua, tanto para mulheres transexuais como mulheres cisgênero, as vivências, os pensamentos e o autoconhecimento vão moldando não

apenas a mulher, mas o ser humano que ela se torna; assumindo diferentes papéis e posições na sociedade. Assim, ser mulher vai muito além de algo biológico, é algo construído socialmente e culturalmente, demonstrando assim, que apesar de todo o preconceito e tentativas de inferiorização do gênero feminino, resta a cada mulher, construir, impor e “tornar-se” a mulher que deseja ser.

CONCLUSÃO

Após todos os argumentos apresentados, pode-se dizer que Simone de Beauvoir plantou uma ideia que floresce até hoje, pois seu ideal de autodeterminação do gênero feminino revolucionou questões vitais no cotidiano feminino, desde questões como decidir que roupas vestirem até decidir os governantes de seu país, configurando o feminismo como um ato político.

Por isso, criar meninas conhecedoras do próprio corpo e da própria vontade não se trata apenas de ampliar a visão da própria menina, mas, revolucionar toda a sociedade, uma vez que mulheres seguras de seu próprio gênero, dificilmente são subjugadas.

Portanto, pode-se dizer que o feminismo enquanto movimento político percorre um grande caminho, desde antes de Beauvoir até hoje. Muitos direitos foram adquiridos, e muitos serão alcançados apenas no futuro. Contudo, o importante é que a caminhada não pare, pois mesmo uma pequena liberdade adquirida, pode ser importante e determinar como será a vida da próxima geração de mulheres que está por vir.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 2.ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TIBURI, Márcia. **Ridículo político**: uma investigação sobre o risível, a manipulação da imagem e o esteticamente correto. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2017.

_____. **Feminismo em comum**: para todas, todes e todos. 1ª ed. – Rio de Janeiro: rosa dos tempos, 2018.

A POSSIBILIDADE DE HABEAS CORPUS PARA GRANDES PRIMATAS

Gabriela Müller Galvão¹
Marcos Salomão²

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende reconhecer a possibilidade de atribuir personalidade jurídica aos grandes primatas não humanos. A delimitação temática estudará a personalidade jurídica dos animais em âmbito nacional e internacional, e analisará, em específico as decisões já prolatadas a respeito de tal assunto. E, ainda, na falta de uma legislação específica, o direito dos animais de serem protegidos pelo remédio constitucional do habeas corpus. Considera-se relevante este estudo uma vez que o direito à vida e a dignidade não é exclusivo dos seres humanos. Os animais, assim como os seres humanos, são passíveis de direito, tendo em vista que são seres vivos e tem sensações físicas e emocionais semelhantes às humanas.

1 METODOLOGIA

A pesquisa caracteriza-se como teórica empírica, pois trabalha parte da realidade que se manifesta empiricamente e analisa teorias, quadros de referência, condições explicativas da realidade, polêmicas e discussões pertinentes. Investiga-se, com tratamento dos dados de forma qualitativa, a partir da organização e da análise de informações. O plano de análise e de interpretação de dados é o modo hipotético-dedutivo: que se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos acerca do qual formula hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese.

2 REFERENCIAL TEORICO

O Código Civil brasileiro não excluiu nenhum ser de sua esfera de proteção, muito embora cada um tenha uma tutela diferenciada de segurança. Nos dias atuais o entendimento é que o sujeito de direito é sinônimo de pessoa. A atual legislação, portanto, trata das pessoas, naturais e jurídicas, como sujeitos de direito e dos bens, como objeto das relações jurídicas que se formam entre os referidos sujeitos. Hoje, na legislação brasileira os animais são considerados bens semoventes e disciplinados pela legislação que rege sobre a propriedade, deixando de atribuir personalidade aos seres não humanos (DINIZ, 2012)

Contudo, existem animais não humanos que tem grandes semelhanças com os seres humanos, os quais deveriam entrar em uma esfera de proteção maior, atribuindo-lhes talvez, não personalidade, mas sim direito a uma vida digna.

A maior parte dos operadores do direito, ainda são muito céticos em relação a possibilidade de animais serem admitidos em juízo como titulares de direito, e, na

¹ Acadêmica do Curso de Direito – 10ª semestre Faculdades Integradas Machado de Assis.

² Doutorando e Mestre em Direito pela URI-SAN/RS, Especialista em Direito Notarial e Registral pela UPF/RS e Especialista em Direito Constitucional pelo Damásio Educacional/SP, professor de Direito Civil na FEMA, Notário e Registrador Público no Estado do Rio Grande do Sul.

ausência de um suporte legislativo claro, os tribunais, dificilmente, não tomarão decisões avançada referente ao direito dos animais. No entanto, o judiciário pode ser um poderoso agente no processo de mudança social, uma vez que tem o poder e o dever de agir quando o legislativo se recusa a fazê-lo. Dessa forma, o judiciário, por vezes, é o único capaz de corrigir as injustiças sociais quando os demais poderes estão comprometidos politicamente (GORDILHO, 2017).

A teoria da personalidade jurídica dos animais, equivale ao mínimo de direito natural, àquilo que coincide em todos animais, ou seja, o direito inato do “ser”, pois, partilhamos todos, evolutivamente falando, o mesmo galho da mesma árvore, e ainda, os homens, os orangotangos, os gorilas e os chipanzés são dotados dos mesmos e mais semelhantes interesses vitais, e de idêntica capacidade de sofrer (MIGLIORE, 2012).

Dessa forma, já existem casos, no Brasil e fora dele, em que foi impetrado o habeas corpus em favor de não humanos, como o caso de Oliver nos EUA, da Gorila Suíça em Salvador/BA e Cecília na Argentina.

Oliver era conhecido como “*thehumanzee*”, em uma analogia ao híbrido do homem com chimpanzé. O macaco não era aceito pelos demais de sua espécie, pois andava completamente ereto, não tinha pêlos na face, nem na parte mais proeminente do peito; não era brutalizado, como os outros primatas da sua espécie, e suas orelhas tinha contorno distintos dos outros chimpanzés (MIGLIORE, 2012).

Em meados dos anos 70, o macaco foi vendido a um advogado norte americano e foi submetido a uma bateria de testes e exames, que, equivocadamente, concluíram que ele seria um híbrido entre o ser humano, dotado de 46 cromossomos, e o chimpanzé, com 48 cromossomos. Dessa forma, Oliver teria 47 cromossomos, como nenhum outro grande primata (MIGLIORE, 2012).

Oliver, após muito tempo, foi encontrado em laboratório, onde ficou preso como cobaia de experimentos científicos. Depois de liberto por meio de um ajuizamento de uma *classaction* em favor de animais cativos e do seu bem estar, ele foi levado para a Fundação Primarily Primates. Na fundação, foram realizados mais testes cromossômicos, que concluíram que, Oliver, como qualquer chimpanzé, tem 48 cromossomos (MIGLIORE, 2012)

Suíça, era uma chipanzé fêmea que vivia em um Jardim Zoológico em Salvador. Após a morte de seu companheiro de jaula, Suíça ficou doente e deprimida, assim diagnosticada pelos veterinários. Dessa forma, no ano de 2005, o Doutor Heron de Santana Gordilho, Promotor de Justiça, impetrou um habeas corpus em favor da primata, para que a mesma fosse transferida para um santuário municipal no município de Sorocaba, interior de São Paulo, o qual tem um local adequado para a recuperação e tratamento de grandes primatas (MIGLIORE, 2012).

O principal suporte fático utilizado pelo impetrante foram as recentes descobertas que comprovam que os homens e os chipanzés compartilham até 99,4% de carga genética. Segundo ele, a palavra “alguém” utilizada por seres humanos, poderia ser aplicada em também aos animais que se encontram mais perto dos seres humanos na escala evolutiva, vulgarmente conhecidos como chipanzés, gorilas e bonobos. Ainda, foi citado as diversas pesquisas comprovando que os chipanzés podem ser incluídos no conceito de pessoa, já que esses homínídeos são dotados de capacidade de raciocínio, consciência de si e comunicação (GORDILHO, 2017).

Ainda, o Dr. Gordilho alegou que quando aprisionados, os chipanzés passam a viver em constante situação de estresse que os levam a disfunções do instinto sexual, mutilações e a viver em mundo imaginário (MIGLIORE, 2012).

Em conversas com veterinários do santuário de Grandes Primatas do GAP, em Sorocaba-SP, eles destacaram que:

Eles são animais sociais e geneticamente programados para a vida em grupo. Necessitam de haverem contato com outros de sua espécie para desenvolverem seus instintos e seus potenciais hereditários, pois na natureza, convivem em grupos, que podem variar até mais de 100, possuindo relações bastante intensas e altamente emocionais. Comunicam-se, constantemente entre si, através de vocalizações, posturas corporais, expressões faciais e contato físico. Demonstram intenso interesse e curiosidade em relação uns aos outros, estando permanentemente atentos a quem está fazendo o quê, onde e com quem. A companhia dos outros chimpazés parece constituir um elemento essencial para o sentimento de segurança individual, para a consolidação de relações, especialmente as de cunho afetivo através do contato corporal. (MAGALHÃES, 2004, p. 124, *apud*, BRAZ, 2017, p. 128).

Nesse caso, contrariando qualquer expectativa, o pedido foi recebido e encaminhado pelo Juiz Edmundo Lúcio da Cruz, da 9ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, que, embora tenha negado a liminar, recebeu o habeas corpus e intimou a autoridade coautora a prestar informações sobre o caso (GORDILHO, 2017).

Dessa forma o recebimento da petição inicial abriu um precedente inédito na história pela luta do direito dos animais. Infelizmente, Suíça morreu antes que o mérito do habeas corpus fosse julgado, e para o Promotor Heron Gordilho, foi uma morte anunciada, já que a macaca estava realmente sofrendo de depressão e forte estresse emocional. Suíça faleceu de parada cardíaca aos 18 anos, quando a idade média de sobrevivência de uma primata preso em cativeiro é de 70 anos de idade (MIGLIORE, 2017).

Com a morte de Suíça, o processo foi extinto sem julgamento do mérito, mas na sentença terminativa o juiz assim se posicionou: O processo, mesmo que interrompido, não pode ser considerado inválido, pois na sentença o julgador deixou claro que o writ preenchia todas as condições da ação, que as partes eram legítimas e que a via processual do habeas corpus era um instrumento adequado e poderia ensejar um resultado satisfatório para a paciente (GORDILHO, 2012).

O caso de Suíça se configurou como o início de uma mudança do status de que o ordenamento jurídico brasileiro sempre atribuiu aos animais, demonstrando o início de um processo de reconhecimento destes não só como seres sencientes, mas sim verdadeiros sujeitos de direitos, logo, detentores de dignidade (BRAZ, 2017).

O Código Civil Argentino tratava os animais de forma semelhante ao brasileiro ao considerar os animais como coisas semoventes. No entanto, foi proposto um habeas corpus pela ONG AFADA (Associação de Funcionários e Advogados pelo Direito dos Animais) em que se buscava a liberdade da Cecília

Cecília, de mais ou menos 30 anos de idade, viva na solidão, após a morte de seus companheiros Charly e Xuxa, em um zoológico de Mendonza, na Argentina. Em setembro de 2014, o Diretor Executivo do projeto Grandes Símios na Espanha, fez uma visita ao zoológico encontrando o chimpanzé Cecilia vivendo em condições indignas, o que o levou a denunciar tal fato aos veículos de comunicação argentinos. Após a morte de muitos animais no referido zoológico, a AFADA, com o apoio dos projetos GAP e Grandes Símios, impetrou habeas corpus e requereu a transferência da grande primara para o santuário de Sorocaba, no estado de São Paulo, o qual é

internacionalmente reconhecido por desenvolver um trabalho de acolhimento de primatas explorados em circos e zoológicos (BRAZ, 2017).

Os impetrantes argumentaram que a Chipanzé estava sendo privada do seu direito de liberdade de locomoção e de uma vida digna e que seu estado de saúde físico e psíquico se encontrava profundamente deteriorado. Por consequência desses fatos, apontaram ser dever do Estado ordenar a liberdade do chimpanzé, a qual se referiram na petição com “persona no humana”, e não uma coisa (BRAZ, 2017).

Assim, em 03 de novembro de 2016, a Juíza Maria Mauricio, chefe do Terceiro Tribunal de Garantias do Judiciário em Mendonza, proferiu sentença declarando que Cecília não é sujeito de direito humano, mas sim de direitos inerentes à sua própria espécie. Determinou a transferência da primata ao Santuário de Proteção aos Grandes Primatas (GAP), na cidade de Sorocaba/SP.

Afirma Braz que

[...] ante o que se expende no presente item, verifica-se que, em países como a Argentina, o tratamento jurídico para com os animais não-humanos apresenta grande avanço evolutivo, na medida em que estes deixaram de ser considerados coisas (semoventes) e passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, sejam grandes primatas ou quaisquer outros animais não-humanos. E, com isso, constata-se que o referido país, em termos de reconhecimento de direitos aos animais não-humanos, está muito à frente do Brasil, notadamente por reconhecer o habeas corpus como instrumento constitucional garantidor da liberdade de locomoção dos grandes primatas. (BRAZ, 2017, p. 148).

Desta forma, pode-se concluir que é possível a concessão de habeas corpus para grandes primatas, sendo isso um avanço na legislação brasileira e mundial, uma vez que permite que os animais sejam considerados sujeito de direitos, detentores de dignidade, moralidade e seres que merecem a proteção de uma vida sem dor e medo, como bem restou provado por estudos científicos, apresentam grande semelhança com o homem, necessitando, como este, de liberdade para viver bem em comunidade.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a viabilidade de proteger os grandes primatas da vida indigna por meio do remédio constitucional do habeas corpus, uma vez que, assim como a vida humana, a vida não humana também necessita de proteção legal e jurídica.

A partir das análises feitas e dos resultados encontrados, pode-se constatar que apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não possuir legislação específica para a proteção dos grandes primatas por meio do habeas corpus, muito vem sendo discutido sobre o assunto, uma vez que os seres 99% semelhantes aos humanos, já foram protegidos, em muitos lugares, pelo remédio constitucional. Portanto, pode-se concluir, que os objetivos do presente trabalho foram alcançados, concluindo-se que a legislação brasileira, apesar de não ter lei específica, está no caminho para o reconhecimento desses seres como passíveis de direitos.

REFERÊNCIA

BRAZ, Laura Cecília Fagundes dos Santos. **A Interpretação evolutiva do conceito de habeas corpus na Constituição Federal de 1988 e nos Tribunais**, Universidade Tiradentes – UNIT, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. 29 ed.; São Paulo: Saraiva, 2012.

GORDILHO, Heron de Santana. **Abolicionismo Animal – habeas corpus para grandes primatas**. 2. ed. Salvador: Edufba, 2017.

MIGLIORE, Alfredo Domingos Barbosa. **A Personalidade Jurídica dos Grandes Primatas**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012.

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA EUTANÁSIA

Rodrigo Tonel¹
Adrieli Laís Antunes Aquino²

INTRODUÇÃO

O seguinte artigo se fundamenta em análise bibliográfica de livros e artigos escritos por autores respeitáveis. Os materiais podem ser facilmente rastreáveis pela internet. O objetivo é esclarecer as questões fundamentais que circundam a temática, assim como veicular um meio propício ao debate entre os interessados em compreender o cerne da questão que envolve o uso de Eutanásia e o que isso representa. As principais questões que envolvem a prática podem tomar aspectos legais, morais, religiosos, políticos e sociais, os quais serão investigados no decorrer do escrito, e seus pormenores esmiuçados.

1 METODOLOGIA

A metodologia utilizada nesta pesquisa segue o método hipotético-dedutivo e consiste principalmente na análise bibliográfica através de livros, dicionários, jornais, artigos, estatísticas oficiais, leis nacionais e internacionais, bem como o uso de todos os tipos de materiais e instrumentos disponíveis na Internet.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

A morte é inevitável. Todos nós iremos morrer em determinado momento, trata-se do processo da vida: nascer, crescer, envelhecer e morrer. Seguindo esta lógica, qual é o problema com a eutanásia? Ou melhor: qual é o benefício que dela deriva? A palavra *Eutanásia* deriva do grego *Euthanatos*, o que significa morte fácil, sendo geralmente usada para descrever o processo de intencionalmente terminar a vida de uma pessoa com o fim de reduzir sua dor e sofrimento. O uso da eutanásia também se atrela à extinção da qualidade de vida inferior, problemas psicológicos e doenças incuráveis. Assim, nesse sentido, o termo *Eutanásia* refere-se à esperança de um futuro desprovido dos males terrenos (AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, 2016).

Diz-nos Wilhelm Von Humboldt:

[...] qualquer interferência do Estado em assuntos particulares – em que não ocorra qualquer violência aos direitos individuais – deveria ser absolutamente condenada. [...] os vários meios adotados por um Estado afetam em graus bem diferentes a extensão de sua atividade. Ele pode se esforçar, por exemplo, por assegurar suas finalidades diretamente, seja por coerção, por indução de exemplos e exortações; ele pode ainda combinar

¹ Mestrando e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ); Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq): Cidade, Saúde e Sustentabilidade, tonelr@yahoo.com.

² Aluna do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ, bolsista PIBIC/UNIJUÍ, adri-l-@hotmail.com;

todas essas fontes de influência na tentativa de moldar a vida externa do cidadão e obstruir ações contrárias à sua intenção; [...] ele pode exercer uma influência sobre seus pensamentos e sentimentos de modo a conduzir suas inclinações para que estejam em conformidade com os seus desejos. (HUMBOLDT, 2004, p.153-154).

Geralmente, o paciente dá o seu consentimento a um médico o qual se torna responsável a determinar o procedimento que terminará a vida do paciente. Esta é a chamada *Eutanásia Voluntária*. Por outro lado, se um paciente se encontrar inconsciente ou incapaz de se comunicar e, portanto, ele não conseguir expressar o seu desejo, um membro familiar terá de se envolver para tomar a decisão por ele. Esta é a chamada *Eutanásia Não-Voluntária*. Ainda existem duas outras formas de Eutanásia: o *Suicídio Assistido* e o *Suicídio Assistido por Médico*. O primeiro reflete a ideia de que o indivíduo toma a sua vida de acordo com informação e o conselho de terceiro envolvido; o segundo, no entanto, toma a forma de o terceiro envolvido ser um médico (IRISH COUNCIL FOR BIOETHICS, 2017).

3 ANÁLISE

Quando dentro da questão de terminar a vida de alguém através de uma escolha, em outras palavras, ao direito de morrer, o debate cresce proporcionalmente, isso porque questões como de quem pertence o corpo humano: a cada indivíduo, a Deus ou mesmo ao Estado? De acordo com John Locke (2012) a vida de cada indivíduo pertence a si e a mais ninguém. O homem é o dono do seu próprio corpo; é o senhor absoluto de seu ser, mas ao agir de maneira a realizar um suicídio, o homem compromete a Deus, seu criador, o qual detém a propriedade indireta sobre todos os homens por tê-los criado. Desta maneira, Deus é o dono material de todos os homens, por tê-los criado, enquanto o dono meramente formal é cada indivíduo. O símbolo desse posicionamento Lockiano toma forma na *Lei Natural*.

Assim, a ideia de que o indivíduo deve ser protegido de si mesmo não é nova, mas pelo contrário, ela vem de muito tempo atrás e toma diferentes formas. Um homem que não é dono do seu próprio corpo pode ser racionalmente coagido em função de ser mais bem utilizado pelo verdadeiro dono: seja ele o Estado ou Deus (PAUL, 2013).

Alguns casos extremos, como quando pessoas desafortunadas adentram um estado vegetativo, já ganharam muito campo normativo em diversas nações, tomando para si normas jurídicas ávidas a proteger e garantir o direito a uma morte digna. Assim, se propõe que aceitar a resignação da vida para indivíduos em estado de vegetação, incapazes de se recuperarem, se mostra algo razoavelmente aceito, mas pessoas saudáveis, nem tanto. A lógica se fundamenta na possibilidade de a sociedade em sua maioria e de o Estado que representa seus interesses permitirem as pessoas que, voluntariamente, optem por negligenciar suas existências, isso porque já não lhes parece aprazível continuar tentando. Do contrário, forçar as pessoas a viver quando não mais assim desejam seria às torturas, violando suas liberdades mais íntimas e direitos humanos mais fundamentais (IRISH COUNCIL FOR BIOETHICS, 2017).

A morte pode ser considerada um tratamento médico para a alma, mas mais do que isso, um tratamento médico que pode conseguir dar uma satisfação ao paciente que nenhum outro medicamento jamais o poderia assegurar. Prolongar a vida pode, muitas vezes, significar um prolongamento no sofrimento das pessoas, o

que deve ser levado em consideração na medida em que reivindicações para morrer dignamente são negadas (STONE, 1999).

CONCLUSÃO

As correntes que privam o indivíduo da soberania de seu corpo podem tomar diferentes formas, tanto religiosas quanto políticas. Quem é o dono do homem? Trata-se da pergunta a ser assentada como premissa fundamental no debate que tange o uso da eutanásia. O homem como uma marionete dos deuses é tão *curvado* quanto o homem como marionete de um grupo seletivo de detentores do poder político. Apenas na medida em que as individualidades, aquilo que faz do homem singular forem respeitadas é que há que se falar em debater o uso da eutanásia como ferramenta ávida a aliviar a dor.

Muitas religiões repudiam o uso da eutanásia por ferir os seus princípios mais fundamentais e íntegros. Deve ser considerado um direito seu opor-se a tal prática, mas ao indivíduo isolado não tange em nada o que uma religião, a qual ele possivelmente nunca ouvira falar, acredita ser justo ou injusto. Que as religiões mantenham suas vozes em âmbito privado ou que lidem com as massas enfurecidas e sedentas por ajuda médica. Alguns grupos pregam, com muita veemência, que o Estado possui a legitimidade de tyrannizar os seus cidadãos, moldando e privando conforme enxerga viável fazê-lo: reivindicando que é dono do corpo de todo homem. Novamente, trata-se de um importante direito, o de divergir, mas isso não engloba impor submissão a todo homem que viva dentro das fronteiras do Estado. A liberdade de expressão é valiosa, mas a tyrannia da submissão compulsória é um mal a ser combatido.

REFERÊNCIAS

AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION. **Euthanasia, human rights and the law.** (2016). Disponível

em:<https://www.humanrights.gov.au/sites/default/files/document/publication/2016_A_HRC_euthanasia_human_rights_law.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2017.

HUMBOLDT, Wilhelm Von. **Os limites da ação do estado.** Rio de Janeiro: Liberty Fund e Top Books, 2004.

IRISH COUNCIL FOR BIOETHICS. **Euthanasia: Your body, your death, your choice?** Disponível em:< http://www.rte.ie/science/euthanasia_leaflet.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2017.

LOCKE, John. **Dois tratados do Governo Civil.** Lisboa: Edições 70, 2012.

PAUL, Ron. **Definindo a liberdade: 50 questões fundamentais que afetam a nossa liberdade.** São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2013.

STONE, Geo. **Suicide and attempted suicide: methods and consequences.** New York: Carroll & Graf Publishers, 1999. Disponível em:<[http://files.shroomery.org/attachments/8806069-Suicide%20and%20attempted%20suicide%20by%20Geo%20Stone%20\[ebook\]\[OCR\]\[alt.suicide.holiday\].pdf](http://files.shroomery.org/attachments/8806069-Suicide%20and%20attempted%20suicide%20by%20Geo%20Stone%20[ebook][OCR][alt.suicide.holiday].pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

OS DESAFIOS E VANTAGENS DA SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL NO SÉCULO XXI

Luiza Nystrom Neuberger¹
Milena Alberti²
Rosmeri Radke Cancian³

INTRODUÇÃO

O meio ambiente representa atualmente uma das maiores preocupações para toda a população, tendo em vista que a Constituição Federal estabelece em seu artigo 225 que todos têm o direito ao meio ambiente equilibrado (BRASIL, 1988). Ademais, o direito ao meio ambiente equilibrado é direito de natureza difusa, que reflete em toda a coletividade, portanto, é incontestável que necessita cuidados e atitudes sustentáveis, para sua conservação.

Neste íterim, é de suma importância dar ênfase à atuação, tanto pessoas físicas quanto jurídicas, em prol da sustentabilidade. Nesse sentido, o ordenamento estabelece princípios, como o da solidariedade Intergeracional e o princípio do poluidor-pagador, que tem por finalidade a proteção do direito ao meio ambiente equilibrado, e estabelece parâmetros de atuação para as empresas, que é o objeto desse estudo.

Outrossim, quem tiver atitudes que representem dano ou perigo ao meio ambiente, terão alguma sanção. Dessa forma, é imprescindível ressaltar a importância da aderência de práticas sustentáveis pelo mercado, que traz muitos aspectos positivos para as empresas, e para toda a sociedade.

A temática desse resumo trata, portanto, acerca da sustentabilidade empresarial, de forma a demonstrar os desafios e as vantagens de ter um negócio sustentável no século XXI. O objetivo da pesquisa é demonstrar a importância de ter atitudes sustentáveis ao gerir a própria empresa, e os reflexos positivos e negativos dessas atitudes. O problema da pesquisa reside em buscar uma forma de mais empresas adotarem atitudes sustentáveis. A pesquisa se justifica por tratar de tema relevante no âmbito do direito ambiental, empresarial, e na sociedade em geral.

1 METODOLOGIA

A pesquisa será teórica, de natureza quantitativa e fins explicativos, com análise de doutrina e legislação, e com fins descritivos e explicativos. A geração de dados acontece por documentação indireta, em revisão bibliográfica. A análise e a interpretações das informações têm o método dedutivo como o principal, além do histórico e do comparativo como secundários. Os dados gerados partem da doutrina

¹ Acadêmica do 4º Semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. E-mail: luiza.n.neuberger@gmail.com

² Acadêmica do 4º Semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. E-mail: milenaalberti27@gmail.com

³ Docente do Curso de Direito da Fundação Educacional Machado de Assis nas disciplinas de Direito Empresarial I e Direito Empresarial II. Graduada em Direito pelo Instituto Educacional de Santo Ângelo - IESA, Especialista em Novos Direitos na Sociedade Globalizada pela Universidade Regional Integrada de Santo Ângelo, Mestre em Docência Universitária pela Universidade Tecnológica Nacional de Buenos Aires. rosmeri_cancian@hotmail.com

e da legislação. Os dados da pesquisa são amplos e acessíveis, partindo de doutrinas e da norma expressa, assim como outras pertinentes ao assunto.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O presente resumo apresenta os reflexos de atitudes sustentáveis nas empresas, seus aspectos positivos e negativos na sociedade, bem como na economia e, também dentro das próprias empresas.

A atitude de ser sustentável no ramo empresarial já representa um grande desafio, em virtude do alto custo para manter uma empresa sustentável. Nesse íterim, a doutrina estabelece alguns princípios, como o da solidariedade intergeracional, e do poluidor pagador, para incentivar atitudes sustentáveis por parte das empresas (DUARTE JUNIOR, 2011).

Conforme Lazzarini, um dos maiores desafios que se apresenta às empresas brasileiras na atualidade é fazer uma gestão empresarial eficiente e competente, considerando as vertentes sustentáveis sobre o aspecto econômico, social e ambiental (LAZZARINI, 2017).

Ainda, para o mesmo autor, tal desafio se torna maior em decorrência do efeito estufa e das mudanças climáticas que o planeta enfrenta, fazendo inclusive que tal desafio passe a ser uma responsabilidade, tendo em vista o quanto as atitudes não sustentáveis pelas empresas refletem no planeta.

Tal desafio se torna ainda maior no cenário atual e em um futuro imediato, o que deverá exigir novas posturas, tanto oficiais quanto do setor privado, no enfrentamento da difícil tarefa de reduzir as emissões atmosféricas de gases de efeito estufa e das consequências ambientais, econômicas e sociais das mudanças climáticas. (LAZZARINI, 2017, s.p.).

Neste íterim, é necessário reconhecer as deficiências do país, para poder superá-las, viabilizando uma gestão empresarial atenta ao meio-ambiente e aos impactos que atitudes não sustentáveis causam (LAZZARINI, 2017).

Desde 1972, ano em que ocorreu a conferência mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, diversas reuniões em âmbito internacional foram organizadas, estipulando metas e debatendo os problemas com o meio ambiente, dando grande atenção ao problema (LAZZARINI, 2017).

Os encontros constantes, pelo menos a cada década, dos mandatários máximos dos países, bem como as seguidas reuniões de representação da sociedade civil, dos cientistas, de organismos nacionais e internacionais, dentre outros, demonstram a preocupação crescente quanto à piora da qualidade de vida, bem como quanto aos proclamados efeitos desastrosos da mudança climática e o conseqüente aquecimento global com a previsão de inundações, enchentes, secas, desaparecimento de ilhas, afetando a população do mundo todo, alteração do clima, perda de espécies animais e vegetais e, em especial, o efeito sobre a vida do homem na Terra. (LAZZARINI, 2017, p. 75).

Outrossim, diante de tal preocupação, é evidente que os governos têm responsabilidade em estabelecer diretrizes, princípios e regras que tratem acerca da sustentabilidade, devendo orientar a população, as empresas, e trazer reflexos em toda a sociedade. Nesse sentido, às empresas e agentes econômicos em geral cabe a responsabilidade de se adaptar à essas diretrizes, tomando atitudes sustentáveis,

tendo em vista a necessidade da proteção do meio ambiente (LAZZARINI, 2017).

Destarte, os países e empresas devem adotar posturas que levem em consideração não só o desenvolvimento econômico, mas sim os impactos ambientais e os reflexos desses impactos na população. Atitudes sustentáveis são um grande desafio, mas levando-se em conta a sua importância para a vida, se torna responsabilidade dos governos, empresas, e de toda a sociedade. (LAZZARINI, 2017)

3 ANÁLISE

Conforme já citado, as empresas e os governos atualmente estão adotando posturas cada vez mais ativas na questão da sustentabilidade, tendo em vista reduzir os impactos ambientais e proteger o meio ambiente. No entanto, isso decorreu não só da consciência da proteção do meio ambiente, mas também de uma pressão dos próprios consumidores, que cada vez mais buscam consumir produtos ecologicamente corretos (FREDER, *et al*, 2017).

Nesse sentido, as empresas adotaram um sistema sustentável, que visa elaborar novos meios e estratégias de negócios, criados especificamente para atender às exigências do público consumidor. Tais exigências se caracterizam com as melhorias nos ramos sociais, culturais e ambientais, que por meio da comunicação, como sendo a maioria das empresas, integram uma forma de harmonia entre o público consumidor (FREDER, *et al*, 2017).

Dessa forma, como reflexo dessa comunicação, surge o Marketing Verde, como uma estratégia que foca nos benefícios dos produtos e a responsabilidade com o meio-ambiente que a empresa teve ao desenvolvê-los. Assim, para essa estratégia funcionar, o empreendimento deve ser ecologicamente correto, economicamente viável, socialmente justo e culturalmente aceito (GABRIEL, 2016).

Ao realizar ações que vão além do cumprimento de exigências legais tem se tornado um diferencial competitivo, fortalecendo o posicionamento das empresas no mercado. Nesse sentido, acredita-se que o marketing verde na gestão empresarial faz com que a empresa alcance um número maior de consumidores, pois com a publicidade e a facilidade que se tem ao acesso à informação hoje, fica fácil para o consumidor saber quais são as empresas e produtos com responsabilidade ambiental (FREDER, *et al*, 2017).

Carlson apresenta tal entendimento:

As empresas responsáveis no âmbito socioambiental aceitam o compromisso moral de responder pelos impactos de suas decisões e atividades sobre o meio ambiente e a sociedade, como é o caso da Goóc, que vem criando produtos a partir de pneus reciclados e inserindo na sociedade um comportamento sustentável por meio de suas campanhas. (CARLSON, *et al.*, 1996, *apud* FREDER *et al*, 2017).

Destarte, as empresas preocupadas com a sustentabilidade e os impactos ambientais, devem buscar formas inovadoras de aumentar seus recursos e adotar novas posturas para o desenvolvimento ambiental e a gestão ambiental proativa. Essas atitudes, apesar de serem um desafio no cenário atual, só trazem reflexos positivos para a imagem da empresa, atraindo consumidores, protegendo o meio ambiente e aumentando, consideravelmente, sua rentabilidade (FREDER, *et al*, 2017).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível afirmar que, por ser um direito de natureza difusa, de interesse a toda a coletividade, o meio ambiente deve ter integral proteção e compete ao Estado fixar diretrizes que orientem a atuação das empresas a adotar práticas sustentáveis.

Nesse sentido, a reeducação ambiental e a adoção de práticas sustentáveis pelas empresas revertem em benefícios tanto para as próprias empresas quanto para toda a sociedade.

Dessa forma, com o marketing verde e com o acesso a informação, o consumidor sabe quais são as empresas ecologicamente corretas, fazendo com que além de proteger o meio ambiente, a empresa aumente seu público e também sua rentabilidade.

Assim, apesar dos desafios que ser sustentável empresarialmente apresentam hoje, é nítido que os benefícios de ser ecologicamente correto são muito maiores do que os malefícios. Destarte, as empresas devem ser responsáveis pelos impactos ambientais que causarem, atuando de forma positiva para melhorar o meio ambiente e adotando práticas viáveis e aceitas social e legalmente, trazendo melhorias para o empreendimento, para o meio-ambiente, e para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. **Princípios do Direito Ambiental e a Proteção Constitucional ao Meio-Ambiente Sadio**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/princ%C3%ADpios-do-direito-ambiental-e-prote%C3%A7%C3%A3o-constitucional-ao-meio-ambiente-sadio>. 2011. Acesso em: 30 out. 2018.

GABRIEL, Lucas. **Afinal, o que é marketing verde?** Disponível em: <<https://marketingdeconteudo.com/marketing-verde/>>. Acesso em: 30 out. 2018.

LAZZARINI, Walter; FREDER, Schirlei Mari; RIBEIRO, Luciane Cristina; Et Al. **Gestão empresarial e sustentabilidade**. Coleção ambiental. v. 21. Barueri, SP: Manole, 2017.

O ACELERADO DEGELO NA ANTÁRTIDA: MUDANÇAS CLIMÁTICAS INQUIETANTES

Adrieli Laís Antunes Aquino¹
Rodrigo Tonel²

INTRODUÇÃO

O derretimento de gelo nos pólos é um tema muito preocupante, tendo em vista o aquecimento global agravado nos últimos anos, o acúmulo de gases de efeito estufa na atmosfera é devido à conduta humana, portanto faz-se necessário evitar as condutas determinantes do degelo para que se possa preservar o meio ambiente.

É essencial garantir o princípio da sustentabilidade nas relações do homem com a natureza e com as gerações futuras, tal como assevera Machado: “[...] o relacionamento das gerações com o meio ambiente não poderá ser levado a efeito de forma separada, como se a presença humana no planeta não fosse uma cadeia de elos sucessivos.” (MACHADO, 2013, p. 27).

A Antártida, grande detentora de altos níveis de água doce em suas geleiras, vem perdendo gelo mais rapidamente:

A aceleração dos processos nas geleiras e nos mantos de gelo, principalmente a perda de massa por derretimento e mais rápido deslizamento dos mantos de gelo em direção ao mar, faz o nível do mar se elevar a taxas de cerca de 2,2 mm/ano atualmente. (NOBRE, CARLOS, 2008, p. 14).

Tal fato é de extrema preocupação sobre o futuro da vida no planeta, pois pode acarretar impactos catastróficos na qualidade do meio ambiente em que vivemos.

1 METODOLOGIA

Quanto aos objetivos gerais, a pesquisa será do tipo exploratório. Para tanto utilizará no seu delineamento a busca na rede mundial de computadores e livros, a fim de compreender e trazer a discussão uma base teórica condizente com a realidade atual, contextualizando conceitos e fatos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O continente Antártico historicamente possui episódios de congelamento e degelo das camadas glaciais que o compõem, contudo no último século a temperatura tem aumentado consideravelmente no Planeta, ocasionando a intensificação do degelo, consoante Rosa, Vieira e Acuña: “[...] segundo o Painel Intergovernamental sobre mudanças Climáticas (IPCC, 2007), as geleiras da Península Antártica apresentaram rápida resposta ao aquecimento regional ao longo

¹ Aluna do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ, bolsista PIBIC/UNIJUÍ, adri-l-@hotmail.com;

² Mestrando e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ); Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq): Cidade, Saúde e Sustentabilidade, tonelr@yahoo.com.

das últimas décadas.” (ORSA; VIEIRA; ACUÑA, 2010, p. 103).

Tendo em conta que o efeito estufa é um efeito natural do planeta, com o propósito de manter a temperatura média em condições habitáveis, parafraseando Paulo Nobre (2008), constitui-se na transparência atmosférica para a radiação solar de onda curta, na faixa do espectro das radiações visíveis, bem como a opacidade atmosférica à radiação terrestre ou infravermelho que é emitida para o espaço.

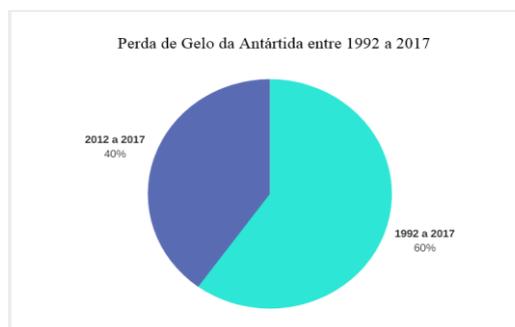
3 ANÁLISE

Com a ampliação do efeito estufa pelas ações humanas, conforme assevera Paulo Nobre: “[...] concentração anual de CO² atmosférico, que dobrou num período de aproximadamente 30 anos, passando de 1ppm/ano em 1965 para 2ppm/ano em 2005” (NOBRE, PAULO, 2008, p. 03), têm-se acentuado o derretimento das geleiras na Antártida.

Devido à instabilidade das geleiras, o conseqüente aumento do nível do mar, nos próximos anos é uma possibilidade tangível, ocasionando demais resultados danosos, tal como a disposição da água doce congelada nos oceanos, de acordo com Pires:

Na medida em que os oceanos se elevam (...), a pressão de bilhões de toneladas de água sobre a crosta terrestre começará a deflagrar, nas zonas de fratura da crosta, terremotos e maremotos (terremotos no mar), com a geração de tsunamis, no segundo caso. Vulcões também começarão a entrar em atividade pelo mundo todo, liberando mais gases do efeito estufa, e destruindo as regiões vizinhas, onde localizados. As nuvens de cinzas produzirão estragos mais longe, afetando a agricultura e inclusive a aviação, pois são danosas às turbinas dos jatos, e a saúde humana e animal, pois a poeira ultrafina das cinzas vulcânicas penetra nos pulmões, asfixiando as pessoas e os animais. (PIRES, 2009, p.23)

O gráfico abaixo demonstra, conforme a Folha de São Paulo (2018, s.p), entre 1992 e 2017, a Antártida perdeu 3 trilhões de toneladas de gelo, ocasionando um aumento nos níveis do mar de cerca de 8 milímetros, sendo 40% desse aumento se refere aos últimos cinco anos do estudo, de 2012 a 2017, quando a perda de gelo cresceu 165%.



*Baseado nos dados da FOLHA DE S. PAULO. (2018, s.p.)
Antártida derrete quase 3 vezes mais rapidamente do
que em 2012, diz estudo.*

CONCLUSÃO

Neste resumo aborda-se o assunto do degelo que está sendo acelerado na

Antártida devido às ações antrópicas, que detém grande parcela de responsabilidade nas mudanças climáticas a ocorrer em âmbito global. O mundo está perecendo em virtude da falta de ética e justiça das pessoas para com seu habitat, o necessário, de encontro ao entendimento de Carlos Nobre (2008), é instaurar um esforço internacional para criar programas de longo alcance que promovam com celeridade o aumento da capacidade de adaptação dos países às mudanças climáticas.

Bem como ampliar a noção de um desenvolvimento sustentável que preserve o meio ambiente, com atitudes convenientes à natureza, como reduzir o uso de combustíveis fósseis, por exemplo. É urgente e imprescindível desenvolver e implantar ideias para mitigar o degelo dos imensos reservatórios essenciais de água que se situam na Antártida considerando as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

FOLHA DE S. PAULO. **Antártida derrete quase 3 vezes mais rapidamente do que em 2012, diz estudo.** 13.jun.2018 às 16h20. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2018/06/antartida-esta-perdendo-gelo-em-ritmo-cada-vez-maior-aponta-estudo.shtml#comentarios>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 21ª edição. Malheiros Editores Ltda: São Paulo, 2013.

NOBRE, Carlos Afonso. **Mudanças Climáticas e o Brasil:** Por que devemos nos preocupar? Plenarium, v.5, n.5, p. 12-20, out., 2008. Disponível em:

<<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/723#>> Acesso em:15 jul. 2018.

NOBRE, Paulo. **Aquecimento Global, Oceanos E Sociedade.** ©INTERFACEHS – Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente - v.3, n.1, Artigo 1, jan./ abril 2008. Disponível em:

<<http://www3.sp.senac.br/hotsites/blogs/InterfacEHS/wp-content/uploads/2013/07/art-1-2008-6.pdf>>. Acesso em: 15jul. 2018.

PIRES, Celio João. **O aquecimento global e suas implicações para a**

habitabilidade da Terra no futuro próximo. Florianópolis, 2009. Disponível em:<https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38650199/O_Aquecimento_global_e_suas_implicacoes_para_a_habitabilidade_da_Terra_num_futuro_proximo.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1531104420&Signature=weAJK%2Fqdg5yJ4PYsrH1NcT9Vm64%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DO_Aquecimento_global_e_suas_implicacoes.pdf>. Acesso em:15 jul. 2018.

ROSA, Katia K.; VIEIRA, Rosemary; ACUÑA, Francisco J.F.; et. al. **Geomorfologia Aplicada à Reconstrução e ao Monitoramento do Impacto das Mudanças Climáticas em Ambientes Glaciais.** Revista de Geografia. V. especial. VIII SINAGEO, n. 1, Recife: UFPE – DCG/NAPA, Set. 2010. Disponível em:<

<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistageografia/article/view/228855/23266>>

Acesso em:20 jul. 2018.

ESTUDO SOBRE O INSTITUTO DA APATRIDIA – REFLEXÕES A PARTIR DO FILME: *O TERMINAL*

Stéfani Reimann Patz¹
Letícia Mousquer Ritter²

INTRODUÇÃO

A pesquisa se dedica ao estudo do instituto da apatridia, sua conceituação, evolução histórica e regulamentação, através do filme *O Terminal*. O interesse neste tema surgiu dos questionamentos e inquietações que a condição de apátrida desperta, além da necessidade em potencializar a ação dos Estados perante a demanda. Neste seguimento, o presente trabalho visa compreender como o ordenamento jurídico brasileiro atende as pessoas em condição de apatridia. Tendo como objetivo identificar quem são os apátridas no mundo, por quais motivos eles se encontram nessa condição e principalmente, averiguar a relação entre a produção cinematográfica em comento e a temática. Nesse sentido, o trabalho está abordado três pontos centrais, o primeiro contextualiza a identidade dos apátridas e sua evolução histórica. O segundo ponto aborda o filme *O Terminal* como um instrumento que auxilia no debate da temática. Já o terceiro item do estudo averigua a existência de marcos regulatórios para as questões no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque na Lei de Migrações.

1 METODOLOGIA

O método de abordagem é o indutivo/dedutivo, o método de procedimento envolve uma abordagem sócio analítica e a técnica de pesquisa abrange documentação direta e indireta.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Quando se aborda o instituto da apatridia, refere-se a questões que envolvem a nacionalidade, a formação dos Estados, suas fronteiras e ordenamentos jurídicos. Pelo instituto da nacionalidade, existe uma vinculação jurídico-político de um indivíduo com o Estado.

Ocorre que no momento da fixação de critérios de concessão ou perda desse instituto, alguns indivíduos podem tornar-se apátridas, ou seja, um sem pátria, sem vínculo com quaisquer Estado-nação.

Por definição jurídica e política, apátrida é todo aquele que não possui uma nacionalidade reconhecida por qualquer Estado. Tal definição, cunhada na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, e vigendo no Direito Internacional desde 1960, teve como cenário o contexto gerado pela Segunda

¹ Acadêmica do curso de Direito - 8º semestre, Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus Santo Ângelo/RS, stefani.patz@hotmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Professora na Graduação em Direito da URI, Campus de Santo Ângelo/RS. Membro do Projeto de Pesquisa: novas formas de proteção dos direitos culturais e do patrimônio cultural: aproximação entre direito, inovação e política e do Grupo de Pesquisa: Conflito, Cidadania e Direitos Humanos. Advogada. E-mail: leticiaritter@san.uri.br

Grande Mundial. Esta condição gera uma série de repercussões, como a violação dos direitos humanos e a extinção de quaisquer resquícios de cidadania.

A apatridia e a nacionalidade, conforme supramencionado, estão intimamente relacionadas. Nesse sentido, cada Estado, através de uma decisão soberana, determina quais são os requisitos para a concessão de sua nacionalidade. No Brasil, a temática é abordada a partir do disposto no artigo 12 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Quando promulgada, a Constituição concedia a nacionalidade nata a: a – todos os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que não estejam em no Brasil a serviço de seu país de origem; b – os nascidos em Estado estrangeiro, quando um dos pais seja brasileiro e esteja a serviço do Brasil e; c – os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileira que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir no Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem, a qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira.

Portanto, a condição de apátrida pode surgir de diversos modos, existem casos em que, em certos momentos o apátrida foi um nacional, mas que ao realizar uma determinada ação não aceita pelo ordenamento jurídico do seu país de origem, acabou perdendo a sua nacionalidade. Já outros perdem a condição de nacional pelo desaparecimento do Estado que lhe reconhece a nacionalidade. Todavia, o caso mais comum ocorre quando uma pessoa nasce em um Estado no qual vigora o critério *ius sanguinis* - a nacionalidade da pessoa deriva da nacionalidade dos seus pais, do seu sangue e será aquela do Estado de origem de seus pais – porém seus pais são nascidos em um país onde vigora o critério *ius soli* - situação em que a nacionalidade é conferida apenas àqueles indivíduos que nasceram no território desse Estado.

Outras causas de apatridia, relacionadas ao *jus sanguinis*, podem ser condicionadas por legislação sensível ao gênero – casos frequentes no norte africano, no Oriente Médio e na Ásia –, por exemplo, quando a nacionalidade só pode ser transmitida do pai ao filho, ou quando a nacionalidade da mulher que se casa com um estrangeiro é revogada em favor da do marido.

De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), órgão das Nações Unidas, a partir dos critérios de aquisição ou perda de nacionalidade, hoje, existe no mundo cerca de 10 milhões de pessoas com o status de apátridas. Ações e campanhas tentam promover o fim da apatridia pelo mundo, a afim de cumprir o direito humano de todo indivíduo ter uma nacionalidade, como por exemplo, a campanha global da ACNUR de novembro de 2014, *Eu Pertença (I Belong)*, que pelos próximos dez anos pretende acabar com a apatridia. Ocorre, no entanto um contrassenso entre o direito a nacionalidade e os critérios de concessão ou perda, que acabam gerando apátridas.

A fim de compreender melhor o fenômeno e traçar um diálogo com o filme *O Terminal (The Terminal - 2014)*, que o presente resumo se apresenta, pois trouxe visibilidade para a temática, na medida em que aborda temas como apatridia, nacionalidade, condição jurídica do estrangeiro, extinção e reconhecimento de Estados. A produção cinematográfica em comento é baseada na história de Merhan Nasserli é um refugiado iraniano que viveu por 18 anos no Terminal 1 do Aeroporto Charles de Gaulle, perto de Paris na França. Sua estranha odisséia começou em 1988, em Paris, no dia em que se apresentou na companhia British Airways munido apenas de uma passagem de ida para Londres. Explicou que seus documentos haviam sido roubados numa estação de trem da capital francesa. Contrariando todas as regras, os franceses permitiram que tomasse o avião. Como era de se prever, os

ingleses o despacharam de volta no primeiro voo. Sem documento de identidade, ele não podia entrar em nenhum país, nem mesmo na França, então foi ficando no aeroporto por anos e anos.

Situação similar vive Viktor Navorski, personagem de *O Terminal*. Cidadão de um pequeno país europeu, Viktor viaja à cidade de Nova York e ao desembarcar no Aeroporto John F. Kennedy descobre que seu país está afundado em uma crise política devido a um golpe de Estado. Seu passaporte e seu visto não têm mais validade, o que o impede tanto de entrar formalmente em território americano, quanto retornar ao seu país de origem. A personagem permanece, retida, no aeroporto JFK durante nove meses.

Portanto, se *a arte imita a vida*, a história também guarda estreita relação com a disciplina de Direito Internacional, na medida em que aborda temas como apatridia, nacionalidade, condição jurídica do estrangeiro, extinção e reconhecimento de Estados. Estes temas complexos ganham, através da sétima arte, uma linguagem mais leve, propiciando ao interlocutor uma visão interdisciplinar destes temas, bem como uma reflexão importante acerca da humanização do Direito Internacional. Nesse sentido, existe uma necessidade de debater sobre a apatridia, tendo em vista o vasto contingente de pessoas afetadas, bem como suas repercussões.

Com o objetivo de tentar prevenir a apatridia e tentar minimizar os problemas das populações que se encontram nessa situação, as Nações Unidas criaram alguns dispositivos internacionais, como a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas e a Convenção de 1961 sobre Redução de Apatridia.

Por fim, no Brasil, a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, conhecida como a Lei de Migrações, dispõe sobre medidas protetivas para os apátridas, facilitando garantias de inclusão social e naturalização simplificada para os cidadãos sem pátria. A legislação segue convenções internacionais de respeito aos apátridas e busca como direito a solicitar nacionalidade, para assim, reduzir o número de pessoas nessa situação.

CONCLUSÃO

A ideia de pertencimento gira em torno de aspectos interiores do ser humano e de acordo com os órgãos vinculados a ONU, mais de 10 milhões de pessoas vivem com o status de apátridas, isto é, não possuem uma nacionalidade reconhecida por qualquer Estado.

O filme *O Terminal* trouxe visibilidade para a temática, na medida em que aborda temas como apatridia, nacionalidade, condição jurídica do estrangeiro, extinção e reconhecimento de Estados. Estes temas complexos ganham, através da sétima arte, uma linguagem mais leve, propiciando ao interlocutor uma visão interdisciplinar destes temas, bem como uma reflexão importante acerca da humanização do Direito Internacional e da importância da matéria nos dias atuais.

Neste cenário torna-se necessário pensar a migração e pensar o Estado nos seus termos de inclusão e exclusão. Assim, através da Nova Lei de Migrações o Estado brasileiro reafirmou sua posição frente à salvaguarda de direitos humanos e se posicionou positivamente frente à construção da cidadania inclusiva e protetiva, em atenção as pautas de direitos humanos no cenário mundial globalizado e multicultural.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Convenção de 1961 sobre a Redução de Apatridia**. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducacao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf?view=1>. Acesso em: 05 out. 2018.

ACNUR. ONU: **10 milhões de crianças são apátridas; agência pede ‘medidas urgentes’**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-10-milhoes-de-criancas-sao-apatridas-agencia-pede-medidas-urgentes/>>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL, Presidência da República: **Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm>. Acesso em: 05 out. 2018..

BRASIL, Presidência da República: **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL, Presidência da República: **Lei de Migração de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm Acesso em: 05 out. 2018.

SPIELBERG, Steven. **O TERMINAL** (The Terminal). EUA, 128 min, 2004.

A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Ravena Rosanelli Seitenfus¹
Renê Carlos Schubert Junior²

INTRODUÇÃO

É sabido que o conflito de interesses é algo inerente à sociedade, estando presente na vida do homem durante toda a história da humanidade, com o intuito de buscar a realização e satisfação das necessidades dos envolvidos. Nesse sentido, surge como papel fundamental a atuação do Direito, que por meio de sua função de pacificação e recomposição da paz e do equilíbrio, regula a conduta humana.

Apesar da notória atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos existentes na sociedade, verifica-se que o excesso de demanda, resultante da carga elevada de processos acabam por sobrecarregar esse sistema, o tornando, conseqüentemente, lento em seus andamentos processuais e decisões.

Diante dessa situação, torna-se evidente a atuação da arbitragem como método de resolução de conflitos, pois com a crise enfrentada pelo Poder Judiciário em atender a grande demanda de conflitos, a arbitragem surge como um método eficiente.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo central a explanação acerca do instituto da arbitragem como meio de resolução de conflitos, bem como conhecer os benefícios deste instituto que vem sendo utilizado desde a antiguidade, e com o advento da Lei que regulou o seu exercício, vem cada vez mais conquistando seu espaço no ordenamento jurídico brasileiro.

1 METODOLOGIA

A metodologia caracteriza-se como teórica, de cunho qualitativo e com fins explicativos. O método de abordagem para a análise e a interpretação das informações é dedutivo.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Para a análise foram utilizados os autores Fredie Didier Jr., e Humberto Theodoro Júnior, para sistematizar um breve conceito acerca da jurisdição e o instituto da arbitragem, além da Constituição Federal, o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, e a Lei nº 9.307/96.

¹ Acadêmica do Curso de Direito – 4º Semestre Faculdades Integradas Machado de Assis.
ravenaseitenfus@gmail.com.

² Mestre em Desenvolvimento, linha de pesquisa Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), campus Ijuí, RS. Advogado e docente em regime integral, coordenador do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito e Coordenador do Grupo de Estudos “A constitucionalização do Processo Civil e o CPC/2015”, desenvolvidos no Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis, FEMA - Santa Rosa/RS.
reneschubertjunior@yahoo.com.br.

2.1 BREVE CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Inicialmente, para fazer a abordagem sobre o assunto elucidado, é necessário trazer um conceito básico sobre jurisdição, pois, afinal, é dentro desta que se insere a atuação da arbitragem como solução de conflitos.

Para Fredie Didier Jr.

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/ protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g). (DIDIER JR., 2017, p. 173).

Outrossim, seguindo os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior, a jurisdição é vista como “[...] o *poder* que toca ao Estado, entre suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica conflituosa.” (THEODORA JÚNIOR, 2015, p. 168). [grifo do autor].

Em linhas gerais, pode-se entender então que a jurisdição é o poder atribuído ao Estado de dizer o Direito, utilizando-se da atuação de um terceiro imparcial, com o fim de buscar a pacificação da lide, ou seja, um conflito qualificado por uma pretensão resistida.

Outro ponto relevante a ser explanado acerca do assunto diz respeito aos princípios inerentes à jurisdição. Para o autor Sidnei Amendoeira Jr., os aludidos princípios são: o da investidura, aderência ao território, indelegabilidade, inevitabilidade, inafastabilidade, e juiz natural (AMENDOEIRA, 2012).

O princípio da investidura significa que a jurisdição somente pode ser exercida por pessoa que esteja devidamente investida de poder jurisdicional. Se o Estado não pode exercer a jurisdição de forma direta, ele deve delegá-la a pessoas, para que a exerçam (AMENDOEIRA, 2012).

No que se refere ao princípio da aderência ao território, o exercício da jurisdição está limitado ao território brasileiro, e este mesmo território possui divisões de competências internas. Já a indelegabilidade encontra amparo constitucional, referindo-se que aqueles que exercem o poder jurisdicional não podem delegar suas funções a outros (AMENDOEIRA, 2012).

Quanto ao princípio da inevitabilidade, o referido autor explica que “a autoridade dos órgãos estatais emana do poder soberano do Estado, independentemente da vontade das partes.” (AMENDOEIRA, 2012, p. 23). Ou seja, as partes estão sujeitas a esse poder. O princípio da inafastabilidade, também conhecido como controle jurisdicional, encontra previsão no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, garantindo a todos o acesso ao Poder Judiciário, deste modo, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Por fim, o princípio do juiz natural, conforme explica Amendoeira, possui amparo no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, garante que as partes tenham um julgamento por um juiz imparcial e independente, e que esteja de acordo com as normas da organização judiciária, assim, proibindo os Tribunais de Exceção. (AMENDOEIRA, 2012).

2.2 ARBITRAGEM

Como já abordado previamente, o Poder Judiciário enfrenta uma grande demanda de processos, o que muitas vezes se torna causa de um andamento lento, falta de agilidade e de resposta da jurisdição perante os conflitos. Assim, surge nesse âmbito a arbitragem, como uma ferramenta capaz de trazer celeridade e agilidade para a resolução dos conflitos, ou seja, tendo em vista a necessidade de maior rapidez nas respostas e tomadas de decisão dos conflitos, este instrumento se apresenta como resposta à sociedade.

São várias as definições de arbitragem, porém, no presente trabalho, será abordado com maior ênfase as ideias de Fredie Didier Jr. Para o referido autor, a arbitragem, “[...] é técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e “imparcial” (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio.” (DIDIER JR., 2017, p. 192).

Trata-se, portanto, de uma solução de conflitos jurídicos realizada por um terceiro não investido de jurisdição, ou seja, de uma heterocomposição. O exercício da arbitragem se faz presente desde a antiguidade, onde era exercida por sacerdotes ou anciãos, pessoas que, para a comunidade em que viviam, eram vistas como sábias e de confiança (DIDIER JR., 2017).

No Brasil, a arbitragem passou a ser regulamentada pela Lei nº 9.307/96, onde, em seu artigo 1º, passou a viabilizar que as partes poderão utilizar-se da arbitragem para submetê-la aos litígios que possam surgir a partir de uma relação jurídica.

Em outras palavras, a arbitragem abrange os direitos patrimoniais disponíveis, onde as partes elegem uma pessoa de confiança, que será o árbitro, e este irá exercer de maneira imparcial a resolução do conflito em questão, sem a tutela do Poder Judiciário.

Além disso, ela será constituída mediante convenção de arbitragem, e poderá abranger tanto cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral (artigo 3º, Lei da Arbitragem, 1996).

Cláusula compromissória é a convenção em que as partes decidem, prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem; as partes, antes do litígio surgir, determinam que, uma vez ele ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja o conflito, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem. (DIDIER JR., 2017, p. 192).

Por sua vez, o compromisso arbitral, para Didier Jr. é entendido como “[...] o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário.” (DIDIER JR., 2017, p. 192). Portanto, trata-se de uma espécie de contrato, no qual se verifica a renúncia da atividade jurisdicional estatal em um conflito.

Oportuno lembrar que a convenção de arbitragem não pode ser reconhecida de ofício pelo Juízo, nos termos do artigo 337, § 5º, do Código de Processo Civil, carecendo de alegação como preliminar de mérito, consoante o artigo 337, inciso X, do Código de Processo Civil.

Quanto à natureza jurídica da arbitragem, ressalta-se que há divergências sobre o assunto. De um lado, existem doutrinadores que não consideram a arbitragem como jurisdição, alegando, dentre outras ideias, que ao optar por um árbitro, implica a renúncia à jurisdição; que o exercício da jurisdição somente poderá

se dar mediante indivíduos devidamente investidos na autoridade de juiz; e que as decisões tidas a partir da arbitragem poderão ser controladas pelo Poder Judiciário, ou seja, poderão ser revisadas por outra estrutura que não a arbitragem.

Em contrapartida, Didier Jr. é um dos doutrinadores que acredita que o instituto da arbitragem não configura como equivalente jurisdicional – forma não jurisdicional de resolução de conflitos, mas sim, que se trata de jurisdição, pois “[...] a decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo de noventa dias, a coisa julgada torna-se soberana.” (DIDIER JR., 2017, p. 194).

Dessa maneira, por causa da circunstância descrita acima, que o referido autor afirma que o exercício da arbitragem no Brasil equivale à jurisdição, visto que esta é exercida sim por particulares, porém, há a autorização do Estado para tanto, e, como consequência, remete diretamente ao direito de autonomia privada.

Questão relevante a ser apontada, é o fato de que na arbitragem, quando as partes não estipularem prazo à apresentação da sentença, o prazo para tal fim será de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, conforme o artigo 23, da Lei em comento.

2.3 “INCONSTITUCIONALIDADE” DA ARBITRAGEM

A partir da criação da Lei da Arbitragem, surgiram vários questionamentos acerca de possíveis inconstitucionalidades presentes em alguns dispositivos contidos na referida Lei. Entre as questões levantadas, houve o argumento de que a lei estaria violando um dos direitos e garantias fundamentais, presente no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88 que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou grave ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).

Porém, o que se observa é que houve um questionamento equivocado e errôneo acerca da ideia de inconstitucionalidade, tanto é que está disposto no artigo 3º, § 1º, do Código de Processo Civil que “é permitida a arbitragem, na forma da lei” (BRASIL, 2015). Assim, a partir deste artigo pode-se observar que não há conflitos entre a garantia de acesso à justiça e a promoção da arbitragem.

Para reforçar esta ideia, doutrinadores também se posicionaram da mesma maneira sobre esse assunto. Didier Jr. traz em seus ensinamentos o que segue:

Não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis. Não se admite arbitragem em causas penais. Ademais, a Emenda Constitucional n. 45/2004 consagra a arbitragem em nível constitucional, no âmbito trabalhista (art. 114, §§ 1º e 2º, CF/1998). (DIDIER JR., 2017, p. 192).

Do mesmo modo, Theodoro Júnior também não aponta elementos de inconstitucionalidade acerca da arbitragem, pois entende como legítima a utilização do juízo arbitral como substituição da justiça exercida pelo Estado, a partir do entendimento do artigo 3º, §1º do NCP.

Ainda, no entendimento do referido autor:

Questionada a constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996, no tocante à força de excluir do Poder judiciário o conhecimento do litígio contratualmente submetido à arbitragem, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) não resta ofendida quando o afastamento decorre de vontade negocial

livremente manifestada em contrato sobre bens e direitos disponíveis. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 125).

Destarte, o que se tem a partir desses apontamentos é que não há o que se falar em inconstitucionalidade se tratando da Lei da Arbitragem, pois esta se enquadra dentro das disposições legais, respeitando a norma constitucional, e recebe amparo jurídico para seu efetivo exercício.

CONCLUSÃO

Conclui-se, por meio do estudo realizado, que a arbitragem constitui uma forma de resolução de conflitos muito importante e de grande valia no ordenamento jurídico brasileiro, podendo representar um fim, ou uma melhora na crise enfrentada pelo Poder Judiciário.

A sobrecarga de processos e a demora do andamento dos mesmos estão dentre os motivos que causam desestímulo e descrença das pessoas quando se trata em buscar a jurisdição, gerando uma instabilidade e insegurança jurídica. Portanto, observando esse cenário, a arbitragem se apresenta como um meio eficaz face a demanda excessiva enfrentada pelo Estado.

Entretanto, é necessário que se busque sempre a melhor aplicabilidade da Lei da Arbitragem, a partir de discussões e apontamentos sobre a melhor maneira de conduzir o juízo arbitral à sociedade, e apresentá-lo para que todos saibam de sua existência e de como utilizar-se dele corretamente.

De qualquer maneira, não há dúvidas de que a utilização da arbitragem traz vantagens ao cidadão, proporcionando um meio mais rápido de solucionar os conflitos, do mesmo modo em que o ordenamento jurídico dispõe de normas que regulamentam esse instrumento, assim, garantindo a eficiência e a segurança jurídica esperada na resolução do conflito.

REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JR, Sidnei. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, **Lei nº 9307/96**. Brasília: Senado Federal, 1996.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A IMPORTÂNCIA DA LINGUAGEM PARA O DIREITO

Giliardi Kolling Flores¹
Mariel Haubert²

INTRODUÇÃO

Os profissionais da área jurídica necessitam de um vocabulário valoroso. A linguagem é essencial aos acadêmicos de Direito e apropriar-se dela não é uma tarefa fácil. O domínio da linguagem jurídica tem sido um grande desafio aos acadêmicos, pois muitos têm o primeiro contato com essa realidade quando ingressam no curso, no contexto da sala de aula. Dessa forma, o presente trabalho busca versar sobre a relação entre a linguagem e o Direito. A linguagem se apresenta pela palavra, sendo que esta é de fundamental importância para os operadores do Direito. Além disso, pretende-se explorar a linguagem verbal como sendo o principal meio de comunicação para fazer-se compreender.

O presente resumo, portanto, está estruturado de forma a compreender como a linguagem e o Direito podem dialogar para o desenvolvimento do acadêmico/profissional que almeja exercer adequadamente sua profissão, tendo a comunicação oral e escrita como uma aliada importante a esse processo.

1 METODOLOGIA

Como metodologia, empregou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, com o apoio de livros, revistas e artigos, sob o âmbito das ciências jurídicas, com enfoque determinado na linguagem. Portanto, este resumo expandido constitui-se a partir de uma fundamentação teórica, sendo uma produção dedutiva e representativa. A pesquisa é de natureza qualitativa, não abrangendo dados quantificados.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O Direito e a Linguagem mantêm uma relação muito importante, pois se interligam de maneiras diretas ou indiretas, já que o Direito se realiza efetivamente por meio da linguagem. Neste contexto, Calmon de Passos afirma que

[...] o Direito, mais que qualquer outro saber, é servo da linguagem. Como Direito posto é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto. Também linguagem é o Direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar o Direito da Linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem. (PASSOS, 2001, p.63).

¹Acadêmico do Curso de Direito – 2º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. giliardikolling@hotmail.com

²Doutoranda em Educação nas Ciências. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão – NPPGE. Professora das Faculdades Integradas Machado de Assis. haubertmariel@gmail.com

Com base nisso, busca-se analisar a estreita relação entre o Direito e o domínio da linguagem formal.

3 ANÁLISE

Desde sua criação, o homem usou a comunicação para relacionar-se com seu semelhante e procurou estabelecer vínculos para tornar-se conhecedor de seus direitos. Com o passar dos anos, tais atitudes foram sendo aperfeiçoadas e apresentam-se, atualmente, como o principal meio de comunicação entre os seres humanos. Embora seja importante o ato de comunicar-se, o profissional do Direito reconhece e valoriza a linguagem formal como ferramenta indispensável para uso diário de suas tarefas.

Questionar-se sobre os conceitos da linguagem é sempre desafiador. É, de certa forma, impossível para qualquer escritor ter sua obra concentrada em entender o exercício da linguagem humana, num momento onde tudo parece estar em movimento sem uma base suficientemente concreta para construções formais. Quando nada é definitivo ou estabelecido permanentemente, lembra-se do filósofo e teórico Mikhail Mikhailovitch Bakhtin, pois em suas obras tudo oscila de acordo com as mudanças do quadro histórico, dependendo do comportamento humano (BAKHTIN, 1997). Bakhtin trabalha com um mundo em movimento, cujo objeto está sempre em entender as constantes transformações do ser humano, por meio da linguagem. Para ele, as esferas da atividade humana estão sempre relacionadas com a utilização da língua.

Na órbita do Direito, a principal ferramenta do profissional é a comunicação, pois é por ela que se estabelecem vínculos e relações sociais. Assim, é importante que o profissional do Direito domine a arte do bem falar. Sabe-se que a fala é uma habilidade adquirida anterior à escrita. Ademais, quando existe o momento de escrever é preciso desligar-se da fala, pois existem meios poluentes de expressões usadas no dia-a-dia que possam desestabilizar argumentos representados na escrita. Conforme Koch, “[...] Fala e escrita são, portanto, duas modalidades da língua. Assim, embora se utilizem do mesmo sistema linguístico, cada uma delas possui características próprias. Ou seja, a escrita não constitui mera transcrição da fala, como muitas vezes se pensa.” (KOCH, 2009, p. 14).

O profissional do Direito tem sua escrita trabalhada juntamente com a leitura, pois ter a arte de saber ler e escrever torna os seres humanos mais aptos e preparados, uma vez que estas duas competências estão interligadas ao processo de produção de sentidos, que possibilitam o indivíduo um mecanismo de inclusão na sociedade, diferenciando os “mais fracos e impotentes” a nunca tomarem vantagem (TFOUNI, 1995).

Com o passar dos anos, percebe-se que a leitura e escrita evoluíram, porém, grande parte da população não teve acesso a essas ferramentas tão valorosas para a transformação social dos indivíduos. Conforme Moraes, “[...] Os processos de escrita constituem, ao mesmo tempo, modos de transformação social, de intervenção dos indivíduos nos entornos sociais a que pertencem.” (MORAES, 2007, p. 214).

Desse modo, é de suma importância que a aprendizagem da leitura e escrita se torne presente na vida dos acadêmicos de Direito e de forma bem estruturada, pois “[...] uma responsabilidade compartilhada entre os que aprendem, entre os alunos como sujeitos ativos de suas próprias aprendizagens e o professor, como guia e apoio, que serve de mediador entre os alunos e a cultura”, pode contribuir para o exercício da profissão eleita (GARCÍA, 2001, p. 24). Portanto, o sistema

acadêmico tem a responsabilidade de possibilitar o estudo da língua para que esta seja bem aplicada em situações ou contextos que assim exigir. O professor assume, dessa forma, na construção de conhecimentos, a mediação entre os alunos e a cultura.

Cabe alertar aos acadêmicos do Direito sobre a importância de ter sua escrita trabalhada com a leitura, bem como estar receptivo a compreender a linguagem jurídica. A falta de domínio da Língua/Linguagem pode despertar para problemas que podem afetar a compreensão de um texto, por exemplo, desencadeando diversos prejuízos. No caso do advogado, com fracassos nos processos, podem causar danos a sua imagem, prejudicando seu cliente e contribuindo para a lentidão do trâmite processual.

O melhor caminho para desviar a imagem distorcida de um advogado, que muitos trazem consigo referente a sua formalidade, é a linguagem. Portanto, não são as mais belas palavras que usadas para impressionar o leitor processual, irão ter um bom resultado, mas, sim, as palavras adequadas seguidas de bons argumentos.

A respeito do equilíbrio que os juristas necessitam ter sobre o conhecimento específico do Direito e da linguagem jurídica, Cruz diz que

Linguagem e Direito são, portanto, como “a panela e a tampa”, e o direito nada seria sem a linguagem. Logo, o direito não é e não pode ser uma linguagem estritamente técnica nem especificamente vulgar, bem como o acadêmico ou o operador jurídico não deve se ater apenas ao direito instrumental, “esquecendo-se” do direito material, devendo haver um equilíbrio entre ambos para obter um bom desempenho jurídico e social, traduzindo os termos jurídicos e esclarecendo as pessoas em geral. (CRUZ, 2003, p. 207).

Portanto, não restam dúvidas sobre a importância da linguagem para o Direito, como ferramenta de comunicação, conhecimento e relação, nas formas oral ou escrita, entre outros aspectos relevantes para esse meio. Além disso, destaca-se que conhecer a Língua é tarefa para todo e qualquer acadêmico e/ou profissional de Direito, uma vez que deve apropriar-se dela para poder usá-la nas diferentes situações relacionadas à sua profissão.

CONCLUSÃO

O Direito não vive sem a linguagem, pois depende do emprego da sua principal ferramenta funcional — a palavra. Diante disso, percebe-se que o uso correto das palavras é um objeto indispensável para um operador do Direito, pois necessita não só usá-las para trabalhar sua escrita, como também utilizá-las na comunicação, haja vista que é por meio desta que se estabelecem vínculos e relações sociais. Portanto, é indispensável reforçar que o homem usou a comunicação para relacionar-se com seu semelhante e procurou estabelecer vínculos para tornar-se conhecedor de seus direitos. Assim acontecem as primeiras formas de relação entre Direito e Linguagem.

Voltando-se às práticas de leitura, é possível visualizar como essa influência no comportamento do ser humano favorece a construção de um vocabulário farto e inteligente, também função de um profissional do Direito. Sabe-se que esse exercício não é uma tarefa fácil, mas com certeza um desafio. Entretanto, faz-se necessário estudar muito a linguagem, pois o seu domínio é fundamental ao Direito.

Vale destacar ainda, que é indispensável ao jurista um vocabulário enriquecido, mas que não se distancie dos entendimentos de seus clientes ou público, pois esses podem ser pessoas leigas nas palavras jurídicas e a comunicação é a necessidade primeira para a compreensão de todas as partes. Para conseguir agir em diferentes situações de linguagem, percebe-se a importância da apropriação da Língua, uma vez que se não há domínio, tampouco se saberá qual a variante linguística que deverá ser empregada em situações distintas.

O operador do Direito precisa encontrar o equilíbrio entre dominar a linguagem formal, percebendo os momentos em que pode usá-la, e a linguagem jurídica, para que possa desempenhar seu grande objetivo diante da sociedade como profissional. Dessa forma, pode-se obter sucesso na carreira jurídica.

REFERÊNCIAS

BAKHTIN, M. **Estética da Criação Verbal**. Os gêneros do discurso. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CALMON DE PASSOS, **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal**. Revista de processo, V. 102, São Paulo, 2001.

CRUZ, Kelly Graziely. Linguagem: qual sua Importância no Mundo Jurídico? **Direito em Debate**. Ano XI n.19, p. 207, jan./jun.2003.

GARCÍA, Joaquín Ramos. **Ensinar ou Aprender a Ler e a Escrever?** Aspectos teóricos do processo de construção significativa, funcional e compartilhada do código escrito. Porto Alegre: Artmed, 2001.

KOCH, Ingedore Villaça. **Ler e Escrever: estratégias de produção textual**. São Paulo: contexto, 2009.

MORAES, Roque. **Análise Textual Discursiva**. Ijuí: Unijuí, 2007.

TFOUNI, Leda Verdiani. **Letramento e Alfabetização**. São Paulo: Cortez, 1995.

AS FUNÇÕES DO ESTADO: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Charles Bitencourte de Figueiredo¹

INTRODUÇÃO

Entre os conhecimentos imprescindíveis para o profissional do Direito está a organização e funcionamento dos Estados, incluído aí o princípio constitucional da separação de poderes. Para a comunidade em geral interessa conhecer as regras e princípios que regem a vida em sociedade, as relações entre indivíduos e dos indivíduos com o Estado.

Muitos juristas afirmam que vivemos uma crise institucional no Brasil, entre as evidências disso está a suposta violação do princípio constitucional da separação de poderes. Alguns acusam o poder judiciário de intromissão em assuntos do legislativo ao interpretar ou declarar inválidas certas regras jurídicas. O poder executivo sofre acusações quando legisla por meio de medidas provisórias e decretos ou barganha votos para seus projetos nas casas legislativas, quando não os efetivamente compra. Por outro lado, acusa-se o poder legislativo de omissão quanto a fatos, alguns novos e outros nem tanto, que precisam ser regrados por lei. Ainda, executivo e legislativo parecem tentar intimidar o judiciário para evitar que crimes de políticos sejam apurados e punidos e acusam-no de fazer julgamentos políticos. Obviamente há muitos outros fatores que compõem a atual crise institucional, ou crise da democracia no país, mas não serão objeto deste estudo.

O objetivo do presente estudo é trazer os conceitos básicos tocantes às funções do Estado, ou poderes do Estado, com o intuito de esclarecer aos estudantes do Direito, e à comunidade em geral o que se espera de cada poder constituído e porque é importante que a separação de poderes não seja violada.

1 METODOLOGIA

Este trabalho é fruto de pesquisa teórica na bibliografia da Teoria Geral do Estado (TGE), tomando como base a obra de Darcy Azambuja sobre o tema e complementando com o conhecimento de Paulo Bonavides acerca do tema. Iremos expor resumidamente o histórico da separação de poderes, seu desenvolvimento, motivos para a separação e atribuições de cada poder no Estado Moderno partindo de Aristóteles, passando por John Locke, até chegar a Charles de Montesquieu, cuja teoria a respeito da separação dos poderes deu origem ao princípio constitucional que é amplamente aceito até os dias de hoje.

2 CENTRALIZAÇÃO INICIAL E DIFERENCIAÇÃO GRADUAL DAS FUNÇÕES DO ESTADO

Nas sociedades primitivas todo o poder estava concentrado em uma única pessoa física, singular ou coletiva, todo o poder era exercido por um órgão único e supremo, e era comum que o chefe de Estado também fosse o chefe militar, o líder religioso, o juiz e o administrador nos seus domínios. Entretanto, devido ao aumento da população, do território e da complexidade das sociedades não foi mais possível a realização de todas as atividades de forma centralizada, sendo necessária a delegação de certas funções a pessoas de confiança, e posteriormente a instituições auxiliares, um começo de descentralização do poder (AZAMBUJA, 2008).

Quando surge o Estado Moderno o poder ainda estava concentrado, porém limitado, em uma primeira fase, por laços teológicos e metafísicos que eram um freio aos monarcas. Já em uma segunda etapa o Absolutismo se desata daqueles laços, buscando a legitimidade do poder no contrato social, entretanto o poder continua sendo absoluto e concentrado. Com a Revolução Francesa (da Burguesia) e Revolução da Independência Americana, ambas no século XVIII, ocorre a transição da era do Estado Absolutista para a do Estado constitucional da separação de Poderes (Estado Liberal), quando a separação de poderes como conhecemos hoje é formalizada em documentos chamados Constituição (BONAVIDES, 2010).

2.1 A ESPECIALIZAÇÃO DAS FUNÇÕES NO ESTADO MODERNO

Em seu livro Teoria Geral do Estado, Darcy Azambuja se refere à especialização de funções ou divisão de poderes. No entanto, o poder do Estado é uno e indivisível, mesmo que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano estatal. Por isso o uso da expressão divisão de poderes é inadequado, sendo melhor a clássica e anterior expressão *separação de poderes*. Há ainda quem sustente que, devido à estreita relação entre as ideias de *poder* e de *função* do Estado, o correto é falar apenas em *distribuição de funções* (DALLARI, 2009).

A finalidade do Estado é promover o bem público, isto implica que ele deve atuar sobre um conjunto de assuntos, serviços ou objetos ao longo do tempo e do espaço. Entre suas competências está manter a ordem interna e assegurar a defesa contra perigos externos, e para isso promove a realização vários serviços. No Estado moderno há três espécies de funções: a legislativa, a executiva e a judiciária. A função legislativa se manifesta na forma de normas gerais ou leis a que todos os cidadãos devem observar, é realizada em órgãos específicos que chamamos Parlamento, Congresso ou Assembleia Nacional. A função executiva, também chamada função administrativa, é responsável pela ação do Estado no mundo material, como a realização de obras de infraestrutura, arrecadação de impostos, execução de serviços públicos e a organização das forças armadas, o órgão correspondente é o Poder Executivo representado pelo presidente ou pelo rei (nas monarquias) e seus ministros de Estado. A terceira função é a função judiciária, a qual aplica as leis ao caso concreto, assegura os direitos das pessoas e faz reinar a justiça nas relações sociais, ou seja, é por meio da função judiciária que o Estado declara o Direito. O Poder judiciário é o órgão correspondente, formado pelos tribunais e juízes (AZAMBUJA, 2008).

2.3 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES DO ESTADO

Aristóteles, em sua obra chamada *Política*, já se referia a uma separação de funções na Polis grega. Dizia ele que na organização do Estado há três partes: a assembleia dos cidadãos, a magistratura (funcionários designados para certas funções), e o corpo judiciário. Porém sua divisão distingue os órgãos, mas confunde as funções pois atribui à assembleia todas as funções, sendo os outros órgãos apenas delegações suas, sem atribuições bem definidas (AZAMBUJA, 2008).

Apesar da relevância da descrição dos poderes feita por Aristóteles, não podemos dizer que formações sociais como as polis gregas são Estados pois elas não se enquadram na definição de Estado adotado pela maioria dos teóricos da Teoria Geral do Estado.

Modernamente, o primeiro escritor a elaborar uma teoria da separação de funções do Estado foi John Locke, afirmando em seu Ensaio a necessidade de as funções do Estado serem exercidas por órgãos diferentes os quais denominava Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Confederativo ou das relações internacionais e Poder Discricionário com atribuições extraordinárias que seriam exercidas pelo governo de acordo com as leis (AZAMBUJA, 2008). Segundo Locke:

O Poder Legislativo é o que tem o direito de determinar a forma como se deve empregar o poder público, para proteger a comunidade e seus membros. As leis podem ser elaboradas em pouco tempo, e assim não é necessário que o Poder Legislativo esteja sempre reunido. Por outro lado, dada a fragilidade humana, grande seria a tentação de abusar do poder se as mesmas pessoas que fazem as leis devessem executá-las. Assim, o Poder Legislativo deve estar separado do Executivo. (LOCKE, 1953 *apud* AZAMBUJA, 2008, p. 203-204).

As funções descritas por Locke possuem alguma semelhança com a separação de funções adotadas atualmente nas constituições da maioria dos países, porém a teoria que mais teve influência no movimento liberal, influência que se estende até a atualidade, tocante à separação de funções do Estado, é a elaborada por Montesquieu no seu tratado de direito político chamado "Espírito das leis", no século XVIII.

Em todo Estado há três espécies de poderes, o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Poder Executivo das que dependem do direito civil. Pelo Primeiro o príncipe ou magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga os dissídios dos particulares. Chama-se a última o poder de julgar e a outra simplesmente o Poder Executivo do Estado. (MONTESQUIEU, Trad. MURACHCO, 2005 *apud* AZAMBUJA, 2008, p. 204).

A justificativa dada por Montesquieu para a necessidade de separação das funções do Estado é semelhante a de John Locke. Afirma aquele:

A liberdade política somente existe nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, mas é uma experiência eterna que todo homem que detém o poder é levado a dele abusar: e vai até onde encontra limites. Quem o diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não se abuse do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo está unido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois é de esperar que o mesmo monarca ou assembleia faça leis tirânicas e as execute tiranicamente. Não há também liberdade se o poder de julgar não está separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se aquele estiver unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz será também o legislador. Se o poder de julgar estiver unido ao Poder Executivo, o juiz terá a força de um opressor. Tudo estará perdido se o mesmo homem ou a mesma assembleia de notáveis ou de nobres ou do povo exerce os três poderes, o de fazer as leis, o de executar as resoluções e o de julgar os crimes ou dissídios dos particulares." (MONTESQUIEU, Trad. MURACHCO, 2005 *apud* AZAMBUJA, 2008, p. 205).

Montesquieu associa intimamente o princípio da separação de poderes com a existência de liberdade dentro do Estado, tanto que os primeiros juristas da Revolução Francesa colocaram esse princípio no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que diz que "toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição". A partir daí os teóricos do liberalismo incorporaram a separação de poderes nas várias Constituições a partir do século XVII, como a norte-americana e a da Revolução Liberal da França em 1830 (BONAVIDES, 2010).

3.4 SEPARAÇÃO DE PODERES E COORDENAÇÃO DE PODERES

A teoria de Montesquieu sobre a separação de poderes teve enorme repercussão tornando-se um dogma na ciência constitucional. Devido a grande divulgação e incorporação às constituições de vários Estados sua teoria sofreu modificações, nem sempre para melhor. Apesar da separação, Montesquieu afirmava que os poderes deveriam atuar harmonicamente e limitarem-se reciprocamente, sem que fossem completamente separados nem causassem a paralisação uns dos outros. Um caso de desvirtuamento da sua teoria ocorreu na França após a revolução de 1789, quando foi proclamada a separação absoluta das funções do Estado. Isso fez com que os poderes, em vez de se limitarem reciprocamente acabassem por gerar entraves e conflitos ocasionando a paralisação da atividade pública.

A organização política dos Estados modernos não comporta a separação absoluta de poderes, há a separação de órgãos e especialização de funções ao mesmo tempo em que há cooperação entre os órgãos com a finalidade de que "o poder limite o poder." (AZAMBUJA, 2008, p. 205-206). Azambuja, assim resume as funções de cada órgão:

[...] a função legislativa é desempenhada principalmente pelo órgão legislativo, o Parlamento, mas o órgão executivo coopera na função, propondo leis, e limita-o negando a sanção ou vetando as leis. O órgão judiciário igualmente, porque pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Por sua vez, o Legislativo colabora com o Executivo e limita-o, pois muitos atos deste dependem da aprovação do primeiro. Além disso, cada órgão exerce principalmente sua função peculiar, porém não exclusivamente, pois pratica atos que por sua natureza pertencem a função diversa. (AZAMBUJA, 2008, p. 206).

Para Montesquieu são poderes políticos por excelência o executivo e o legislativo, sendo o judiciário, de certo modo, um poder nulo. Naqueles poderes admitiu as faculdades de *impedir* (direito de anular uma resolução) e de *estatuir* (ordenar por si mesmo ou corrigir ordem de outro poder). O poder executivo, por requerer, em certos momentos, ação instantânea, deveria ser exercido pelo monarca, e teria a faculdade de impedir ou anular ações do legislativo para evitar um despotismo do legislativo. O poder legislativo seria o portador principal do sistema representativo e seria dividido em duas câmaras: uma da nobreza com mandato hereditário e outra popular com representantes eleitos, cada uma com atribuições diferentes. O legislativo teria o direito de examinar o modo pelo qual as leis por ele elaboradas são executadas, mas previa Montesquieu cautelas para que a ação fiscalizadora do legislativo se transformasse em julgamento da conduta dos titulares do poder executivo. Assim, Montesquieu firma o sistema de *freios e contrapesos*,

que teve considerável influxo sobre o sistema constitucional norte-americano (BONAVIDES, 2010).

CONCLUSÃO

Com este estudo vimos que o aumento da complexidade das sociedades fez necessária a criação de novas estratégias para gerir a atuação estatal, entre eles está a divisão das funções do Estado. Porém além de melhorar a organização administrativa por meio da delegação de competências, a divisão das funções do Estado existe para impedir a concentração do poder estatal em uma única pessoa ou instituição, impedindo que haja um poder absoluto, o que certamente levaria à tirania ou ao despotismo. Portanto o princípio constitucional da separação de poderes, introduzido por Montesquieu, é imprescindível para que haja liberdade em qualquer país.

As diferentes funções do Estado são exercidas pelos três poderes. O Poder Legislativo faz as leis, fiscaliza o executivo e por vezes referenda seus atos. O Poder Executivo atua na administração dos serviços e arrecadação de tributos enquanto coopera com o legislativo propondo leis e limita-o vetando ou negando sanções às leis. O Poder Judiciário assegura os direitos individuais aplicando as leis e as interpretando nesse sentido e limita os outros poderes ao pronunciar sobre a validade das regras. O sistema de freios e contrapesos tem a finalidade de fazer com que os poderes atuem harmonicamente e limitem-se reciprocamente.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Globo, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIOÉTICA E BIODIREITO FRENTE A DIGNIDADE DA PESSOA

Camila Fernanda Krohn¹
Rúbia Isabel Dierings Engel²

INTRODUÇÃO

Ao explorar a história da humanidade, percebe-se a incansável busca pelo progresso de todas áreas do conhecimento; o homem sempre busca saber e conquistar mais. Com isso, verifica-se que a concepção da filosofia contemporânea é assertiva afirmando que os humanos, as sociedades, as ciências e as técnicas melhoram com o tempo. Assim desenvolve-se o Biodireito, a fim de regulamentar normas para a Bioética.

O homem contemporâneo presencia o auge dos avanços biotecnológicos, os quais são capazes de fazer mudanças significativas na vida humana, e assim, os debates éticos, filosóficos, sociais e jurídicos acerca do tema ganham notoriedade, por fomentarem os questionamentos relacionados aos limites de tais avanços sobre a dignidade humana. Por um lado, todas essas conquistas biotecnológicas trouxeram mudanças positivas sobre a qualidade de vida dos homens, e por outro lado se vê que pontos negativos, como a manipulação errônea do DNA humano, podem acarretar na degradação do homem natural.

Nessa perspectiva, surge o objetivo de pesquisar sobre como o Direito faz para compatibilizar as questões éticas dos avanços biotecnológicos com a racionalidade do ordenamento jurídico, para fomentar o lado humanizador do legislador em especial e também da comunidade em geral. É então com esse quadro, que o Direito aparece para proteger os Direitos Fundamentais dos indivíduos e garantir que a Bioética e a liberdade científica fiquem apenas no patamar de garantir melhorias na qualidade de vida. Justifica-se, portanto que é necessário o estudo do Biodireito para limitarmos as ações desumanas diante da Bioética.

1 METODOLOGIA

No âmbito metodológico a pesquisa é teórica e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e explicativa. O plano de geração de dados utilizado foi a documentação indireta no plano bibliográfico, isso pois, tal plano nos apresenta uma boa base com autores consagrados da área do direito, assim, é possível encontrar um vasto campo de discussões acerca da temática, proporcionando um aparato geral do tema. Para realização da análise e interpretação dos dados, foi utilizado o método dedutivo, por uma moldura analítica crítica dos dados inferidos a partir das obras bibliográficas e da leitura de artigos científicos.

O método de procedimento foi o método comparativo entre os diversos autores, para assim chegar a uma conclusão válida e que orne entre todos os autores. Nos tópicos que seguem será possível encontrar a compreensão de um

¹ Acadêmica do Curso de Direito – 1º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. camila-krohn@hotmail.com

² Acadêmica do Curso de Direito – 1º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. rubiaisabelengel@gmail.com

aspecto geral do Biodireito que visa o encaminhar-se da Bioética, assim como as delimitações que devem existir.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

É perceptível que a área científica se encaminha de maneira mais rápida que a reflexão ética por parte da sociedade, e a humanidade ainda não encontrou respostas para diversas destas questões. Assim, origina-se a discussão e a elaboração de leis sobre a bioética, para legitimar a sua prática ou para proibir experiências abusivas, conhecido como Biodireito.

Vale aqui apontar que tal regulamentação não é necessariamente pelos avanços tecnológicos, mas sim, pelas ações humanas. O que o homem é capaz de fazer com tais avanços sem uma norma? Como exemplos tem-se a clonagem humana, o uso de células-tronco, a eutanásia, e experimentos com humanos.

Com as inovações biotecnológicas que avançam cada vez mais para o campo humano, o questionamento acerca da função do Direito na sociedade, é válido. Vale então destacar a exposição feita por *Jürgen Habermas*: “Com os novos desenvolvimentos técnicos, surge, na maioria das vezes, uma nova necessidade de regulamentação.” (HABERMAS, 2004, p. 34).

Nesse âmbito o biodireito que é a positivação das normas bioéticas advindas dos princípios da ética, surge com o objetivo de proteger os direitos fundamentais – de forma mais relevante para a dignidade humana – que estão presentes na Constituição da República de 1988, como princípio fundamental. De forma a complementar, usa-se as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “O Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.” (SARLET, 2006, p.110).

2.1 PRINCÍPIOS DO BIODIREITO E OS DIREITOS DE 4ª DIMENSÃO FRENTE À DIGNIDADE HUMANA

Os princípios que norteiam o Biodireito são simples, sendo alguns, o respeito à dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, a autonomia das pessoas que se submete a tratamentos experimentais e obrigatoriedade do Estado a não expor a riscos a biodiversidade do país; vale lembrar que o biodireito não regula apenas questões voltadas para a vida humana, mas também para o meio ambiente. É no século XX que os princípios do biodireito voltados às pessoas, se conectam com a legislação vigente no Brasil, trazendo à tona os Direitos de 4ª Dimensão.

A partir da evolução dos Direitos Fundamentais, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, se vê a necessidade de distinção entre estes, logo, o que se tem, é uma divisão por meio das chamadas Dimensões dos Direitos Fundamentais. Tradicionalmente os doutrinadores enumeram tais dimensões de primeira à quarta. É de relevância para o Biodireito, os direitos de 4ª Dimensão.

Segundo Paulo Bonavides, em sua obra Curso de Direito Constitucional, o mesmo destaca que os direitos de quarta dimensão, mostram-se como uma resposta à fulminante globalização, tendo em conta que os avanços biotecnológicos de um país, são normalmente, compartilhados com a comunidade científica mundial. Os direitos de 4ª Dimensão são os direitos ligados à pesquisa genética, ao patrimônio genético e no geral, a bioética.

Tais direitos são altamente valorizados e ganham cada vez mais espaço entre os debates acerca da temática do Biodireito. Isso porque tal valorização tem origem

na afirmação do valor da pessoa como ser dotado de personalidade, o que se fundamenta na ideia da dignidade da pessoa humana.

Voltando-se para a filosofia, se tem Kant que trouxe a ideia de dignidade própria da pessoa humana. Nesse sentido, utilizando-se de Gadamer “[...] o homem dotado de inteligência e razão, é o único animal com a capacidade de pensar de modo universal e abstrato[...]” (GADAMER, 200, p 130-136), partindo desse pressuposto o ser humano é capaz de expandir o desenvolvimento biológico, mas depende do Biodireito para conter as suas ações impulsivas e priorizar a dignidade.

Portanto, vê-se aqui a relação estrita entre os direitos fundamentais, a bioética, a filosofia e a importância da regulamentação feita pelo Biodireito. A fim de conciliar de modo prático o desenvolvimento técnico-biológico com a integridade da pessoa.

2.2 UM PANORAMA SOBRE O QUE APONTA A LEGISLAÇÃO

Sabe-se que a moral de uma sociedade influencia nas normas do Direito, sendo assim, as legislações de quase todas as sociedades atuais, mesmo com morais diferentes, asseguram a proteção da pessoa humana. Isso, pois, tem-se em conta que a dignidade da pessoa humana é um valor ético universal e é a ideia básica para organização e existência de uma legislação de qualquer sociedade que esteja organizada juridicamente.

A ideia de liberdade científica, de acordo com Bernhard Schlink e Leonardo Martins e quais os limites desta liberdade, surge a partir do questionamento “[...] a ciência pode tudo? Ou mais precisamente: a ciência pode fazer tudo?” (SCHLINK; MARTINS, 2014, p. 03). Os mesmos trazem um esclarecimento para tais questionamentos anteriores, sendo assim, “[...] o Estado, primeiro, pode restringir ou até proibir certas pesquisas por intermédio de normas jurídicas válidas e cogentes; e, segundo, se o Estado não só pode, como também deve fazê-lo.” (SCHLINK; MARTINS, 2014, p. 03).

Logo, os limites que o Biodireito impõe sobre a Bioética e conseqüentemente a liberdade científica, são abordados na legislação brasileira, e assim, postos em prática, sendo, por exemplo, modificações no DNA humano são expressamente proibidos no país, e não há casos oficialmente registrados, assim, se vê a eficácia da norma. Nos textos normativos como referência de regras e princípios, é essencial que uma visão ética e moral seja posta em tais textos, e de forma ainda mais relevante nas leis ligadas a bioética, que trata tanto da dignidade da pessoa humana.

A legislação brasileira assegura os direitos humanos desde o momento em que o indivíduo adquire personalidade, ou seja, desde o momento do nascimento, e ainda uma ressalva para os nascituros, que também possuem direitos assegurados; tal normatização se encontra no art. 2º do Código Civil de 2002, ou seja, a bioética e a liberdade científica possuem limitações sobre o ser desde o início da vida do mesmo.

No Brasil, a Lei da Biossegurança, é uma lei voltada para a bioética ambiental, mas abrange questões do patrimônio genético, assim, no art. 225 da CF/88, §1º, aponta que é de responsabilidade do Estado preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do País, ou seja, cabe ao Estado impor limitações sobre a liberdade científica, para que de acordo com a lei, o patrimônio genético seja preservado. Isso tendo em conta as questões como modificações do DNA humano ou clonagem humana, e como Schlink e Martins apontam, “[...] como o

fenômeno central de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, também é alcançado pela lei da biossegurança.” (SCHLINK; MARTISN, 2014, p. 12).

3 ANÁLISE

A partir do tema pode-se fazer a seguinte reflexão, de que o constante desenvolvimento biológico e científico auxilia na evolução humana e no bem-estar da espécie, facilitando diferentes aspectos relacionados. Mas também pode trazer danos, assim há necessidade do Biodireito para amenizar a alma desejante, já dita por Platão, em que o ser humano age por características impulsivas de sua natureza, priorizando a alma racional.

O Direito deve interferir no âmbito das técnicas bioéticas com disposição de legitimá-las, regulamentar ou até mesmo proibir. Já que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, de acordo com o art.1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, a Bioética e o Biodireito necessitam encaminhar-se juntos com os Direitos Humanos prezando a justiça e visualizando um progresso científico sadio. Apenas dessa maneira alcançaremos a evolução da espécie humana sem que existam malefícios para a mesma.

CONCLUSÃO

Destarte, a partir da pesquisa pode-se inferir que o Biodireito trata de um tema complexo já que assimilasse ao constante desenvolvimento da sociedade e técnicas. Logo, afirma-se que o ser humano conseguiu alcançar um grau de evolução científica, tal que é possível manipular a sua formação genética, mas isso não significa que assim pode ser feito. Nesse aspecto, tem-se a dignidade jurídica e eticamente protegida.

Evidencia-se a preocupação de controle da tecnologia e da reaproximação da ética e do conhecimento, ou seja, dos valores morais e da ciência. Sendo que entre esses deve existir o Direito consolidando a Bioética, bem como, os novos avanços biotecnológicos alcançados.

Conquanto, prova-se complexo corrigir os exageros causados pelas pesquisas científicas. Assim existirá um desafio para que as próximas gerações criem uma Bioética e um Biodireito harmoniosos entre si, sempre priorizando a dignidade humana. Deixa-se, portanto, a importância da temática e aberta para novos estudos.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. **Da incapacidade para o diálogo**. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. **Bioética à luz da liberdade científica.** São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Wolfgang Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIREITO À LITERATURA: ANTÔNIO CÂNDIDO, CONSTITUIÇÃO E ECONOMIA.

Victor Kmieczi¹
Mariel Haubert²

INTRODUÇÃO

O presente resumo tem por tema o entendimento da literatura como um direito, baseando-se na ideia defendida pelo sociólogo, crítico literário e professor universitário Antônio Cândido. Além disso, destaca os suportes legais que buscam concretizar esse direito, bem como as possíveis críticas econômicas e reflexões de efetividade.

O objetivo é, portanto, elucidar o conceito defendido pelo autor, expondo e analisando parte de sua produção teórica; verificar as correspondências referentes a esse direito no texto da Constituição Federal; e, por fim, analisar brevemente aspectos econômicos desse tipo de prestação positiva. Justifica-se a pesquisa pela importância dos bens culturais, dado o seu potencial transformador, e pela necessidade de reflexão sobre os meios empregados na melhoria do acesso à cultura.

1 METODOLOGIA

A presente pesquisa tem cunho teórico, uma vez restrita aos aspectos doutrinários e legais; e de natureza qualitativa, não abrangendo dados quantificados. Possui fins descritivos, visando à análise dos conceitos pertinentes e geração de dados por documentação indireta bibliográfica, já que analisa o texto constitucional e as doutrinas relacionadas. O método de abordagem é dedutivo e o método de procedimento é comparativo.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Para a realização da pesquisa foram utilizados o artigo “O Direito à Literatura” de Antônio Cândido, bem como as doutrinas “Direito Constitucional Esquemático” de Pedro Lenza, “Direito Constitucional” de Alexandre de Moraes e “Temas fundamentais do Direito Constitucional” de Konrad Hesse. Para a parte teórica da relação entre linguagem e direito foram utilizados os textos “Por que a Linguagem interessa ao Direito?” e “O Direito e a Literatura cruzando os caminhos da justiça poética”. As considerações econômicas serviram-se da obra “As seis lições” e dos artigos “O argumento completo em defesa da liberdade” e “Por que o intervencionismo estatal é inerentemente imoral.” Ainda, utilizou-se a Constituição Federal como esteio normativo.

¹Acadêmico do Curso de Direito– 4º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. victorkmieczi@hotmail.com

²Doutoranda em Educação nas Ciências. Orientadora. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão– NPPGE. Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. mariel@fema.com.br

3 ANÁLISE

Para tratar do tema, a análise consistirá em estabelecer paralelos entre a linguagem e o Direito, bem como alocar a literatura nesse espaço, visando estabelecer ligações relevantes para os questionamentos levantados. Em seguida, tem-se uma breve reflexão constitucional dos mecanismos que visam proteger a cultura e a definição do direito à literatura, almejando demonstrar a existência de mecanismos que se assemelham aos desejados por Antônio Cândido, autor que desenvolveu a tese ora em análise. Por fim, recorre-se a uma perspectiva econômica para verificar a eficiência dos meios empregados para concretizar o alcance amplo das obras literárias.

3.1 DIREITO, LINGUAGEM E LITERATURA

Há uma relação estreita entre linguagem e Direito, evidenciada com especial força a partir da chamada virada linguística, que caracterizou os conhecimentos humanos levando em conta o fato de a linguagem permitir os processos cognitivos. Nesse sentido, portanto, quebra-se a ideia de uma cisão entre pensamento e linguagem, conferindo-se importância às instâncias linguísticas, que não mais representam apenas um meio precário e defeituoso do pensamento expressar suas elaborações (COLARES, 2010).

O Direito vê-se atrelado à linguagem, sendo que essa aproximação também possibilita a existência de relações com áreas diversas do conhecimento, uma vez que, pelo condicionamento linguístico do meio jurídico, ou seja, a língua como absolutamente necessária para o exercício legal e seus desdobramentos, amplia-se o escopo das funcionalidades e alarga-se o corpo normativo, que passa a poder ser visto por diferentes perspectivas. Tem-se, pois, na literatura um referencial ao jurista, já que a leitura confere sensibilidade, permite a identificação e o compadecimento com situações alheias ao convívio do leitor, aproxima dele a humanidade ao estender-lhe uma compreensão rica e diversificada das situações (DUARTE; MADERS, 2016).

3.2 O DIREITO À LITERATURA E A CONSTITUIÇÃO

Antônio Cândido (2011) refletiu sobre o caráter humanizador da literatura e procurou argumentar no sentido de entendê-la como um direito humano, um direito inalienável. O autor, de viés ideológico socialista, buscou analisar, em um primeiro momento, a caracterização dos direitos humanos e sua importância nos contextos sociais, passando, então, a sustentar a tese de que a literatura apresenta predicados que a elevariam a um grau de importância altíssimo no que toca a constituição do indivíduo, uma vez que estaria ligada com as necessidades mais fundamentais do cidadão e, por isso, necessitaria de uma proteção e de um esforço estatal para garantir o acesso de todos às produções literárias.

O autor entende que “[...] se ninguém pode passar vinte e quatro horas sem mergulhar no universo da ficção e da poesia, a literatura concebida no sentido amplo a que me referi parece corresponder a uma necessidade universal, que precisa ser satisfeita e cuja satisfação constitui um direito.” (CÂNDIDO, 2011, p. 175). Nota-se que se estabelece uma relação entre a capacidade abstrativa da literatura, no sentido de possibilitar um corpo imaginativo, e as demandas mais elementares da vida do sujeito, que, seguindo o autor, são indispensáveis ao próprio convívio social,

tendo em vista que a literatura representa um ideário de valores e condutas, que são descritos e permitem a compreensão das crenças e das normas estabelecidas por uma sociedade. Tem-se, então, a humanização como o processo que afirma no homem os traços mais fundamentais, como a reflexão, o contato com o conhecimento e o desenvolvimento do senso estético (CÂNDIDO, 2011). Conclui o autor clamando por um estado de coisas igualitário, permissivo com a cultura, no qual a distinção entre alta e baixa cultura não sirva para justificar uma separação incomunicável, no qual haja justiça, direitos humanos e, por extensão, direito à literatura.

Esse entendimento mais instrumental da literatura, que leva em conta um certo papel social cumprido por ela, pode propiciar conclusões interessantes se extrapolado e relacionado com direitos tidos como fundamentais no ordenamento jurídico. Conforme dita Hesse (2009), os direitos fundamentais atuam na criação e manutenção das condições elementares que garantem a vida em liberdade e a dignidade humana; havendo, a partir disso, uma consonância entre a liberdade da vida em sociedade e a liberdade individual.

A literatura ocupa um lugar nas determinações legais no que toca os direitos sociais, já que descende da proteção e garantia à cultura. Nesse sentido, os direitos sociais se caracterizam como de segunda dimensão e demandam prestações positivas a serem instituídas pelo Estado, sob a justificativa da busca de uma isonomia substancial, de um aprimoramento das condições de vida (LENZA, 2016). O legislador constituinte optou por incluir o direito à cultura na Seção II, do Capítulo III, do Título da Ordem Social, descrevendo, no art. 215, a garantia de todos ao pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, estabelecendo ainda um apoio e incentivo à valorização e difusão das manifestações culturais (BRASIL, 1988).

Vale destacar que, apesar da Constituição Federal ter estabelecido a proteção aos bens culturais e garantido seu vasto alcance, não se previu no texto constitucional original um plano que buscasse estabelecer os processos a serem desenvolvidos, o que mudou com a Emenda Constitucional nº48 (BRASIL, 2005), que instituiu o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac). O referido programa tem como objetivo a defesa e valorização do patrimônio nacional brasileiro, a promoção de bens culturais, a formação de funcionários qualificados, a democratização do acesso à cultura e a valorização da diversidade (MORAES, 2017). Buscando ampliar a funcionalidade da concretização desse direito, foi criada a Emenda Constitucional nº71 (BRASIL, 2012), que institui o Sistema Nacional de Cultura.

3.3 CONSIDERAÇÕES ECONÔMICAS

Pelo exposto, é perceptível que já existe um aparato estatal, ou pelo menos a previsão de ações de cunho público, para a realização e concretização do direito de acesso à cultura. A literatura, em tese, já está presente nos deveres do Estado, ainda que não constitua um direito próprio, independente, como defendido por Cândido (2011), mas sim uma descendência das preocupações culturais advinda por consequência das tutelas aos bens culturais pretendidas pela Constituição. Cumpre avaliar o entendimento do autor, ao se referir aos reflexos positivos da centralização das prestações culturais, de que “[...] quanto mais igualitária for a sociedade, e quanto mais lazer proporcionar, maior deverá ser a difusão

humanizadora das obras literárias, e, portanto, a possibilidade de contribuírem para o amadurecimento de cada um.” (CÂNDIDO, 2011, p. 187).

Admitindo que haja, mesmo que de maneira meramente formal, uma estrutura que visa igualar o acesso aos bens culturais a partir de disposições centrais no país, a sua efetividade é discutível. Resta verificar se uma ação social nesses termos pode resultar positivamente no contexto social. O próprio argumento do autor parece apontar para uma certa imposição estatal da cultura, que não leva em conta os desejos individuais e as vontades livres, mas sim institui à força um rígido mecanismo de propagação, que, ao esfacelar o mercado, leva consigo a liberdade de escolha sobre os bens, aqui incluída a arte. Nesse sentido, uma postura mercadológica, firmada na individualidade e na descentralização, em contraste com a burocracia estatal, resultaria no aprimoramento dos serviços, uma vez que o capitalismo, aqui entendido como uma sociedade de mercado, consiste no direito de cada homem servir de maneira melhor e mais barata o seu cliente (MISES, 2009). Não se exclui desse raciocínio a cultura e a literatura, uma vez que uma atitude mais livre em relação a elas pode trazer benefícios imensamente mais positivos do que a centralização dos esforços.

A liberdade de mercado representa, nessa perspectiva, uma interdependência entre os sujeitos na sociedade. A economia livre funciona a partir da prestação de serviços, em que todos, ao mesmo tempo, servem seus pares e são servidos por eles. O verdadeiro poder sob o sistema econômico é do consumidor, já que qualquer atividade, mesmo as mais elaboradas e bem-sucedidas, estão sujeitas ao interesse do público, o que resulta na necessidade de ajuste das atividades econômicas, ou mesmo o abandono delas, para que se cumpra a ordem dos consumidores, a vontade dos indivíduos que prestigiam os produtos (MISES, 2009).

Essa soberania do povo, identificada a partir do enorme poder frente às suas escolhas, todavia, não representa uma perfeita racionalidade nas deliberações, uma atitude livre de erros em relação aos produtos escolhidos e almejados. Pelo contrário: a possibilidade de escolhas tolas ou indevidas é própria de um soberano e não assiste aos empreendedores, que estão vinculados aos interesses do consumidor e não podem errar se quiserem permanecer no mercado. Uma visão socialista dessa situação apontaria para a necessidade de que se impeçam esses equívocos, através de um controle dos produtos consumidos, que fatalmente conduziria a uma redução das liberdades individuais e a criação de um Estado paternalista, protetor de todos (Ibidem). Com isso, a defesa da liberdade reputa-se, principalmente, ao fato de que as pessoas são ignorantes, ou seja, que não conhecem e não controlam diversos fatores decisivos ao seu bem-estar, sendo que esse caráter imprevisível é desejável, pois dele se espera a oportunidade de realização dos objetivos (HAYEK, 2018).

Percebe-se que a liberdade de escolha é fundamental para o aprimoramento dos serviços prestados. Tendo isso em vista, é possível notar que a cultura é capaz de transitar de maneira mais eficiente se confiada às mãos privadas, se livre de intervenções. O caráter coercitivo das prestações estatais impede o indivíduo de almejar novos fins, de desenvolver atividades que mirem esses objetivos, em suma, de exercitar sua criatividade empreendedora (SOTO, 2018). E mais: ocorre a neutralização das ajudas voluntárias aos mais necessitados, uma vez que, tendo pago impostos que visam a assistência, se reduz a capacidade material da caridade e ainda se absolve o indivíduo da responsabilidade moral de ajuda, substituindo-se, portanto, a solidariedade voluntária pela burocracia (Ibidem).

CONCLUSÃO

É inegável o poder transformador da literatura, bem como sua influência no ambiente do leitor e nos seus juízos gerais de opinião. Outras relações dessa arte também dizem respeito à constituição do indivíduo, à sua formação cidadã, à sua autonomia diante da sociedade. O direito à literatura, como exposto, recorre, por definição, a um esforço estatal, centralizado, que seria responsável pela difusão, o mais igualitariamente possível, de obras e conhecimentos literários, devido ao afastamento da arte sublime do grande público, que somente tem contato com obras de cunho popular. Em uma palavra, a compreensão da literatura como um direito, e não só uma arte ou mesmo um serviço, implica na realização de ações que busquem a concretização do acesso e o alcance funcional de prestações positivas por meio de uma atividade estatal de incentivo.

Não se trata, pois, de discordar em relação à importância desse contato, mas de refletir se ações estatais são eficientes, e sobretudo moralmente aceitáveis, para esta prestação. É relevante adequar o pretendido ao meio mais correto de concretizá-lo, conferindo liberdade individual para que se alcancem repercussões favoráveis ao contexto social, o que não significa necessariamente um abandono total do amparo estatal, mas um alinhamento entre uma perspectiva social advinda da Constituição, que prescreveu a proteção da cultura, e o voluntarismo mercadológico, que é capaz de satisfazer necessidades sem recorrer a medidas coercitivas, rígidas, disfuncionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado federal, 1988.

CÂNDIDO, A. **O direito à Literatura**. In: CÂNDIDO, Antônio. *Vários Escritos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ouro Sobre Azul, 2011.

COLARES, V. Por que a linguagem interessa ao direito? In: COLARES, V (org.). **Linguagem e Direito**. Recife: Universitária da UFPE, 2010.

DUARTE, I. C. B; MADERS, A.M. **O Direito e a Literatura Cruzando os Caminhos da Justiça Poética**: uma estrada sem fim? *Anais do IV CIDIL*, v. 4, n. 1, p. 162-181, jul. 2016.

HAYEK, F. **O Argumento Completo em Defesa da Liberdade**. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2225>>. Acesso em: 11 set. 2018.

HESSE, K. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MISES, L. **As Seis Lições**. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SOTO, J. H. Por que o Intervencionismo Estatal é Inerentemente Imoral.

Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2922>>. Acesso em: 11 set. 2018.

O DIREITO NO TELETRABALHO

Rodrigo Schuster Bones¹
Ana Paula Cacenate²

INTRODUÇÃO

O estudo trata do direito no teletrabalho, analisando sua nova abordagem pela reforma trabalhista ocorrida com a promulgação da Lei nº 13.467 de 2017, a fim de verificar a dimensão que a legislação brasileira atual apresenta sobre o tema.

O objetivo geral é analisar as características da relação trabalhista que decorre de um contrato de emprego na modalidade de teletrabalho e, sendo esta uma forma de trabalho em expansão na sociedade atual, percebe-se a importância de possuir uma regulação mais flexível sem que deixe de oferecer segurança jurídica às partes envolvidas.

1 METODOLOGIA

Quanto à categorização da pesquisa, esse projeto demanda uma análise da normativa e da doutrina brasileira acerca da legislação do teletrabalho, revelando sua natureza teórica, com o tratamento de dados de forma qualitativa, caracterizada pela pesquisa bibliográfica com fins descritivos, sendo o fenômeno que circunda a temática analisado pela coleta de dados buscando agrupar subsídios suficientes para satisfazer com plenitude os objetivos propostos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O enfoque deste trabalho versa sobre a relação que ocorre entre quem exerce o trabalho de forma pessoal e aquele que se utiliza do trabalho desta pessoa física para atingir o objetivo de seu negócio comercial; a essas duas figuras dá-se, respectivamente, o nome de empregado e empregador.

Como bem define o Art. 2º do Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” e em seu Art. 3º define que: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” (BRASIL, 1943).

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu texto original, não trouxe qualquer disposição sobre o teletrabalho, o que se verifica é apenas em seu artigo 83 uma menção sobre trabalho executado no domicílio, atribuindo a esse tipo de trabalhador a garantia de salário mínimo.

¹ Acadêmico do Curso de Direito – 9º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. Bacharel em Administração. Sociedade Educacional Três de Maio. Bacharel em Ciências Contábeis. Faculdades Integradas Machado de Assis. rodrigo.bones@yahoo.com.br

² Mestre em Direito. Orientadora. Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. anapaulacacenate@hotmail.com

A publicação da Lei nº. 12.551, de 15 de dezembro de 2011, alterou a CLT, incluindo uma breve abordagem do teletrabalho, com a modificação do caput do artigo 6º e inclusão do parágrafo único, cuja definição assim se estabeleceu:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (BRASIL, 2011).

Apenas com a publicação da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a conhecida Reforma Trabalhista, é que ocorreu a regulamentação específica do teletrabalho, pois o dispositivo legal trouxe de forma inaugural à CLT um capítulo próprio com exclusividade ao teletrabalho, o Capítulo II-A, composto dos artigos 75-A a 75-E. Observa-se que para fins de entendimento, o teletrabalhador possui os mesmos direitos do trabalhador presencial com as exceções e especificidades que serão abordadas nesse trabalho.

No artigo 75-B da CLT é que se pode verificar uma definição conceitual:

Art. 75-B Considera-se teletrabalho 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. (BRASIL, 2017).

A parte inicial deste artigo infere que a prestação de serviços fora das dependências do empregador deve ser de forma preponderante, não se mostrando necessariamente excludente se realizada nas dependências do empregador de forma ocasional, conceito esse que é reforçado em seguida, no seu parágrafo único: “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.” (BRASIL, 2017).

Nesse sentido discorre Delgado:

Naturalmente que, sendo excessivos ou preponderantes esses comparecimentos ao estabelecimento empresarial, pode se descaracterizar o regime de teletrabalho, em vista de se tomar plenamente factível o controle de jornada pelo empregador. Contudo, trata-se de matéria eminentemente fático-probatória, em que tende a vigorar o império do caso concreto posto à análise. (DELGADO, 2017, p.138).

A segunda parte do artigo 75-B descreve a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, e ainda restringe aos serviços que não se constituam como trabalho externo, tipificados pelo artigo 62, Inciso I da CLT, o que acaba restringindo o enquadramento ao teletrabalho.

A forma de contratualização do teletrabalho consta do artigo 75-C:

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. (BRASIL, 2017).

Pela leitura do artigo 75-C percebe-se que a modalidade de teletrabalho deverá ser pactuada por contrato individual entre empregador e empregado e, que a especificação das atividades a serem desenvolvidas e sua alteração unilateral para regime presencial é autorizada pelo parágrafo segundo, por interesse do empregador, garantindo prazo de transição estipulado e com registro de aditivo contratual.

Contudo, a modificação de regime presencial para o de teletrabalho exige alteração bilateral, portanto consensual e sob forma de aditivo, forte no parágrafo primeiro do mesmo artigo, o que certamente confere uma proteção ao trabalhador quanto a uma decisão arbitrária do empregador.

O penúltimo artigo do Capítulo II-A, com exclusividade ao teletrabalho, é o Art. 75-D, o qual expressa:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado. (BRASIL, 2017).

Percebe-se a obrigação de disposição contratual com a determinação da responsabilidade e custos da estrutura utilizada na execução dos serviços e, em relação ao parágrafo único, Delgado se manifesta concordando com a legalidade do dispositivo, conforme expõe:

Efetivamente, em princípio, são utilidades fornecidas para a prestação de serviços, não apenas para viabilizá-la como também para tomá-la de melhor qualidade. Por isso não ostentam mesmo natureza salarial. (DELGADO, 2017, p.139).

Diante de uma preocupação de se efetivar ação de prevenção a doenças e acidentes de trabalho, o legislador trouxe como fechamento ao capítulo do teletrabalho, artigo que determina atuação específica a ser executada por parte do empregador:

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. (BRASIL, 2017).

Nesse sentido, Delgado preocupa-se com a dificuldade de comprovação de um nexos causal no caso de doenças ou acidente de trabalho, visto o ambiente do trabalho, ser justamente o ambiente privado do trabalhador, sendo este um tema

que somente ao longo do tempo poderá ser feita uma análise mais aprofundada sobre suas implicações (DELGADO, 2017).

Impera destacar que na Lei da Reforma Trabalhista criou-se o inciso III no artigo 62 da CLT, excluindo o teletrabalhador das regras relacionadas à duração do trabalho previstas no Capítulo II, sendo assim, não há o que se falar, por exemplo, em horas extras e intervalos de jornada.

3 ANÁLISE

A partir do estudo pode-se destacar que o teletrabalho é um regime laboral que oferece direitos ao teletrabalhador que inicia de forma igualitária ao empregado presencial e, na sequência, diferencia-se pelas disposições específicas impostas, como o fato de sua exclusão das regras de duração do trabalho e a criação de capítulo próprio na CLT que o regula.

Destaca-se que o teletrabalho para se configurar necessita da formalidade de um contrato individual de trabalho que especifique como será realizado e, de que na prática, a execução esteja em consonância com o que foi pactuado.

A alternância entre o regime de teletrabalho e presencial é permitida pelo mútuo acordo entre as partes, mas a modificação simples de teletrabalho para presencial pode ser determinada unilateralmente pelo empregador, mecanismo esse que parece ter sido incluso para garantir o empresário principalmente no quesito do controle de produtividade.

Quanto aos recursos utilizados na execução do teletrabalho, estabeleceu-se que a responsabilidade e custos envolvidos são regulados pelo contrato individual do trabalho e sobre isso Delgado expõe sua crítica:

Não obstante certa imprecisão da Lei, nesse tópico, o fato é que a CLT segue a diretriz geral de que os custos e encargos relativos ao contrato empregatício e à prestação de serviços nele contratada cabem ao empregador, ao invés de ao empregado. Isso é o que deflui do próprio conceito de empregador explicitado pela ordem jurídica. De fato, o art. 2º, caput, da CLT, enfatiza ser empregador "a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação de serviço" (grifos acrescidos). Nesse quadro, a regra do art. 75-D da CLT tem de ser interpretada em harmonia com a regra do art. 2º, caput, da mesma CLT, colocando sob ônus do empregador esses custos inerentes ao teletrabalho. (DELGADO, 2017, p.139).

Quanto à exclusão do teletrabalhador das regras relacionadas à duração do trabalho imposta pela CLT, Delgado destaca:

[...] trata-se de presunção relativa, que admite prova em sentido contrário. Essa prova tem de ser realizada pelo autor da ação trabalhista – o empregado –, em face da presunção jurídica estipulada pela CLT. (DELGADO, 2017, p.138).

Sendo assim, percebe-se que apesar da lei estar abordando o teletrabalho de uma forma mais específica, oferecendo a empregador e empregado, as diretrizes para que na prática ele se perfectibilize, o fato de estar regulada recentemente enseja algumas dúvidas quanto à validade dos dispositivos e interpretação que será efetivada em esfera judicial.

CONCLUSÃO

Pela conjuntura atual do mercado, o teletrabalho é uma das formas de trabalho que clama por espaço nas relações trabalhistas, sendo oportuna a inclusão de dispositivo específico para regulá-lo na reforma trabalhista, no intento de flexibilizar as regras anteriormente postas sem deixar de oferecer segurança jurídica às partes envolvidas.

A inclusão de capítulo específico para o teletrabalho na reforma trabalhista foi perspicaz, ao modo que conceitua a distinção do teletrabalhador dos demais e, mesmo de forma ainda inaugural e despojada de maior robustez, oferece dispositivos que ditam as regras a serem observadas, regulando uma atividade que já é realidade na prática e quiçá agora possa expandir-se de forma a aumentar a formalidade no mercado de trabalho, gerando renda e movimentando a economia.

O objetivo deste estudo, com enfoque na análise das características da relação trabalhista decorrente de um contrato de emprego na modalidade de teletrabalho, foi atingido satisfatoriamente, visto que, procurou-se esmiuçar o capítulo II-A da CLT, verificando as peculiaridades inerentes a sua interpretação.

Como a mudança legislativa ocorreu em 2017, a temática é recente e pouco explorada na academia, sendo assim, esta investigação contribui com o saber acadêmico, tanto pra o pesquisador como para os demais universitários, instituição de ensino e para a comunidade em geral.

Da mesma forma, o lapso temporal entre a publicação da reforma trabalhista e a realização do trabalho limita conclusões mais aprofundadas em relação às interpretações do judiciário à cerca da lei, obstaculizando a inclusão de embasamentos jurisprudenciais, sendo assim, sugerem-se futuras investigações para uma contínua construção do conhecimento sobre o tema desvelado na pesquisa.

REFERÊNCIAS

_____. **Lei nº 12.551**, de 15 de dezembro de 2011. Altera a CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12551.htm. Acesso em: 15 out. 2018

_____. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 15 out. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FRANZ KAFKA E O PROCESSO: AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL E A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO.

Victor Kmieczi¹
Renê Carlos Schubert Junior²

INTRODUÇÃO

O presente resumo tem por tema a obra “O processo” de Franz Kafka confrontada com inovações doutrinárias e legais, sobretudo no que diz respeito à inclusão das Normas Fundamentais no texto do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, estabelece análises doutrinárias pertinentes, além de elucidar brevemente questões biográficas.

O objetivo é, portanto, aproximar o disposto na obra literária com os avanços fundamentais do processo civil, buscando ressaltar a importância de um suporte constitucional para o desenvolvimento pleno dessa área. Justifica-se a pesquisa pela relevância do desenvolvimento de um processo civil condizente com as disposições constitucionais, bem como pela interessante correspondência entre uma obra literária clássica e os desafios recentes enfrentados pela ciência jurídica, em um intuito interdisciplinar.

1 METODOLOGIA

A presente pesquisa tem cunho teórico, uma vez restrita aos aspectos doutrinários e legais; e de natureza qualitativa, não abrangendo dados quantificados. Possui fins descritivos, visando à análise dos conceitos pertinentes e geração de dados por documentação indireta bibliográfica, já que analisa o texto constitucional e as doutrinas relacionadas. O método de abordagem é dedutivo e o método de procedimento é comparativo.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Para a realização da pesquisa foram utilizados o livro “O processo” de Franz Kafka, bem como o posfácio de Modesto Carone à edição brasileira e um ensaio de Otto Maria Carpeaux intitulado “Meus encontros com Kafka”. Para a parte referente às Normas Fundamentais, utilizou-se a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, assim como a de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, Paulo Eduardo Alves da Silva e Bento Herculano Duarte e Zulmar Duarte de Oliveira Junior. Ainda, no que se refere à busca de um processo constitucionalizado e democrático, utilizou-se as obras de Dierle Nunes e Lênio Luiz Streck.

¹Acadêmico do Curso de Direito – 4º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. victorkmieczi@hotmail.com

²Mestre em Desenvolvimento, linha de pesquisa Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) Campus Ijuí, RS. Docente Regime Integral e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da FEMA – Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa/RS. Advogado. Orientador. reneschubertjunior@yahoo.com.br

3 ANÁLISE

Para tratar do tema, a análise consistirá em estabelecer paralelos entre a obra “O processo” de Franz Kafka e as recentes disposições legais que alteraram o funcionamento do processo civil, em especial no que tange a inclusão de normas fundamentais, visando verificar a importância de uma incidência constitucional. Assim, em um primeiro momento, tem-se uma breve descrição de informações biográficas, bem como a inclusão de dados referentes ao contexto de produção e publicação da obra. Em seguida, tem-se a conceituação e descrição das Normas Fundamentais do Processo, já buscando conexões com a obra literária, e a exposição de posições doutrinárias favoráveis à constitucionalização e, por consequência, democratização do processo.

3.1 FRANZ KAFKA E O PROCESSO

Franz Kafka, como mencionado por Modesto Carone (2016) no posfácio a uma edição brasileira, iniciou a escrita do romance O Processo em 1914. Sua incerteza quanto aos rumos do trabalho, bem como o próprio método empregado, o impediram de terminá-lo, sendo que, conforme infere o referido tradutor, a obra, assim como apresentada nas edições organizadas por Max Brod, amigo do autor e responsável pelo seu testamento, além de ser um fragmento, possui um discutível arranjo dos capítulos, atestado por algumas contradições temporais no corpo do texto.

Há um enorme equívoco em tudo que diz respeito a Kafka, reflete Otto Maria Carpeaux (1976) em um divertido e trágico ensaio em que narra seu encontro com o autor, então desconhecido, em Berlim, no ano de 1921. Aponta Carpeaux para alguns aspectos biográficos: “Franz Kafka não foi tcheco, porque escreveu em alemão. Não foi alemão, porque se considerava judeu. Não foi judeu, porque não tinha a fé dos seus antepassados nem o sentimento nacional dos seus contemporâneos.” (CARPEAUX, 1976, p. 54). Essa falta de identidade nacional e religiosa e esse constante estado de indeterminação pessoal refletem no escopo de sua obra, que é notadamente rígida, opressora, sombria e livre de refúgios.

O Processo, portanto, foi publicado de maneira póstuma em 1925, recebendo uma tardia aclamação no meio acadêmico europeu e publicações em diversos países. (CARPEAUX, 1976). A história trata do imbróglio jurídico em que se insere o personagem Josep K., após ser “detido sem ter feito mal algum.” (KAFKA, 2016, p. 7). K., um funcionário de banco, se vê processado por um tribunal desconhecido por um motivo igualmente não mencionado, preso em um labirinto burocrático intransponível, guiado por autoridades subalternas e desinformadas, julgado por tribunais claustrofóbicos e tendenciosos, avaliado por juízes corruptíveis, ajudado por terceiros estranhos e oprimido por uma instituição, ao mesmo tempo, aniquiladora e decadente.

Em suma, a situação impede qualquer defesa e exige que as medidas a serem tomadas sejam adivinhadas pelo réu, uma vez que não há ciência nenhuma dos atos e o processo se desenvolve com particularidades indefinidas, inalcançáveis. Permeia a narrativa um profundo sentimento de negação de algo devido, de impossibilidade de alcançar um desejo genuíno, que é negado, escondido e distanciado. Tem-se na obra a figura do processo como uma entidade apartada

dos seus sujeitos, guiada por uma razão confusa e instruída por sujeitos pouco confiáveis.

3.2 AS NORMAS FUNDAMENTAIS NO CPC/2015

As Normas Fundamentais do Processo Civil encontram-se no Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do Código de Processo Civil de 2015. Essas normas, regras e princípios, buscam instituir os padrões, os fundamentos, através dos quais o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado. Como pontuam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, as normas fundamentais remontam à Constituição Federal e encontram no direito fundamental a um processo justo, presente no art. 5º, LIV, do texto constitucional, sua raiz estruturante (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Nesse sentido, Marcus Vinicius Rios Gonçalves, ao tratar das referidas normas, entende que a finalidade e a utilidade de sua previsão no texto do CPC/2015, levando em conta a já existente demarcação dos princípios processuais no texto constitucional, teriam um caráter organizacional, no sentido de estabelecer de início a descendência constitucional do diploma, evidenciando de maneira explícita as bases nas quais se apoiam as normas processuais infraconstitucionais, em um intuito didático, uma vez que pautado na necessidade de lembrança dos direitos elencados na lei maior (GONÇALVES, 2018)..

Tem-se neste intuito descritivo, com isso, um sentido de identificação com a ordem política e jurídica do modelo de justiça estabelecido por um ordenamento, e a sistematização, por conseguinte, tem sua necessidade verificada no estabelecimento do sentido político do corpo de normas (SILVA, 2015). Verifica-se nisso que a conceituação e exposição de princípios, e aqui se incluem as Normas Fundamentais, cumprem sua função ao concretizar uma ideia de valor moral e ético, ao aproximar o texto das normas a uma ideia de bem comum e interesse social (DUARTE; JUNIOR, 2012).

Com isso, o processo está vinculado, de maneira explícita a partir do CPC/2015, a uma série de valores instituídos a partir do texto constitucional, que têm a função de garantir que a dinâmica processual seja perpassada por direitos fundamentais, seja condizente com o exposto na Constituição e reflita, dessa forma, uma tentativa infraconstitucional de substanciar o direito ao processo justo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017). Desse modo, as previsões constitucionais assim dotadas de poder irradiante remontam, em última análise, ao próprio interesse de estabelecer a estrutura política e jurídica que será seguida pelo ordenamento, que refletirá no tratamento dos indivíduos sujeitos à soberania nas mais diversas esferas.

Importa de maneira especial para a presente análise o último aspecto elencado, a saber, os reflexos dos direitos fundamentais no tratamento dos indivíduos, no que toca a importância do estabelecimento de princípios a serem observados. Na obra objeto do presente estudo, nota-se que não há qualquer previsão de normas orientadoras do comportamento do sujeito diante do processo, muito menos princípios que conduzam a ação dos juízes e dos demais participantes, ou, ao menos, um total desconhecimento das disposições legais por parte do réu e das camadas inferiores da burocracia. Nesse sentido, o processo como descrito por Kafka, é uma entidade burocrática sufocante, que funciona respeitando apenas mandamentos próprios, que possui um fim em si mesmo e que atua alheio ao entendimento e acesso das partes (KAFKA, 2016).

Esse funcionamento é propício à obliteração das individualidades, ao cerceamento das liberdades, e encontra sua possibilidade na inexistência de comandos fundamentais que explicitem a estrutura e garantam a integridade do indivíduo frente às instituições. O desfecho da obra, com a execução do protagonista “como um cão” (KAFKA, 2016, p. 228), revela uma flagrante afronta aos direitos fundamentais, entendidos como criadores e mantenedores da vida em liberdade e da dignidade humana, com igual importância à liberdade em sociedade e à liberdade individual (HESSE, 2009). É justo inferir, pois, que a falta de padrões condutores no âmbito do processo, padrões esses que dizem respeito às limitações estatais e garantias individuais, é capaz de conduzir a realidade jurídica a algo semelhante ao descrito no romance em questão.

3.3 A IMPORTÂNCIA DE UM PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO

Dierle Nunes (2008), em trabalho sobre a necessidade de um processualismo constitucional democrático, pontua que, levando em conta a dificuldade de se precisar o que vem a ser o bem comum, é fundamental que se estabeleça um ambiente discursivo no contexto do processo, um espaço no qual a formação dos provimentos se dê por meio de uma grande possibilidade de influência, pautada no enriquecimento do direito ao contraditório. Prossegue o autor em defesa de uma perspectiva democrática, no sentido de que nem a autonomia privada e nem a autonomia pública devem prevalecer unicamente, e sim devem coexistir, uma vez que se pressupõem (NUNES, 2008).

Em relação ao protagonismo judicial que se buscou afastar com a redação do CPC/2015 e a constitucionalização, cumpre apontar que o texto constitucional possui uma teoria moral, na qual está presente, com particular força, a ideia de que o indivíduo possui direitos a serem postos contra o Estado, direitos negativos. Com isso, as disposições constitucionais devem também ser entendidas como restrições ao poder do Estado, como limitações que visam a subsistência dos direitos fundamentais. O processo, portanto, uma vez pautado na Constituição, traz em seu corpo uma intenção de estabelecer limites e controles (STRECK, 2015).

Percebe-se, desse modo, dois aspectos que estabelecem paralelos interessantes com a obra *O Processo*, objeto desta análise. O primeiro ponto diz respeito à estruturação doutrinária moderna no que tange o entendimento do processo para além de uma visão estreita e fechada, desprovida de luz externa. Nesse sentido, é perceptível na obra a vigência de um corpo normativo, ainda que bastante obscuro, dotado de um raciocínio estritamente burocrático e autorreferencial, em contraste com as novas tentativas infraconstitucionais de evitar o enclausuramento do processo dentro de sua própria técnica. O segundo ponto, por consequência, se refere ao caráter constitucional de evocar restrições aos anseios estatais quando colocados frente aos direitos do indivíduo. Nesse caso, o autoritarismo e a desconsideração de direitos básicos presentes na narrativa teriam sua ação restrita por uma ordem constitucional fundada no respeito aos direitos fundamentais, com uma normatividade capaz de vincular as formulações referentes ao funcionamento do processo.

CONCLUSÃO

O processo cumpre, em um ambiente constitucionalizado, uma função de concretização de direitos. Como exposto, a obra “O Processo”, de autoria de Franz

Kafka, aponta para uma realidade na qual a ordem jurídica encontra-se engessada por uma sufocante burocracia, por um ininteligível funcionamento. Desse modo, é possível estabelecer paralelos entre essa descrição literária e a necessidade de criar um corpo normativo favorável à manutenção de direitos fundamentais, propício a um caráter democrático, livre de formalismos redundantes e dispensáveis como os apresentados no romance.

Nesse sentido, buscou-se aproximar, principalmente, os emaranhados jurídicos enfrentados pelo protagonista das funções que cumprem as, agora explícitas, Normas Fundamentais do Processo no Código de Processo Civil de 2015, com a intenção de revelar o valor de uma estrutura constitucional capaz de conduzir as demais ordenações legais. Procurou-se, com isso, encontrar em uma obra literária uma descrição elucidativa dos perigos de uma estrutura jurídica fechada em si mesma. Tem-se, a partir disso, em um primeiro momento, a literatura como fonte rica às reflexões jurídicas, e, como observação central, a função imprescindível que as raízes constitucionais exercem no sistema legal como um todo coerente e sistemático.

REFERÊNCIAS

CARONE, M. Um dos maiores romances do século. In: KAFKA, F. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

CARPEAUX, O. M. **Meus encontros com Kafka**. Disponível em: <<https://perspectivaonline.com.br/2015/11/01/meus-encontros-com-kafka-por-otto-maria-carpeaux/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

DUARTE, B. H; JUNIOR, Z. D. O. **Princípios do Processo Civil: Noções Fundamentais**. São Paulo: Método, 2012.

GONÇALVES, M. V. R. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

HESSE, K. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAFKA, F. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

MARINONI, L. G; ARENHART, S. C; MITIDIERO, D. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, D. J. C. **Teoria do Processo Contemporâneo**: por um processualismo constitucional democrático. In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, vol. especial, 2008, p. 13-29.

SILVA, P. E. A. As Normas Fundamentais do Novo Código de Processo Civil (Ou as Doze Tábuas do Processo Civil Brasileiro?). In: CARMONA, C. A. et al. **O Novo Código de Processo Civil: Questões Controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, L. L. O Novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015.

LIMITAÇÕES À COMPRA E VENDA: venda de ascendente a descendente

Jorge Luis Bohn Mittmann¹
Renata Maciel²

INTRODUÇÃO

O tema desta pesquisa trata sobre as limitações à compra e venda: venda de ascendente a descendente, cuja delimitação temática visa à realização de um estudo acerca do contrato de compra e venda previsto no Código Civil Brasileiro, refletindo sobre as limitações à compra e venda decorrentes da falta de legitimidade.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar o contrato de compra e venda previsto no Código Civil Brasileiro no que diz respeito às suas características e as limitações à compra e venda, cotejando-as com o disposto na legislação vigente acerca da possibilidade de compra e venda em relação a ascendente e descendente. O tema justifica-se em razão da questão apresentar possibilidade de anulabilidade do negócio jurídico, caso não sejam cumpridos os requisitos elencados pela lei para que a compra/venda seja legal.

A pesquisa se torna relevante devido ao fato de que é comum ocorrer à venda de bens de ascendentes (pais) para descendentes (filhos). Portanto, a presente pesquisa pretende mediante a análise da legislação, sanar as dúvidas no tocante a possibilidade de venda de ascendente a descendente, abordando os requisitos legais para que o negócio jurídico estabelecido entre as partes seja revestido de legalidade.

1 METODOLOGIA

A caracterização da pesquisa é de cunho teórico com abordagem de dados de forma qualitativa. A coleta de dados se deu por meio da pesquisa documental indireta, uma vez que foi pesquisado na doutrina e legislação vigente pertinentes ao tema, configurando-se em uma pesquisa bibliográfica e documental com fins explicativos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O contrato de compra e venda é reconhecido como um contrato bilateral pelo qual uma das partes, o vendedor, se obriga a transferir o domínio de uma coisa à outra parte, o comprador, mediante a contraprestação de certo preço em dinheiro (GONÇALVES, 2018).

O Código Civil o define desta forma:

Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. (BRASIL, 2002).

¹Acadêmico do 4º semestre do Curso de Graduação em Direito da FEMA. E-mail: jlbmittmann@gmail.com

²Orientadora. Professora do Curso de Direito – Faculdades Integradas Machado de Assis. Doutoranda em Diversidade Cultural e Inclusão Social – FEEVALE. Mestre em Direitos Humanos - UNIJUI. E-mail: advogada.rmaciell@gmail.com

Destaca-se que o contrato de compra e venda pode ter como objeto bens de toda natureza, sejam eles corpóreos, compreendendo móveis e imóveis, ou incorpóreos. É importante mencionar que o contrato tem caráter obrigacional. Por meio dele, apenas os contratantes obrigam-se reciprocamente (GONÇALVES, 2018). Mas, “[...] a transferência do domínio depende de outro ato: a tradição, para os móveis (CC, arts. 1.226 e 1.267); e o registro, para os imóveis (arts. 1.227 e 1.245).” (GONÇALVES, 2018, p. 215).

O contrato de compra e venda possui natureza sinalagmática, uma vez que gera obrigações recíprocas, consensual, pois se aperfeiçoa pelo acordo de vontade entre as partes, independentemente da entrega da coisa, oneroso e comutativo. Apresenta como elementos, a coisa, o preço e o consentimento (GONÇALVES, 2018).

Os principais efeitos da compra e venda são:

- a) gerar obrigações recíprocas para os contratantes: para o vendedor, a de transferir o domínio de certa coisa, e para o comprador, a de pagar-lhe certo preço em dinheiro (CC, art. 481); e b) acarretar a responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios e pela evicção. (GONÇALVES, 2018, p. 229).

Em algumas hipóteses, há limitações à compra e venda no tocante a algumas pessoas, as quais sofrem restrições decorrentes da falta de legitimidade. De acordo com Gonçalves, “[...] são pessoas maiores e dotadas de pleno discernimento, mas que, em face de sua posição na relação jurídica, isto é, por serem ascendentes, condôminos, tutores ou, ainda, cônjuges, ficam impedidas de comprar e vender até estarem devidamente legitimadas.” (GONÇALVES, 2018, p. 235).

Dessa forma, não há impedimento legal sobre a compra e venda entre essas pessoas, porém, a lei exige que sejam cumpridos alguns requisitos para o negócio ser revestido de legalidade.

3 ANÁLISE

Nos termos do art. 496 do Código Civil:

É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. Parágrafo único: em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória. (BRASIL, 2002).

O artigo possui caráter protetivo do núcleo familiar, cuidando do viés psicológico e econômico que podem surgir de uma venda celebrada entre pessoas de uma mesma família, tendo em vista algumas relações familiares conturbadas onde diversos motivos podem levar um ascendente a beneficiar um de seus descendentes, em prejuízo dos demais, como por exemplo, o caso de um pai que sabe que uma eventual doação para o filho predileto, implicaria, por lei, em antecipação da herança, resolve vender a este descendente um bem por um preço completamente irrisório (FARIAS, 2011).

De acordo com Gonçalves, a “[...] finalidade da vedação é evitar as simulações fraudulentas: doações inoficiosas disfarçadas de compra e venda.” (GONÇALVES, 2018, p.236). Ou seja, a finalidade do artigo é impedir que os demais

descendentes sejam prejudicados, com a eventual quebra da igualdade de quinhões na sucessão dos bens do ascendente, em decorrência de uma venda fraudulenta, simulada ou a um preço vil (FARIAS, 2011).

A lei não faz distinção entre bens móveis e imóveis, nem ao menos proíbe a venda feita por descendente ao ascendente. A “[...] exigência subsiste mesmo na venda de avô a neto, e não só aos descendentes que estiverem na condição de herdeiros, pois a lei referiu-se a todos os descendentes.” (GONÇALVES, 2018, p. 235).

Caso não fosse ser assim, bastaria apenas que a negociação fosse realizada diretamente com o neto, filho do filho predileto do vendedor, para não ser impugnada. O legislador, “[...] ao dispor que os ascendentes não podem vender aos descendentes, referiu-se a todos os descendentes, indistintamente (filhos, netos, bisnetos, trinotos, etc.), e não só aos descendentes que estiverem na condição de herdeiros.” (GONÇALVES, 2018, p. 235).

Nessa linha, a regra prevista no art. 496 do Código Civil, atinge não apenas pais e filhos, como também limita a venda entre avós e netos, bisavós e bisnetos e assim por diante, pois qualquer ascendente que pretenda vender a descendente, independentemente do grau de parentesco, está abrangido pelo sistema do Código Civil, impondo-se a anuência dos outros interessados. Desta feita, se for celebrada uma compra e venda entre ascendente e descendente exige-se a anuência dos demais descendentes, que sejam titulares de direitos sucessórios e não participam do ato negocial. Em sendo assim, netos e bisnetos, somente serão convocados a anuir ao contrato, quando tiverem interesse direto sucessório (FARIAS, 2011).

Portanto, a venda realizada com inobservância ao disposto no artigo 496 do Código Civil Brasileiro é anulável, estando legitimados para a ação anulatória os descendentes e o cônjuge do vendedor. Vale ressaltar que, ainda que somente um dos interessados tenha tomado a iniciativa da ação, a anulabilidade do contrato o invalida por inteiro e não apenas em face do seu autor (GONÇALVES, 2018).

Caso o cônjuge ou os demais descendentes não concordarem com a venda, essa pode ser discutida e resolvida judicialmente.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, buscou-se realizar um estudo acerca das limitações à compra e venda: venda de ascendente a descendente, refletindo acerca da possibilidade de compra e venda no que diz respeito a algumas pessoas quanto a sua posição na relação jurídica que as impedem de comprar e vender, questionando-se a legalidade da venda de ascendente a descendente.

Conclui-se com a presente pesquisa, que é possível a venda de ascendente a descendente, desde que sejam cumpridos alguns requisitos legais para que o negócio jurídico estabelecido entre as partes seja revestido de legalidade, dentre eles, a anuência expressa dos interessados, para que o ato negocial seja convalidado e alegação de anulabilidade seja afastada.

Dessa forma, a investigação realizada contribui no tocante ao ambiente familiar, pois ela visa sanar as dúvidas quanto à possibilidade de venda de ascendente a descendente, evitando que ocorram anulabilidades de negócios jurídicos celebrados entre as partes interessadas, demonstrando a forma legal para que possam ser realizados, bem como, a leitura da presente pesquisa, ajuda a evitar atitudes fraudulentas entre pessoas de uma mesma família, além de evitar que ocorram demandas judiciais entre elas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito dos Contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3**: contratos e atos unilaterais. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

O AMPARO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE NA SEARA DA JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS

Vladson dos Santos Ajala¹
Maria Cristina Schneider Lucion²

INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um direito humano, positivado inédita e expressamente na Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH de 1948, em seu artigo XXV, como um princípio a ser alcançado por todas as nações, de maneira universal e igualitária. Assim, os Estados signatários da DUDH devem garantir o direito à saúde através da criação de leis, decretos e normas que visem regulamentar tal acesso de acordo com as necessidades da população.

No Brasil, observam-se ao longo da história significativos avanços no âmbito da saúde pública, notadamente a partir de meados do século XX. Inicialmente, não haviapolíticas de acesso à saúde promovidas pelo Estado, tampouco se tinha autonomia ou base legal para sua criação. Esse cenário mudou quando, com base na DUDH, a Constituição Federal de 1988 promoveu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro a saúde como um dever e garantia estatal, com a criação do Sistema Único de Saúde – SUS, posteriormente regulamentado pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Entre as medidas que devem ser adotadas pelo Estado está o fornecimento de medicamentos, visando preservar o aspecto curativo da saúde. No entanto, quando o Estado falha e não consegue administrativamente atender a essa demanda, torna-se possível judicializar-se o interesse e a necessidade de acessar medicamentos e, de maneira forçada, o Poder Judiciário atua para garantir que essas medidas se efetuem, em um processo judicial que podemos chamar de judicialização de medicamentos.

A partir desse contexto, o problema de pesquisa do presente resumo expandido é encontrar qual o amparo constitucional para a busca pela via judicial do acesso a medicamentos no Brasil. Com essa premissa, o objetivo geral é demonstrar aspectos que caracterizem este amparo constitucional à judicialização da saúde e, conseqüentemente, de medicamentos no país.

1 METODOLOGIA

O resumo expandido tem como métodos a pesquisa exploratória, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. Segundo Oliveira (2013), a pesquisa exploratória objetiva dar uma explicação geral sobre determinado fato, através do

¹Acadêmico do Curso de Direito 4º Sem. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI São Luiz Gonzaga/RS. Estudante pesquisador da linha de pesquisa “Constitucionalismo e Direitos Fundamentais nas Relações Privadas”, que integra o grupo de pesquisa “Direitos, transformação social e universo plural da cidadania”, da URI São Luiz Gonzaga. Bacharel em Comunicação Social – Jornalismo pela Universidade Federal do Pampa (Unipampa). E-mail: vladson_vsa@hotmail.com.

²Mestre em Direito Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Especialista em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Professora do Curso de graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI São Luiz Gonzaga/RS. Coordenadora do grupo de pesquisa “Constitucionalismo e Direitos Fundamentais nas Relações Privadas”. Email: mariacris.lucion@hotmail.com.

levantamento bibliográfico, entre outras possibilidades, e pode levantar um novo problema a ser resolvido em pesquisa mais consistente. A pesquisa bibliográfica, para Oliveira (2013), estuda e analisa documentos de domínio científico, entre os quais livros, ensaios críticos e artigos científicos. Já a pesquisa documental caracteriza-se, conforme Oliveira (2013) pela busca em documentos que não receberam tratamento científico.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O acesso a medicamentos e tratamentos curativos é um dos braços do SUS, constituindo-se em direito universal de todas as pessoas e em dever do Estado em fornecê-lo, de acordo com o art. 196 da Constituição Federal de 1988. No entanto, quando o Estado falha em sua atribuição, por vezes a população procura o Poder Judiciário para acessar de forma forçada os medicamentos.

Toda a evolução na legislação infraconstitucional brasileira sobre o direito à saúde é de suma importância para a regulamentação e aplicação prática deste direito, porém, o instrumento de maior efeito e importância no direito sanitário é a constitucionalização da saúde em 1988, como será a seguir demonstrado.

A Constituição Federal prevê o direito à saúde no art. 6º, ao lado dos demais direitos sociais, e nos arts. 196, 197, 198, 199 e 200, nos quais traz uma série de normas a respeito do tema. Além disso, trata da competência solidária da União, dos Estados e dos Municípios em promover a saúde, de forma especial nos arts. 24, 30, 34 e 35, conforme relata Sarlet (2007). O avanço aqui descrito é inédito na história brasileira, uma vez que a Constituição Federal de 1988 elenca de forma clara e objetiva como direitos sociais os presentes no art. 6º da Carta Magna, dentre os quais a saúde. Segundo explica Martins (2008), a proteção aos direitos sociais está na denominada segunda geração de direitos fundamentais, chamada por Sarlet (2007) de segunda dimensão de direitos fundamentais. Inspirada na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição de Weimar, de 1919, e na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, esta segunda geração de direitos fundamentais impõe, conforme Martins (2008), uma intervenção do Estado, não uma abstenção como nos direitos de primeira geração.

No entanto, o Estado nem sempre consegue atender administrativamente as demandas que lhe cabem do direito à saúde, entre as quais o fornecimento de medicamentos.

Nem sempre a assistência farmacêutica implementada pelo Poder Público atende às necessidades do paciente, ora porque as peculiaridades da moléstia exigem medicamentos especiais e/ou tornaram ineficazes os medicamentos constantes da listagem, ora porque houve falha na atualização da Renam. Não raro, a assistência farmacêutica também falha por questões administrativas, tal como entraves no procedimento de aquisição ou distribuição do medicamento. (GANDINI, 2008, p. 31).

Nesta situação, quando o Estado falha, surge a judicialização de medicamentos como forma de buscar a garantia do direito à saúde previsto na Constituição Federal. Gandini (2008) destaca que o inciso XXXV do art. 5º da CF dispõe que: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”(BRASIL, 1988), e, para ele, a falta ou deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado ameaça o direito à vida e, em muitos casos, é capaz de

produzir lesão irreparável a esse direito. Por isso, Gandini entende como legítima a intervenção jurisdicional que visa a afastar lesão ou ameaça a esse direito.

3 ANÁLISE

Segundo Gouvêa (2004), a propositura de ações judiciais foi-se tornando cada vez mais frequente ao longo dos anos 90, principalmente para a obtenção de remédios necessários à terapia da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS). Inicialmente, estas ações tratavam, quase que exclusivamente, de medicamentos para o combate à AIDS e tinham por fundamento normativo o art. 196 da Constituição Federal. No entanto, Gouvêa relata que tais ações “eram sumariamente rejeitadas pelos tribunais que enxergavam, neste dispositivo constitucional, uma norma meramente programática, insuscetível de produzir efeitos jurídico-positivos”. (GOUVÊA, 2004, p.62).

Mas o entendimento sobre a falta de efeitos jurídicos-positivos da norma constitucional mudou. Vejamos:

Circunstâncias as mais variadas, porém, fizeram com que o argumento da insuficiência do texto legal, outrora fatalmente admitido, não obtivesse mais a acolhida dos tribunais que, invertendo a tendência anterior, passaram a condenar o Estado não apenas à entrega de medicamentos, mas também à prestação dos serviços médicos necessários ao tratamento da síndrome. Impulsionadas por esta mudança no padrão decisório, ações versando o fornecimento de medicamentos para outras doenças foram se tornando cada vez mais freqüentes e com maior porcentagem de êxito. O sucesso dos soropositivos impulsionou o reconhecimento do direito aos medicamentos por parte de outras classes de doentes, a despeito da inexistência de estatuto legal que amparasse esta extensão. Deve se frisar a existência, em certas unidades da federação, de diplomas que consagravam o fornecimento de medicamentos mesmo antes da Lei Federal nº 9.313/96. Nesta trilha, sobressai o exemplo do Rio Grande do Sul, onde a Lei Estadual nº 9.908/93, determinando o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais a pessoas carentes de recursos, já impulsionava a propositura e o acolhimento de ações do gênero. (GOUVÊA, 2004, p. 108).

Neste mesmo sentido,

As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos numa variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. (BARROSO, 2009, p. 35).

O reconhecimento de força normativa às normas constitucionais é considerado por Barroso como uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo, que se desenvolveu, no Brasil, no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade (BARROSO, 2009).

Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. (BARROSO, 2009, p. 36).

Barroso explica que, assim, as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da imperatividade. Ou seja, elas não sugerem ou recomendam, mas contêm comandos. Tal imperatividade pode ser descumprida por ação ou omissão e, ocorrida a violação, os sistemas constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica (BARROSO, 2009).

Esses meios são a ação e a jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação. Existem mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos.

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. (BARROSO, 2009, p. 36).

Dessa forma, a Constituição Federal pode ser aplicada como amparo à judicialização da saúde e, conseqüentemente, de medicamentos, diante da força normativa dos seus dispositivos. Gandini (2008) destaca que, além dos já citados alhures arts. 6º, 24, 30, 34, 35, 196, 197, 198, 199 e 200, o direito à saúde aparece em diversos outros momentos no texto constitucional, tais como: art. 7º, IV e XXII; art. 23, II; art. 167, IV; art. 208, VII; art. 220, §3º, II; art. 227, caput e § 1º, I, além de alguns artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Assim, podemos observar que são muitas as normas constitucionais que tratam do direito à saúde, o que demonstram, para Gandini, “[...] a preocupação do poder constituinte, inclusive o derivado, em dar plena efetividade às ações e programas nessa área.” (GANDINI, 2008, p. 10).

Todas essas normas possuem, em maior ou menor grau, eficácia jurídica e podem ser utilizadas para fundamentar pedidos ou decisões em que esteja em jogo a realização do direito à saúde. São amplas as possibilidades de concretização judicial desse direito, sobretudo se tiver sempre em mente o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Há, porém, limites, pois em uma democracia não há direitos absolutos. (GANDINI, 2008, p. 10-11).

É importante destacar desta citação que, embora todas essas normas constitucionais possuam eficácia jurídica para fundamentar a judicialização de medicamentos, há limites a estes efeitos provenientes da Constituição Federal, os quais merecem ser aprofundados em outro momento.

CONCLUSÃO

O alcance forçado a medicamentos através do Poder Judiciário é um tema complexo, que parte da premissa de que o Estado falhou em sua prestação jurisdicional, pois negou o acesso administrativamente.

A partir desta negativa administrativa por parte do Estado, o direito à saúde pode ser buscado via judicial com amparo na Constituição Federal, visto que as normas constitucionais ganharam eficácia jurídica a partir do movimento jurídico-acadêmico da doutrina brasileira da efetividade e, com força normativa, o texto constitucional se tornou o principal fundamento da judicialização de medicamentos como forma de acesso ao direito à saúde. Ainda assim, o tema possui complexidade e controvérsia jurídica e acadêmica que merecem ser estudadas em outro trabalho.

Portanto, conclui-se que este resumo expandido alcançou seu objetivo principal de demonstrar os aspectos do amparo constitucional à judicialização de medicamentos, tendo como principal resultado a identificação da eficácia jurídica da norma constitucional como principal fundamento da busca do direito à saúde pela via judicial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da Saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Jurisprudência Mineira, Belo Horizonte, v.60, n.188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

ONU, **Declaração Universal de Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências**. Brasília: BDJur, 2008.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista forense**, v. 370, p. 103-134, 2004.

MARTINS, Flavia Bahia. **O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo**. Tese de Doutorado. PUC-Rio. 2008.

OLIVEIRA, Maria Marly de. Como fazer pesquisa qualitativa. In: **Como fazer pesquisa qualitativa**. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em:
<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 15 abr. 2018.

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CONTRATO

Bianka Andressa da Rosa¹
Daiane Sklar Koscrevic²
Renata Maciel³

INTRODUÇÃO

O tema deste resumo expandido trata dos princípios fundamentais do contrato. Tem como foco compreender a importância de sua existência para o negócio jurídico, bem como analisar os direitos e obrigações da pessoa jurídica e da pessoa natural.

O objetivo geral de tal estudo consiste em analisar os pressupostos teóricos do Código Civil Brasileiro e Constituição Federal e demais legislações pertinentes analisando o papel dos princípios fundamentais, na sociedade e conseqüentemente no Estado, compreendendo em que medida tais princípios auxiliam na segurança jurídica. Os objetivos específicos são: a) estudar a teoria acerca do Código Civil no que concerne à temática; b) pesquisar a legislação pertinente aos princípios fundamentais, especificamente o Código Civil Brasileiro.

A justificativa advém de o tema proposto ser de extrema relevância, para compreender-se a importância dos princípios contratuais para com a sociedade. É coerente falar desta temática para entender a função social do contrato sobre os olhos da boa-fé objetiva.

Para a melhor organização deste trabalho, apresentam-se duas seções: a primeira tratando do conceito de contrato e suas principais características; a segunda expõem os princípios fundamentais pelo qual é regido o contrato.

1 METODOLOGIA

A metodologia caracteriza-se como teórica, de cunho qualitativo e com fins explicativos. O método de abordagem para análise e interpretação das informações é dedutivo, já os de procedimento secundário são histórico e dedutivo.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

A geração de dados acontecerá a partir do estudo do Código Civil Brasileiro de 2002 – CCB/02 –, Direito Civil Brasileiro III, Contratos e atos unilaterais 15ª edição de Carlos Roberto Gonçalves – e fontes digitais referentes aos princípios contratuais, buscando também como fonte, a professora orientadora e docente da disciplina à qual este resumo faz referência.

¹ Acadêmica do Curso de Direito – 4º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. biancaandressa_@live.com

² Acadêmica do Curso de Direito – 4º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. daianekoskrevic@yahoo.com.br

³ Orientadora. Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. advogada.rmaciel@gmail.com

3 ANÁLISE

3.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CONTRATO

Contrato é o pacto entre duas ou mais pessoas, que se obrigam a cumprir o que foi entre elas combinado sob determinadas condições. Dentro do contrato existem os princípios, para facilitar o andamento correto do negócio jurídico. Entre os mais utilizados estão os princípios da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública, do consensualismo, da relatividade dos efeitos, da obrigatoriedade, da revisão ou onerosidade excessiva e principalmente o princípio da boa-fé (GONÇALVES, 2018).

A autonomia da vontade se alicerça na ampla liberdade contratual, no poder dos contratos de disciplinar os interesses mediante acordo de vontades. A liberdade contratual está prevista no artigo 421, do Código Civil Brasileiro, que refere:

Art. 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (BRASIL, 2002).

Existem três aspectos da liberdade de contratar: contratar se quiser; contratar com quem quiser e contratar sobre o que quiser.

O princípio da autonomia da vontade não é absoluto, ele é limitado pelo princípio da supremacia da ordem pública, onde o interesse da sociedade deve prevalecer quando colide com o interesse individual (GONÇALVES, 2018).

Já o princípio do consensualismo, o contrato resulta do consenso do acordo de vontades independentemente da entrega da coisa. A regra é o consensualismo e o formalismo é a exceção (GONÇALVES, 2018).

A relatividade dos efeitos do contrato, o efeito do contrato só se produz em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio. Em seguida, a obrigatoriedade dos contratos, significa a irreversibilidade da palavra empenhada. Tem por fundamentos a necessidade de segurança nos negócios e a intangibilidade ou imutabilidade do contrato (GONÇALVES, 2018).

O princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva baseia-se na expressão: “REBUS SIC STANDBUS”, que consiste basicamente em presumir nos contratos comutativos de trato sucessivo e de execução diferida a existência implícita de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato (GONÇALVES, 2018).

Mas o mais utilizado e importante para o bom andamento do contrato é o princípio da boa-fé, que vem elencado o princípio da probidade, que é um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida como a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa.

Prevista no Artigo 422, do Código Civil Brasileiro:

Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, 2002).

Subdivide-se em boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva, também se chama de concepção psicológica da boa-fé, diz respeito ao

conhecimento ou a ignorância da pessoa relativamente a certos fatos, serve à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra realidade, ela implica a noção de entendimento equivocado, em erro que enreda o contratante.

Já a boa-fé objetiva, também denominada por concepção ética da boa-fé, constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas, classifica-se como regra de conduta (GONÇALVES, 2018)

Uma das principais funções do princípio da boa-fé é limitadora, onde ela veda ou pune o exercício de direito subjetivo quando se caracteriza abuso da posição jurídica. Sendo o principal princípio para qualquer negócio jurídico. Previsto no Artigo 113, do Código Civil Brasileiro:

Art. 113 - Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (BRASIL, 2002).

Avalia-se sob a boa-fé objetiva, tanto a responsabilidade pré-contratual, como a responsabilidade contratual e pós-contratual. Em todas essas situações sobreleva-se a atividade do juiz na aplicação do direito no caso concreto. Pode-se dizer que é uma ofensa ao princípio da boa-fé, quando a resolução do contrato ou a maneira de executá-lo, produza prejuízo injusto para uma das partes.

A função social do contrato localiza-se no terreno das imposições de deveres que tornam o contrato conforme ao bem comum. É a ruptura com o individualismo contratual, uma vez que o contrato além de ser um instrumento individual, é um instrumento social de harmonização das relações individuais. Ofende-se a função social do contrato quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial.

CONCLUSÃO

Os princípios contratuais são de estimada importância para a coerência do contrato, bem como, para sua validade e eficácia. Por meio deles, o direito de ambas as partes, são protegidos com o objetivo de evitar condutas dolosas.

O contrato é o instrumento pelo qual as partes obtêm segurança jurídica na efetivação do negócio, elas se comprometem a entregar ou prestar algum tipo de serviço. Esse compromisso de ambos, é garantido após a assinatura do contrato.

É importante ressaltar cada vez mais, o estudo dos princípios contratuais, principalmente o princípio da boa-fé objetiva, que está presente em todos os momentos da celebração do contrato e ligado diretamente com a intenção das partes. Ademais, a função social do contrato precisa ser obedecida, pois nenhum direito pode prevalecer perante uma parte, sendo que este esteja infringindo a sociedade como um todo. A pesquisa realizada foi de grande relevância, pois assim, tomou-se conhecimento de como um contrato é importante para assegurar o direito das partes, com base na segurança jurídica que este propicia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro 3- Contratos e atos unilaterais**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

JUNIOR, Nelson Nery. **Código Civil Comentado- e legislação extravagante**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS BRASILEIRAS E A CRIAÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE PARA REGULARIZAR FAVELAS SOBREPOSTAS: uma resposta à crise do estado social

Marcos Costa Salomão¹

INTRODUÇÃO

O fracasso da política habitacional conduz, ao longo dos anos, as classes baixas para fora da cidade e dos subúrbios. Os caros aluguéis privam a família humilde de uma vida mais digna, a medida que a maior parte da renda familiar é utilizada para a moradia. Longe do centro, e as vezes longe dos locais de trabalho, as pessoas invadem áreas públicas ou privadas para a construção de barracos, sem a menor infraestrutura, erguidos uns sobre os outros. O Estado, omissivo, demora a enxergar que um novo bairro surge da noite para o dia, composto por pessoas excluídas do atual sistema habitacional, criando-se, assim, a favela. O presente trabalho pretende analisar se as políticas habitacionais do Estado brasileiro que buscam a efetivação do direito à moradia, alcançam os moradores das favelas, à medida que são possuidores de imóveis invadidos, em situações clandestinas ou irregulares.

1 URBANIZAÇÃO, DIREITO À MORADIA E POLÍTICAS HABITACIONAIS

A revolução Industrial é o marco temporal da urbanização nas cidades europeias. A forte transformação econômica mundial, após a revolução francesa, altera a estrutura das cidades, antes pequenos centros de comércio e lazer. Agora, o espírito é de produção, negócios, novas ideias e de desenvolvimento econômico. Como ensina Eric J. Hobsbawm, a economia industrial necessitava de mão de obra, e buscou atrair para as cidades a população rural e estrangeira (imigrantes), com ofertas de melhores salários e maior liberdade, que as cidades poderiam oferecer. A chegada de novos moradores, em número muito maior do que a estrutura local estava preparada para receber, é o início da urbanização (HOBBSAWM, 2014).

O impressionante crescimento demográfico das cidades, vindo do campo, afirma Françoise Choay, ocorre imediatamente após o início da revolução industrial no século XIX. Grã-Bretanha, seguida por França e Alemanha foram os primeiros a perceber a nova ordem instalada. Em Londres a população passou de 1.873.676 em 1841 para 4.232.118 em 1891. A industrialização transformou a sociedade e conseqüentemente as cidades. Surgiram novas vias de comunicação, ferrovias, estações de trem, e a especialização de alguns setores urbanos. Grandes hotéis se instalaram, acompanhados de cafés e lojas. A oferta de imóveis para locação aumentou, inflacionando o centro da cidade, surgindo o subúrbio para os operários. Com o crescimento desordenado, apareceram graves problemas de higiene, novos lixões e ausência de praças e jardins. Uma desordem instalou-se em nome do progresso e da economia (CHOAY, 2018).

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela URI. Especialista em Direito Notarial e Registral pela UPF e Especialista em Direito Constitucional pelo Damásio Educacional/SP. Professor de Direito Civil na FEMA. Registrador Público e Notário no Estado do Rio Grande do Sul. Email:salomao@cartoriosalomao.com.br

Henri Lefebvre analisa que essa desordem trouxe a *crise da cidade*. Nesta época, em 1848, a burguesia de Paris sentiu-se cercada pela classe operária, que morava em pardieiros e casas alugadas. Sentindo-se ameaçada, traçou uma estratégia de criação de subúrbios¹, afastados do centro da cidade, com casas residenciais² isoladas umas das outras. Assim, o proletariado e a classe média desurbanizariam o centro da cidade, mas dele continuariam dependentes, frequentando-o para suas necessidades. A burguesia então, logo em seguida, abandonou o centro, criando seus próprios bairros residenciais. O centro de Paris se esvaziou e foi tomado por escritórios e pelo comércio. A cidade se deformou. A industrialização começava a deixar suas marcas (LEFEBVRE, 2001).

Jorge Reis Novais relembra que após a Primeira Guerra Mundial surgiram novas concepções sobre as funções do Estado, preocupados com uma nova visão de cidadania e com a reivindicação de uma vida digna por diversas camadas da população. Assim, algumas Constituições passaram a acolher os direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais, como uma resposta do Estado social à herança da revolução industrial e das reivindicações dos operários, que possuíam difíceis condições, econômicas e sociais, em razão da ausência de garantias do trabalho, de segurança e de assistência social (NOVAIS, 2016).

No Brasil as periferias urbanas formaram-se após 1930. James Holston afirma que as periferias eram o lugar dos trabalhadores pobres e para os trabalhadores pobres. Segundo o arqueólogo, que estudou a cidade de São Paulo, o seu crescimento frenético iniciou em 1890³ com o início da industrialização e a chegada de imigrantes estrangeiros. Na virada do século, São Paulo já era considerada um espaço urbano caótico com fábricas, estradas de ferro e indústrias próximas a residências, em diversas áreas da cidade. As classes altas e baixas moravam relativamente perto, mas apenas os ricos tinham casa própria (equivalente a 20%), enquanto os demais moravam de aluguel, amontoados em habitações coletivas, algumas com 12m² abrigando 6 pessoas (HOLSTON, 2013).

Marcelo Neves leciona que a grande crise econômica mundial de 1929 havia acentuado o crescimento de novas classes urbanas no Brasil. A crise da economia cafeeira culminou com a Revolução de 30, encerrando o período chamado de República Velha. O texto constitucional de 1934, sob forte influência da Constituição democrática-social de Weimar de 1919, tratou da ordem econômica e social, da família, educação e cultura, direcionando o país para um Estado democrático e social de direito, mas apenas de maneira simbólico-ideológico. As relações sociais permaneciam oligárquicas e intactas, permanecendo a esfera pública vinculada a uma minoria privilegiada em contrapartida à maioria da população que permanecia excluída. Com o aumento dos movimentos sociais, a Carta Constitucional de 1937 invocou a restauração da ordem nacional contra o totalitarismo estrangeiro de esquerda, encobrindo, na verdade, novas reivindicações das oligarquias dominantes. A alegação do caráter social do Estado Novo atingia apenas uma pequena parcela da população, a classe trabalhadora emergente, não se podendo falar em Estado Social, pois a Constituição e as normas subsequentes colocaram o movimento trabalhista sob controle do aparato estatal (NEVES, 2018).

¹ Setor de habitat, ou bairros de habitação.

² Chamados também de pavilhões.

³Holston (2013, p.209) ressalta que em 1872 São Paulo tinha 30 mil habitantes, alcançando a população de 17,8 milhões no ano de 2000.

A exemplo do que ocorreu em Paris, demonstra Holston, as elites progressistas se reuniram para reorganizar a cidade e a produção do trabalho, elegendo como vilões os cortiços nos bairros operários. Um dos grupos de estudos criados para resolver o problema urbano propôs eliminar os cortiços e encaminhar as famílias para casas próprias, financiadas, com sete cômodos para cada família, higiênicas, educativas e econômicas, onde seria moldado o caráter do trabalhador, disciplinando seus corpos, encerrando a infelicidade e a indisciplina de suas vidas, e criando assim uma força de trabalho confiável. Como em Paris, setenta anos antes, os pobres seriam colocados para fora da cidade, e as longas avenidas chegariam aos bairros operários (HOLSTON, 2013).

Neste sentido, Marcelo Neves que o Estado social ou Estado de bem-estar, possui função compensatória, distributiva, baseado no princípio sociológico da inclusão, onde a sua realização faz desaparecer os grupos que não participam da vida social, ou participam de forma marginalizada. Por outro lado, a manutenção persistente dessa marginalização mantém a exclusão de determinados grupos sociais, o que não é mais aceitável (NEVES, 2011).

Raquel Rolnik explica que após a Segunda Guerra Mundial surgiu um verdadeiro mercado de residências próprias no Brasil, principalmente após 1950 com a evolução das incorporadoras imobiliárias. Em 1964, o governo militar criou o Banco Nacional de Habitação (BNH), com a finalidade de financiar moradias que, junto com as sociedades de créditos imobiliários e as letras imobiliárias, constituíram o Sistema Financeiro de Habitação. A nova política habitacional dinamizou a economia, gerando empregos e fortalecendo o setor da construção civil. Entre maio de 1964 e outubro de 1965 foram criadas dezenove Cohabs em todo o país (ROLNIK, 2015).

Posteriormente o governo Fernando Henrique lançou dois programas habitacionais: o Programa de Arrendamento Residencial (PAR) e o Programa Social de Habitação (PSH). Já sob o governo Lula foi criado o Ministério das Cidades, com o objetivo de formular uma nova política habitacional. Em março de 2009 o Governo Federal publicou a Medida Provisória 459¹, criando o Programa Minha Casa Minha Vida e tratando, ainda timidamente, da regularização fundiária no país. Mesmo assim, muitas famílias não tiveram acesso ao programa, e a regularização fundiária limitava-se a algumas situações específicas, as invasões a imóveis persistiram.

Com a Emenda Constitucional 26/2000, positiva-se o direito à moradia com um direito social, ou seja, uma política pública que o Estado deve realizar para diminuir a desigualdade social. Ingo Sarlet entende que o direito à moradia deve ser compreendido como direito à moradia digna, não significando apenas um direito à moradia própria, ou à propriedade, que guarda a ideia de um mínimo existencial. A noção de um mínimo existencial nos direitos sociais está ligada aos conceitos de dignidade humana e justiça social. O ponto de ligação entre a pobreza, a exclusão social e os direitos sociais é o respeito à dignidade humana, que busca o reconhecimento do indivíduo no grupo social (SARLET, 2015).

Por outro lado, Jorge Reis Novais entende que a efetivação dos direitos sociais está limitada às disponibilidades financeiras do Estado, uma reserva do possível. Nesta linha, o doutrinador entende que direito à habitação condigna só é juridicamente reconhecida se houver a reserva do possível. Ou seja, a reserva do possível condiciona o próprio direito desde a sua origem, e isso significa que só há violação do direito de habitação se o Estado tiver condições financeiras de o

¹ Convertida na lei 11.977.

garantir, ou garantir alguma compensação e não o fizer. Se o Estado não dispuser de recursos suficientes, não haverá violação de direito (NOVAIS, 2016).

Nesse sentido, Oliveira Junior e Rocha de Souza lecionam que durante o Estado Social aumentou consideravelmente a intervenção dos juízes no processo de produção do Direito, havendo um novo protagonismo judicial, que atuou não apenas em critérios de legalidade, mas também em critérios de oportunidade e justiça social. O déficit público do Brasil é um problema de má gestão e a crise no Estado de Direito está ligada à crise do Estado de Bem-Estar Social. A consagração de direitos pela Constituição criou grandes expectativas na sociedade. Todavia, o governo não conseguiu, por falta de planejamento ou tempo, atender à demanda social, gerando uma grande frustração. Assim, a sociedade transferiu suas expectativas ao judiciário, buscando o atendimento dos seus interesses. Primeiro o judiciário conseguiu atender, realizando a prestação social que o executivo não fez. Mais tarde, tornou-se difícil atender a todos os pedidos, tanto pela falta de condições financeiras como instrumentais. O judiciário então passou a ser criticado (OLIVEIRA JUNIOR; SOUZA, 2016).

Com poucos horizontes pela falta de recursos e planejamento, o Estado brasileiro percebeu a dificuldade de vencer o seu déficit habitacional. Sem condições de construir novas moradias para atender às famílias que estão em situações irregulares e clandestinas, a solução foi mudar a estratégia e regularizar as moradias em áreas invadidas e consolidadas como núcleos urbanos. Assim, em 22 de dezembro de 2016 o governo Michel Temer publicou a Medida Provisória 759¹, tratando novamente da regularização fundiária no país. E destinando um capítulo especial às construções nas periferias e favelas brasileiras, que possuem uma característica diferenciada: são construídas umas sobre as outras. Na verdade, apoiam-se umas sobre as lajes das outras, como se fossem puxadinhos de concreto, com acessos independentes pelo lado externo da construção, diferenciando de um prédio de apartamentos, pois cada nova construção, sobreposta, é independente uma da outra.

Assim, foi preciso criar um novo direito real, não elencado do Código Civil brasileiro, mas que regularizasse essa situação específica. E desta forma foi criado o Direito Real de Laje, que busca regularizar imóveis edificadas sobre as lajes, sem vinculação com o solo, onde o solo pertence ao primeiro que construiu, ou ainda carece também de regularização, e as construções sobrepostas pertencem aos que adquiriram o direito sobre a laje. O Direito encontra-se com a favela e passa a reconhecer sua situação consolidada.

Se por um lado a estratégia de regularização fundiária das favelas parece uma medida paliativa à política habitacional fracassada, por outro, trata-se de uma inovação a um problema que não pertence apenas ao Brasil. Segundo Mike Davis (2006, p. 33-39) a favela é caracterizada pelo excesso de população em habitações pobres ou informais, sem condições sanitárias e sem acesso a água potável, estabelecida em uma posse insegura, normalmente em decorrência da invasão de imóveis públicos longes do centro. A Organização das Nações Unidas estima que existam aproximadamente 1 bilhão de pessoas, no ano de 2005, morando em favelas no mundo. Nos países desenvolvidos, 6% da população urbana é favelada, contra 78,2% dos habitantes urbanos dos países menos desenvolvidos.

¹Em julho de 2017 a Medida Provisória 759/2016 foi convertida na lei 13465 com algumas alterações.

CONCLUSÃO

A crise no Estado social brasileiro impede a realização de políticas públicas habitacionais adequadas. O direito à moradia, inserido na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional 26/2000 é um direito social de realização progressiva, e está limitado à reserva do possível, ou seja, à disponibilidade financeira do Estado. Com a urbanização descontrolada de muitas cidades brasileiras, as invasões à imóveis longe dos subúrbios e das periferias tornou-se prática rotineira, criando um cinturão de pobreza, sem infraestrutura, formado por barracos, erguidos uns sobre os outros, chamados de favelas.

A regularização fundiária das favelas está longe de atender o conceito de moradia digna, mas é um passo importante na luta para diminuir a desigualdade social. Com a possibilidade de regularização do barraco, do puxadinho, ou tecnicamente da laje, que é ato gratuito no cartório de registro de imóveis, a pessoa passa a ter acesso ao mercado imobiliário, podendo negociar sua unidade com outros moradores ou buscar financiamento para reformas. Promove-se, assim, a cidadania, inserindo um grupo social excluído, no mercado imobiliário formal. A medida não resolve, mas atenua, dando mais um sopro de esperança aos milhões de excluídos do sistema social brasileiro.

REFERÊNCIAS

CHOAY, Françoise. **O urbanismo: utopias e realidades**, uma antologia. (tradução Dafne Nascimento Rodrigues. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2018.

DAVIS, Mike. **Planeta Favela**. Tradução Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006.

HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. 33 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. (Tradução Claudio Carina; revisão técnica Luísa Valentini). 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. (tradução Rubens Eduardo Frias). 5 ed. São Paulo: Centauro, 2008.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. Traduzido por Antonio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita com colaboração de Agnes Macedo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 2ª ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; DE SOUZA, Leonardo da Rocha.
Sociologia do direito: desafios contemporâneos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia a era das finanças.** 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição federal de 1988.** 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

A ESTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS E A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL

Janf Dudley Backes¹

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico estatui-se de uma conjunção de vontades em prol da busca incessante por um bem comum, que fosse gerar benefícios ao grupo. Destarte, o exercício da sanção penal se fez de extrema necessidade nesse cenário, uma vez que atua no sentido de manter a integridade do sistema.

A pesquisa objetiva explicar e elucidar as ideias e opiniões sobre o tema, proporcionando uma melhor compreensão acerca dos seus conceitos. Vamos trabalhar a perspectiva dessa relação e instigar o pensamento crítico. É indispensável que o sistema jurídico tenha estabilidade ao se fazer cumprir os seus comandos normativos, e, nesse contexto, tem-se a importância da sanção penal.

1 METODOLOGIA

O trabalho em questão trata-se de um recorte do trabalho de monografia. Irá discutir os dados de maneira qualitativa, através de uma pesquisa bibliográfica, que é fundamental para uma formação íntegra de conceitos sobre o tema.

O método de abordagem é o hipotético-dedutivo por meio do qual através de um conjunto de conhecimentos criam-se conjecturas baseadas na nossa realidade, visando atingir os fins informativos almejados por este trabalho. O procedimento desta pesquisa é funcionalista e estruturalista, mostrando os dados, para a comunidade acadêmica e demais leitores interessados, de maneira descritiva e explicativa.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O triunfo da lei carece de um âmbito organizado de atuação estatal no que diz respeito à vida pública dos cidadãos, a conduta particular de cada e a sua posição no meio social. Porquanto, existem sociedades que tendem a fazer cumprir seus comandos normativos de forma mais eficaz que em outros grupos.

Tanto a aplicação de políticas públicas, como o papel exercido pela sociedade civil desenvolvem-se no sentido de prevenir o delito, mantendo a ordem jurídica íntegra. Fala-se em respeito ao ordenamento jurídico e suas normas, não pelo exercício do *jus puniendi* (que, em regra, só ocorre depois da prática da transgressão), mas mediante a conscientização da conduta desejada no meio social.

Em um primeiro momento, o procedimento materializa-se no agir de maneira prévia sustentando a estabilidade do sistema normativo. No segundo momento, que é posterior a prática do delito, operar-se o direito penal.

Quando os mecanismos que não estão envolvidos diretamente com o sistema jurídico são incapazes de fazer cumprir a disciplina legislativa, o Estado socorre-se no direito penal, por meio do exercício do *jus puniendi*, para manter a integridade e a observância das normas jurídicas.

¹ Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. Santa Rosa-RS, Brasil. Email: janfbackes@gmail.com

O efetivo cumprimento das leis reflete um cenário de segurança jurídica, denotando uma harmonia tanto nas questões teóricas, quanto na execução prática. Dessa forma, vislumbra-se a necessidade de o texto normativo dispor de mecanismos que permitam a sua concretização no mundo fático.

Em essência segurança jurídica diz respeito à estabilidade das situações jurídicas. Expressa a condição do indivíduo como sujeito ativo e passivo das relações sociais, quando podendo saber quais são as normas jurídicas vigentes, tem fundadas expectativas de que elas se cumpram. A sociedade necessita de uma dose de estabilidade, decorrente sobretudo do sistema jurídico. A segurança jurídica permite tornar previsível a atuação estatal e esta deve estar sujeita a regras fixas. Diz respeito, assim, à estabilidade da ordem jurídica e à previsibilidade da ação estatal. (MEDAUAR, 2015, p. 2).

A sanção penal é o cerne de proteção da estabilidade do sistema jurídico-penal. Todo indivíduo que praticar uma conduta contrária aos princípios e preceitos positivados no texto jurídico terá, como resposta correspondente, decretada sobre si a pena apropriada.

Sempre que determinada conduta viola a lógica de atuação de um sistema jurídico, ocorre a conjugação de fatores que influenciam a análise das consequências resultantes. A sua existência, validade e eficácia são colocadas em xeque.

A perda de respeito pelos princípios de ordem moral (uma germinação do atual modelo jurídico) nas sociedades arcaicas levou a ruína grupos milenares. Todavia, a moral, diferentemente do direito, não tem coercitividade. Parece que a diferença principal entre ambos os institutos, moral e direito, está nos mecanismos de imposição.

Assim,

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária as normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (KELSEN, 2009 p. 71).

A moral atua, exclusivamente, com uma questão psicológica, ou seja, não existe uma sanção (instituída para a finalidade específica) a ser aplicada para determinada conduta que contrarie as disposições morais usualmente cultuadas pelo grupo. O que acontece, de fato, é uma reprovação por parte de seus semelhantes, que, perante o autor da conduta imoral, pode gerar complicações psicológicas.

A lógica penal age de forma diferente. O sistema jurídico somente “sobrevive” pela efetividade dos seus comandos normativos. A letra “morta” da lei não subsiste no mundo prático por, tão somente, estar codificada. O direito existe para ser realizado, e por isso se faz necessário que existam instrumentos capazes de garantir a sua concretização.

3 ANÁLISE

A estabilidade é uma condição *sine qua non* para que o desenvolvimento e a atuação de qualquer sistema alcancem os seus objetivos. O seu inverso, ou seja, a instabilidade do sistema, reflete no campo social, na vida dos cidadãos, gerando um sentimento de insegurança e insatisfação com o mesmo.

Importante destacar que o termo estabilidade não deve ser confundido com estática jurídica, ou seja, um sistema dogmático, fechado, que, não obstante as evoluções sociais, tecnológicas, dentre outras, não se expande, altera ou adapta. A estabilidade deve ser interpretada no sentido de eficácia e validade das disposições legais.

O caráter estático do sistema significa que se prescinde do processo contínuo de formação, atuação e desaparecimento das normas, o qual caracteriza uma dinâmica. O sistema estático concebe o conjunto normativo como um dado, abstração feita de seu câmbio permanente. Não se indaga, por isso, da emissão de normas, sua revogação e da emissão de novas normas: o quadro é estático. (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 101).

Destarte, a estabilidade do sistema jurídico tem a finalidade de trazer segurança aos cidadãos que estão a ele sujeitos, delineando, nitidamente, os direitos e deveres de cada indivíduo para com o meio social, e as consequências previstas para a sua inobservância. A unidade, integridade e coesão do sistema são indispensáveis para o exercício sadio da jurisdição e a efetividade dos seus pressupostos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vontade do indivíduo se desdobra em situações que envolvem a construção do seu próprio caráter, experiências de vida ou morte, amor ou ódio, miserabilidade ou fartura, prestígio ou anonimato, responsabilidade ou negligência, vivência ou sobrevivência, etc. Nessa linha de interpretação, pode-se afirmar que nenhum indivíduo se torna um criminoso apenas pela vontade de ser tal.

Esse cenário contrasta a atividade estatal no que diz respeito ao exercício de políticas públicas que visem amenizar os problemas sociais e buscar uma vida digna para a sua população. Ineficazes ou inexistentes as políticas públicas da instituição encarregada de gerir o poder político, os reflexos negativos dessa omissão ou imperícia irão desaguar no direito penal.

A sanção penal funciona como um remédio dosado e aplicado em face das patologias sócias que afrontam e ameaçam o sistema. O direito penal, portanto, exerce papel de destaque na conservação do sistema e na manutenção da sua estabilidade.

REFERÊNCIAS

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8. Ed. São Paulo; Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 8. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Segurança jurídica e confiança legítima.** Direito, v. 1, n. 8, 2015.

A FORÇA DA LEI

lâmina Enajara Backes¹

INTRODUÇÃO

Destaca-se, hodiernamente, a importância que a presença da lei exerce na vida dos cidadãos, sendo considerada uma instituição basilar na vida social do ser humano. Essa questão se torna de grande relevância sendo essencial para o desenvolvimento da civilização, na medida em que retrata o processo de transformação da lei, dos seus métodos de imposição, frente ao desenvolvimento da própria sociedade.

A materialização da vida pública, a busca pelo bem comum e a harmonia dos indivíduos enquanto semelhantes pertencentes ao mesmo grupo jamais poderia se materializar se não fosse à presença da lei. Seus comandos normativos orientam o círculo social e a conduta dos cidadãos, possibilitando, assim, que possam ser alcançados objetivos que resultem beneficentemente a todo o grupo.

O estudo tem por finalidade clarear as ideias sobre a temática, possibilitando um melhor entendimento de como é regulada as relações dos indivíduos com o Estado no que concerne à questão da lei.

1 METODOLOGIA

A presente pesquisa abordará os dados de forma qualitativa, por meio de uma pesquisa bibliográfica, que é indispensável para uma construção sólida acerca dos conceitos relacionados à temática.

O método de enfoque é o hipotético-dedutivo, onde o estudo prévio de aspectos relacionados ao tema irá nortear a estruturação de hipóteses obtidas pela análise dedutiva, com a finalidade de cumprir os fins informativos desse trabalho. O procedimento desse trabalho é funcionalista e estruturalista, fazendo a demonstração de dados para o círculo acadêmico e demais leitores que tenham afeição pelo tema, de forma explicativa e descritiva.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

A lei surgiu por uma necessidade de manter a ordem na vida em sociedade, tornando possível a convivência humana estabelecendo uma organização social. Essa questão se estabeleceu através de determinadas regras de conduta, visando à convivência do homem em sociedade (FERRAZ JUNIOR, 2015).

Houve, historicamente, em todos os grupos, regras que regulassem a conduta dos seus indivíduos. O que ocorreu, na verdade, foi a transição de preceitos morais para disposições normativas.

O fator mais relevante dessa transição foi, sem dúvidas, a questão da obediência dos cidadãos. Uma ordem moral, caso descumprida, não acarretava uma penalidade, ou melhor, não tinha uma penalidade prevista para o seu descumprimento. O que acontecia era um sentimento de desconforto no grupo, que, no entanto, não se estendia além de fatores psicológicos (KELSEN, 2009).

¹ Acadêmica do 4º semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. Santa Rosa-RS, Brasil. Email: iaminabackes5@gmail.com

A lei, por outro lado, trouxe consigo a sanção, ferramenta que dispõe para que os seus preceitos sejam observados e respeitados. Dessa forma, o descumprimento de um comando normativo tem, em contrapartida, uma consequência para o seu infrator.

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação de conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando se quer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (KELSEN, 2009, p. 71).

Segundo o autor Dennis Lloyd, a lei é uma importante ferramenta de civilização do grupo social, e o desenvolvimento da sociedade esteve conectado às transformações que o processo de estruturação da norma sofreu, bem como os seus mecanismos de observância e coação (LLOYD, 2000).

3 ANÁLISE

O cidadão deve exercer seus direitos e deveres, e a lei nesse contexto agregar para a sua convivência e a dos demais indivíduos em sociedade. Ou seja, os direitos individuais devem ser garantidos na mesma medida em que os direitos coletivos não devem ser desrespeitados.

Conforme Kelsen, “A lei tem força de imposição e tem a obrigação de utilizar os seus mecanismos para que, efetivamente, seja cumprida. A nossa própria ordem coercitiva é o direito [...]” (KELSEN, 2009, p. 78). Atuando desse modo, além dos benefícios auferidos em prol do próprio sistema normativo (segurança jurídica e efetividade de serviços), está corroborando para o bem estar social.

CONCLUSÃO

Para compreender a força da lei, é de grande relevância que o indivíduo perceba a importância da existência da mesma para manter a ordem social, sendo considerada uma estrutura que baseia a vida do ser humano.

Por fim, a lei trata de uma força exercida de forma a regular as relações dos indivíduos visando o bem estar social, mantendo o equilíbrio na convivência dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LLOYD, Dennis. **A ideia de lei**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

A POLÍTICA CRIMINAL E A SUA INSERÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA JURÍDICO PENAL

Janf Dudley Backes¹

INTRODUÇÃO

O tempo contemporâneo, sem dúvida, está marcado pela frequente presença do direito penal na vida da sociedade. Nesse sentido, o presente estudo pretende explanar acerca de alguns conceitos correlatos a temática, bem como analisar e exemplificar a questão da política criminal na lógica de atuação penal.

A pesquisa tem por objetivo clarear as ideias e opiniões sobre o tema, proporcionando uma melhor compreensão acerca dos seus conceitos. Vamos trabalhar a perspectiva dessa relação, instigar o pensamento crítico. Frente ao cenário de instabilidade legislativa, clamor social e derradeiras consequências que fragmentam a imagem do sistema legislativo, faz-se mister o seu debate.

1 METODOLOGIA

O trabalho em questão trata-se de um recorte do trabalho de monografia. Irá discutir os dados de maneira qualitativa, através de uma pesquisa bibliográfica, que é fundamental para uma formação íntegra de conceitos sobre o tema.

O método de abordagem é o hipotético-dedutivo por meio do qual através de um conjunto de conhecimentos criam-se conjecturas baseadas na nossa realidade, visando atingir os fins informativos almejados por este trabalho. O procedimento desta pesquisa é funcionalista e estruturalista, mostrando os dados, para a comunidade acadêmica e demais leitores interessados, de maneira descritiva e explicativa.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Por tempos a criação da lei penal obedeceu a um critério de necessidade/convencionalidade. A decisão acerca desse binômio ficava a cargo de determinadas pessoas ou grupos que detinham a capacidade de atribuir ao conjunto de normas caráter coercitivo (de forma persuasiva ou impositiva). Na história, os exemplos mais próximos desse contexto são a atuação da igreja (na forma persuasiva) e dos monarcas (na forma impositiva).

A coercitividade, a exemplo da doutrina de Kelsen, é uma característica essencial da norma jurídica, o que a difere, conseqüentemente, dos preceitos de ordem moral, tornando-a obrigatória (KELSEN, 2009). Porquanto,

Há muito mais envolvido na ideia de lei do que a simples obediência, mas o fator de obediência é, não obstante, crucial. [...] O que a noção de autoridade subentende é que alguma pessoa tem o direito de exigir a obediência de outras, independentemente de essas outras pessoas estarem preparadas ou não para considerar aceitável ou desejável a ordem ou a lei que são intimadas a acatar. (LLOYD, 2000, p. 23).

¹ Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. Santa Rosa-RS, Brasil. Email: janfbackes@gmail.com

Nesse sentido, a técnica legislativa ficou condicionada à discricionariedade, e a soma de vários fatores fez com que houvesse, ao longo do tempo, certa instabilidade em relação às necessidades e interesses dos “agentes legislativos”. Tal afirmação pode ser identificada ao se analisar os incontáveis diplomas jurídicos históricos (dos quais se tem conhecimento) que versam de formas “peculiares” sobre os mesmos conteúdos.

A legislação penal, diferentemente dos dias atuais, era constituída, modificada e extinta conforme critérios “aleatórios” utilizados pelas pessoas que detinham o poder político para tal. Dessa forma, o direito se materializava, na maioria das vezes, na expressão da mais íntima vontade da nobreza e do clero.

Nesse viés,

A técnica legislativa é instrumento do Estado de Direito, na manutenção da segurança jurídica, na medida em que os cidadãos que hão de cumprir as leis devem poder conhecer com clareza os seus comandos, sem que existam duplas interpretações ou normas contrapostas ou obscuras. (LIRA, 2013, p. 66).

Destarte, não se pode afirmar que houve a instituição de um sistema jurídico no tempo arcaico, visto que o processo legislativo não seguia uma lógica de instituição e, tampouco, era balizado por princípios ou diretrizes que garantissem a sua integridade e coesão.

A ausência de um procedimento legislativo, estruturado em princípios e diretrizes de ordem geral, que atribuísse às normas um caráter funcional (voltado a uma finalidade comum), resultou, muito além da fragmentação e da presença de antinomias, em uma estrutura hipossuficiente.

Nesse cenário, tornou-se indispensável o aperfeiçoamento do processo de produção normativa até então vigente. O arcabouço societário já não suportaria mais servir de “rato de laboratório” para os experimentos sociais que vinham sendo realizados por meio da aplicação da lei.

Uma evolução normativa (que acompanhe a sociedade e ao mesmo tempo a auxilie no seu desenvolvimento), nessa perspectiva, não pode limitar o seu resultado tão somente a um procedimento empírico (testes). À luz desse entendimento, o estudo e a reflexão de maneira prévia, a fim de organizar uma linha de raciocínio na qual se deseja operar de forma coesa, se apresentou como um mecanismo capaz de realizar os reparos necessários a esse contexto jurídico.

Trata-se da instituição da política criminal, que ao longo dos anos passou a desenvolver contornos mais delineados no tocante as preocupações e anseios juridicamente relevantes. A elaboração do conteúdo normativo, além do binômio necessidade/convencionalidade, passou a respeitar, antecedentemente, um planejamento composto por estudos, princípios e diretrizes que passaram a orientar todo o ordenamento jurídico.

3 ANÁLISE

A política criminal pode ser metaforicamente caracterizada como uma escada que permite ao direito penal elevar-se em relação ao nível em que está situado. A atividade desenvolvida pela política criminal exige que o operador jurídico submerja num elevado grau de reflexão acerca da matéria, trabalhando com questões antropológicas, hermenêuticas, empíricas, dentre outras.

De acordo com Nucci, ela

[...] é uma maneira de raciocinar, estudar, elaborar e aplicar o Direito Penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como com vistas à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento. (NUCCI, 2017, p. 5)

Ela participa de todo o processo, despendendo esforços de maneira prévia a fim de instruir os agentes legislativos, bem como depois da própria revogação da lei, com objetivo de reunir informações úteis ao processo legislativo que a sucederá. Atua de maneira crítica no sentido de buscar a autossuficiência do sistema, a integridade das suas normas e a coerência das mesmas com os princípios constitucionais.

Importante salientar que a política criminal se difere da criminologia, ao ponto que essa se dedica, resumidamente, a estudar o crime, seus desdobramentos e os seus agentes, enquanto aquela se debruça no sentido de pensar, organizar e estruturar um sistema de mecanismos capazes de atuar eficazmente na repressão do delito, na ressocialização do indivíduo infrator e na manutenção da paz social (NUCCI, 2017).

A ausência de uma política criminal definida espelha um ordenamento penal desconexo, repleto de falhas, lacunas e contradições, acarretando ao Poder Judiciário maior volume de trabalho, em particular, buscando interpretar coerentemente as leis penais para evitar erros e injustiças. (NUCCI, 2017, p. 5).

Contudo, como bem observa Nucci, grande parte dos problemas vivenciados hoje no Brasil, em termos jurídico-penais, são resultado de os seus Poderes, em especial o Legislativo e o Executivo, que elaboram as leis penais, não terem uma política criminal definida (NUCCI, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O (in) sucesso do sistema jurídico-penal está diretamente ligado ao desenvolvimento da política criminal e a utilização dessa na sua estruturação (modo de utilização). Ela serve de bússola para atuação estatal no que diz respeito ao exercício do *jus puniendi* e todos os seus reflexos, prescrevendo diretrizes e preceitos de extrema relevância para a instituição e execução de normas.

A conjugação da política criminal com toda a sistemática de manutenção do sistema jurídico é notadamente satisfatória. Não que, hodiernamente, não sejam cometidos mais erros, ou que o sistema e suas ferramentas funcionem perfeitamente, mas, o sistema em si, está mais organizado, e os seus objetivos e princípios podem ser facilmente compreendidos.

REFERÊNCIAS

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 8. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LIRA, Cláudio Rogério de Sousa. **Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco**. Curitiba: Juruá, 2013.

LLOYD, Dennis. **A ideia de lei**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: UMA BREVE ANÁLISE COMPARATIVA AO CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO.

Gabriel Henrique Hartmann¹
Renê Carlos Schubert Junior²

INTRODUÇÃO

O processo civil é visto sob o viés da instrumentalidade, como meio de pacificação social com a justiça. No direito canônico, o processo também é tido por seu viés instrumental, no entanto, tem por finalidade, além da proteção jurídica dos fiéis, a salvação das almas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a duração razoável do processo está disposta na Constituição Federal, como direito fundamental a todo jurisdicionado, e reafirmada no Código de Processo Civil. Contudo, aprimoramento do procedimento legal perpassa pelo combate à protelação desarrazoada da tutela jurisdicional efetiva.

Com isso, analisar-se-á os aspectos relevantes do procedimento civil do Código de Direito Canônico de 1983 no que condiz a razoável duração do processo. No decorrer da presente pesquisa, destacar-se-á também a preocupação do legislador brasileiro, ao expor na CF/88 e no CPC/15, eventuais soluções para a atual 'crise da justiça'.

1 METODOLOGIA

A pesquisa respalda-se no método teórico, com a geração dos dados por via indireta, evidenciando o direito fundamental da duração razoável do processo, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto no ordenamento máximo da Igreja católica. O método utilizado no desenvolvimento da pesquisa é o dedutivo, e a técnica é pesquisa bibliográfica e documental. A coleta de dados se dará por documentação indireta, fonte em estudo bibliográfico a partir de consulta em doutrinas e artigos que evidenciam o a preocupação do Código de Direito Canônico, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil e o Código de Processo Civil de 2015 quanto à duração razoável do processo.

2 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: O CPC/15 E O CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO.

O Vaticano é caracterizado por possuir como chefe do Estado o Sumo Pontífice, o qual detém a plenitude dos poderes. Os processos julgados pelo chefe maior da Igreja católica derivam do ordenamento canônico ou do ordenamento

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA), Santa Rosa - RS. gabrielh.hartmann@hotmail.com.

² Mestre em Desenvolvimento, linha de pesquisa Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), campus Ijuí, RS. Advogado e docente em regime integral, coordenador do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito e Coordenador do Grupo de Estudos "A constitucionalização do Processo Civil e o CPC/2015", desenvolvidos no Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis, FEMA - Santa Rosa/RS. reneschubertjunior@yahoo.com.br.

interno do Estado eclesiástico, ambos moldados por técnicas e regras, portando garantias processuais demonstradas, apesar das peculiaridades, inclusive no ordenamento brasileiro.

O objeto principal que permeia todo ordenamento jurídico canônico, a salvação das almas (*salus animarum*), é expresso na lei suprema da Igreja, o Código de Direito Canônico de 1983, no cânone 1752: “Nas causas de transferência, apliquem-se as prescrições do can. 1747, respeitando-se a equidade canônica e **tendo diante dos olhos a salvação das almas que na Igreja, deve ser sempre a lei suprema.**” (BATISTA, 2010, p. 888) [grifo do autor].

O Código de Direito Canônico é formado por 1.752 cânones, divididos em 7 livros. A matéria que disciplina o processo civil está embutida no livro sétimo, mormente, nas primeiras partes das cinco que o compõem. A estrutura metodológica é semelhante às legislações laicas. A primeira parte (título I) estabelece as regras de competência e traça as linhas de organização judiciária (título II). Posteriormente o Código de Direito Canônico, assevera sobre os auxiliares do juízo, do lugar e tempo dos atos processuais e das pessoas admitidas nas audiências (título III). Os títulos posteriores do livro sétimo (títulos IV e V) versam sobre os litigantes, seus procuradores, ações e exceções. A segunda parte é dedicada ao juízo contencioso, dividindo-se em juízo contencioso ordinário e processo contencioso oral. A terceira e última parte é destinada aos procedimentos especiais (Título I: processo matrimonial; Título II: processo de nulidade da sagrada ordenação; Título III: mecanismos que visam evitar a demanda judicial) (TUCCI; AZEVEDO, 2001).

Com a necessidade de um julgamento dentro de um prazo razoável, procura evitar dilações indevidas e combater de maneira intolerável às ‘etapas mortas’ do processo. O cânone 1.593, § 1.º, expõe:

Can. 1.593, § 1.º Se a parte demandada se apresentar em juízo ou responder antes da definição da causa, pode apresentar conclusões e provas, salva a prescrição do can. 1.600; o juiz, porém, cuide que o juízo não se protraia propositalmente com longos e necessários atrasos. (VATICANO, 1983, s.p.).

O Código de Direito Canônico, demonstra de maneira explícita a preocupação em efetivar a razoável duração do processo em seu cânone 1.453, delimitando inclusive prazo máximo de julgamento. (TUCCI; AZEVEDO, 2001). Conforme expõe: “Os juízes e os tribunais cuidem que, salva a justiça, as causas se concluem o quanto antes e que, no tribunal de primeira instância, não se protraiam mais de um ano, e no tribunal de segunda instância, mais de seis meses.” (VATICANO, 1983, s.p.).

O ordenamento jurídico brasileiro em busca de uma inovação processual mediante a Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentou ao artigo 5º da CF/88, o inciso LXXVIII, onde, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988). O texto constitucional trouxe de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da razoável duração do processo, que se resume em uma palavra: ‘tempo’ (JOBIM, 2008).

Destarte, não se pode explicitar que o princípio da razoável duração do processo tenha sido uma novidade surpreendente no ordenamento jurídico brasileiro. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 declarou um princípio já implícito na CF/88. Em seu artigo 5º, § 2º, a CF/88 dispõe sobre os tratados e garantias nos quais o país faça parte, dentre eles o Pacto de São José da Costa Rica ou

Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, no qual em seu artigo 8º, §1º prevê no rol dos direitos fundamentais, o direito à prestação jurisdicional tempestiva (ASSIS, 2013).

O CPC ratificou o princípio em seu artigo 4º, onde, “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” (BRASIL, 2015). O legislador ao redigir o Código, reafirmou o princípio da razoável duração do processo no artigo 139, inciso II, onde: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: II - velar pela duração razoável do processo.” (BRASIL, 2015).

Na procura concomitantemente de mecanismos que possibilitem a tutela jurisdicional efetiva, e visando uma solução eficiente à ‘crise do direito’ é necessário renunciar ao dogma da certeza e abrandar garantias inerentes à segurança jurídica, de modo a evitar que o tempo deteriore a utilidade da tutela prática. O legislador, em busca de mecanismos que possibilitem maior efetividade na tutela jurisdicional, desenvolveu a tutela de urgência (BEDAQUE, 2006).

A morosidade processual é inegável, entretanto, não se pode alcançar um ideal de produtividade em detrimento da segurança¹, elemento essencial do processo justo. Portanto, “[...] não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a ideia de devido processo legal, não é a única.” (BEDAQUE, 2010, p. 49).

Nesse intuito, os direitos fundamentais² ganham relevo no plano da justa estruturação do processo, visto que compõem o direito ao processo justo. Esses direitos visam combater problemas fático-normativos, mormente, de interpretação, qualificação, relevância e prova todos vinculados a formação da decisão justa (MITIDIERO, 2015).

Contudo, permite-se mencionar que a razoável duração do processo constitui o rol das diversas garantias para a composição daquele que é considerado um superprincípio/sobreprincípio, o devido processo legal, princípio este de suma importância nos diversos ordenamentos processuais espalhados pelo mundo.

3 ANÁLISE

Constante ao exposto, o direito canônico procura garantir àqueles que se submetem a jurisdição canônica a efetivação dos princípios éticos e políticos, de modo que seja alcançado no plano prático o devido processo legal canônico. Assim,

¹ “[...] a segurança jurídica exige efetividade do Direito. Pouco importa a certeza, a confiança e calculabilidade do Direito se, na iminência ou diante de seu descumprimento, o Direito confessa-se impotente para impor sua própria realização. Daí que a efetividade, entendida como realizabilidade, compõe o núcleo essencial do conceito de segurança jurídica.” (MITIDIERO, 2015, p. 78).

² Além da cooperação, para que o processo justo constitua seu perfil mínimo, é necessário que ele seja capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, inciso XXXV da CF/88 e art. 3º, CPC), em que as partes estejam em igualdade, abdicando de um tratamento paritário no processo (art. 5º, inciso I da CF/88 e art. 7º do CPC), com direito ao contraditório (art. 5º, inciso LV da CF/88 e arts. 7º, 9º e 10º do CPC) e ampla defesa (art. 5º, inciso LV da CF/88), com direito à prova (art. 5º, inciso LVI, a contrario sensu, CF, e 369, CPC), juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII da CF/88), onde todos os pronunciamentos/decisões sejam previsíveis, confiáveis e motivados (art. 93, inciso IX da CF/88, e art. 11 e 489, § 1º, CPC), com um procedimento público (arts. 5º, inciso LX e 93, inciso IX da CF/88 e arts. 11 e 189 do CPC, com razoável duração (art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88), e, sendo o caso, assistência jurídica integral (art. 5º, inciso LXXIV da CF/88 e arts. 98 a 102 do CPC) e com formação de coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI da CF/88 e art. 502 do CPC). A observância de todos esses elementos, compõem o perfil mínimo, para que possa aferir a justa estruturação do processo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

como se tem por objetivo no processo canônico o devido processo legal, no plano brasileiro o objetivo é semelhante.

Diante de um cenário onde restam resquícios de formalismos nos ordenamentos jurídicos brasileiros, mostra-se a importância de atentar-se aos ordenamentos jurídicos internacionais, de maneira que sejam obtidas mediante uma análise detalhada, verdadeiras soluções para a atual 'crise da justiça'¹.

Em um período crítico para o direito brasileiro, demonstrar a essencialidade do princípio da razoável duração do processo e de um superprincípio/sobreprincípio como o devido processo legal e sua importância nos ordenamentos processuais, explicita que processo justo/devido processo legal (*due process of the law*) deve ser lido e interpretado de maneira abrangente como fundamento máximo para a salvaguarda de direitos e garantias.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, procurou-se elaborar, aspectos relevantes do procedimento civil do Código de Direito Canônico de 1983, descrevendo uma breve análise no que condiz a razoável duração do processo. O Código de Direito Canônico, lei maior dos fiéis católicos, onde concentra o procedimento civil em seu Livro VII, objetiva garantir, a todos que se submetem a jurisdição canônica, o devido processo legal canônico.

Ao final, procurou-se descrever sobre a razoável duração do processo na CF/88 e no CPC/15, demonstrando inicialmente a preocupação do legislador em assegurar a razoável duração do processo. A prestação jurisdicional efetiva de maneira explícita teve seu advento com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, acrescentando ao texto constitucional o inciso LXXVIII, no artigo 5º. Com o advento do CPC/15, o legislador expôs o princípio nos artigos 4º e 139, inciso II. Destacou-se ainda, que o princípio da razoável duração do processo constitui um rol de diversas garantias daquele que é considerado um superprincípio/sobreprincípio, o devido processo legal.

Pode-se afirmar que com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004 e posteriormente o CPC/15, buscou-se dar maior efetivação do direito ao jurisdicionado, mediante meios que possibilitassem ao jurisdicionado uma prestação justa e efetiva de seu direito. No entanto, meras mudanças legislativas são insuficientes, sem que estas, venham acompanhadas de mudanças de mentalidade por parte dos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da Lei Processual Civil. In: **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 13, n.º 1083, 26 set. 2013. Disponível em: <<http://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/175-artigos-set-2013/6304-araken-de-assis>>. Acesso em: 03nov. 2018.

BATISTA, Lia Carolina. A coisa julgada no Processo Civil Canônico: entre a segurança e a certeza. In: **Revista da Faculdade de Direito Universitário de São**

¹ Embora a expressão soe de maneira excessiva e imprópria, busca-se expressar nela que a prestação jurisdicional do Estado frustra a expectativa daqueles que a ela se submetem, por tardar mais do que o devido (ASSIS, 2013).

Paulo, v. 105, p. 881-936, jan./dez. 2010. Disponível em:
<<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67923/70531>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito e Processo**. 4. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.
Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. **Lei n.º 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

JOBIM, Marco Félix. O Tempo e uma Abordagem no princípio da Duração Razoável do Processo. In: **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 8, n. 695, 07 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/69-artigos-jan-2008/6148-o-tempo-e-uma-abordagem-no-principio-da-duracao-razoavel-do-processo>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. ver, atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do Processo Civil no Estado Constitucional. In: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 4, n. 44. p. 71-91, set. 2015. Disponível em:
<<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=44&edicao=9205>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico**: história e direito vigente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VATICANO. **Código de Direito Canônico, de 25 de janeiro de 1983**. Constituição apostólica “sacraedisciplinaeleges” de promulgação do Código de Direito Canônico. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

A MULHER E A VELHICE

Bruna Luisa Schwan¹
Bianca Tams Diehl²

INTRODUÇÃO

A temática do presente resumo expandido contempla a mulher idosa sob uma perspectiva de gênero e de velhice. A delimitação temática propõe-se a refletir acerca do papel e espaço que ocupam as mulheres na sociedade na fase da velhice, bem como suas limitações e dificuldades decorrentes do próprio envelhecer.

O objetivo geral visa a analisar a figura da mulher idosa e suas relações sociais, bem como as causas da sua invisibilidade em função de seu envelhecimento. A reflexão sobre a pessoa idosa consiste em uma abordagem necessária e relevante, pois se trata de um tema pouco discutido. Além disso, é um tema viável, uma vez que existe considerável acervo bibliográfico acerca da temática, ao passo que se espera que o estudo seja de grande valia às novas e futuras pesquisas. É necessário compreender que o idoso, além de ser um sujeito de direitos, merece ser reconhecido como tal em meio à sociedade dada sua elevada contribuição, considerando seu histórico de vida. Não deve ser visto como um “fardo” para as famílias e para a sociedade, mas como alguém que tem muito a agregar, a somar.

1 METODOLOGIA

A natureza da pesquisa é teórica e se desenvolverá por meio de documentação indireta, com procedimentos técnicos, bibliográfico e documental. Ademais, o tratamento dos dados dar-se-á de forma qualitativa, uma vez que explorará e descreverá o problema. Porquanto, o método de abordagem da investigação é hipotético-dedutivo, pelo qual parte-se de um problema, sob o qual são levantadas hipóteses, cuja veracidade será testada ao longo da investigação. Por fim, o método de abordagem é explicativo.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Há muito tempo vem se discutindo acerca da discriminação de gênero sobre as mulheres, são discussões que visam a salvaguardar condições de vida e proteção às mulheres no geral. Todavia, a finalidade dos debates que assolam a sociedade e os órgãos da justiça é, sobretudo, buscar direitos e a garantia da igualdade entre homens e mulheres.

Nessa perspectiva, para compreender o problema a fundo, mister se faz o estudo do surgimento da família, a qual conjuga-se a ideia de poder e de

¹ Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutela Constitucional dos Direitos dos Vulneráveis do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis E-mail: brunaschwan3@hotmail.com

² Doutora em Educação nas Ciências pela UNIJUÍ. Mestre em Direito pela URI/SAN. Professora do Curso de Direito e Coordenadora do Grupo de Pesquisa Tutela Constitucional dos Direitos dos Vulneráveis do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. E-mail: direitofema1@gmail.com

dominação. Conquanto, Pierre Bourdieu, sociólogo francês cuja obra “O poder simbólico” foi de grande relevância, dentre seus estudos, aponta que:

[...] num estado do campo em que se vê o poder por toda a parte, como em outros tempos não se queria reconhecê-los nas situações em que ele entrava pelos olhos dentro, não é inútil lembrar que – sem nunca fazer dele, numa outra maneira de o dissolver, uma espécie de << círculo cujo centro está em toda a parte e em parte alguma>> - é necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem. (BOURDIEU, 1989, p.7-8).

Nesse viés, o poder é elemento parte da estrutura familiar desde a antiguidade. Denota-se, ainda, que desde a formação das primeiras entidades familiares, a estrutura do núcleo familiar, bem como da sociedade, organizava-se sob um regime patriarcal, o que sugeria a submissão das mulheres e crianças às ordens do homem na figura do pai.

Porquanto, não bastasse a violência, mesmo que simbólica, que muitas mulheres têm sofrido durante uma vida inteira, existem, ainda, preconceitos e julgamentos morais quanto a sua conduta mesmo na fase da velhice. Sonia de Amorim Mascaro aprecia, em vários pontos de sua obra, os estereótipos e preconceitos para com a velhice feminina, aproximando suas observações às acepções mitológicas. Nesse sentido, infere que:

Na mitologia e no folclore, a velhice idealizada e prestigiada é a representada na maioria das vezes pela imagem do homem idoso, cheio de vigor, bondade e sabedoria, enquanto que a imagem da velhice feminina é identificada inúmeras vezes com o lado negativo e sombrio da vida. (MASCARO, 2004, p. 16).

Simone de Beauvoir, criticamente, também observa o esquecimento da mulher idosa, afirmando que “Nem na literatura, nem na vida, encontrei qualquer mulher que considerasse sua velhice com complacência. Do mesmo modo, nunca se fala em ‘bela velha’; no máximo se dirá ‘uma encantadora anciã.’” (BEAUVOIR, 2018, p. 311). Em outras palavras, a atual cultura predominante cobra um status de beleza e postura das mulheres, inibindo aquela que não souber se portar com *elegância* frente à sociedade, dentro dos parâmetros de exigência social impostos.

Outrossim, de maneira ampla, Mirian Goldenberg em sua obra “Coroas”, volta seu estudo à mulher idosa em todas suas dificuldades e, sobre esse viés, aponta que:

É interessante observar que tanto no discurso de vitimização quanto no de libertação dois foram os eixos centrais das brasileiras: o corpo e o homem. O corpo foi tanto objeto de extremo sofrimento (em função de suas doenças ou decadência) quanto de grande prazer (em função da maior aceitação e cuidado com ele). Os homens foram, também, razões de sofrimento (alcooolismo, machismo, violência, autoritarismo, egoísmo, abandono, rejeição, faltas) ou de prazer (companheirismo, prazer sexual, cumplicidade). (GOLDENBERG, 2015, p. 42).

Ora, percebe-se que na maioria das vezes as mulheres entram em uma crise existencial, devido principalmente ao fato de que sua jovialidade exterior,

respeitando a sua idade cronológica e independente das marcas do tempo, seja reconhecida e admirada como algo saudável e natural. Externamente é visível o envelhecimento humano com o passar dos anos, considerando que envelhecemos a partir do dia que nascemos.

Contudo, é sabido que a sociedade valoriza sobremaneira a imagem. Dessa forma, conseqüentemente, as mulheres não se sentem mais atraentes e não são mais vistas pela sociedade com o mesmo vigor e valor e quem sabe seja esse o principal obstáculo a ser enfrentado no processo de reconhecimento e de aceitação da velhice.

Beauvoir constroi um exemplo de grande valia e bastante recorrente na dinâmica social, mesmo que aos olhos comuns não se perceba. Na passagem, traz:

Conheci muitas mulheres que tiveram a desagradável revelação de sua idade através de uma experiência análoga à que Marie Dormoy contou a Léauteaud: aconteceu que um homem, atraído pela juventude de sua silhueta, seguiu-a na rua; no momento em que passou por ela e viu seu rosto, em vez de abordá-la, apressou o passo. (BEAUVOIR, 2018, p. 302).

Diante dessa situação, o que se percebe é que ao chegar à fase da velhice, as mulheres apresentam marcas do tempo que ferem sua beleza exterior. Assim, Altair Macedo Lahud Loureiro reflete que “[...] é difícil a aceitação da realidade dura (para algumas pessoas) da mudança física da aparência, até pouco tempo plena de frescor, cor e postura firme, substituída pelo decadente corpo que se torna decrépito, a cada dia.” (LOUREIRO, 2000, p. 22).

Dentro dessa perspectiva surge outro problema, qual seja, o consumo desenfreado de produtos que garantam beleza e uma maior aceitação social. Sendo assim, as mulheres sofrem demasiada pressão para serem aceitas socialmente, pois “[...] são as mulheres as mais atingidas pelo mundo do consumo a fim de darem atendimento às exigências de beleza e consumo impostas socialmente [...]”. (DIEHL; PETERSEN, 2017, p. 10).

Adriano da Silva Rozendo também evidencia a realidade que as mulheres, em sua maioria, viveram sua vida até a chegada da fase idosa. O autor, ao realizar uma pesquisa constatou que:

A maioria das mulheres narraram que ao longo da vida desenvolveram trabalhos domésticos, declarando serem “donas de casa” ou do “lar”. Para essas mulheres, a principal tarefa como donas de casa era constituir família e cuidar de sua prole. Mesmo diante de um relacionamento frustrante e, muitas vezes, extremamente prejudicial, essas mulheres não se desligavam de seus laços matrimoniais e continuavam exercendo a função de esposas e mães, [...]. (ROZENDO, 2014, p. 153).

Desta feita, não há que se olvidar que as mulheres, da geração que hoje vive a velhice, em sua maioria, preservaram os laços familiares acima de todas as demais tarefas e sonhos. Constitui esse, portanto, um dos principais motivos para compreender os diversos aspectos do envelhecimento feminino, como a libertação e a autonomia e, por outro lado, as novas exigências e cuidados que desejam atender.

3 ANÁLISE

Diante do exposto, depreende-se que uma parcela significativa de mulheres viveu sua vida em prol do bem estar da família, prestaram e cumpriram o

compromisso de honrar com as tarefas do lar e, conseqüentemente, subordinaram-se ao poder pátrio que regia essa relação. Goldenberg, por sua vez, compôs num plano prático suas pesquisas, de forma a obter a seguinte conclusão sobre as entrevistas: “O que mais me chamou a atenção nos discursos das pesquisadas foram quatro tipos de ideias: invisibilidade, falta, aposentadoria e liberdade.” (GOLDENBERG, 2017, p. 41).

Nesse viés, a autora considera que a invisibilidade se refere ao corpo como um capital que se perde com o passar dos anos, pois o envelhecimento “pode ser experimentado como um momento de grandes perdas, especialmente de capital sexual.” (GOLDENBERG, 2017, p. 43). Além disso, observa que a “falta” liga-se ao escasso número de homens no mercado afetivo, situação que, por vezes, é próprio do estado de negação que as mesmas têm para com o envelhecer.

Isto posto, outra função que comumente lhe cabia também deixou de existir com certa frequência, essencialmente em virtude da inserção da mulher no mercado de trabalho. A função em tela consiste na de cuidadora de idosos e, como previu Paulo Roberto Barbosa Ramos “Por outro lado, com a mudança do papel da mulher na sociedade, a chamada cuidadora natural desaparecerá, o que implicará o surgimento em grande escala de instituições para atendimento dos idosos.” (RAMOS, 2014, p. 236).

Pérola Melissa Vianna Braga, sob a mesma ótica, observa que “A mulher de 30 anos, nos dias atuais, tem pais, filhos e avós. Ela não pode assumir sozinha o encargo de seus descendentes e ascendentes, porque precisa trabalhar. Esse quadro muda o eixo da família porque surge o problema social dos idosos. O que fazer com eles?” (BRAGA, 2011, p. 57).

Conquanto, não aprofundando na preocupação de Braga, o que interessa à pesquisa é o papel que a mulher assume atualmente, pois os reflexos dessa situação imporão comportamentos diferenciados com a chegada da velhice. Em outras palavras, já se constata, em grande número, mulheres que não desejam aposentar-se de si mesmas, ao passo que, num futuro não distante, a previsão é de que as mulheres da nova geração enfrentarão a velhice de um modo mais tranquilo e saudável.

Todavia, Goldenberg deixa clara a existência de mulheres que, ao chegar na fase idosa, revelam-se muito mais felizes. Nesse ponto, a investigação se contradiz ao exposto no início do capítulo, porém o que deve se levar em consideração é que, como afirma Mascaro, por mais que o envelhecimento ocasione algumas transformações com o avançar da idade “Todos os órgãos, uns mais outros menos, sofrem variações biológicas com o passar dos anos.” (MASCARO, 2004, p. 55). Goldenberg, no entanto, refere que as mulheres por ela entrevistadas exprimem mais tranquilidade e menos preocupação:

Ao afirmarem categoricamente: “Este é o momento mais feliz da minha vida”, “É a primeira vez que posso ser eu mesma”, “É a primeira vez na vida que me sinto livre”, as mulheres mais velhas revelam que é possível, sim, conciliar liberdade e felicidade, e que, mais ainda, a liberdade, mesmo que tardiamente conquistada, pode levar à plenitude, à autenticidade e à felicidade. (GOLDENBERG, 2017, p. 51).

Assim, insurge salientar que é necessário quebrar os preconceitos para com o idoso, em especial à mulher idosa, uma vez que, como refere Foucault, “[...] a velhice deve ser considerada, ao contrário, como uma meta, e uma meta positiva da

existência. Deve-se tender para a velhice e não se resignar a ter que um dia afrontá-la.” (FOUCAULT, 2006, p. 135).

Assim, importante se torna destacar que a experiência de envelhecer pode se dar de duas maneiras: a primeira se vale da idade e dos estereótipos que a sociedade insiste em vigorar. Por outro lado, envelhecer não corresponde a etapa final da vida e pode ressignificar a vivência do ser, pois trata-se enfim de um estado de espírito.

CONCLUSÃO

Levando em consideração o exposto, pode se perceber que a velhice, na maioria dos casos, revela-se de difícil compreensão e reconhecimento, sobretudo nas mulheres. Ora, é importante ressaltar que muitas das dificuldades enfrentadas pelas mulheres com a chegada da velhice devem-se a uma vida inteira de comprometimento exclusivo para com os afazeres do lar e cuidados com a família.

Logo, envelhecer consiste num processo doloroso quando se analisa a perspectiva da decadência do corpo e da capacidade laborativa, ambas muito valorizadas socialmente. Lado outro, o que tem se averiguado é que muitas mulheres experimentaram o exato oposto da angústia de envelhecer, ao passo que descobriram a libertação, ou seja, libertaram-se dos compromissos de cuidar da família, mas principalmente, deixaram de se subordinar ao marido e puderam viver sua própria vida.

Desta feita, cabe inferir que se torna essencial a incessante busca de direitos aos idosos e, de maneira especial, à mulher idosa, a qual não apenas luta por direitos relacionados a questão de gênero, mas da mesma forma busca ser reconhecida como mulher, livre de julgamentos morais e sociais.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1989.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**/Pérola Melissa Vianna Braga. –São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480142/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 21 set. 2018.

DIEHL, Bianca Tams; PETERSEN, Letícia Lassen. Ser mulher, beleza e consumo: uma necessária abordagem educacional. *In.*: DIEHL, Bianca Tams (Org.). **Educação para o consumo** / organização Bianca Tams Diehl, Marli M Moraes da Costa, Ricardo Hermany – Curitiba: Multideia, 2017.

FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Frédéric Gros ; tradução Márcio Alves da Fonseca. Salma Tannus Muchail. - 2 ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOLDENBERG, Mirian. **A bela velhice**. – 7. ed. – Rio de Janeiro: Record, 2017.

GOLDENBERG, Mirian. **Coroas**. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Best Bolso, 2015.

LOUREIRO, Altair Macedo Lahud. **A velhice, o tempo e a morte**: subsídios para possíveis avanços do estudo. – 1. reimp. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2000.

MASCARO, Sonia de Amorim. **O que é velhice**. 2ª reimp. da 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso**. – São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502213968/cfi/4!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 11 set. 2018.

ROZENDO, Adriano da Silva. **Protagonismo político e social na velhice**. – 1. ed. – São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

CRÍTICA SOBRE O VETO DO § 4 DO ART.157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Maria Gabrielle Schlegel Rodrigues¹
Valtair Buss Matos²
Cláudio Rogério Sousa Lira³

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como delimitação temática a crítica ao veto do § 4º do art. 157 do Código de Processo Penal. A hipótese do trabalho é: Diante da possibilidade de o juiz que conhecer o conteúdo da prova declarada inadmissível, em que medida ele contribui para um julgamento que não é imparcial. Conquanto, surge a seguinte pergunta: O dispositivo vetado não estaria ferindo as garantias fundamentais em um estado democrático de direito, que seria o princípio do juiz natural elencado no art. 5º, XXXVII e LIII da Constituição Federal?

Justifica-se esse trabalho devido a sua relevância no Direito, é viável uma vez que, é crescente a polêmica acerca da temática, principalmente devido a reforma trazida pela lei 11.690, de 10 de junho de 2008, trazendo um novo panorama no regime jurídico acerca das provas ilícitas com o novo texto ao art.157. Torna-se relevante, pois é possível compreender que essa situação se baseia explicitamente no direito penal do inimigo, onde as garantias penais e processuais acabam perdendo espaço. A contribuição alcançada é a de que, por meio desta pesquisa, será possível transmitir que a essência de uma decisão justa se dá quando o Estado trata o sujeito como cidadão e não como inimigo. Partindo dessa premissa, torna-se de extrema relevância discutir acerca do assunto, já que, o conteúdo do referido dispositivo vetado retratava uma das garantias mais primorosas em um estado democrático de direito, que é a imparcialidade do julgador. A principal conclusão é a de que o contato do magistrado com a prova ilícita só pode trazer consequências ao processo, uma vez que, a sua convicção será formada por um meio de prova incabível no sistema jurídico brasileiro.

1 METODOLOGIA

Quanto aos aspectos metodológicos da pesquisa, é possível aduzir que a mesma dar-se-á com base em doutrinas, legislações e artigos científicos atinentes ao tema, no qual as fontes utilizadas permitiram uma melhor fundamentação no trabalho desenvolvido. Desse modo, a escrita dar-se-á por intermédio de documentação indireta, configurando-se, assim, em um estudo de caráter bibliográfico. Ademais, utilizar-se-á o método dedutivo de natureza qualitativa.

¹Acadêmica do Curso Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. Gabi_schlegel@hotmail.com.

²Acadêmico do Curso Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. Valtair_matoso@hotmail.com.

³Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Especialista, Graduado em Direito e em Ciências Contábeis pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA), Servidor da Promotoria de Justiça de Tucunduva (Ministério Público - RS) e Professor do Curso de Direito da Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA).

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Em primeiro lugar, cumpre elencar que as provas constituem um importante instrumento para a busca da verdade. Pode ser compreendida como os elementos que as partes ou até mesmo o juiz produzem visando esclarecer os fatos alegados (FILHO, 2009).

Para Nucci a prova pode compreendida em três sentidos. O primeiro consiste no ato de provar, ou seja, etapa onde se constata a veracidade do fato que foi alegado pela parte no processo. A segunda seria o meio, a qual abarca o instrumento pelo qual se demonstra a exatidão de algo. E por fim, o resultado da ação de provar, que se resume no produto extraído através do estudo dos instrumentos de provas apresentados, evidenciando a veracidade do fato (NUCCI, 2008).

A Constituição Federal em seu art. 5º, LVI, já elenca como um direito fundamental a inadmissibilidades de provas obtidas por meios ilícitos. Desta forma, o legislador se preocupou em garantir que outros direitos dos indivíduos, como por exemplo a privacidade, intimidade, inviabilidade de domicílio, fossem efetivados.

Ainda, vale destacar a chama teoria da árvore dos frutos envenenados que vem do inglês *“fruit of the poison ou stree doctrine”*, que nasceu na Suprema Corte Norte Americana, e tal teoria estabelece que há impossibilidade de usar qualquer prova, seja no que se refere ao meio ou resultado na produção, advinda por intermédio de uma prova anteriormente ilícita (RANGEL, 2009)

Sendo assim, a ideia dessa teoria é de que se a planta tem vícios (está envenenada) passará esses vícios aos frutos dela. Portanto, devendo as provas obtidas por meio de uma prova ilícita anteriormente adquirida, ser desentranhadas do processo, pois estão contaminadas de ilicitude.

Já tem julgados que vão ao encontro dessa teoria, conforme a decisão do STJ, que aduz o seguinte:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. **NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE.** RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. **Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da fruits of the poison ou stree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita - no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack -, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.** 15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido. (STJ - REsp: 1574681 RS 2015/0307602-3, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 20/04/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/05/2017) **(grifo e adaptação nossa).**

Desse modo, tem se que a essência da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, que está consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição Federal,

repudia as provas supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, porém, a partir de outra prova contaminada por ilicitude anterior.

3 ANÁLISE

Torna-se necessário compreender que a descontaminação do julgado, constitui um importante mecanismo processual, uma vez que, garante que o julgamento da demanda seja realizado por outro juiz que não teve contato com a prova ilícita obtida. Desta maneira, busca-se impedir que o juiz que conheceu a prova ilícita julgue a causa, já que de certa forma acaba sendo influenciado pelo conteúdo material probatório ilícito conhecido (SILVA, 2008).

Desta maneira, o vetado § 4º do art. 157 da nova Lei 11.690/ 2008, trazia a questão da descontaminação do julgado e elencava que "o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão". Assim, importante salientar, que o referido parágrafo tem o veto fundamentado nas razões que nortearam a criação da lei 11.690/2008:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada. (DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, 2008, p. 32).

Deste modo, é notório que o veto, tem suas razões fundamentadas na busca pela celeridade processual. Assim, uma das alegações é de que se o juiz fosse substituído diante do conhecimento de uma prova ilícita, o tempo para que tivesse conhecimento de todo o conteúdo do processo seria bem maior. Esse fato, então, prejudicaria o andamento processual (SILVA, 2008).

No entanto, mesmo que o ordenamento jurídico processual penal tenha estabelecido no art. 157, § 3º o instrumento do desentranhamento das provas ilícitas dos autos, o instituto é ineficiente. Isso, pois, o juiz ao ter contato com a ilicitude da prova, formará de modo natural sua convicção, mesmo que não poderá julgar com base naquela prova. Com isso, estamos diante de uma violação do princípio da imparcialidade (MARQUES E FREITAS, 2015).

Em face disso, importante se faz mencionar o seguinte exemplo:

[...] imaginemos que a partir de uma interceptação telefônica se tem a descoberta de outra prática criminosa pelo agente investigado, em que este confessa em uma conversa com um terceiro. Nesse exemplo, a polícia investiga e o Ministério Público apresenta a denúncia com base nesta prova. O juiz, ciente dessa prova, inicia a fase do interrogatório judicial, e o indiciado não confessa a prática do crime. Ora, o que o juiz levará em consideração? Obviamente, que o juiz decidirá com base na prova ilícita. Continuando o exemplo, temos que esta prova ilícita fora reconhecida pelo

Tribunal e ao reconhecer a ilicitude da prova, afastou-a, devendo outro julgamento realizar pela instância de primeiro grau. Mas, se o julgamento voltar a ser feito pelo mesmo juiz que admitiu a prova ilícita, certamente existirá uma grande probabilidade de que o seu convencimento seja por ela influenciado, ainda que inconscientemente. (MARQUES; FREITAS, 2015, p. 57).

Assim, o referido exemplo trata-se de algo que é próprio da natureza humana, uma vez que, dificilmente o juiz se livrará do conhecimento obtido através da prova ilícita. Portanto, quando uma situação dessas acontece deve se proceder à descontaminação do julgado, ou seja, o julgamento de primeiro grau deverá ser feito por outro juiz, que não aquele que proferiu a decisão anterior (MARINONI; ARENHART, 2007).

Por fim, entende-se que o melhor caminho no momento, quando o julgado estiver contaminado, ou seja, quando o juiz que conheceu da prova declarada ilícita tiver que proferir sentença, a saída para um julgamento mais imparcial e justo será a declaração de ofício pelo magistrado de sua suspeição por motivo íntimo, seja no processo penal, seja no processo civil, ou ainda administrativo (ALVES; SILVA, 2008).

CONCLUSÃO

Diante o exposto, é possível concluir que o veto do § 4º do art. 157 do Código de Processo Penal representa uma violação dos direitos e garantias processuais a qualquer cidadão. Pois, a prova ilícita no processo pode afetar a imparcialidade do julgador e mesmo sendo desentranhada dos autos, este meio de prova irá trazer grandes prejuízos no momento da sentença.

Assim, o Estado deve possibilitar de forma alternativa, a declaração de incompetência do juiz que teve conhecimento da prova ilícita. Deste modo, as garantias penais e processuais não perdem espaço, garantindo uma decisão justa onde os direitos dos indivíduos não sejam violados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Diário Oficial da União de 10 de Junho de 2008**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/616113/pg-32-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-10-06-2008>>. Acesso em : 25 out. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Valéria Martinho. **Descontaminação do julgado no processo penal: Prova Ilícita, Violação de Garantias Fundamentais e o Rompimento com o devido Processo Legal**. Disponível em: <<http://www.aems.edu.br/publicacao/edicaoatual/sumario/2015/Artigo%20-%20DESCONTAMINA%C3%87%C3%83O%20DO%20JULGADO%20NO%20PROC>>

ESSO%20PENAL%20Prova%20II%C3%ADcita,%20Viola%C3%A7%C3%A3o%20de%20Garantias%20Fundamentais%20e%20o%20Rompimento%20com%20o%20de%20Processo%20Legal.pdf> Acesso em: 25 out 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**, 8 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

SILVA, Ticiano Alves. **O vetado § 4º do art. 157 da nova Lei nº 11.690/2008 e a descontaminação do julgado**. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13640-13641-1-PB.pdf>> Acesso em: 25 out. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO: DIVERGÊNCIAS ATUAIS

Joici Antonia Ziegler¹
Vagner Silveira Habb²

INTRODUÇÃO

A democracia brasileira vive momentos conturbados. No cenário atual, o Judiciário brasileiro é destacado diariamente. Tudo e todos se reportam ao Judiciário, que se tornou protagonista e paternalista. No entanto, este fato atinge diretamente a democracia no sentido de que o Judiciário está fazendo às vezes de legislador e, comprometendo assim a democracia deliberativa.

1 REFLEXÕES ACERCA DA DEMOCRACIA

Para Robert Dahl (2009, p. 50) o conceito de democracia comporta uma variedade de definições, mas que pode ser identificado segundo critérios, sendo eles, a participação efetiva, na qual “todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política”.

Também para Dahl (2009, p. 50), a igualdade de voto, pela qual todos os membros devem ter oportunidade iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais; o entendimento esclarecido, critério segundo o qual dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas importantes e suas prováveis consequências.

Dahl menciona ainda o controle do programa de planejamento, em que

[...] os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento; [...] inclusão de adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito dos cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. (DAHL, 2009, p. 50).

Ferreira Filho esclarece:

A democracia contemporânea, do ângulo jurídico, pode ser resumida nalguns princípios. Ou seja, 1: ela tem o povo como fonte de todo poder – princípio da soberania popular; 2) todavia, o povo não exerce o poder, mas o faz por meio de representantes – princípio representativo – embora excepcionalmente o exerça; 3) tal poder é, ademais, limitado por freios e contrapesos e, sobretudo, pelo reconhecimento de direitos fundamentais em

¹Advogada; Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina; Integrante do Grupo de Pesquisa “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”, vinculado ao CNPq, Graduanda em Filosofia pela UNINTER; Pós Graduanda em Filosofia na Contemporaneidade (URI e IMT); Cursando Pós em Filosofia pela UFPEL.

²Advogado, inscrito na OAB 78.611. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS. Cursando Pós Graduação em Filosofia na Contemporaneidade pela URI em parceria com Instituto Missões; Cursando Pós em Filosofia pela UFPEL. Email – vagnersh@gamil.com

favor dos seres humanos – princípio da limitação do poder. (FERREIRA FILHO, 2001, p. 51).

Diante dessas questões postas, podemos depreender que há um certo distanciamento da população em relação à participação do processo de tomada de decisões gerando um ponto de tensão entre o ativismo judicial e a democracia. E, partindo da análise da citação acima referida de Jorge Galvão, eis que os tribunais assumem a tarefa de interpretar e de construir do significado diante dos postulados que contêm caráter aberto, onde repousam questões essenciais para a sociedade. E ainda, para corroborar o mesmo autor afirma que:

Os juízes discordam sobre interpretação judicial na mesma proporção em que as pessoas comuns discordam sobre a moralidade coletiva. Os termos vagos em que as Cartas Constitucionais não fornecem nenhuma resposta para os casos constitucionais difíceis, como aborto, eutanásia, pesquisa em células-tronco e ações afirmativas. A única certeza é que a população vai ser diretamente afetada por alguma razão concepção particular de direito acolhida pela maioria dos membros da Suprema Corte. Nessas questões de moralidade política, não há nenhuma garantia que o ponto de vista adotado pelos juízes seja superior ao dos outros membros da sociedade. (GALVÃO, 2011, p. 382-383).

No atual cenário jurídico, sabemos que as grandes questões que afetam diretamente as sociedades estão sendo decididas pelo Supremo Tribunal Federal e também das Cortes Constitucionais pelo mundo afora. O ponto de tensão é que essas questões estão sendo decididas fora do debate político democrático, portanto, sem a participação efetiva da população por meio da democracia representativa.

O ponto central, não se debruça simplesmente na possibilidade de ser o poder judiciário o ator principal que analisa e discute atualmente essas grandes questões, haja vista que essas compõem o conteúdo constitucional, mas sim da linha tênue que existente na aferição da constitucionalidade dessas questões quando o parâmetro de aferição mostra-se extremamente fluido, dificultando precisar se o judiciário exerce sua função nos limites a ele confiados ou se extrapola o núcleo essencial da sua função, fazendo às vezes de legislador.

Sarmento ao questionar a legitimidade de uma sociedade que tem como pedra fundamental a democracia, afirma que

[...] amputar a liberdade de conformação do legislador em nome da irradiação das normas constitucionais, sobretudo diante da constatação que o grande 'agente' desta irradiação é o juiz, que não é eleito e não responde politicamente pelo povo. [...] Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança-jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes. (SARMENTO, 2006, p. 191).

Antoine Garapon também demonstra certa preocupação no tocante ao excesso de poder destinado ao judiciário afirmando que:

Tal paisagem democrática não deixa de conter novos perigos. O excesso de direito pode desnaturar a democracia; o excesso de defesa pode bloquear tomada de decisão; o excesso de garantias pode mergulhar a justiça numa espécie de indecisão ilimitada. De tanto encarar as coisas através do prisma deturpador do direito, corre-se o risco de criminalizar a relação social e de reativar a velha mecânica sacrificial. A justiça não se pode substituir ao político sem correr o risco de abrir o caminho para a tirania das minorias, ou até para uma espécie de crise de identidade. Resumindo, um mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia quanto à escassez do direito. (GARAPON, 1996, p. 51).

Garapon segue fazendo um alerta para o agigantamento do judiciário e suas implicações no tocante à democracia, eis que atualmente, a democracia jurídica só se consegue imaginar a si própria de um modo negativo e defensivo, correndo o risco de implodir. Garapon afirma que “[...] de tanto multiplicar os direitos, perde-se a noção de direito” (GARAPON, 1996, p. 51), trazendo ao debate a necessidade de analisar os paradoxos com os quais o direito é confrontado, e, ainda, a análise sobre o poder inédito atribuído aos juízes

Segundo o entendimento de Habermas, citado por Jean Paul C. Veiga da Rocha em sua obra *Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa*, o autor formula quatro princípios sobre o Estado Democrático de Direito, iniciando pela soberania popular, onde “os cidadãos devem criar suas próprias leis que os vinculam, mediante um processo político democrático institucionalizado.” (ROCHA, 2008, p. 181).

O segundo se refere ao princípio da ampla proteção jurídica do indivíduo, por meio de um Poder Judiciário independente, sendo o terceiro princípio o da legalidade na administração pública, pela qual se garante a submissão de poder administrativo ao poder comunicativo, trazendo como quarto, o princípio o da separação entre Estado e Sociedade.

A visão habermasiana de atuação do Poder Judiciário, apresenta-se por meio de um discurso de aplicação de normas, de maneira que não colida com o discurso de justificação inerente à atividade legislativa na formação do direito, surgindo assim, uma questão latente sobre a atividade da Jurisdição Constitucional como intérprete e responsável pela própria definição de normatividade, tendo em vista que a matéria-prima configura-se por ser muito ampla, cabendo ao tribunal responsável fazer com que seja moldada.

Nas últimas décadas a sociedade tem buscado no Judiciário a solução para problemas que o Estado como um todo não consegue sanar. O aumento na frequência da intervenção do Poder Judiciário, notadamente na política e nas relações sociais, buscando seus motivos e avaliando suas consequências, bem como o Direito moderno tem invadido todas as relações, cabendo ao Judiciário a tarefa de aplicar o Direito em cada vez mais âmbitos. Assim, os julgadores são chamados a concretizar as diretrizes constitucionais e os princípios fundamentais quando da aplicação da lei, o que acaba por abarrotar de trabalho o Poder Judiciário.

Antoine Garapon, traz ao debate o problema do protagonismo judicial, mencionando que o aumento exacerbado da busca pela justiça na sociedade

hodierna, afirmando que nada mais escapa ao controle do poder judiciário, em uma verdadeira judicialização de conflitos que envolvem todos os setores da sociedade. Para o referido autor, “[...] o juiz é, doravante, considerado como o árbitro dos bons costumes e até mesmo da moralidade política.” (GARAPON, 1996, p. 20).

Assim, na concepção do autor, o juiz se tornou um “guardião de promessas”, sendo chamado a decidir os mais diversos conflitos, tendo como fonte um contencioso que não cessa de aumentar, fazendo com que o judiciário encontre uma forma de pacificação social, que muitas vezes, não está ao seu alcance, entregando ao juiz a responsabilidade de sanar os conflitos privados e públicos dos mais diversos, tornando-o assim um remédio para todos os males.

Privado das referências que lhe conferem uma identidade e estruturam a sua personalidade, o indivíduo procura, no contato com a justiça, uma proteção contra o desmoronamento interno. Perante a decomposição do político, é doravante ao juiz que se pede a salvação. Os juizes são os últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada pelos seus antigos titulares (GARAPON, 1996). Garapon nos traz a seguinte colocação a respeito dessas novas aspirações do homem democrático:

A justiça não é mais considerada como mera representação do Estado, nem o juiz como um delegado dessa soberania. A justiça é considerada um serviço, sendo o Estado um provedor desse serviço, um usuário, um cliente e a decisão de justiça, um produto. (GARAPON, 1996, p. 45).

Garapon afirma que a vertiginosa aceleração da expansão jurídica não é conjuntural, mas sim, é oriunda e se relaciona com a própria dinâmica das sociedades democráticas, sendo que a explosão do número de processos, não é um fenômeno jurídico, mas social, tendo sua origem numa depressão social que se exprime e se reforça através da expansão do direito (GARAPON, 1996).

CONCLUSÃO

A partir da leitura do texto, podemos perceber a preocupação comum às críticas dos autores atinente a este espaço de voluntarismos e decisões desprovidas de carga hermenêutica e normativa, o que desnatura a função do direito como um sistema normativo e coloca o poder judiciário em uma posição ativista, desenhando os rumos da sociedade para além das decisões tomadas pelo poder legislativo ou mesmo pelo poder originário, o que deve ser observado para evitar que a democracia seja enfraquecida. Frisa-se que o protagonismo judicial deve ser utilizado de forma preponderada entre a interpretação constitucional visando os direitos fundamentais e o princípio da separação dos poderes para o magistrado não se tornar soberano.

REFERÊNCIAS

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2010.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional: Uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stielmann; HORBACH, Carlos Bastide (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia**: Homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Instituto Piaget, 1996.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Orgs.). **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 181.

SARMENTO, Daniel. **Revista de direito do Estado**: RDE/Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELOS PEQUENOS EMPREENDIMENTOS E A IMPORTÂNCIA DE SUA MANTENÇÃO NO MERCADO BRASILEIRO

Geliel Matteus Wiede¹
Tatiane Maslowski²
Rosmeri Radke³

INTRODUÇÃO

O presente artigo focaliza a análise das dificuldades enfrentadas pelos pequenos empreendimentos empresariais e a importância de sua manutenção no mercado brasileiro. Através da abordagem dessa temática busca-se responder ao seguinte problema: quais são as possíveis formas de se enfrentar os desafios atuais de modo a viabilizar a manutenção das pequenas empresas no mercado brasileiro?

A partir de estudos prévios levanta-se a hipótese que a redução de taxas e impostos, e a simplificação de suas obrigações, podem ser um caminho possível para garantir a sua sobrevivência no mercado. O objetivo geral do estudo é analisar os fatores que determinam o fracasso e fechamento prematuro de pequenas empresas. Como objetivos específicos busca-se analisar as legislações vigentes, seus benefícios e empecilhos, verificar a análise dos dados, índices e perspectivas dos pequenos empreendimentos no cenário econômico atual, desde o índice de mortalidade e sobrevivência dos mesmos, o panorama e importância desses empreendimentos para a economia nacional, os fatores positivos e negativos para a manutenção desses empreendimentos no mercado.

1 METODOLOGIA

A metodologia adotada caracteriza-se como teórica, de abordagem qualitativa e fins explicativos, a geração de dados acontece por documentação indireta, em revisão bibliográfica. A análise e as interpretações das informações têm o método dedutivo como o principal, além do histórico e do comparativo como secundários.

Os dados gerados partem da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, também de algumas normas especiais, como a Lei Complementar 123/2006, o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Os dados da pesquisa são amplos e acessíveis, partindo de doutrinas e da norma expressa, assim como outras pertinentes ao assunto.

¹Acadêmico do Curso de Direito – 4º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. gelielwiede@hotmail.com

²Acadêmico do Curso de Direito – 4º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. Tati.maslowski@gmail.com

³Docente do Curso de Direito da Fundação Educacional Machado de Assis nas disciplinas de Direito Empresarial I e Direito Empresarial II. Graduada em Direito pelo Instituto Educacional de Santo Ângelo - IESA, Especialista em Novos Direitos na Sociedade Globalizada pela Universidade Regional Integrada de Santo Ângelo, Mestre em Docência Universitária pela Universidade Tecnológica Nacional de Buenos Aires. rosmeri_cancian@hotmail.com

2 REFERENCIAL TEORICO

Abordam-se, nesse trabalho, as dificuldades enfrentadas pelos pequenos empreendimentos empresariais no cenário mercadológico brasileiro atual. Inicialmente, para o enfrentamento do tema, é importante que se esclareçam alguns conceitos básicos, como por exemplo, o de empresário, definido no artigo 966 do Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” (BRASIL, 2002).

Os empresários encontram-se inseridos em um universo extremamente competitivo, em que empresas atuantes em um mesmo segmento, buscam atrair a clientela, para que prefiram os seus produtos e não os do concorrente. Essa livre concorrência é perfeitamente normal, e até garantida pela legislação, no entanto, deve obedecer a certos princípios e limites.

Entre os empresários em regime de concorrência existem diferenças de diversas ordens, como por exemplo, informacional, técnica, e principalmente financeira. Nesse sentido, estabelecer regras que garantam simplesmente a igualdade de condições entre todos os concorrentes não se afigura como justo, em virtude das diferenças citadas. Por essa razão, o legislador entendeu ser pertinente conferir proteção especial aos empreendimentos de menor porte, criando o Estatuto da micro e pequena empresa, a Lei Complementar nº 123/2006.

Por outro lado, existem, em nosso ordenamento jurídico, outras normas protetivas da livre iniciativa e da concorrência, aplicáveis a todos os empresários, como a Lei 12.529/2011 – Lei de Infrações da Ordem Econômica (LIOE), que garante (conforme exposto em seu Art.1º), a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

No entanto, conforme já referido, paralelamente a essa legislação, é importante que exista norma que atente para as diferenças que existem entre pequenos e grandes empreendedores, considerando que as condições para estes se lançarem ao mercado e exercer a concorrência, são muito diferentes. O Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, que garante um conjunto de benefícios para empreendimentos menores, visa sua manutenção no mercado. Ainda assim, muitos desses empreendimentos fecham suas portas já no primeiro ou segundo ano de funcionamento. Isso demonstra que a legislação, aplicada isoladamente, não é suficiente para garantir a manutenção dessas empresas, é preciso ir além, analisar o cenário político-econômico e buscar novas formas de auxiliar os gestores desses empreendimentos a traçarem estratégias para viabilizar a sobrevivência do seu empreendimento.

3 ANÁLISE

Com o cenário que se apresenta atualmente em nosso país, com uma economia devastada pela crise, em que muitos empreendedores vem acumulando dívidas, com milhares de trabalhadores desempregados, em virtude de empresas que fecham suas portas ou reduzem sua produção, essa dívida global, nesses últimos anos, não para de crescer, razão pela qual muitos trabalhadores não conseguem um emprego formal novamente, fazendo com que surjam cada vez mais os empregos informais.

Com o aumento de empregos informais, também surge o aumento de trabalhadores que, para obter o seu sustento, acabaram se lançando no competitivo mercado do empreendedorismo. Muitos desses trabalhadores escolheram em empreender pelo fato de acreditarem no seu potencial empreendedor e outros por falta de oportunidades em vagas de emprego.

Conforme Dornelas:

O verdadeiro empreendedor é aquele que assume riscos calculados, gerenciando-o de forma adequada, ou seja, analisando as verdadeiras chances de sucesso. Então assumir riscos passa a ter uma relação com desafios. Para o empreendedor, quanto maior o desafio, mais estimulante será a sua jornada empreendedora. (DORNELAS, 2001, p. 54).

Os pequenos negócios respondem por mais de um quarto do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro. E as cerca de 9 milhões de micro e pequenas empresas juntas correspondem a cerca de 27% do PIB, um resultado que vem crescendo nos últimos anos. Em valores absolutos, a produção gerada pelas micro e pequenas empresas quadruplicou em dez anos, saltando de R\$ 144 bilhões em 2001 para R\$ 599 bilhões em 2011 (SEBRAE, 2016).

As microempresas e empresas de pequeno porte são as principais geradoras de riqueza no Comércio no Brasil, já que respondem por 53,4% do PIB deste setor. No PIB da Indústria, a participação das micro e pequenas empresas abrangem 22,5%, e já se aproxima das médias empresas que correspondem a 24,5%. No setor de Serviços, mais de um terço da produção nacional (36,3%) têm a origem nos pequenos negócios (SEBRAE, 2016).

Contudo, estudos apontam que muitos desses pequenos empreendimentos não conseguem ficar por muito tempo em funcionamento, e acabam fechando, o que é um problema para toda a sociedade, pois são esses pequenos empreendimentos que acabam gerando mais postos de empregos e fontes de renda do que as empresas maiores, geralmente mais aparelhadas tecnologicamente.

A falência desses pequenos negócios acaba ocorrendo muitas vezes, pelo fato de os empreendedores não planejarem adequadamente o seu empreendimento, não fazendo uma análise de fatores internos e externos que com o tempo influenciam no negócio.

Scott Leibs, editor executivo da revista Inc., ressalta que:

Alguns fundadores... podem conduzir uma empresa através dos primeiros estágios de crescimento, mas não vão além disso. Eles não conhecem seus pontos fracos, ou não entendem as verdadeiras razões para o sucesso de sua empresa, e querem tomar todas as decisões em vez de ceder o controle conforme a empresa cruza o limite do que qualquer pessoa pode gerenciar sozinha. (LEIBS, 2018, pg. 416).

Uma forma que também faria com que a pequena empresa atingisse suas principais metas seria desenvolver um plano estratégico dentro da empresa, fazendo com que esse método fosse uma forma de pilar, onde fossem colocados todos os objetivos a serem alcançados e toda a essência, que sustentaria a organização.

Para que uma empresa tenha um desenvolvimento adequado e proporcional ao seu ramo de atuação o planejamento acaba se tornando fundamental, para dar certa estabilidade à organização, até em função do mundo globalizado em que se está inserido. Para Megginson Mosley, “[...] planejar é escolher um curso de ação e

decidir adiantadamente o que deve ser feito, em que sequência, quando e como.” (MOSLEY, 1986, p.102).

Portanto, para que uma empresa possa alcançar o seu maior objetivo, uma solução seria dividir o objetivo maior em objetivos específicos, que enquadrem tanto os objetivos globais, como os individuais da empresa, que quando bem geridos alcançam o objetivo principal esperado.

Também é questão de se analisar o sistema político-econômico ora vigente no país, que cria empecilhos para o exercício da atividade empresarial e acaba prejudicando a massa consumidora, forçando as empresas a ficarem mais preocupadas em atender exigências burocráticas do que exercer seu papel no bom atendimento ao público. Em “As seis lições”, Ludwig Von Mises defendeu a economia de mercado, esclarecendo que é o consumidor, e não o Estado, quem cria a demanda e regula o mercado, ditando preços e estabelecendo quais serviços e produtos serão oferecidos e consumidos (MISES, 1881).

Nas palavras de Ludwig Von Mises:

Quem manda no sistema econômico são os consumidores. Se estes deixam de prestigiar um ramo de atividades, os empresários deste ramo são compelidos ou a abandonar sua eminente posição no sistema econômico, ou a ajustar suas ações aos desejos e às ordens dos consumidores. (MISES, 1881, s.p.).

A intervenção estatal em nosso país é tradicional, vem desde o tempo da colônia, e piorou com a proclamação da República. Muitos foram perseguidos por uma revolta contra a cobrança do quinto, mais conhecido como a Inconfidência Mineira, onde na época cada comerciante tributava 20% de suas arrecadações, mas hoje a carga tributária é superior a 40% (PEIXOTO, 2016).

De outro lado, é também o desejo do fornecedor em lucrar e movimentar a economia. Mas, para que possa lucrar, ele é obrigado a investir em tecnologia de ponta e a desenvolver novos produtos, novas técnicas e novos designs, para despertar no consumidor o desejo de obter seus produtos ou utilizar seus serviços. Com isso, a concorrência se vê obrigada a fazer o mesmo, o que dá um “*up grade*” no mercado (PEIXOTO, 2016).

É urgente a diminuição da interferência do Estado na economia, a fim de evitarmos um processo de retrocesso-econômico no Brasil. Nas sociedades que experimentam maior interferência do Estado através da burocracia e da tributação pesada, a tendência é que o mais prejudicado seja exatamente quem possui menos recursos, pois irá arcar indiretamente com toda a tributação cobrada aos fornecedores, já que inserida nos cálculos para precificação de produtos e serviços.

CONCLUSÃO

Conforme exposto na análise, a interpretação literal da norma reforça a conclusão do estabelecimento da necessidade de novas ideias e uma reformulação do sistema econômico, com maior apoio às micro e pequenas empresas, pois como citado acima, são estes que em maior parte movimentam a economia e o sustento da população com ofertas de empregos. O tema central foi amplamente explanado em busca do esclarecimento da situação de microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil, com análises e críticas sobre o tema.

Evidenciaram-se a exposição da importância das pequenas empresas que movimentam maior parte dos recursos sem nosso país, retratando suas dificuldades em manter-se abertas e o desafio da alta carga tributária que pesam sobre elas.

O trabalho procurou trazer clareza sobre o tema, de forma coesa, contribuindo assim com o crescimento pessoal dos autores e servindo como fonte de pesquisa para estudantes de Direito na área Empresarial. Sendo o Direito amplo em discussões sobre diversas temáticas no mundo empresarial, cabe ainda o confronto do assunto com as reivindicações de uma reforma tributária que favoreça as microempresas e empresas de pequeno porte, assim como outras discussões que venham a enriquecer o tema.

REFERÊNCIAS

LONGENECKER, Justin G.; PETTY, J. William; PALIC, Leslie E.; HOY, Frank; (tradut.) **Administração de pequenas empresas** – tradução da 18ª edição norte-americana, 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. **Lei Complementar 123/2006**. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm> . Acesso em: 15 out. 2018.

_____. **Lei 12.529/2011 – Lei de Infrações da Ordem Econômica (LIOE)**.

DORNELAS, José Carlos Assis. **Empreendedorismo: Transformando Ideias em Negócios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

LEIBS, Scott. LONGENECKER, Justin G.; PETTY, J. William; PALIC, Leslie E.; HOY, Frank; (tradut.) **Administração de pequenas empresas** – tradução da 18ª edição norte-americana, 2018.

MEGGINSON, L. C.; MOSLEY, D. C.; PIETRI JUNIOR, H. P. **Administração: conceitos e aplicações**. São Paulo, Harbra Ltda, 1986, pág 102.

MISES, Ludwig Von. **As seis lições**. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

PEIXOTO, Fernando César Borges. **Economia de mercado e importância do consumidor** — relatos de um neófito. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46671/economia-de-mercado-e-importancia-do-consumidor-relatos-de-um-neofito>>. Acesso em: 15 out. 2018.

SEBRAE. **MEI - Microempreendedor Individual**. 2016. Disponível em: <<https://sebraers.com.br/momento-da-empresa/microempreendedor-individual/>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

DIREITO PENAL DO INIMIGO

Marina Marx Filipin¹

INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Inimigo, também conhecido como Direito Penal de Terceira Velocidade, é uma teoria defendida por Günther Jakobs, jurista alemão, desde 1985. Segundo o professor de direito penal e filosofia do direito, existem dois tipos de criminosos, o criminoso cidadão, que pratica um delito por um fator qualquer e o criminoso inimigo, aquele que atenta diretamente contra o Estado, separando-se do Direito de maneira inalterável.

Para Gunther, estas duas classes de criminosos não poderiam receber tratamento semelhante, tendo em vista a periculosidade que cada uma delas apresenta à sociedade. Deste modo, ao criminoso cidadão seria assegurado o devido processo legal, sendo-lhe garantidos direitos fundamentais, ao passo que o criminoso inimigo, receberia um tratamento mais rígido e diferenciado em razão da crueldade dos crimes por ele praticados, e de representar, portanto, um maior risco ao Estado.

Para defender sua teoria, Gunther se inspira em autores como Jean-Jacques Rousseau, Thomas Hobbes, Immanuel Kant e Johann Gottlieb Fichte.

1 METODOLOGIA

Para a realização do presente trabalho, a pesquisa será teórica, de natureza qualitativa, com fins explicativos. Como método de abordagem, o processo lógico dedutivo e como métodos de procedimento, o histórico e o comparativo. O tratamento dos dados é realizado por meio indireto, em bibliografia pertinente e documentos necessários à análise.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

É possível perceber uma primeira demonstração do Direito Penal do Inimigo já na Idade Média, em que tribunais julgavam aqueles considerados uma ameaça à sociedade, por meio de um processo inquisitivo, em que não era assegurado a estes muitas vezes, sequer saber quem os acusava.

Novamente, durante a Segunda Guerra Mundial, o Direito Penal do Inimigo se fez presente por intermédio do Direito Penal do Autor, em que se julgava o sujeito por quem era e não pela conduta por ele praticada.

Neste sentido, Fernando Capez esclarece que para esta teoria a reprovação se estabelece em razão do caráter do agente, de seu comportamento social e do estilo de vida que decidiu seguir.

Nas palavras do autor:

[...] a reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal. Há assim, dentro dessa concepção, uma culpabilidade do caráter,

¹ Acadêmica do Curso de Direito – 8º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. mmarxfilipin@gmail.com.

culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade pela decisão de vida. (CAPEZ, 2005, p. 115).

Günther afirma dever existir dois tipos de direito, um voltado ao criminoso cidadão e o outro voltado ao criminoso inimigo. Ao primeiro seria assegurado um julgamento dentro do devido processo legal, sendo-lhe garantido o contraditório e a ampla defesa, uma vez que o sujeito continuaria a sustentar o status de cidadão, embora tenha infringido leis impostas pelo Estado. Assim, ao criminoso cidadão seria oportunizado voltar a ajustar-se à sociedade, restabelecendo a validade da norma de maneira coercitiva.

Por outro lado, o criminoso inimigo, aquele que pratica atos de maior crueldade, como delitos sexuais, participação em organizações criminosas, a exemplo do terrorismo, o Estado ofereceria um tratamento diferenciado e mais rigoroso, tendo em vista a acentuada periculosidade do agente. Por terem se separado do Direito e não oferecem nenhuma garantia de reabilitação, representando um verdadeiro risco à sociedade, ao criminoso inimigo seriam vedadas garantias legais e constitucionais, devendo este ser afastado da comunidade, ficando sob a tutela do Estado e perdendo, por conseguinte, o caráter de cidadão.

Para Günther, se o sujeito não soube adaptar-se e coordenar-se segundo um Estado Democrático de Direito, não pode se beneficiar das garantias por ele asseguradas aos demais cidadãos que vivem de acordo com as normas impostas. Assim, manter este sujeito inimigo inserido na sociedade representaria uma situação de insegurança generalizada, fazendo o Estado e as pessoas reféns da conduta de um criminoso de alto potencial ofensivo.

Neste lume, ao cidadão que cometer um ato ilícito, ser-lhe-á assegurado o devido processo legal, aplicando-se por fim, uma sanção a fim de que se reabilite a viver em sociedade. Já ao inimigo, não será oferecida esta garantia, sendo-lhe aplicada não uma pena, mas sim uma medida de segurança, com o fito de neutralizar o agente, para que não volte a delinquir.

O Delegado de Polícia do Distrito Federal e professo de Direito Criminal, Rodrigo Pereira Larizzatti faz um comparativo entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão, esclarecendo que:

O direito penal do cidadão tem por finalidade manter a vigilância da norma; o direito penal do inimigo, o combate de perigos. O direito penal do cidadão trabalha com um direito penal do fato; o direito penal do inimigo, com um direito penal do autor. O direito penal do cidadão pune fatos criminosos; o direito penal do inimigo, a periculosidade do agente. O direito penal do cidadão é essencialmente repressivo; o direito penal do inimigo, essencialmente preventivo. O direito penal do cidadão deve se ocupar, como regra, de condutas consumadas ou tentadas (direito penal do dano), ao passo que o direito penal do inimigo deve antecipar a tutela penal, para punir atos preparatórios (direito penal do perigo). Enfim, o direito penal do cidadão é um direito de garantias; o direito penal do inimigo, um direito antigarantista. (LARIZZATTI, 2009, p. 17-18).

Destarte, a teoria defendida por Günther sustenta-se em três pilares, conforme afirmado pelo próprio autor e exemplificado no trecho acima, sendo eles a antecipação da punição do inimigo, a desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais e, por fim, a criação de leis severas direcionadas a esta classe específica de agressores.

Para caracterizar o inimigo, busca-se averiguar se este possui condições de novamente conduzir-se segundo as regras sociais, portando-se como cidadão. Em caso negativo, este será julgado por sua periculosidade e não culpabilidade, diferentemente do que é assegurado aos demais sujeitos de direito. Assim, pode e deve o Estado buscar a segurança diante dos inimigos, bem como os cidadãos exigirem a referida segurança do Estado.

No Brasil, com a introdução da Lei nº 10.792/2003, que alterou a Lei de Execuções Penais e introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado, o Direito Penal do Inimigo passou a se fazer presente. O artigo 52, §§ 1º e 2º da Lei, expressa aspectos da teoria sustentada por Jakobs:

Artigo 52: A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitas o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo de sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos. (BRASIL, 2003) [grifos meus].

Da leitura do mencionado artigo, verifica-se situação em que se pune o autor pela sua periculosidade e não pelo ato cometido, sendo esta última a regra no ordenamento jurídico brasileiro, o que evidencia importante característica da teoria defendida por Günther.

Portanto, mesmo que não encontre amparo na Constituição Federal, com a nova lei que modificou a Lei de Execuções Penais, o Direito Penal do Inimigo apresenta-se inserido no sistema normativo pátrio, ainda que implicitamente.

3 ANÁLISE

O Direito Penal do Inimigo é um tema que pode gerar inúmeras divergências, alegando-se que as ideias defendidas pela teoria que o sustenta, violam princípios constitucionais. Como o princípio da humanidade contido no art. 5º, inciso III, da CF:

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:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (BRASIL, 1988).

Todavia, o Direito Penal do Inimigo defende a não aplicação de muitas das garantias constitucionais, como a entrevista com um advogado, por exemplo. Segundo a teoria defendida por Günther Jakobs, contra o inimigo não se justifica a

aplicação de um procedimento penal legal, mas sim um procedimento de guerra, por ser esta a forma com que o sujeito se relaciona com a sociedade.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, consagra, ainda, o Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade, asseverando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988), o que diverge do Direito Penal do Inimigo, que reza a não aplicação do devido processo legal ao agressor que perdeu o status de cidadão, em decorrência da conduta delitativa e da alta periculosidade que representa.

Ademais, o art. 1º, III, da CF, preconiza que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem, dentre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, o que proíbe a aplicação de penas cruéis.

Neste sentido, o posicionamento contrário à aplicação do Direito Penal do Inimigo, assevera que ao perder o caráter de cidadão, o indivíduo poderia ficar sujeito a tratamentos desumanos e degradantes, em evidente afronta aos princípios constitucionais e ao ordenamento jurídico brasileiro como um todo, além de fomentar a criação de um Estado autoritário e ditatorial.

Outra ressalva feita acerca da aplicação do Direito Penal do Inimigo no sistema normativo pátrio é a de que o Brasil não possui, hoje, condições de arcar com a inserção deste instituto, ante a inexistência de mecanismos capazes de julgar com precisão e justiça, e de que tampouco poderia o país responsabilizar-se pelas consequências decorrentes da efetivação desta teoria e a repercussão que tal fato acarretaria em âmbito mundial.

CONCLUSÃO

A teoria do Direito Penal do Inimigo, como tantas outras existentes na seara jurídica, é defendida por muitos apoiadores, que veem nela a possibilidade de um Estado mais seguro e de uma justiça mais efetiva, onde aos criminosos com alto potencial ofensivo seja aplicado um julgamento diferenciado e mais rigoroso do assegurado aos ditos criminosos comuns. Deste modo, a sociedade não estaria à mercê destes infratores, que seriam severamente punidos pelas condutas amplamente reprováveis que viessem a praticar.

Por outro lado, a teoria aqui abordada é também alvo de inúmeras críticas daqueles que veem nela uma evidente afronta aos princípios consagrados na Constituição Federal, e temem que sua efetivação dê ensejo a criação de um Estado demasiadamente autoritário, com risco de tornar-se ditatorial. Os que abominam o Direito Penal do Inimigo entendem que entre criminosos de maior ou menor potencial ofensivo, prevalece a condição humana de ambos, o que proíbe um tratamento diferenciado e mais rígido ou brando para um ou para outro.

Em que pese entendimentos favoráveis e contrários, o Direito Penal do Inimigo, além de ser teoria, já foi e ainda é realidade no cenário jurídico mundial, inclusive o brasileiro, principalmente após o advento da Lei nº 10.792/2003, que alterou a Lei de Execuções Penais e introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado para criminosos de maior periculosidade.

Para o Promotor de Justiça do estado de São Paulo, Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2006), no âmbito mundial, acontecimentos como o atentado às Torres Gêmeas, em Nova York, no ano de 2001, aparentam ter institucionalizado uma nova era de “combate ao inimigo”.

Destarte, por ser o Direito uma ciência criada pela e para a sociedade, sofrendo modificações a fim de amoldar-se a novas realidades, não há como afirmar

que o Direito Penal do Inimigo é ou não a solução para a criminalidade ou uma ameaça a garantias fundamentais. É, no entanto, um ideal a que muitos se aferram por crer estar nele à resposta para um Estado mais seguro e uma justiça mais eficaz.

Todavia, conforme apontado por Moraes acerca de fenômenos que acarretem uma institucionalização do combate ao inimigo e, conseqüentemente do Direito Penal do Inimigo, transformações sociais vindouras poderão vir a rechaçá-lo da seara jurídica. Desta forma, toda e qualquer rotulação taxativa acerca da teoria é prematura e parcial, ainda que fundamentada, cabendo, portanto, aos juristas estudar a melhor forma de proceder a sua aplicação quando e nos casos em que se fizer pertinente, tudo sob o crivo da legalidade e do bom senso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 8 ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LARIZZATTI, Rodrigo Pereira. **As Organizações Criminosas e o “Direito Penal do Inimigo”**. Brasília. 2009. Disponível em <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032976.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’**. São Paulo. 2006. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

DOS SONEGADOS: CARACTERIZAÇÃO DAS HIPÓTESES E ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA PENA CIVIL NO ÂMBITO DO INVENTÁRIO JUDICIAL.

Leonardo da Rosa Binkowski¹
Roberto Pozzebon²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda os sonegados no âmbito do inventário e partilha no direito sucessório, tendo como recorte uma análise sobre a responsabilidade civil e as penas aplicadas na ação de sonegados em inventário e partilha nos julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no período de janeiro de 2012 a julho de 2018, e, portanto, questiona-se: em que medida as penas aplicadas na ação de sonegados em inventário e partilha são efetivas a fim de garantir o equilíbrio no direito sucessório brasileiro?

Objetiva, com isso, analisar as regras de direito sucessório aplicáveis aos sonegados no âmbito do inventário e partilha, bem como a aplicação da pena na ação de sonegados no intuito de verificar sua efetividade na garantia de equilíbrio e integridade das normas de direito sucessório. A presente pesquisa justifica-se na medida em que não interessa só aos herdeiros, mas também a terceiros diretamente interessados, visto que é que uma temática que envolve um patrimônio familiar, e na maioria das vezes compõe um litígio, que se torna algo delicado que recai ao Poder Judiciário, para que tente solucionar o conflito com vistas ao equilíbrio sucessório para as partes.

1 METODOLOGIA

Para efetivar este estudo será realizada uma pesquisa de cunho teórico com fins explicativos, sendo a geração de dados realizada por meio de documentação indireta, utilizando-se de pesquisa bibliográfica com doutrinas referentes ao tema e pesquisa na legislação brasileira, bem como documental, a ser realizada em precedentes. A abordagem será feita de forma qualitativa, sendo o método principal de interpretação dos dados o hipotético-dedutivo. Por conseguinte, será utilizado os métodos de procedimentos secundários, a saber: histórico e comparativo.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

A palavra sucessão, conceituada pelo autor Carlos Roberto Gonçalves, “[...] em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.” (GONÇALVES, 2013, p. 19). Por outro lado, em sentido estrito, mais precisamente no direito sucessório, a sucessão consiste na alteração do titular de um patrimônio *mortis causa*, ocorrendo, dessa maneira a sua abertura, independentemente de qualquer ato judicial ou medida das partes interessadas (NADER, 2016).

¹Egresso do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. Advogado. leonardobinkowski@gmail.com

²Professor da FEMA – Faculdades Integradas Machado de Assis de Santa Rosa/RS, Mestre em Direito e Advogado. Especializações em Direito Civil e Processual Civil e Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. robertozbn@gmail.com

Diferentemente do conceito de sucessão, emprega-se constantemente, como se sinônimo fosse, a palavra herança. Porém essa distinção é necessária já que a herança se caracteriza, nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa como “[...] o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido.” O autor, ainda completa em sua obra que “A compreensão da herança é de uma universalidade. O herdeiro recebe a herança toda ou uma quota-fração dela, sem determinação de bens, o que ocorrerá somente na partilha.” (VENOSA, 2009, p. 6).

Nessa óptica, aberta a sucessão, a transferência se concretiza de forma automática, transmitindo o patrimônio do falecido, denominada de herança, aos herdeiros legítimos e testamentários. Esse fenômeno é explicado pelo princípio da *saisine*, que para Venosa “[...] é o direito que têm os herdeiros de entrar na posse dos bens que constituem a herança.” (VENOSA, 2009, p. 15). Essa ficção jurídica é necessária, para que seja dado uma titularidade a um patrimônio. Porém, para que esse patrimônio não fique indivisível, na prática deve ser atribuída a parcela devida a cada um dos herdeiros, e justamente para que a administração e a relação jurídica dos bens não os impeça de realizar algum negócio que lhes interesse, o inventário, em sua forma judicial ou extrajudicial, dará essa garantia para que a especificação e a distribuição dos bens seja corretamente efetivada (MARINONI, 2016).

Dessa forma, o inventário é o procedimento adequado para determinar os bens e direitos pertencentes ao falecido, saldar eventuais dívidas, e, com isso, partilhar o patrimônio entre os herdeiros. Esse procedimento poderá ser judicial ou extrajudicial e se torna indispensável ao destino do patrimônio do *de cuius*, pois, em sua ausência, será incerto para quem e qual bem ou direito tocará aos herdeiros. (MARINONI, 2016). Por outro lado, a partilha possui conteúdo diverso do inventário, mas ambas se desenvolvem em um mesmo ambiente judicial, de forma sucessiva. Para tanto, como ensina Oliveira, “[...] primeiro se descrevem os bens (inventário), depois os bens são atribuídos aos sucessores (partilha). Assim, a partilha é complemento necessário e lógico do inventário [...]” (OLIVEIRA, 2016, p. 280).

Adentrando ao tema da pesquisa, encontram-se os sonegados, que são os bens atingidos por sua ocultação intencional dentro da herança. A sonegação é a conduta da pessoa que procede dessa maneira, de modo que, quando essa omissão de informações dos bens ao monte-mor é realizada, a principal intenção é a de evitar ou suprimir sua restituição à herança. Nessa óptica, compete não só ao inventariante, mas também a todos os herdeiros, cônjuges ou companheiros, e inclusive aos cessionários prestarem contas, informando nos autos do inventário os bens que estão em seu poder ou os que tem conhecimento para que sejam colocados à disposição do inventariante, para que ele cumpra seu dever de relacioná-los, indicando o lugar e quem está em seu poder (NADER, 2016).

3 ANÁLISE

Para melhor compreensão desse instituto deve-se ter em mente que a sonegação requer a presença de dois elementos: o objetivo e o subjetivo. O primeiro representa para Diniz “[...] pela omissão de conferir, de declarar ou restituir bens do acervo hereditário.” (DINIZ, 2014, p. 445). Ao passo que o elemento subjetivo, parte do pressuposto que ocorra a malícia ou o dolo, tipificando a sonegação. Dessa forma, Venosa frisa que “[...] a mera omissão ou esquecimento não conduzirão à pena.” (VENOSA, 2009, p. 357). Por outro lado, Gonçalves traz que “O dolo da sonegação existe *in re ipsa*, no próprio ato de ocultar, desviar, omitir. Contudo, trata-

se de presunção vencível, *juris tantum*, competindo-lhe provar que não houve dolo de sua parte.” (GONÇALVES, 2013, p. 526).

A sonegação também poderá ocorrer dentro do processo de inventário e partilha extrajudicial, mesmo sem homologação judicial, sendo caracterizada pela ocultação ou omissão, pelo herdeiro, dos bens que deveriam constar na escritura pública (NADER, 2016). Nessa seara, a ação de sonegados pode ser interposta por qualquer herdeiro ou credor, e ainda, pela Fazenda Pública, já que a ocultação dos bens poderá impedir a tributação desses (NADER, 2016). Nessa óptica, para melhor entendimento da matéria, a sonegação é abordada nos artigos 1.992¹, 1.993² e 2.002³ do Código Civil.

No tocante ao patrimônio compreendido pela sonegação, nota-se que poderá abranger bens móveis e imóveis. No entanto, a sonegação comumente abrange os de primeira espécie, ou seja, os móveis, já que se torna difícil comprovar a sua propriedade. O autor Oliveira traz alguns exemplos, como a “[...] retirada de depósitos bancários do falecido pelo cotitular [...]”, bem como a “[...] ocultação de bens de valor (joias, quadros, objetos de arte).[...]”, e ainda, para finalizar a exemplificação pelo mesmo autor, sem a pretensão de exaurir as exemplificações, mas dentre outros, tem-se também a “[...] simples posse (documentos de cessão de posse) [...]” (OLIVEIRA, 2016, p. 342).

Os exemplos vistos acima, mais facilmente acontecem com quem já possui a posse daqueles bens, e um dos primeiros momentos da sonegação é trazido por Carlos Maximiliano, citado por Venosa, em sua obra, referindo-se que

O desvio de uma parte do ativo sucessório é fácil, sobretudo nos primeiros momentos de dor, confusão, e desordem que se seguem à morte, ausentes alguns, talvez a maioria dos interessados, e quando o espólio é constituído de grande massa de bens, da qual os beneficiários respectivos ignoram elementos. (MAXIMILIANO *apud* VENOSA, 2009, p. 355).

Nesse mesmo sentido, importa frisar que se houver partilha em vida não há que se falar em sonegação, pois os bens recebidos integram a parte disponível e não serão necessários trazer ao inventário. Porém, quando houver o adiantamento da legítima, como visto anteriormente, deverá o herdeiro os trazer na colação sob pena de sonegação e perda da doação recebida. Portanto conclui-se que a finalidade desse instituto é garantir de forma integral os direitos sucessórios de todos os beneficiados pela morte do autor da herança (DIAS, 2011). Sobre a ação de sonegados esse é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. PARTILHA. NULIDADE. PRETERIÇÃO DE HERDEIRO. **SONEGAÇÃO DE BENS**. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. **Confirma-se parcialmente a sentença que julgou**

¹ Art.1.992. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia.

² Art. 1.993. Além da pena cominada no artigo antecedente, se o sonegador for o próprio inventariante, remover-se-á, em se provando a sonegação, ou negando ele a existência dos bens, quando indicados.

³Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação. (BRASIL, 2002).

procedente ação anulatória de partilha que preteriu herdeiro necessário, aplicando pena de sonegação em razão de bens e valores ocultados e não colacionados pela meeira e as herdeiras, mesmo instadas a fazê-lo.2. [...]. 3. [...]. 4. [...]. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2012) [grifo nosso].

Na referida decisão o Tribunal julgou procedente a sentença que já havia aplicado a pena de sonegação, visto que, pela prova reunida, o interesse das requeridas nunca foi de promover a justa partilha. No caso as demandadas sabiam da existência de investigação de paternidade sofrida pelo autor da herança, e, por isso, agilizaram a realização da partilha, sem resguardar nenhuma cota hereditária ao autor da ação, dessa forma puderam manipular o rol de bens inventariados (RIO GRANDE DO SUL, 2012). Outra recente posição do TJ/RS em decretar a ocorrência da sonegação e consequente sobrepartilha foi a seguinte:

SONEGADOS. OCORRÊNCIA. INVENTÁRIO JÁ CONCLUÍDO. SOBREPARTILHA. 1. Sonegados são os bens ocultados ao inventário ou que não tenham sido levados à colação. 2. A ação de sonegados pressupõe a ocultação dolosa de bens por quem deveria trazê-los à colação, sendo imprescindível provar não apenas a existência dos bens sonegados, mas, sobretudo, do dolo na ocultação. 3. **Tendo restado configurada a responsabilidade da ré pela não declaração dos valores, mesmo que alegue ter feito o saque e, após o pagamento das despesas de funeral, ter partilhado com a autora o restante dos valores sacados, o bem deve ser trazido à colação, pois essa alegada divisão de valores não restou comprovada nem foi autorizada pelo juízo.** Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, 2018) [grifo nosso].

No presente caso a sobrepartilha foi decretada em virtude da ocorrência da sonegação dos valores retirados posteriormente pela inventariante da conta bancária do *de cujus*, mesmo alegando que repassou os valores para a outra herdeira, não restou comprovado o repasse (RIO GRANDE DO SUL, 2018). Para explicar o instituto da sobrepartilha Oliveira destaca que “A sobrepartilha nada mais é que um complemento da partilha anteriormente feita, em virtude de terem sido omitidos bens que deveriam ser atribuídos aos sucessores.” (OLIVEIRA, 2016, p. 423).

Esse questionamento leva a debater se a pessoa deve ser informada da necessidade de levar o bem à colação. Ou, ainda, se ela pode desconhecer as normas que vigem no ordenamento jurídico do país em que vive, já que o art. 3º da LINDB prevê que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.” (BRASIL, 1942).

Conforme entende Carlos Maximiliano, citado por Leonardo de Faria Beraldo, “[...] para se aplicarem as penas de sonegados, não é necessária a prova especial referente ao dolo; [...] do simples fato de ocultar um objeto ou valor, ou subtraí-lo à partilha, ressalta a malícia – *dolus pro facto est* [...]” (MAXIMILIANO *apud* BERALDO, 2013, p. 12091). Nesse ponto controverso permanece a ação de sonegados, sendo parte da doutrina aderente à ideia que a mera alegação do desconhecimento não é motivo para evitá-la, e outra resistente em alegar que somente o fato da ocultação já enseja a decretação da pena.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como temática os sonegados no âmbito do inventário e partilha no direito sucessório, tendo como recorte delimitador a análise sobre a responsabilidade civil e as penas aplicadas na ação de sonegados em inventário e partilha nas doutrinas e legislações que abordam o respectivo tema. Diante desse contexto, a pesquisa demonstrou a divergência na doutrina quanto ao momento em que a sonegação se caracteriza principalmente em seu elemento subjetivo, ou seja, só seria efetiva a sonegação quando ocorresse o dolo ou a malícia de se ocultar o bem. Por isso, a constante divergência na doutrina acabou sendo objeto de decisões no sentido de uniformizar se o ato propriamente dito de ocultar os bens da herança já faz do sonegador um culpado por seus atos, ou o dolo há de ser comprovado nos autos para que ele perca o direito ao objeto ocultado.

Conclui-se, portanto, que o entendimento da maioria das decisões encontra amparo na maioria doutrinária, qual seja: a sonegação deverá ser decretada pela ocultação de bens e valores não colacionados pelos herdeiros, quando são obrigados a fazê-lo, não bastando só a recusa em colacionar, mas também o dolo em não o realizar. Por outro lado, sabe-se que em alguns casos o herdeiro não sabe do dever de colacionar, e combinado com a falta da comprovação de boa-fé, resta configurada para parte da doutrina e poucas decisões judiciais a ocorrência da sonegação e conseqüente sobrepartilha entre os herdeiros, mesmo que ele não teve o dolo em seu ato.

Nesse sentido, a presente pesquisa contribui com o estudo da sonegação de bens no âmbito do inventário e da partilha, tratando de aprimorar o entendimento que se encontra na doutrina e na jurisprudência, para que elas sejam aplicadas de uma forma justa e com equidade dentro do direito sucessório brasileiro.

REFERÊNCIAS

BERALDO, Leonardo de Faria. O termo inicial da prescrição da ação de sonegados e algumas questões práticas de ordem processual e material. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, n. 10, p. 12055-12113, 2013. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/11/2013_11_12055_12113.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 6**: direito das sucessões. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 7:** direito das sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil:** tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 6:** direito das sucessões. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Euclides de. **Inventário e Partilha:** teoria e prática. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70045534963**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 26/01/2012. Disponível em:
<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70045534963&num_processo=70045534963&codEmenta=4542709&temIntTeor=true>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. **Apelação Cível Nº 70077396380**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/07/2018. Disponível em:
<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70077396380&num_processo=70077396380&codEmenta=7844938&temIntTeor=true>. Acesso em: 02 nov. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direito das sucessões. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FILHOS ENCARCERADOS: O DIREITO DA CRIANÇA FRENTE A SITUAÇÃO CARCERÁRIA DA MÃE

Maria Grazielle Schlegel Rodrigues¹
Aline Palermo Guimarães²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho volta-se para um estudo da (in)aplicabilidade dos direitos dos filhos de presidiárias frente à situação carcerária da mãe, com enfoque constitucional e social do ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, com o condão de refletir sobre assistência garantida a esses sujeitos encarcerados e vulneráveis, as pesquisas abordam as regras internacionais e nacionais acerca da temática, bem como a análise do Habeas Corpus 143641/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Mister se faz assinalar que o sistema punitivo pune a mãe pela ilicitude cometida e, nesse ínterim, o problema de pesquisa questiona: existe a (in)aplicabilidade dos direitos da criança frente à situação carcerária da mãe presa, propiciando estigmas e vulnerabilidade? Justifica-se a pesquisa em vista da extrema importância em âmbito interdisciplinar, abrangendo os mais diversos campos, e por carecer de estudos mais aprofundados e contundentes. Ainda, é viável pois envolve direitos da mãe presa, bem como do infante, que metaforicamente torna-se “filho do cárcere” nessa relação de aprisionamento.

1 METODOLOGIA

A pesquisa caracteriza-se como teórica-empírica, com tratamento qualitativo dos dados e fins explicativos, objetivando uma reflexão diante desta problemática. Ressalta-se que a interpretação e análise dos dados são por documentação indireta, em produção bibliográfica das informações e, também, por dispositivos legais. Buscando resguardar o tema investigado, realizou-se uma análise acerca do entendimento contundente colhido no acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Enriquecendo o desenvolvimento no teor do trabalho, comprovado o caráter interdisciplinar da temática, dentre os principais autores pesquisados, destacam-se: Lara Gonçalves Carrilho, Drauzio Varella, Alessandro Baratta, Ingo Sarlet, Carlos Alberto Bacila, Daniela Canazaro de Mello.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Desde os primórdios, um dos papéis destinados a mulher, senão o mais importante para a sociedade, é ser mãe. A figura materna está amplamente ligada ao lar, aos cuidados dos filhos. Assim, “[...] o estereótipo da mulher foi o de dona de

¹ Acadêmica do 8 Semestre do Curso Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis. Integrante do projeto de Pesquisa Tutela Constitucional dos Direitos dos vulneráveis, sob coordenação da Prof. Dr. Bianca Tams Diehl e Prof. Ms. Ana Paula Cacenote. grazi.px@hotmail.com-FEMA.

²Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Graduação em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público-RS (FMP). Especialização pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. aline-quimaraes@defensoria.rs.def.br -FEMA.

casa, do lar, ser frágil e incapaz de fazer o que o homem faz [...]” (BACILA, 2015, p.38). Em contrapartida, ao adentrar para a criminalidade, recebe a roupagem de “criminosa”. Se for mãe, as consequências são ainda piores, pois precisa enfrentar uma dupla punição: ser mulher e mãe “criminosa”. Para explicar esse fator, Baratta estabelece que “[...] as classes subalternas são aquelas selecionadas negativamente pelos mecanismos de criminalização.” (BARATTA, 2011, p.184).

Todavia, quando o assunto é criança, a sociedade demonstra uma preocupação sensibilizadora e mais enfatizada. Quando essa criança, entretanto, é filha de uma mãe presa, a insignificância predomina. Questiona-se, pois, o direito da criança frente a situação da mãe privada de liberdade pois, caracterizados socialmente como “filhos de bandidas”, o estigma que é criado em torno da genitora passa para a criança, que, durante o seu crescimento, precisa conviver com essa rotulação. A sociedade oprime aquele que nasce no berço da criminalidade, mas desconhece a realidade vivenciada por esses sujeitos, “Afim, o estigma não deixa de representar uma forma de neutralizar o inimigo, isto é, quando se estigmatiza alguém, diminui-se artificialmente o valor da pessoa.” (BACILA, 2015, p.36).

Essa premissa permite aduzir que dignidade é essencial para que essa opressão não ocorra. No mesmo sentido, Ingo Sarlet fundamenta que esse princípio é inerente ao ser humano e que, “[...] exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões.” (SARLET, 2002, p.90). Também é direito do filho que nasce nessa relação de encarceramento ter a sua dignidade garantida e, principalmente, preservada com fulcro na Constituição Federal de 1988 e no artigo 15 da Lei nº 8.089/1990. Correlacionado a esse princípio, tem-se o da liberdade e o do respeito (BRASIL, 1988).

Enfatiza-se que na linha de direitos, não bastou o disposto na Carta Magna para concretizar garantias no plano de eficácia, disso exsurtem as leis do ordenamento jurídico nacional e internacional, objetivando conferir maior praticidade. Dentre elas, a Lei nº 8.069/1990, consistente no Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), as Regras de Bangkok, que consistem em normativas básicas voltadas ao tratamento de mulheres presas e que visam assegurar às crianças direitos e dignidade. Por fim, ressaltam-se as inovações trazidas pela Lei nº 13.257/2016, que dispõe sobre políticas públicas da primeira infância, bem como as disposições do próprio Código de Processo Penal.

O art. 89 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), com alteração imposta pela Lei nº 11.942/2009, que determina que “[...] a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.” (BRASIL, 2009). Auferindo ao exposto, sobre a aplicabilidade de direitos, percebe-se que há uma nítida demanda ao poder público para que resolva tais questões de infraestrutura, mas se desconhece que toda a sociedade tem dever de colaboração para que haja a efetivação dos direitos e garantias, conforme preceituado no artigo 4 do ECA (BRASIL, 1990).

A principal consequência nesta relação de encarceramento é no tocante ao vínculo materno. Ocorre que nem sempre ele é mantido e visto como algo positivo, o que culmina no afastamento e na perda do poder familiar pela presa com fundamento na conduta ilícita praticada, “[...] condição que as obriga a ver as crianças espalhadas em casas alheias, ou recolhidas em abrigos sob a responsabilidade do conselho tutelar.” (VARELLA, 2017, p.209).

À luz da regra 26 de Bangkok, no mesmo sentido do disposto acima, tem-se que o contato da mulher encarcerada com seus filhos será facilitado, seja este na guarda de algum familiar ou de quem possua a responsabilidade de representá-lo. (BRASIL, 2016). Todavia, apesar das reclusas tentarem manter o contato com seus filhos, algumas se deparam com limitações, não apenas financeiramente, mas no próprio exercício da maternidade, apesar de tantas leis que disciplinam este convívio. Com efeito, havendo o afastamento da criança e da mãe, ambas estão tendenciadas a serem expostas à depressão e ao sofrimento (CARRILHO, 2017).

3 ANÁLISE

Diante de todo exposto, é notório que o encarceramento atinge, além da mãe, o seu filho, pois faz nascer uma maternidade subalterna. O termo empregado refere-se à relação da mãe com seu filho e também com um terceiro, que é o Estado, representado pelo meio prisional. Enfatiza-se que, intramuros, a criança também sofrerá com as limitações, desde espaço, lazer, diversão, e poderá ter a ânsia de descobrir o mundo extramuros. A dinamização nesse ambiente carcerário estabelece regras, controlando, até mesmo, a forma como a presa deverá relacionar-se com aquele que gerou na barriga, devendo provar que é uma “boa mãe.” (MELLO, 2016, p.97).

Ainda no mesmo norte, a Regra 52 de Bangkok aborda a questão de que o melhor interesse da criança precisa ser analisado, para que medidas não sejam tomadas sem convicção da realidade fática, na qual os sujeitos dessa relação estão inseridos (BRASIL, 2016). Desta feita, as relações sociais e assistência posterior ao encarceramento são fundamentais nesse processo, seja no caso de afastamento da mãe presa, seja na manutenção do convívio em estabelecimento prisional, ou mesmo na transferência da guarda para um familiar.

Para melhor elucidação da problemática, é necessária a análise do HC 143641 do Supremo Tribunal Federal, concedido de ofício às presas que ainda não foram beneficiadas com a prisão domiciliar, tendo sido julgado na sessão do dia 24 de outubro de 2018. Em tal julgado, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, da Segunda Turma, sustenta que as decisões que haviam sido estabelecidas no Supremo não estão sendo efetivadas como se pretendia, tornando necessárias novas medidas (BRASIL, 2018). É preciso compreender essa temática com um olhar sensibilizado, uma vez que Direitos Humanos são inerentes a todos. Drástico é o cenário em que os presídios estão se tornando em um “[...] verdadeiro “laboratório de treinamento da parentalidade”, no qual as mães constantemente são observadas e avaliadas quanto ao desempenho materno.” (MELLO, 2016, p.322). Conforme o precedente em tela

Estatisticamente, não há dúvidas de que são as **mulheres negras e pobres**, bem como sua prole – crianças que, desde seus primeiros anos de vida, são sujeitas às maiores e mais cruéis privações de que se pode cogitar: privações de experiências de vida cruciais para seu pleno desenvolvimento intelectual, social e afetivo – as encarceradas e aquelas cujos direitos, sobretudo no curso da maternidade, **são afetados pela política cruel de encarceramento a que o Estado brasileiro tem sujeitado sua população.** (Habeas Corpus Nº 143641, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 24 out de 2018, p.5). (grifo meu). (BRASIL, 2018).

Não há que se olvidar que, diante da contenda criada no sistema penitenciário, a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar é uma medida cautelar, e não mais apenas um meio alternativo, estabelecendo, portanto, uma forma mais humana de cumprimento de pena. Salienta-se que, com isso, busca-se preservar direitos da criança, nessa perspectiva, pois ao invés da mãe aguardar presa, poderá permanecer em seu domicílio. Em complemento ao estatuto e normas constitucionais, a Lei nº 13.257/2016, que alterou o Código de Processo Penal brasileiro, especificadamente no Art.318, inciso VI e V, conferindo às gestantes e àquelas que possuem filhos de até 12 anos incompletos, a possibilidade desta substituição (BRASIL, 2016). Nesse sentido,

[...] a concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, **não é digna da prisão domiciliar**, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do habeas corpus coletivo. Outrossim, **não há razões** para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos, nem para, por meio desta presunção, **deixar de efetivar direitos garantidos na legislação nacional e supranacional**.(Habeas Corpus Nº 143641, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 24 out de 2018, p.6). (grifo meu). (BRASIL, 2018).

O mesmo Habeas Corpus já havia sido alvo de análise pelo Supremo no dia 20 de fevereiro do respectivo ano, em que foi concedida a ordem, determinando a concessão da prisão domiciliar, todavia, “[...] sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes.” (BRASIL, 2018). Denota-se, no entanto, que as decisões estão eivadas de discricionariedade pelos juízes das mais diversas instancias que, de tal maneira, dificultam a concretude do disposto em lei, selecionando aquelas que receberão, ou não, tal benefício, por vezes recorrendo a fundamentos moralistas, implicando no indeferimento dos pedidos. Diante disso, foi acordado que

Ainda que o atual entendimento majoritário, nesta Casa, confira legitimidade à execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado, não se questiona que a prisão, nesse interregno de que tratamos, seja provisória. Sendo assim, aplica-se a ela o **disposto no art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal**, independentemente do que vier a ser decidido nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade(...)(Habeas Corpus Nº 143641, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 20 fev. de 2018, p.10). (grifo meu). (BRASIL, 2018).

Assim, é certo que “[...] não é justo nem legítimo penalizar a presa e aos que dela dependem por eventual deficiência na capacidade de fiscalização das forças de segurança.” (BRASIL, 2018). Infelizmente, por ser um conceito amplo, a justiça pode ser entendida das mais variadas formas, mas se deve buscar, no mínimo, a adequação entre a lei e a realidade fática do indivíduo.

CONCLUSÃO

Mister se faz refletir que “[...] ao invés de criar outras medidas para manter crianças em liberdade, estamos aprisionando-as por mais tempo e dispendo de

despesas muito maiores.” (MELLO, 2016, p.306). Atitudes estas que demonstram a ineficácia dos direitos e que “[...] a sociedade desigual é aquela que teme e reprime o diverso [...] maior é a inflação das definições negativas de desvio.” (BARATTA, 2011, p.184). De tal maneira, quando se denega direitos à mãe, sem pensar no seu filho, impulsiona a privação de direitos dessas crianças.

Diante do exposto, questionando a criminologia e atuação do sistema penal, o raciocínio de Alexandre Baratta, às claras, demonstra uma alternativa que parte de todos os campos em que o poder exsurge “[...] A pena não é o único meio de defesa social; antes, o maior esforço da sociedade deve ser colocado na prevenção do delito, através do melhoramento e desenvolvimento das condições de vida social.” (BARATTA, 2011, p.184). Em suma, a temática necessita de enfoque mais contundente pelos operadores de direito, pelos pesquisadores, pelas autoridades e órgãos competentes, uma vez que no século XXI, ainda se tem a dificuldade em associar conceitos “mulher-mãe-presa”, e desta feita, cria-se um estigma que interfere, principalmente, no tratamento dos seus filhos, criando uma barreira no momento na concretização das garantias constitucionais. É preciso ter “olhos” para eles e, essencialmente, um cuidado especial, garantindo-se aos filhos “encarcerados” o direito a uma infância digna.

REFERÊNCIAS

BACILA, Carlos Alberto. **Criminologia e estigmas**: Um estudo sobre preconceitos. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522499601/cfi/3!/4/4@0.00:61.2>>. Acesso em: 10 out.2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. 1. ed. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>> Acesso em: 15out. 2018.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei 8.069/1990**. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto Lei 3689/1941**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Lei de Execução Penal. **Lei 7.210/1984**. Diário oficial da união, Brasília, DF, 11 julh. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 mar. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Supremo tribunal federal. Habeas corpus **Nº 143641(SP)**. Relator desembargador: Ricardo Lewandowski. Sessão de 20/02/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. Supremo tribunal federal. Habeas corpus **Nº 143641 (SP)**. Relator desembargador: Ricardo Lewandowski. Sessão de 24/10/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisoHC143641.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

CARRILHO, Iara Gonçalves. **A violência de gênero além das grades**: os múltiplos processos de estigmatização do feminino encarcerado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A maternidade no meio prisional**: vivências de mães encarceradas na realidade brasileira e portuguesa. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

O PAPEL LABORAL DA MULHER NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA: UMA ANÁLISE SOBRE SUA EVOLUÇÃO, A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASO EM UMA EMPRESA DO MUNICÍPIO DE SANTA ROSA – RS

Bruna Sinigaglia¹;
Carla Rosane da Silva Tavares Alves²

INTRODUÇÃO

Ainda que se trate de contemporaneidade, há muitos impasses a serem superados, dentre eles, a luta por uma sociedade mais igualitária e fraterna, que reconheça as diferenças de gênero sem excluir, tem sido contínua e imprescindível. Diante dessas conjunturas, o problema de pesquisa centra-se em verificar em que medida o papel laboral da mulher recebeu influência das mudanças sociais e culturais, na atual sociedade brasileira, partindo do contexto de uma empresa do município de Santa Rosa - RS? e como se dá a valorização, proteção jurídica das colaboradoras da empresa integrante do *corpus* da pesquisa e quais são os principais desafios que elas encontram.

O objetivo central da investigação buscou analisar o processo de inserção da mulher no mercado de trabalho e seus desafios, estabelecendo a correlação com os avanços sociais e culturais, bem como com a existência de proteção jurídica. Polemizar questões de gênero no mercado de trabalho, não é obsoleto, pois em uma sociedade que traz em suas raízes a desigualdade entre homens e mulheres, é sempre uma tarefa necessária e também muito complexa, eis que a tão esperada igualdade, constitucionalmente prevista no Ordenamento Jurídico Brasileiro, ainda não é plena.

1 METODOLOGIA

Metodologicamente, a pesquisa caracterizou-se como social, descritiva, do tipo estudo de caso, com abordagem qualitativa e análise documental e bibliográfica. Epistemologicamente, a investigação foi ao encontro dos ensinamentos de Santos e Santos (2003, 2008, 2010) e Bourdieu (2004, 2006, 2012), almejando promover um diálogo entre o fenômeno investigado e a realidade social e profissional vivenciada pelas integrantes do *corpus* da pesquisa.

A pesquisa foi realizada junto a uma empresa³ do município de Santa Rosa - RS e envolveu as etapas de pesquisa análise documental, aplicação de questionário semiestruturado e entrevistas com um *corpus* formado por 13 colaboradoras. A partir da aplicação dos instrumentos e coleta de dados, as informações foram analisadas

¹Mestre em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social (Unicruz). Advogada inscrita na OAB/RS Graduada em Direito, especialista em Gestão e Legislação Trabalhista. E-mail: brunasinigaglia@hotmail.com.

² Doutora em Letras (UFRGS). Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social (Unicruz). 1ª Líder do GEPELC. Orientadora da pesquisa E-mail: ctavares@unicruz.edu.br.

³ Por questões éticas, não foram divulgados dados que identifiquem as integrantes do *corpus* da pesquisa. Ademais, em respeito à solicitação da empresa, não foi divulgada sua Razão Social ou Nome fantasia, motivo pelo qual não abordamos, em nenhum capítulo da Dissertação, histórico, dados ou informações a respeito da mesma.

qualitativamente, sob a perspectiva metodológica da análise de conteúdo de Bardin (2009).

2 REFERENCIAL TEÓRICO

A história da humanidade e as questões de gênero caminham juntas e sempre pautaram uma série de discussões acerca de quais papéis homem e mulher como seres distintos, porém semelhantes quanto à natureza humana, são incumbidos de exercer na sociedade. Hahn (2016) explica que nos primórdios a organização social se baseava na união e colaboração entre os membros dos grupos, que viviam harmonicamente em um sistema de cooperação mútua (HAHN, 2016)

Conforme a sociedade evolui, as relações humanas passam a se estruturar a partir do trabalho, dando origem aos primeiros indícios de desigualdades. A sociedade patriarcal acentuou ainda mais a distinções entre gêneros, introduzindo a submissão feminina na cultura, na religião, na política, no social e até na economia. Para Saffioti, o patriarcado esteve presente em “[...] todas as sociedades do passado remoto, do passado mais próximo e do momento atual comportaram/comportam a subordinação das mulheres aos homens.” (SAFFIOTI, 2005, p. 41)

Entre as causas das desigualdades está o trabalho, o qual foi perduravelmente rejeitado pela sociedade quando se tratava da mulher, sob a alegação de que violaria sua natureza e depreciaria a moral, a saúde, o casamento e os atributos de boa mãe e dona de casa exemplar. Com a separação do trabalho doméstico e do trabalho assalariado fora do lar, as estruturas patriarcais da sociedade foram se rompendo. À medida que esse sistema vai se desconstruindo, as transformações ganham força em razão do capitalismo, da globalização e dos avanços tecnológicos, colaborando com a gradualmente à inserção feminina no mercado de trabalho (CASTELL, 2000).

O processo de inserção da mulher no mercado de trabalho brasileiro caracterizou-se por ser um procedimento lento e gradual, tendo iniciado mais intensamente com o trabalho nas fábricas durante o século XIX e foi se expandindo ao longo dos anos de 1930 a 1940 com o incentivo do Governo de Getúlio Vargas à industrialização. A partir do final do século XX, em especial, no século XXI, ocorrem várias mudanças que diminuíram a distância entre gêneros, conforme destaca Pinsky, “Como eles, elas estudam, trabalham, viajam, leem jornais, veem tv, têm acesso a informações e dirigem automóveis.” (PINSKY, 2016, p. 514).

Entretanto, atuando em empregos considerados femininos, em cargos de menos prestígio e com salários mais baixos, o trabalho da mulher é marcado pela precariedade, visto que sempre fora tratado como secundário em relação ao trabalho masculino. Mesmo com o amparo legal as discriminações contra a mulher no mercado de trabalho não se esgotam, marginalizado-a em diversas profissões e espaços.

Apesar do empoderamento feminino que lhes garantiu emancipação financeira e destaque em diversos segmentos profissionais, a desvinculação do papel social conferido à mulher não se solidificou, logo, conforme destaca Scott, elas “Estudam mais, ganham menos e, de quebra, trabalham mais! [...]”. (SCOOT, 2016, p. 35). A ausência de divisão sexual do trabalho é o ponto que desencadeia as discussões de uma das faces da desigualdade de gênero, visto que a dupla jornada de trabalho é uma realidade que atinge grande parte das mulheres brasileiras que somam inúmeras responsabilidades familiares, domésticas e profissionais.

3 ANÁLISES

Para proceder a análise dos dados coletados, foram criadas cinco categorias de análises, são elas: a) contexto de subordinação; b) proteção jurídica; c) mercado de trabalho da mulher; d) condições laborais e d) busca por emancipação.

Dentre as 10 colaboradoras que responderam o questionário verificamos que todas possuem algum tipo de instrução e que seus níveis são variados, porém, apenas 03 colaboradoras continuavam a estudar no momento em que os dados foram coletados, sendo que essa limitação está diretamente relacionada com questões pessoais como, filhos e dificuldades financeiras das colaboradoras. A educação formal foi percebida em vários momentos como uma ferramenta de emancipação feminina que além de abrir as portas do mercado, também interfere na ascensão profissional e na renda salarial recebida, pois entre as colaboradoras com média salarial mais alta, estão as que ocupam os cargos de gerência, controladoria e analista, com tempo de empresa de até 16 anos e com graduação e especialização em andamento ou concluída.

Em relação ao mercado de trabalho local, das 10 participantes, 4 responderam que há diversas oportunidades, conforme relata a colaboradora 07 ao referir que o mercado é “Bem diversificado. Já para 6 participantes, há poucas oportunidades, “[...] principalmente para jovens que buscam crescimento profissional” (COLABORADORA 01). Ainda nesse contexto, a colaboradora 03 refere que “[...] tem poucas áreas para mulheres, pois nas metalúrgicas ainda optam por homens”, o que evidencia que o mercado ainda faz diferenciação entre homens e mulheres, ao contrário do que acontece na empresa pesquisada, onde há uma expressiva participação feminina.

Todas as colaboradoras referiram que possuem um bom relacionamento com os colegas homens e que não há diferenciação por parte da empresa, havendo igualdade no dia a dia laboral. Porém, percebemos uma postura diferenciada entre as colaboradoras que responderam as entrevistas, as quais narraram a incredibilidade que enfrentam por parte dos colaboradores homens hierarquicamente inferiores aos seus cargos, pois conforme destaca a colaboradora 12, “Muitas vezes a gente fala e, e parece que tipo, às vezes eles não dão muita atenção né, porque geralmente insinuam, é mulher! Eles não falam, mas a gente nota. [...] mas daí a gente tenta ir lá fazer e mostrar”.

Essa afirmativa remete a concepção socialmente criada que os homens possuem mais competências e habilidades para o trabalho que as mulheres, simbolizando que o preconceito está intrínseco nas falas, nas práticas do dia a dia das colaboradoras, que apesar de em sua grande maioria (90%), terem declarado que nunca vivenciaram situações de preconceito ou discriminação laboral, estão inseridas em contextos em que o preconceito está presente de maneira indireta.

No tocante a dupla jornada de trabalho, apuramos que ela está presente no cotidiano das participantes da pesquisa, as quais precisam encontrar formas de conciliar a profissão, filhos e as atividades do lar. Dentre as colaboradoras que são mães, o relato acerca do maior obstáculo vivenciado por elas são os filhos, já entre as colaboradoras que não são mães, o maior obstáculo é em relação ao reconhecimento profissional. A falta de divisão sexual do trabalho também foi constatada a partir de que 50% das participantes afirmaram que seus maridos/namorados “ajudam” na divisão das tarefas da casa e dos filhos, porém, via de regra, quem responde em primeira mão por essas responsabilidades ainda são as mulheres, causando sobrecarga e prejudicando a evolução profissional feminina.

CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo constatamos que, algumas com mais dificuldades, outras com menos, mas todas as participantes da pesquisa encontraram meios que as levaram a evolução profissional, afastando-as de um possível contexto de dependência e subordinação construído histórica e socialmente. Verificamos que por parte da empresa *lócus* da pesquisa há total comprometimento com a legislação trabalhista e com os preceitos de igualdade de gênero, visando à proteção e promoção de suas colaboradoras.

Apesar de existir um bom relacionamento entre os colaboradores, com respeito e igualdade de gênero, apuramos que algumas colaboradoras, já enfrentaram o peso do preconceito, perceptível nas condutas de descredibilidade e resistência, oriundas de colaboradores homens a elas subordinados. Corroboramos que, dentre os principais fatores que impactam negativamente a carreira profissional da mulher, dificultando sua integra emancipação, estão a maternidade e a dupla jornada de trabalho.

Por fim, podemos afirmar que, se a desigualdade é o grande entrave, a boa notícia é que existem possibilidades de mudarmos esse contexto. O panorama geral do estudo realizado junto a uma empresa do município de Santa Rosa –RS, mostrou-nos que a chave para a concretização da igualdade de gênero no mercado de trabalho se constitui da responsabilidade social das organizações e seu envolvimento em investir na formação humanística de seus colaboradores.

Em tempos de luta pela efetivação da igualdade, o reconhecimento das diferenças é fundamental para garantir igual tratamento aos sujeitos que carregam há muitos anos as marcas da desigualdade e, por vezes, são desiguais, mas não ao ponto de justificar sua exclusão e inferioridade. Essa é uma meta que precisamos alcançar, pois, ao contrário do que muitos possam pensar, a desigualdade não afeta somente quem a experimenta, mas a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa, Portugal: Edições 70, LDA, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11. ed. Rio de Janeiro: Best Bolso, 2012.

_____. **O poder simbólico**. 14 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

_____. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico**. Tradução de Denice Barbara Catani. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Vol II de A Era da Informação: Economia Sociedade e Cultura. 3 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HAHN, Noli Bernardo. Um direito com sabor de injustiças e humilhação: um ensaio relacionando hermenêutica de gênero e direitos humanos. *In*: GIMENEZ, Charlise Paula Colet; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos**. Campinas, SP: Millennium Editora, tomo 7, 2016. p. 51-70.

PINSKY, Carla Bassanezi. Imagens e representações. A era dos modelos flexíveis. *In*: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. **Nova história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2016. p. 513-544.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Gênero, patriarcado: a necessidade da violência. *In*: CASTILLO-MARTÍN, Márcia; OLIVEIRA, Suely de. **Marcadas a ferro** – Violência contra a mulher: uma visão multidisciplinar. Brasília: Presidência da República/Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005. p. 35-76.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 16. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SCOTT, Ana Sílvia. O caleidoscópio dos arranjos familiares. *In*: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. **Nova história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2016. p. 15 - 42.

O INSTITUTO DO PARTO ANÔNIMO NO DIREITO BRASILEIRO

Jaqueli Sanagiotto¹
Paula Fernanda Perez Hoffmann²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará o Instituto do Parto Anônimo no Brasil, de forma a apresentar seus pontos positivos e negativos, clarificando suas propostas e objetivos, explicitando seu conceito e sua forma de funcionamento. Fará também breve análise histórico-cultural acerca dos abandonos e sobre a origem do instituto em voga.

Por se tratar de um tema ainda pouco difundido, de bastante impacto, porém com material escasso, o assunto proporciona entendimentos distintos acerca da autorização do parto anônimo no Brasil.

1 METODOLOGIA

O objetivo da presente pesquisa é analisar o instituto do parto anônimo através da avaliação do projeto de lei nº 3.220/08, à luz direitos fundamentais e posicionamentos teóricos e jurídicos, dessa forma a pesquisa caracteriza-se, quanto à natureza, como teórica, uma vez que reconstruirá teorias pertinentes ao caso, explicitará conceitos e também entendimentos distintos sobre o tema.

Quanto ao tratamento dos dados, o presente estudo, o faz de forma qualitativa, primeiramente coletando e armazenando informações, para posteriormente analisá-las, simplificando-as para que se torne possível a compreensão e o esclarecimento do assunto a quem tiver interesse.

Em relação aos fins e objetivos propostos tem-se a pesquisa como descritiva, visto que esta delinea com detalhamento o fato em destaque, isso tudo após o estudo, interpretação e análise da realidade explorada, tem a intenção de elucidar, explicar e oferecer as informações necessárias sobre o assunto.

O estudo se utilizou de documentação indireta em suas duas formas: através de pesquisa documental, sendo primária a análise de projetos de lei e legislações específicas; e também, através de pesquisa bibliográfica em fontes secundárias, a mencionar: livros, dissertações, artigos, revistas, entre outros.

Por fim, no que concerne ao plano de coleta de dados, fora utilizado o método de abordagem histórico, se atendo à análise ampla do assunto e a síntese de inúmeros elementos reunidos com o fim de clarificar a origem histórica do instituto em voga.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O aborto e o abandono de crianças no Brasil fazem parte de uma triste realidade que assola não somente o cenário atual, mas que se estende pela história da humanidade, a citar como exemplo, Moisés, conforme Madaleno (2011), lançado às águas do Rio Nilo por sua mãe, em cumprimento às ordens do faraó do antigo Egito, sob pena de ser morto pelo fato de ser filho de israelitas. De acordo com o

¹ Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis.

² Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis.

autor, “[...] até pouco tempo atrás o poder dos pais sobre os filhos era absoluto e incontestável, detendo o pai inclusive o direito de matar, vender ou abandonar o filho recém-nascido.” (MADALENO, 2011, p. 491).

Explica Madaleno (2011), que durante a Idade Média, as crianças eram abandonadas em mosteiros e muitas vezes ofertadas pelos próprios pais aos monges, podendo assim, depois de crescidas, optarem por permanecer na vida religiosa. Conforme Albuquerque (s.d.), os primórdios do parto anônimo datam da mesma época; o instituto teve origem na França e Itália e era denominado de “roda dos expostos” ou “roda dos enjeitados”.

No Brasil, as premissas do instituto ocorreram na fase colonial, quando D. João VI autorizou a instalação da primeira “roda dos expostos”, em Salvador, no ano de 1726 (QUEIROZ, 2010).

É notório que o abandono não vigorou só na idade média, trata-se de uma lamentosa realidade que acompanha o país até hoje, e por esse fato reaparecem as discussões sobre a legalização do instituto do parto anônimo.

“Nos anos de 2006 e 2007 foram noticiados diversos casos de abandono de bebês em lata de lixo, às margens de rio, ao longo de estrada, embaixo de carro, em ferro velho, banheiro público, armário e outros locais degradantes.” (PEREIRA e SALES, 2008, p. 160-161 *apud* QUEIROZ, 2010, p. 11).

Trazendo informações mais atuais, segundo dados fornecidos pelo Programa Cidades Sustentáveis, nos anos de 2014 a 2017 foram registrados 11.876 casos de negligência e abandono de crianças e adolescentes, este balanço foi realizado entre as 189 cidades brasileiras participantes do programa.

A família atual tem como pilar principal o afeto, pautado em atos de carinho, amor, cuidado, não mais se baseando apenas na reprodução humana. O sentimento de afeto não deve e não pode ser exigido, ele deve ser plenamente sentido por quem quer que seja, cônjuges, irmãos, pais e filhos, e é neste último caso que se percebe o grande abismo entre as palavras “genitores” e “pais”, sendo que o primeiro pode ser compreendido como quem gera, e o segundo como aquele com quem se estabelece laços afetivos.

Diante de uma gravidez indesejada, da carência de afeto entre a genitora e seu nascente, perante a densa burocracia a ser seguida para efetivação do processo legal de adoção e tomadas pelo medo de se enquadrarem em conduta criminosa, muitas genitoras acabam optando pelo ato desumano de abandonar de forma clandestina e discreta, o que confere ainda mais selvageria ao abandono e maior indignidade ao recém-nascido, em razão da minúscula chance de ser encontrado e de sobreviver. Na visão de Madaleno: “O abandono de filho segue ainda como um crônico problema social de pais distantes de recursos afetivos e materiais, ou de políticas de controle de natalidade.”(MADALENO, 2011, p. 492).

Conhecido na antiguidade como “roda dos enjeitados” ou “roda dos expostos”, o instituto do parto anônimo ressurgiu de forma modernizada com a proposta de acabar ou pelo menos minimizar o número de abortos e abandonos cruéis, clandestinos, e na maioria das vezes, trágico, de recém-nascidos, dando à genitora o direito de, anonimamente, entregar seu filho para adoção e realizar os cuidados médicos, antes, durante ou após o parto, sem que isso implique em responsabilidades civis ou penais.

3 ANÁLISE

Nessa linha de intuítos, visando garantir ao recém-nascido o direito à vida, à proteção e integridade da criança e à dignidade da pessoa humana, em 2008 foram apresentados três projetos de lei à Câmara dos Deputados (PL nº 2.747/08, PL nº 2.834/08 e PL nº 3.220/08).

O projeto de lei nº 3.220/08 fora apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas, com o apoio e assessoramento do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e garante à mulher:

[...] durante o período de gravidez ou após o parto, a possibilidade de não assumir a maternidade da criança por ela gerada, podendo manter o seu anonimato, com direito à realização de pré-natal e do parto, de forma gratuita em todos os postos de saúde e hospitais da rede pública e em todos os demais serviços que tenham convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS) e mantenham serviços de atendimento neonatal. Essa lei assegura à mulher todas as garantias de sigilo de sua maternidade e bem assim sobre as informações que ela deverá prestar acerca de sua saúde e a do genitor, cujos dados somente serão revelados a pedido do nascido de parto anônimo e mediante ordem judicial [...]. (MADALENO, 2011, p. 493).

a fim de “garantir” o direito ao conhecimento genético.

Com a implantação do parto anônimo, os genitores poderiam entregar de forma segura o recém-nascido aos hospitais ou unidades de saúde, que garantiriam os cuidados necessários para com a saúde da criança e, após os tramites previstos no projeto, a encaminhariam para a adoção.

Conforme previsão no projeto, e utilizando-se da explanação de Oliveira, esta entrega poderá acontecer em dois momentos: antes do nascimento da criança, quando a genitora comparece ao hospital ou unidade de saúde declarando não querer o recém-nascido, mas aspirando acompanhamento médico para realização do pré-natal e do parto, conforme explicitam os artigos 2º e 3º do PL nº 3.220/08, ou após o nascimento da criança, momento em que a genitora deixa o recém-nascido em um local específico para esse fim, oferecido pelo hospital, o que pode ser observado no art.15, parágrafo único, do mencionado projeto de lei (OLIVEIRA, 2008).

Em se tratando do funcionamento do processo de adoção do nascido de parto anônimo, este está previsto nos artigos 7º, 8º e 9º, os quais, de forma resumida, preveem que, após o recolhimento ou nascimento da criança através do parto anônimo, o hospital ou unidade de saúde ficará responsável de, no prazo de 24hrs, informar o acontecimento ao Juizado da Infância e Juventude, preferencialmente, do local onde ocorrer o fato. A criança permanecerá no local indicado pelo Juizado de Infância e Juventude durante 10 dias e somente após este período será encaminhada à adoção, prazo este em que a mãe poderá desistir da entrega e reivindicar a criança. Os parentes biológicos, identificados pela gestante no art. 6º, também poderão reivindicar a criança caso a mãe não o faça, sendo-lhes dada a preferência para adoção. Se no período de 30 dias a criança não for adotada, esta será incluída no Cadastro Nacional de Adoção.

O PL nº 3.220/08 garante a gestante o direito ao anonimato, tanto se esta optar por todo o acompanhamento durante a gravidez ou se decidir apenas entregar seu filho após o nascimento, ou seja, a genitora poderá dispor de assumir a

maternidade da criança que colocou no mundo, sem que isto lhe impute responsabilidades criminais.

CONCLUSÃO

Da forma como fora apresentado, o PL nº 3.220/08 expõe pontos positivos e também pontos negativos, debates e entendimentos distintos sobre o assunto, em vista à complexidade do mesmo, não há como saber ao certo, pelo fato de existirem incontáveis dúvidas e lacunas, se o projeto de lei nº 3.220/08 atenderá e suprirá todas as vantagens e efeitos defendidos por seus apoiadores, o que pode ser constatado é que frente ao número crescente de abortos e abandonos clandestinos, o projeto desponta como solução, digna de ser analisada sob o viés humano, ponderando valores e se adaptando as necessidades sociais e jurídicas, sem ferir o direito de quem quer que seja. Mudanças não são descartadas e ajustes são bem-vindos se o intuito for o aperfeiçoamento de um instituto que já visa amparar este lamentoso problema social.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro. **IBDFAM**: portal eletrônico, [2008]. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/64.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3220**, de 09 de abril de 2008. Apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro. Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/projetolei/pl_3220-2008.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Daniela Bogado Bastos de. Parto Anônimo: Aspectos históricos, políticos e sociais contemporâneas. In: XIII ENCONTRO DE HISTÓRIA ANPUH – RIO, 13., 2008, Seropédica, RJ. **Anais eletrônicos...** Seropédica, RJ, UFRRJ, 2008. Disponível em: <http://www.encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212956989_ARQUIVO_partoanonimo-Anpuh.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2018.

PROGRAMA cidades sustentáveis: banco de dados. Disponível em: <<http://indicadores.cidadessustentaveis.org.br/negligencia-e-abandono-de-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em: 31 mai. 2018.

QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. 2010. 154f. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, Ceará, 2010. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp141839.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

PRECONCEITO, INTOLERÂNCIA E DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL

Gabriela Gerardon Filipowicz¹
Gabriéli de Fatima Aleknovic Xavier²

INTRODUÇÃO

A delimitação temática deste estudo focaliza as práticas de preconceito, intolerância e discriminação quanto ao racismo no Brasil dos séculos XX e XXI. A geração de dados decorrerá da investigação em estudos realizados nos últimos anos, sendo essencial a abordagem de princípios fundamentais, bases legais como a Constituição Federal e a Lei de Crimes de Preconceito para melhor compreensão desse estudo. O estudo abrangerá aspectos introdutórios do tema, tais como a conceituação e a origem teórica de combate ao racismo, bem como a apresentação de informações da situação atual e precedentes judiciais que abordam o tema.

O objetivo geral do trabalho, portanto, é analisar em que medida o preconceito, a intolerância e a descriminalização racial no Brasil estão enraizados no pensamento da população e a partir de quando se considera crime. Justifica-se a escolha do tema pela atualidade da discussão, visto que o racismo, por assim dizer, sempre existiu e persiste até dias atuais. Nesse contexto, nos parece fundamental analisar os princípios que são feridos quando ocorre a prática do racismo.

1 METODOLOGIA

A pesquisa será do tipo teórico, visto que abordará conceitos e previsões constitucionais e infraconstitucionais, também, de natureza qualitativa, uma vez que se focará na análise do ordenamento jurídico e de teorias que dizem respeito à temática. A geração de dados será por documentação indireta bibliográfica, através do próprio texto constitucional, da doutrina referente a ele e a que se refere aos fundamentos do racismo. O método de abordagem será dedutivo e o método de procedimento será comparativo.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Para a realização da pesquisa foram utilizadas a Constituição Federal, a Lei de Crimes de Preconceito nº 7.716/89, o Código Penal, site do além dos Livros mencionados na Referência.

3 ANÁLISE

Pressupõe-se que o pensamento racista se encontra desde a época colonial, quando os portugueses colonizaram o Brasil e por questões econômicas os negros foram escravizados, como consta na obra de Kaufmann, “A justificativa para a utilização do trabalho escravo, no Brasil, tem raízes econômicas profundas.” (KAUFMANN, 2007, p. 47). E por essas questões econômicas que escravizaram os negros e não os índios, pois teria mais lucro para os portugueses, por mais que haveria gastos com os navios negreiros.

Os lucros do tráfico justificam a opção pela escravidão negra e não a cor da pele ou qualquer outra teoria pseudocientífica que procurasse demonstrar a

inferioridade da raça, ou a inviolabilidade da escravização indígena. (KAUFMANN, 2007, p. 50)

Sendo considerado que os negros foram escravizados devido a questões financeiras e não raciais, o preconceito teria se introduzido na sociedade brasileira a partir da cultura, que, se os negros eram tratados como escravos, logo eles seriam inferiores em relação a seus senhores, os quais eram brancos e possuíam posses. O racismo, de acordo com Wieviorka (2007), baseia-se na ideia de superioridade de uma etnia, de uma cor em relação às outras e somente se consubstancia porque uma delas se sente e se julga superior e a outra ou outras, por vezes, se sente inferior. É uma relação entre o superior e o inferior. Situação que se mantém enquanto ambos se conformam à situação. No entanto, uma das maiores formas de afirmação e perpetuação do racismo e do preconceito no país é a negação desta realidade, entende Pierucci (2008).

A Constituição Federal traz, como um dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana e, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, artigo 3º inciso “VI – promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”. Assim sendo, a CF busca promover direitos e garantias fundamentais a população, por meio de políticas públicas para reduzir a desigualdade existente entre “brancos e negros”, vulneráveis/minorias e majorias. Conforme transcrito no livro Curso de Direitos Humanos, “[...] é possível afirmar que a vulnerabilidade é uma questão econômica (exclusão e pobreza), política (minorias) e cultural (discriminação).” (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 191).

. Com o tempo houve grande desenvolvimento social, abertura de escolas e trabalhos onde os negros pudessem exercer, entretanto, o pensamento racista continua não importando se a pessoa conseguiu uma ascensão financeira. As pessoas continuam partindo do pressuposto de estereótipos, pré-conceitos. Tal conduta de discriminação racial, como outros tipos, está tipificada em lei, inclusive no artigo 5º inciso XLII da CF, o qual afirma que o crime de racismo é inafiançável e imprescritível, ou seja, pode ser analisado no poder judiciário a qualquer momento após ocorrer o fato.

A discriminação, então, está presente tanto nas ações e omissões do Estado como na própria sociedade, causando a vulnerabilidade de todos os grupos minoritários em termos políticos, excluídos em termos econômicos e ‘alternativos’ em termos culturais. Nesse sentido, pouco adianta o Estado investir em tentativas de soluções rápidas para a desigualdade social através de legislação, se não atua enfrentando as causas das desigualdades econômicas que, em última análise, contextualizam as diversas formas de discriminação. (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 194).

A Lei de Crimes de Preconceito nº 7.716/1989 define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Precedente Judicial que diz respeito à discriminação racial.

EMENTA: “RACISMO. Ré que ofende não só a vítima pessoalmente, mas toda a raça negra. Crime do art. 20, da Lei nº 7.716/89, caracterizado. Afastamento da preliminar de desclassificação da conduta para injúria racial (art. 140, parágrafo 3º, do CP), perseguida por ação penal privada. Confissão da ré em plena harmonia com a prova colhida. Condenação mantida. Penas aplicadas no dobro do piso, sem justificativa idônea.

Condenação ao pagamento das custas processuais inadaptável. Eventual impossibilidade de pagamento que deve ser discutida perante o juízo da execução. Apelo parcialmente provido para, afastada a matéria preliminar, reduzir as penas ao piso legal e substituir a corporal, na forma do art. 44, parágrafo 2º, 1ª parte, do Código Penal, por dez dias-multa, no piso.” (TJ-SP – APL: 990101542404 SP, Relator: Tristão Ribeiro, Data de Julgamento: 02/12/2010, 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 02/12/2010).

A diferença entre a tipificação de injúria racial e de crime de preconceito racial é que, a primeira, tipificada no art. 140 do CP, injuriar seria ofender a dignidade ou o decoro utilizando elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, um exemplo de injúria racial seria o episódio que ocorreu em Porto Alegre, no qual torcedores do time do Grêmio insultaram um goleiro de raça negra chamando-o de “macaco” durante o jogo. Enquanto o crime de racismo seria uma conduta discriminatória dirigida a determinado grupo ou coletividade e, geralmente, refere-se a crimes mais amplos, como a ementa supramencionada aborda.

A lei nº 7.1716/89 enquadra diversas situações como crime de racismo, por exemplo, recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou às escadas de acesso, negar ou obstar emprego em empresa privada, entre outros, como o artigo 20 da citada lei, “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.” (BRASIL, 1989).

CONCLUSÃO

A partir da análise descrita acima é possível perceber que o preconceito sempre existiu na sociedade brasileira, que em princípio se relacionava apenas em razão da condição financeira. Após isso, como os escravos tinham uma renda muito inferior, geralmente residiam no domicílio de seu senhor e trabalhavam por alimentos e moradia, raramente conseguiam uma ascensão financeira. Como os escravos eram negros, com o passar do tempo, o preconceito passou a ser por causa da raça, cor, etnia, e começou a ter uma “cultura de preconceito” nesse sentido, a qual existe até hoje e encontra-se enraizado no pensamento da sociedade brasileira, pois, com o tempo, essa era a base da educação que se transmitia entre gerações.

A partir desse trabalho, busca-se trazer conhecimento para as pessoas que não estudam essa temática ou a desconhecem em partes, foi abordado parte da legislação pertinente, teorias relacionadas à intolerância e ao preconceito racial a fim de esclarecer a origem da discriminação racial no Brasil.

O preconceito leva à intolerância que leva à discriminação. Sendo assim, como o preconceito consta enraizado na cultura e uma das formas de modifica-la é por meio da educação, que além da família é exercida pela escola dentro do ambiente escolar, e considerando que as atitudes aprendidas nesses ambientes é transmitida para com a sociedade, é preciso focar no respeito, principalmente no ensino fundamental, para que a pessoa se desenvolva com um pensamento menos preconceituoso e mais humanizado, para que então seja possível desenraizar tal pensamento na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: Necessidade ou Mito?** uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PIERUCCI, Antônio Flávio. **Ciladas da Diferença**. 2. Ed. 1. reimp. São Paulo: USP, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. APL: 990101542404 SP. Relator: Tristão Ribeiro. **Racismo**: TJ-SP 2010. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17622432/apelacao-apl-990101542404-sp>. Acesso em: 22 out. 2019.

VADE MECUM SARAIVA, 2017, 23ª Ed.

WIEVIORKA, Michael. **O Racismo, uma Introdução**. Tradução Fany Kon. São Paulo: Perspectiva, 2007.

INVENTÁRIO E PARTILHA – DIREITO DAS SUCESSÕES

Charles Barcarolo¹
Khecthllynn Adjara de Moura²

INTRODUÇÃO

O presente resumo expandido se refere aos processos de inventário e partilha, abordados de forma bibliográfica por meio de três doutrinas específicas sobre o tema, além de ter como alicerce o Código de Processo Civil.

Com a morte do “de cujus”, inicia-se a transmissão de seus bens aos sucessores legítimos e testamentários por meio do inventário e da partilha.

Assim, faz-se necessária a apuração de quais são os bens que constituem o patrimônio do autor da herança, com o objetivo de definir, o que, de fato, será transmitido aos sucessores, cada qual a sua parte correspondente.

A presente pesquisa visa analisar os procedimentos necessários para a abertura do inventário e as características da partilha, assim como, suas definições e tipicidades, com intuito de maiores esclarecimentos acerca do tema em estudo.

1 METODOLOGIA

A presente pesquisa é caracterizada como teórica, por embasar-se em doutrinas e legislações atinentes ao tema. Quanto ao tratamento de dados, será de cunho qualitativo, na busca por interpretações, justificativa e possíveis esclarecimentos referentes ao tema proposto.

A finalidade da pesquisa consistirá por fins explicativos, sendo a investigação embasada na fundamentação teórica para construir o conhecimento acerca dos métodos e procedimentos adequados para a abertura do inventário, sendo realizada com o intuito de adquirir maior conhecimento acerca do tema, tendo em vista a ampliação do poder de arguição, de desempenho lógico e de capacidade explicativa no desenvolvimento da pesquisa.

Por fim, a pesquisa irá se proceder por meio de documentação indireta ao que se refere aos procedimentos técnicos, sendo essencialmente bibliográfica, embasando-se em doutrinas e na legislação vigente.

2 INVENTÁRIO

Inventário é o processo judicial que se destina a apurar os bens deixados pelo finado, a fim de sobre o monte proceder-se à partilha, no inventário se verifica qual o patrimônio do “de cujus”. Cobram-se as dívidas ativas. Pagam-se os legados. E, a final, procede-se à partilha, segundo a lei, o inventário deve ser aberto no domicílio do falecido, dentro de trinta dias após o falecimento (RODRIGUES, 2003).

De acordo com o artigo 611 do Código de Processo Civil, o inventário deve ser instaurado dentro de dois meses a contar da abertura da sucessão, sendo concluído nos doze últimos meses, podendo o juiz prorrogar esses prazos.

A certidão de óbito é a prova do falecimento do indivíduo, e documento indispensável, pois somente a apresentando, se dará início a abertura do inventário.

¹ Acadêmico do Curso de Direito – 3º Semestre. Charlesbarcarolo@gmail.com

² Acadêmica do Curso de Direito – 3º Semestre. Khecthllynn@hotmail.com

Até que o inventariante seja nomeado, os bens ficarão na posse de um administrador provisório, o qual deverá prestar contas sobre os bens do falecido (RODRIGUES, 2003)

O Código de Processo Civil determina a legitimidade para requerer o inventário. Cabendo ao administrador provisório a legitimidade ativa para o requerimento do inventário.

Os legitimados concorrentes estão dispostos nos incisos do artigo 616, onde a legitimidade recairá sobre:

- I - o cônjuge ou companheiro supérstite;
- II - o herdeiro;
- III - o legatário;
- IV - o testamenteiro;
- V - o cessionário do herdeiro ou do legatário;
- VI - o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;
- VII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;
- VIII - a Fazenda Pública, quando tiver interesse;
- IX - o administrador judicial da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge ou companheiro supérstite. (BRASIL, 2015).

Aberto o inventário, o juiz nomeará o inventariante, o qual administrará a herança até que a homologação da partilha seja realizada. De acordo com o estabelecido no artigo 617 do Código de Processo Civil, a nomeação do inventariante se dará na seguinte ordem:

- I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;
- II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;
- III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio;
- IV - o herdeiro menor, por seu representante legal;
- V - o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;
- VI - o cessionário do herdeiro ou do legatário;
- VII - o inventariante judicial, se houver;
- VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial. (BRASIL, 2015).

Depois de nomeado o inventariante, serão feitas as primeiras declarações, as quais são fundamentais para o inventário, sendo nelas baseadas, as partes, para todo o decorrer do processo. São atribuídas ao inventariante a função de listar e descrever os bens do espólio e declarar os nomes e os bens de todos os herdeiros e legatários. (RODRIGUES, 2003).

Conforme o artigo 626 do Código de Processo Civil:

Art. 626 - Feitas às primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e de partilha, o cônjuge, o companheiro, os herdeiros e os legatários e intimar a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamenteiro se houver testamento. (BRASIL, 2015).

Seguido do artigo 627 o qual explana que: “Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de quinze dias, para que se manifestem sobre as primeiras declarações incumbido às partes.” (BRASIL, 2015).

- I - arguir erros, omissões e sonegação de bens;
 - II - reclamar contra a nomeação de inventariante;
 - III – contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.
- (BRASIL, 2015).

Publicado, em cartório, o cálculo, são novamente ouvidas toda as partes no prazo comum de cinco dias, que ocorrerá em cartório e, em seguida, a Fazenda Pública. (BRASIL, 2015).

Para efeito do julgamento de partilha ou de adjudicação, relativamente aos bens do espólio ou às suas rendas, o Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, prestará ao Juízo as informações que forem solicitadas. (RODRIGUES, 2003).

2.1.2 Do arrolamento

O arrolamento, o qual é um processo mais simples que o inventário, é realizado quando todos os herdeiros são capazes e concordarem em fazer uma partilha amigável dos bens deixados. A partilha amigável será homologada pelo juiz, mediante a comprovação de que todas as dívidas foram pagas em relação aos bens do falecido. (GONÇALVES, 2009).

2.1.3 Inventário negativo

O inventário negativo ocorre quando há necessidade de se provar que não existe bem algum a se inventariar por certa pessoa. Utiliza-se quando o cônjuge sobrevivente quer se casar novamente, porém não deseja submeter-se ao regime de separação legal de bens. (VENOSA, 2008).

Nesse processo, o interessado solicitará a declaração formal de inexistência de bens a inventariar, provando a necessidade. Sendo esta uma das formas pelas quais poderá ser provada a inexistência do prejuízo. Utilizado por meio dos costumes, não existindo, assim, uma legislação específica para tal.

2.2 DA PARTILHA

A divisão dos bens da herança segundo o direito hereditário dos que sucedem, e na consequente e imediata adjudicação dos quocientes assim obtidos os diferentes herdeiros. Morto o autor da herança, o seu patrimônio se transmite, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Estes recebem o patrimônio como um todo, cabendo a cada qual uma parte ideal e indeterminada. Através da partilha, entretanto, declara-se qual a parte divisa, ou mesmo indivisa, cabente a cada herdeiro. (RODRIGUES, 2003).

Segundo o artigo 642 do Código de Processo Civil: “Antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário, o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis.” (BRASIL, 2015).

Conforme o artigo 648 do Código de Processo Civil:

Art. 642 - Na partilha serão observadas as seguintes regras:

- I – a máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens;
- II – a prevenção de litígios futuros;
- III – a máxima comodidade dos coerdeiros, do conjugue ou do companheiro, se for o caso. (BRASIL, 2015).

2.2.1 Partilha judicial e amigável

Os herdeiros, sendo de regra maiores e capazes e obedecendo a forma prescrita pela lei, tendo todos a mesma vontade, apresentam o plano de partilha, este lançado pelo partidor e homologado pelo juiz. A lei exige que a partilha se dê judicialmente, sendo a distribuição de quinhões monitorada pelo Ministério Público e fiscalizada pelo juiz. Se algum dos herdeiros for incapaz, não pode fazê-lo, mesmo que assistido por seu representante legal. (RODRIGUES, 2003).

2.2.2 Partilha por ato entre vivos

É aquela à qual, o antecedente destina seu patrimônio em vida sendo composto, desde já, os quinhões dos seus sucessores. Pode ser realizada entre vivos ou por testamento. (RODRIGUES, 2003).

As vantagens dessa espécie de partilha. Visa ela, entre outras consequências, evitar os conflitos que poderiam surgir entre os descendentes a respeito da formação e atribuição dos quinhões, bem como diminuir as despesas da partilha. (RODRIGUES apud PLANIOL, 2003).

2.2.3 Sobrepilha

A sobrepilha consiste em uma nova partilha, sobre os bens, do falecido, que ainda não foram divididos entre os herdeiros. (RODRIGUES, 2003).

Segundo o artigo 669 do Código de Processo Civil:

Art. 669 - São sujeitos à sobrepilha os bens:

- I – sonegados;
- II – da herança descobertos após a partilha;
- III – litigiosos, assim como os de liquidação difícil ou morosa;
- IV – situados em lugar remoto da sede do juízo onde se processa o inventário. (BRASIL, 2015).

2.2.4 Da anulação, rescisão e nulidade da partilha

A partilha pode ser meramente anulável quando ela vier com vícios ou defeitos mencionados no art. 171, II, do Código Civil, ou quando o agente for relativamente incapaz. É nula quando o compartilhante for absolutamente incapaz e pelas causas previstas no art. 166 do Código Civil. (RODRIGUES, 2003).

Conforme o artigo 658 do Código de Processo Civil: “É rescindível a partilha julgada por sentença: I – nos casos mencionados no art. 657; II – se feita com preterição de formalidades legais; III – se preteriu herdeiro ou incluiu quem não seja.” (BRASIL, 2015).

CONCLUSÃO

Percebe-se que o direito sucessório está muito presente em nossa sociedade e no nosso dia-a-dia, sua área de abrangência é ampla e sua composição é complexa.

Assim oportuno analisar os aspectos relacionados ao inventário e a partilha, visto a importância para cada indivíduo que necessitará algum dia de sua utilização, para facilitar o processo sucessório.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Civil**. Lei nº 10.406/2002. Senado Federal. 2002.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105/2015. Senado Federal. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 3.ed. vol. 7. São Paulo, Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito das sucessões. 26.ed. vol. 7. São Paulo, Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 8 ed. 2 reimpr. São Paulo, Atlas, 2008.

DA (IM) POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Jéssica Bastos¹
Tamara Caliandra Quadros²
Marcos Salomão³

INTRODUÇÃO

O presente resumo expandido é uma adaptação do Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Da (Im) Possibilidade de Responsabilização Civil por abandono afetivo: uma análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul”, o qual busca analisar as jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça, nos últimos quatro anos, a fim de verificar em quais hipóteses este entende que ocorre o abandono afetivo paterno e a responsabilidade civil pelo ato, objetivando os esclarecimentos acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo paterno e os danos morais sofridos pelo filho abandonado que necessita de assistência do Estado, e o laço de afeto entre as partes envolvidas e suas consequências.

Temáticas que envolvem sujeitos vulneráveis a exemplo do direito de mulheres, negros, crianças e idosos, são sempre pertinentes na sociedade contemporânea. Esses grupos de minorias têm seus direitos galgados a duras penas e merecem atenção especial do Direito e das Ciências Sociais.

O lugar de silêncio ocupado por crianças deixa marcas psicológicas no futuro adulto, que podem comprometer seu adequado desenvolvimento. Proteger crianças e ampará-las em todos os momentos é papel direcionado aos pais, e também compromisso do Estado, na tentativa de mitigar os traumas relacionados às memórias, aos preconceitos e garantir os direitos que cada indivíduo em situação de vulnerabilidade possui.

O abandono de crianças no seio da sociedade, sem a devida educação advinda dos pais, vem sido cada vez mais recorrente nos dias atuais. Cabendo assim, ao Estado, zelar pelos direitos de cada criança abandonada pelo seu genitor, além de ser uma obrigação constitucional expressa no ordenamento jurídico vigente.

Devido aos inúmeros casos de abandono por parte dos genitores, o entendimento jurisprudencial atual entende que o abandono configura um ato ilícito, sendo este possível de indenização por danos morais.

Assim, a proposta de pesquisa bibliográfica e documental, torna possível desvendar nós críticos que envolvem o processo de implementação e efetiva proteção da criança vítima de abandono pelo seu genitor, configurando ato ilícito possível de indenização por danos morais.

¹ Acadêmica do Curso de Direito – 9º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. chejovich@yahoo.com.br

² Acadêmica do Curso de Direito – 9º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. tamaraquadros@hotmail.com

³ Orientador Prof.º do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. alunos@cartoriosalomao.com.br

Para dar corpo e viabilizar este trabalho, serão colhidos e comparados dados da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, além das leis que regem sobre a matéria.

Pesquisas como a presente são úteis tanto para a academia, quanto aos operadores do direito e sociedade em geral, por retirar do universo do imaginário os processos de proteção e publicizar a vulnerabilidade e hipossuficiência deste grupo de sujeitos em desenvolvimento.

1 METODOLOGIA

A presente pesquisa é caracterizada como teórica, por embasar-se em doutrinas, legislações e jurisprudências atinentes a responsabilidade civil por abandono afetivo. Quanto ao tratamento de dados, será de cunho qualitativo na busca por interpretações, justificativa e possíveis motivações referentes ao tema proposto.

A finalidade da pesquisa consistirá por fins explicativos e buscará diante da realidade de um caso específico uma das possíveis motivações do abandono da prole. Assim, a investigação irá se basear na fundamentação teórica para construir o conhecimento acerca da delimitação temática do projeto, sendo realizada com o intuito de adquirir maior conhecimento acerca do tema, tendo em vista a ampliação do poder de arguição, de desempenho lógico e de capacidade explicativa no desenvolvimento da pesquisa. Para a análise e a interpretação dos dados, o método abordagem a ser utilizado, com o intuito de pesquisar o fenômeno social e jurídico proposto, é o método hipotético-dedutivo.

Ao que se refere aos procedimentos técnicos, à pesquisa será essencialmente bibliográfica, embasando-se em doutrinas e jurisprudências.

Por fim, viabilizar-se-á durante a pesquisa um estudo de caso em busca da real demonstração de um caso verídico de abandono da prole e a possível consequência à educação da criança. A pesquisa irá proceder por meio de documentação indireta e envolverá material publicado a respeito da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo, no intuito de privilegiar aspectos que possam contribuir para esclarecer o problema estudado.

2 REFERÊNCIAL TEÓRICO

As famílias sofreram, sofrem e continuarão sofrendo profundas mudanças, contudo, não há um conceito fechado do que seja família, o que se percebe é um campo aberto à modificação, sobretudo em sua natureza e concepção. As novas configurações familiares permitem que todos os indivíduos possam se relacionar desde que o queiram e desde que sintam afeto uns pelos outros. (LÔBO, 2011).

Rodrigo da Cunha Pereira ensina que:

A afetividade no campo jurídico vai além do sentimento, e está diretamente relacionada à responsabilidade e ao cuidado. Por isto o afeto pode se tornar uma obrigação jurídica e ser fonte de responsabilidade civil. O princípio da afetividade, aliado ao da paternidade responsável, é que autoriza o estabelecimento da responsabilidade civil. (PEREIRA, 2012, p.108).

O direito de família necessita evoluir juntamente com a sociedade para poder oferecer estrutura a essas novas famílias que vem surgindo. Nesta mesma linha de raciocínio, o Código Civil de 2002 procura fornecer uma nova compreensão da

família, adaptada ao novo século, embora venha ainda com passos tímidos nesse sentido. (VENOSA, 2013).

O Estado, outrora ausente, passou a interessar-se pelas relações familiares a partir do nascimento do Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*), ou apenas, Estado Social de Direito, no século XX. Daí percebeu-se uma progressiva tutela constitucional. Em se tratando do Estado Democrático de Direito brasileiro, percebe-se o interesse do legislador ao assegurar, de forma concreta, pelo advento do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Faz-se menção do Art. 229, que complementa o entendimento de que: “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.” (BRASIL, 1988). Junto destes, pode-se destacar o princípio da paternidade responsável consagrado no artigo 226 da Constituição Federal de 1988. (LÔBO, 2011).

A paternidade responsável não contempla apenas o dever de prestar assistência material, mas, compreende também, a assistência moral, igualmente um dever jurídico, que quando não cumprida dá margem à pretensão indenizatória. (LÔBO, 2011).

Além disso, também são assegurados no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), direitos específicos para a formação da criança e do adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990).

Neste sentido, percebe-se que, a Constituição e o ECA remodelaram o Direito de Família e este recebeu proteção especial relacionada ao indivíduo em situação de vulnerabilidade.

A questão faz-se extremamente importante, no momento em que se questiona qual é a natureza dos deveres jurídicos dos pais em relação aos seus filhos e qual é o alcance do princípio jurídico da afetividade, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito Brasileiro preserva uma natureza laica que em hipótese alguma poderia obrigar o amor ou afeto às pessoas. (LÔBO, 2011).

Sobre os efeitos do abandono afetivo, Hironaka aduz que:

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 inculcar 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 (HIRONAKA, 2010, p. 54).

Desta forma, busca-se um meio de indenizar aqueles que tenham sofrido danos irreparáveis pela negligência dos pais no dever de cuidar, o que indubitavelmente configura um ato ilícito, procura-se, portanto através do instituto da responsabilidade civil (prevista no art. 927 e ss. do CC/02) responsabilizá-los, pois, “Afim, se uma criança veio ao mundo – desejada ou não, planejada ou não – os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda.” (TEIXEIRA, 2005, p. 156).

No tocante ao dever de cuidado, a ordem constitucional define o cuidado como valor jurídico pertinente ao dever de criar, educar e acompanhar, assegurando a dignidade da pessoa humana e a proteção dos interesses da criança e adolescente. (MOTEMURRO, 2015).

Diante do exposto, resta claro que, o direito à convivência familiar é um direito fundamental da criança e do adolescente, seres em processo de formação de personalidade. Quando da não existência de tal direito, viola-se um direito fundamental, o que representa dano irreparável (por indenização ou qualquer outro meio) a sua personalidade. (NEVES, 2012).

É no mínimo preocupante a não existência de qualquer legislação pátria que garanta a possibilidade de Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. Resta claro que é necessário um movimento por parte dos juristas, no sentido de advogar pela causa, e fomentar o debate do tema. Urge a necessidade de levar ao cenário legislativo nacional a discussão acerca da Responsabilidade Civil por abandono afetivo, visto que, se trata de matéria de repercussão nacional, que vem sendo discutida a mais de uma década pelo Superior Tribunal de Justiça e juízos de 1º e 2º graus.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa é de relevância para os estudos sobre a proteção integral de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, bem como a proteção que o Estado possibilita a esta massa em desenvolvimento da sociedade, sob o enfoque principal da pesquisa, que é o abandono por parte dos genitores.

O Estado através da norma vigente é garantidor de direitos e garantias fundamentais indispensáveis a cada indivíduo, sendo assim, preceitua o Código Civil em vigência que é possível de indenização por danos morais a aqueles que foram vítimas de abandono por seus genitores.

Não apenas relacionada ao aspecto indenizatório, mas também aos traumas e as memórias que estarão sempre presentes na vida de cada criança que passou por essa situação.

O presente estudo tem o intuito de demonstrar de que maneira o judiciário interfere na educação e cuidado dos pais em relação aos seus filhos. Ainda, balizar-se-á no posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, perante a falta de afeto advinda dos pais, observando que o Judiciário não pode, em contraponto

ser uma indústria indenizatória, mas deve ressaltar o valor do afeto perante o âmbito familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Senado Federal, 1988.

Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069/1990**. Senado Federal, 1990.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Pressupostos, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. 2010. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

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

MONTEMURRO, Danilo. Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral. 6 dez. 2015. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. **Revista Síntese Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.14, n.73, p.96-108. ago./set.2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Indenização por abandono afetivo e material. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, RS: Magister, v.13, n.25, p.99-117. dez./jan./2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.7, n. 32, p.138-158, out./nov. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

A PERDA DO CARGO PÚBLICO À LUZ DO PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº116/2017

Douglas Glauton Fitz¹
Lairton Ribeiro de Oliveira²

INTRODUÇÃO

Os servidores públicos são as pessoas responsáveis por fazer cumprir as atividades da Administração, como por exemplo, realizar os atos, os poderes, a gestão dos bens, entre outros. São os servidores que exercerão na prática a operacionalização dos trabalhos inerentes à Administração Pública, buscando a realização dos fins almejados pelo Estado, definidos constitucionalmente. Contudo, o tema “servidor público” traz implicitamente questões complexas, relacionadas a diversas formas de desobediência às legislações pertinentes a cada competência.

Neste contexto, O tema trata acerca da possibilidade de exoneração do servidor público estável. A delimitação temática reside no estudo da possibilidade de perda do cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, objeto do Projeto de Lei Complementar 116/2017, que regulamenta o art. 41, § 1º, III, da Constituição Federal do Brasil. O enfoque será no âmbito do direito administrativo.

O objetivo focalizará na análise dos aspectos constitucionais e legais acerca de regulamentação da possibilidade perda do cargo por servidor estável, em razão do desempenho, objeto do Projeto de Lei Complementar do Senado Nº 116/2017, no contexto do conteúdo jurídico do princípio da Eficiência.

1 METODOLOGIA

O presente trabalho foi desenvolvido com base na pesquisa teórica, de natureza qualitativa, com fins explicativos. A coleta de dados se dará por meio de documentação indireta, bibliográfica e documental, mediante análise da legislação e doutrina pertinentes. O método de abordagem é hipotético-dedutivo e o procedimento técnico secundário é histórico e comparativo, a fim de realizar a análise e a interpretação dos dados.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Dentre os princípios expressos no texto constitucional, o princípio da eficiência foi o mais recentemente incluído, tendo sido inserido pela Emenda Constitucional Nº 19 de 05-06-1998, que alterou a disposição do art. 37 da Constituição Federal, em que ficou assim estabelecido:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

¹Acadêmico do Curso de Direito – 8º Semestre Faculdades Integradas Machado de Assis. fitzdouglas@hotmail.com

²Mestre em Integração Latino Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Orientador. Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA). lairtonisma@gmail.com

princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** [...]. (BRASIL, 1988) [grifo nosso]

Assim, conforme ensina Hely Lopes Meirelles, a eficiência passou a ser um direito constitucional da coletividade, ao exigir que “a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional” (MEIRELLES, 2016, p. 54), devendo ser compreendido e aplicado de forma a produzir efeitos coerentes as demandas do interesse público.

Matheus Carvalho leciona que “[...] Eficiência é produzir bem, com qualidade e menos gastos. Uma atuação eficiente da atividade administrativa é aquela realizada com presteza e, acima de tudo, um bom desempenho funcional.” (CARVALHO, 2017, p. 36). A eficiência dos serviços públicos almeja resultados superiores e diminuição dos gastos exagerados de recursos, sejam eles realizados pela Administração Direta ou Indireta.

Nessa perspectiva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2018, p. 122).

Diante da teoria até aqui exposta pode-se auferir que os entendimentos doutrinários convergem quanto a amplitude deste instituto, tanto no que concerne a qualidade do trabalho realizado, em atendimento a sua finalidade, quanto á produtividade, quando em análise a tempestividade, a fim de desenvolver o trabalho com eficácia e efetividade.

O Projeto de Lei Complementar Nº 116/2017, do Senado Federal, de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves, objetiva regulamentar o art. 41, Parágrafo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a fim de dispor sobre a perda do cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável. O art. 1º, parágrafo único, define os destinatários da lei, tendo a seguinte redação:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Subordinam-se ao Regime desta Lei Complementar todos os órgãos e entidades da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 2017)

As avaliações concernentes a esta lei não sobrepõem as de desempenho relacionadas ao estágio probatório. O *caput* do art. 2º dispõe que a avaliação de desempenho dos servidores estáveis deverá ser realizada regularmente, garantido o contraditório e a ampla defesa (BRASIL, 2017).

Os fatores avaliativos dividem-se em fixos e variáveis, em que os fixos consistem:

Art. 8º [...]

I – qualidade: o avaliado realiza os trabalhos de forma adequada à finalidade a que se destinam, observando as normas e os procedimentos do

órgão, e toma as providências necessárias para evitar a reincidência de erros e contribuir para a sua melhoria contínua;
II – produtividade: o avaliado realiza os trabalhos a ele atribuídos com tempestividade, contribuindo para a obtenção dos resultados da unidade com **eficiência** e eficácia; (BRASIL, 2017) [grifo nosso]

Como pode ser aferido, a eficiência aparece como pressuposto avaliativo, perfazendo “[...] requisito indispensável para a aquisição e perda da garantia de estabilidade, conforme regras do art. 41 da Constituição Federal.” (MARINELA, 2015, p. 63). A implantação dos serviços e atividades do servidor necessitam ser eficientes e eficazes a fim de serem realizado de forma qualificada e produtiva.

Os fatores avaliativos variáveis, constantes no art. 9º, dizem respeito ao relacionamento profissional, ao foco no usuário, à inovação, à capacidade de iniciativa, à responsabilidade, à solução de problemas, à tomada de decisão, à aplicação do conhecimento, ao compartilhamento do conhecimento, ao compromisso com os objetivos dos institucionais, ao autodesenvolvimento e a abertura ao *feedback*.

O PLC objeto de estudo prevê no art. 22, parágrafo 2º, que o órgão da Administração Pública responsável pelo servidor, em conjunto com o avaliador, estabeleçam ações destinadas a melhoria do desempenho dos avaliados que obtiveram conceito de atendimento¹ parcial ou não atendimento em relação à média atribuída aos fatores avaliativos, mediante instauração de processo de insuficiência de desempenho. (BRASIL, 2017).

O parágrafo 3º dispõe que o processo deverá ser auxiliar na identificação dos fatores que ensejam a insuficiência de desempenho, a fim de suplantar as dificuldades, impondo ainda, ao órgão responsável e ao avaliador, a proposição de meios de aprimoramento e consequente aumento do desempenho em posterior avaliação (BRASIL, 2017).

Por fim, o art. 23 estabelece que serão exonerados os servidores estáveis que receberem quatro conceitos seguidos de não atendimento, ou cinco conceitos intercalados de não atendimento e atendimento parcial. Aos policiais, aos procuradores dos órgãos dos entes e aos auditores tributários é assegurado recurso à autoridade máxima a qual o respectivo órgão avaliador está subordinada, no prazo de 15 dias, a contar da data do indeferimento, conforme redação do art. 25 do PLC (BRASIL, 2017).

3 ANÁLISE

O princípio da eficiência, alicerçado no texto constitucional, possui relação direta com o desempenho funcional do servidor público, este assim entendido como aqueles que “[...] atuam nas pessoas jurídicas da Administração Pública de direito público[...]” (MARINELA, 2015, p. 26), desse modo, nas pessoas da Administração Direta e Indireta. São os servidores os responsáveis por fazer cumprir as atividades da administração, exercendo na prática a operacionalização dos trabalhos inerentes à Administração Pública.

¹ Os conceitos de desempenho serão definidos conforme média das notas nos fatores avaliativos, podendo ser: Superação, igual ou superior a 80 pontos; Atendimento, igual ou superior a 50 pontos; Atendimento parcial, igual ou superior a 30 pontos; Não atendimento, inferior a 30 pontos. (BRASIL, 2017).

Contudo, o tema “servidor público” traz implicitamente questões complexas, relacionadas a diversas formas de desobediência às legislações pertinentes a cada competência. Criou-se uma cultura de demonização do servidor público, ante a proteção trazida pela estabilidade, de que gozam os servidores irresponsáveis. Desse modo, os servidores responsáveis, que honram com seus compromissos no cumprimento de suas atribuições, são injustamente taxados de apropriadores da coisa pública.

Em grande parte, isto se deve ao fato da existência da lacuna jurídica, entre o mandado constitucional do art. 41, parágrafo 1º, III, e a inexistência de norma reguladora no que tange ao controle de desempenho. Dessa forma, a regulamentação do supracitado dispositivo se faz necessária, a fim de criar métodos avaliativos que garantam o cumprimento do princípio da eficiência, para que “[...] a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional [...]” (MEIRELES, 2016, p. 31), de modo a assegurar a qualidade e desempenho na prestação dos serviços públicos.

Por fim, cabe destacar que o Projeto de Lei Complementar 116/2017, em tramitação no Senado Federal, busca exatamente a supradita regulamentação, dispondo sobre a possibilidade de exoneração do servidor público estável, por insuficiência de desempenho, constatada mediante critérios avaliativos, assegurada o contraditório e a ampla defesa.

CONCLUSÃO

O presente trabalho restringiu-se à análise da legislação e o posicionamento doutrinário pertinente ao princípio da eficiência, bem como, ao estudo do Projeto de Lei Complementar 116/2017, visando compreender os seus institutos e a sua aplicação jurídica no contexto administrativo.

Tendo em vista a atual situação em que se encontra a organização política-administrativa brasileira, frente as constantes mudanças que permeiam toda a sua estrutura, o comportamento contraditório se mostra inadmissível, uma vez que suscita insegurança e quebra de confiança, ferindo diversos preceitos garantidos constitucionalmente.

Embora o art. 41, parágrafo 1º, III da CF/88 não esteja regulamentado, para dispor sobre a perda do cargo público do servidor estável, por insuficiência de desempenho, a discussão acerca da exoneração já existe, sendo debatido pelos doutrinadores da área.

Cabe ressaltar a necessidade de expandir as discussões e estudos doutrinários acerca do PLC, visto que o tema reflete diretamente na sociedade, por se referir a um grande grupo pertencente a este contexto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**, Brasília, DF, Out 1988.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 116**, 2017. Regulamenta o art. 41, § 1º, III, da Constituição Federal, para dispor sobre a perda do cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável.

Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128876>>. Acesso em: 16 out. 2018.

CARVALHO, M. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª. ed. rev. atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 31ª. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DIFERENÇAS ENTRE CRIME DE RACISMO E INJÚRIA RACIAL

Neusa Teresinha Leite Machado¹
Ana Paula Cacenote²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema os crimes de racismo e a injúria racial. De forma a delimitar o campo da pesquisa, o estudo terá como base o artigo 5º da Constituição Federal que estabelece a criminalização do racismo, a lei 7.716/89 que define os crimes raciais e o Código Penal. O questionamento que se faz é se esta legislação é eficaz no julgamento e na punição aos crimes de racismo que ocorrem no Brasil.

O objetivo geral da pesquisa é analisar as diferenças e as consequências processuais dos referidos crimes considerando as cláusulas da imprescritibilidade e da inafiançabilidade impostas aos crimes de racismo. A relevância da pesquisa encontra-se na necessidade de maior conhecimento sobre esta questão, pois é um assunto que está relacionado à efetivação da cidadania aos negros. O estudo possibilitará melhor compreensão da questão do racismo e a efetividade da legislação referente aos crimes raciais entre os acadêmicos e a sociedade em geral.

1 METODOLOGIA

Este é um estudo teórico, que utiliza o método de abordagem hipotético-dedutivo, com fins explicativos acerca do tema estudado. Para o levantamento de dados foi realizada pesquisa bibliográfica com utilização de referenciais bibliográficos, impressos e digitais, como livros e artigos científicos. Também é uma pesquisa documental, com a utilização de textos normativos como as leis, a Constituição Federal e a jurisprudência. O tratamento dos dados é qualitativo, no sentido de analisar o processo legislativo e jurisprudencial em relação ao tratamento dedicado aos crimes raciais e a sua efetivação no meio jurídico.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Com o final da ditadura militar e a redemocratização do país, tornou-se necessário a elaboração de uma nova Constituição que instituísse o Estado Democrático de Direito no Brasil. É dentro deste contexto que a Constituição Federal de 1988 vem garantir vários direitos aos cidadãos brasileiros sendo, por isso, chamada de Constituição Cidadã. Através do texto constitucional ocorreu o reconhecimento da diversidade étnico cultural e a clara afirmação quanto a necessidade da ação estatal, a fim de efetivar a participação no desenvolvimento da cidadania brasileira, de todos os grupos raciais historicamente discriminados.

Assim, Constituição Federal de 1988, buscou a superação de tantos anos de não reconhecimento da existência e das consequências do racismo em solo brasileiro. Podemos afirmar que somente a partir da Constituição de 1988, o racismo passou a ser tratado de fato como um problema a ser enfrentado.

¹Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis.

² Mestre em Direito. Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis.

Destaca-se ainda, que o repúdio ao racismo constitui também um compromisso reconhecido em todas as relações internacionais do Brasil, de forma que nosso país não pode afastar-se desse princípio, porque está vinculado ao dever de reprovação e de não solidariedade para com as práticas racistas (SILVEIRA, 2007).

Dessa forma, a criminalização do racismo estabeleceu a tutela penal dos crimes raciais sobre a igualdade e o pluralismo. Nas palavras de Silveira:

A dignidade da pessoa humana, valor que entrecorta toda a produção legislativa no Estado Democrático de Direito, expande-se capilarmente até se confundir com outros valores constitucionais, fixando-lhes um eixo central e ordenador; no caso da criminalização do racismo, essa capilaridade alcança simetricamente a igualdade e o pluralismo, pontos imediatos da objetividade jurídica dos crimes raciais. (SILVEIRA, 2007, p.116).

O crime racial corresponde a todo comportamento que discrimina, exclui, segrega, dificulta, cria preferências, praticado com motivação de preconceito de cor, etnia ou raça. A lei 7.716/89 tipifica como crimes de racismo as condutas que se traduzam em ameaça ou apresentem como resultado a frustração do exercício de um direito por parte da pessoa discriminada, atingindo, ao mesmo tempo e solidariamente, todo o corpo social (SILVEIRA, 2007).

Portanto, a criminalização do racismo estabeleceu um importante passo na garantia da dignidade humana a todas as pessoas independentes de sua cor.

3 ANÁLISE

Ao prever a criminalização do racismo, os constituintes decidiram instituir um elevado grau de gravidade aos mesmos, pois determinaram a imprescritibilidade e a inafiançabilidade para estes crimes.

Porém, a questão da imprescritibilidade dos crimes raciais é um aspecto controverso para o mundo jurídico em nosso país, o que faz com que pontos de vista divergentes sejam manifestados por doutrinadores e magistrados.

Para alguns, ao ser atribuído imprescritibilidade aos crimes de racismo, ocorreu uma afronta ao princípio constitucional da proporcionalidade. Isto porque existem crimes com maior poder ofensivo, com penas muito mais rigorosas do que os tipos penais dos crimes raciais.

Nesse sentido, Guilherme Nucci (2014), considera desnecessária tal atribuição aos crimes raciais, pois como as penas não ultrapassam o tempo de cinco anos, ocorre uma discrepância entre a gravidade imposta pelo texto constitucional e a pequena pena cominada pela lei, questionando:

Por que ser imprescritível? Por acaso, assim sendo, o racismo será extirpado do Brasil? Pura demagogia. Aliás, fosse na ótica do legislador, verdadeiramente sério, este crime não teria penas atingindo o máximo de cinco anos de reclusão. A maior parte das reclusões não terá nem como impor a pena privativa de liberdade em regime fechado, o que somente evidencia sua pouca importância aos olhos da lei. Em verdade, as penas conduzem à substituição por penas alternativas, à suspensão condicional da pena, à suspensão condicional do processo e aos regimes aberto e semiaberto. (NUCCI, 2014, p. 259).

O autor também se posiciona em relação à inafiançabilidade, considerando que esta não alcança a eficácia almejada pelos constituintes uma vez que, ela não é passível de aplicação nos casos de racismo, pois “[...] olvida-se, no mais das vezes, que cabe a liberdade provisória, sem fiança (mais benéfica, inclusive), para qualquer delito, quando não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva. Logo, é totalmente inócua a proibição neste caso.” (NUCCI, 2014, p. 260).

Nesse sentido, de acordo com o autor, a inafiançabilidade ao invés de conceder maior rigor ao tratamento destinado aos crimes de racismo, acaba por produzir o resultado contrário, ou seja, facilita ainda mais a liberação do criminoso que sequer precisará pagar fiança para permanecer em liberdade.

Entretanto, a maior divergência ocorre em relação ao tratamento que deve ser dado aos crimes de racismo previstos na Lei 7.716/89 e ao crime de injúria racial ou injúria qualificada previsto no parágrafo 3º do artigo 140 do Código Penal, existindo sérias controvérsias em relação ao seu tratamento processual.

As divergências que existem entre doutrinadores e magistrados referem-se principalmente sobre a equiparação ou não do crime de injúria na definição de crime de racismo, nos termos da Lei 7.716/89. Para Cezar Bitencourt (2017), a injúria racial e o crime de racismo são tipos diferentes, pois embora sejam semelhantes têm diferenças marcantes:

A rigor, embora a *injúria racial* e o *crime de racismo* sejam crimes distintos, praticados por condutas igualmente diferentes, ambos têm como finalidade assegurar a pretendida *igualdade constitucional*, e, dessa forma, o legislador, com esse crime, procura *coibir toda a forma de discriminação*, preconceito e intolerância, que acompanha a civilização através dos tempos. Ao passo que o crime de *injúria racial* ofende a honra e a dignidade de pessoa determinada, prescrevendo, *in abstracto*, em oito anos a partir da data do fato. Aquele (racismo) é crime de ação pública incondicionada e *imprescritível*, e esta é de ação pública condicionada [Grifos do autor]. (BITENCOURT, 2017, p. 64).

O que Bitencourt destaca é a diferença em relação ao objeto do crime. Enquanto o crime racial atinge uma coletividade, um grupo de pessoas em razão de sua origem, a injúria racial tem como objeto atingir a o indivíduo, sendo que, o bem jurídico tutelado é a honra subjetiva, ou seja, o conceito que cada um tem de si mesmo, que é atingida quando se atribui à vítima uma qualidade negativa, ofensiva à sua dignidade. É essencial a vontade de ofender o próximo para configurar injúria racial (BITENCOURT, 2017).

Desse modo, o sujeito ativo da injúria racial pode ser qualquer pessoa, não se exigindo condição especial do autor, da mesma forma, o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa que for alvo de manifestações injuriosas, tendo como fator determinante as afrontas referentes à raça, cor, etnia, religião, origem, ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência. A injúria é crime de ação penal condicionada, “prescrevendo, *in abstracto*, em oito anos a partir da data do fato.” (BITENCOURT, 2014, p.374).

Entretanto, no entendimento de Nucci (2015), os tipos penais previstos na lei não permitem a possibilidade de visualização da prática racista, e segundo ele, praticamente não há, na jurisprudência, condenações fundamentadas na Lei 7.716/89. O autor afirma ainda que não existe crime de racismo e sim a prática do racismo, existindo tipos penais incriminadores de condutas racistas:

[...] cada tipo penal da Lei 7.716/89 é um modo particular de se praticar o racismo. E (“eureka”) a injúria racial é outro tipo penal, que permite praticar o racismo, entendido este como forma de ativar a segregação entre os entes superiores e os entes inferiores na raça humana, que é una e indivisível” (NUCCI, 2015, p. 46).

Para Nucci (2015), a injúria racial consiste na principal conduta racista, por isso com frequência tutela-se o assunto na seara dos crimes contra a honra. Assim a conduta torna-se mais amena do que a prática do racismo, porque esta é considerada mais reprovável pela sociedade.

Para esse autor, existe uma prática recorrente entre os responsáveis pela criminalização do racismo, em classificar as práticas racistas como sendo injúria racial, porque, isto é menos grave e cairá, em decadência em seis meses. Ele ainda afirma que as práticas racistas ocorrem com maior recorrência por parte de pessoas de condição econômica superior em relação às vítimas, e os responsáveis pelos registros do delito preferem registrar o fato como injúria racial e não como racismo (NUCCI, 2015).

Todavia, o que causa maior polêmica é o resultado processual em relação aos dois entendimentos, pois se a injúria racial for considerada crime similar ao de racismo lhe será retirada da prescrição, passando então a ser também crime de racismo na mesma escala da Lei 7.716/89, ou seja, sujeito a imprescritibilidade.

Entretanto, as divergências apontadas foram recentemente dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal que, seguindo parecer do Ministério Público Federal, manifestou-se pela equiparação dos crimes de injúria aos de racismo, preconizados pela lei 7716/89.

Dessa forma, o STF firmou sua posição favorável à imprescritibilidade do crime de injúria racial. O fato ocorreu no julgamento dos embargos de declaração de decisão tomada em agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 983.531, do Distrito Federal, pelo qual a 1ª turma reconheceu a equiparação dos crimes de injúria racial e racismo e, por conseguinte, a imprescritibilidade dos mesmos. Cita-se abaixo a ementa do acórdão proferido em 04 de junho de 2018:

EMENTA: DIREITO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME DE INJÚRIA RACIAL. IMPRESCRITIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE A SANAR. IRRESIGNAÇÃO DO EMBARGANTE COM O MÉRITO DA DECISÃO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS. PRONÚNCIA DO IMEDIATO TRÂNSITO EM JULGADO. R: MIN. ROBERTO BARROSO (STF, 2018).

Portanto, a partir desta decisão do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência deverá seguir posição favorável em relação à imprescritibilidade da injúria racial com sua equiparação aos crimes de racismo, previstos na lei específica, servindo de parâmetro para o julgamento de todos os delitos raciais.

CONCLUSÃO

A partir deste estudo, conclui-se que a lei antirracismo, lei 7716/89 não tem sido usada para o enquadramento dos crimes de racismo. A preferência dada pelos responsáveis ao registrar e julgar os crimes é a injúria racial, prevista no Código Penal, o que tem garantido a impunidade aos crimes de racismo, em razão da prescrição e da decadência.

Acredita-se que a partir da decisão da Suprema Corte de equiparar a injúria racial aos demais crimes de racismo, os procedimentos jurídicos possam garantir a dignidade às vítimas do racismo e a punição às condutas delituosas. O que se constitui em importante passo na caminhada em direção ao cumprimento dos preceitos constitucionais e à garantia dos direitos fundamentais da população vitimada pelo racismo, no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. **Código Penal. Decreto-Lei 2.848/1940**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Lei nº7716/89**. Diário oficial da União, Brasília, DF, 5 jan.1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm. Acesso em: 20 abr. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2**: parte especial dos crimes contra a pessoa, 14ª ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **HC54248**. Injúria Racial. Acessível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/HC154248INJRIARACIAL.pdf/view>. Acesso em: 27 ago. 2018.

NUCCI, Guilherme Souza. Texto: **Quem nunca sofreu racismo acha isto injúria**. 2015. Acessível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-27/guilherme-nucci-quem-nunca-sofreu-racismo-acha-isso-injuria#author>. Acesso em: 21 ago. 2018.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo**: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo 983.531** 21/08/2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 ago. 2018.

POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA REALIDADE NECESSÁRIA À SOCIEDADE BRASILEIRA

Pietro von Borowski¹
Bianca Tams Diehl²

INTRODUÇÃO

O presente estudo focaliza a implantação de políticas públicas na sociedade brasileira em um espectro geral, englobando suas características e necessidades, bem como avaliando sua aplicabilidade.

O trabalho intenciona verificar a aplicação de políticas públicas no contexto social brasileiro. A pergunta que norteia a pesquisa é em que medida as políticas se fazem necessárias para as minorias sociais e os grupos vulneráveis dentro do sistema brasileiro? Para tanto, analisar-se-á a legislação brasileira, sobretudo à Constituição Federal, e a doutrina pertinente.

O estudo é de grande importância e pertinência dentro da observação do alcance da igualdade e da redução dos níveis de desigualdade existentes na sociedade brasileira a favor das minorias sociais e dos grupos vulneráveis. Assim, é possível visualizar possibilidades de ampliação da participação destes para a formação de um sistema mais inclusivo frente às demandas sociais. Espera-se que a pesquisa contribua para a construção do conhecimento da população em geral, repercutindo dentro da comunidade e da instituição os efeitos desejados de uma sociedade mais participativa, inclusiva e respeitosa.

1 METODOLOGIA

A pesquisa é de natureza teórica, baseada em estudo bibliográfico com fim exploratório. Consiste em uma abordagem qualitativa do conteúdo, de artigos científicos e das reflexões realizadas nos encontros do grupo de estudos intitulado: Tutela Constitucional dos Direitos dos Vulneráveis (encontros realizados quinzenalmente). A ideia do trabalho surgiu da hipótese de que as políticas públicas possuem pouco ou baixo discernimento em relação a sua explicação e aplicação, daí a necessidade de exposição do tema.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Os grupos vulneráveis e as minorias sociais compreendem parcela da população, em alguns casos maioria populacional, que, a depreender da visão de Bauman, são excedente populacional. Ou seja, parte da população não reconhecida pelo restante e removidos da sociedade “[...] da maneira mais radical e efetiva: tornando-os invisíveis, por não olhá-los, e inimagináveis, por não pensarmos neles.” (BAUMAN, 2005, p. 39).

¹Acadêmico do curso de Direito – 4º semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. pietrovonb@gmail.com

²Professora do Curso de Direito e Coordenadora do Grupo de Estudos Tutela Constitucional dos Direitos dos Vulneráveis das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA). Mestre em Direito (URI/SAN). Doutora em Educação nas Ciências (UNIJUI). bianca@fema.com.br

Necessário é, em um primeiro momento, fazer uma básica diferenciação entre as nomenclaturas “grupos vulneráveis” e “minorias sociais”. Como apontam Siqueira e Castro:

É de suma importância a diferenciação dos termos Grupos Vulneráveis e Minorias, que apontam para os efeitos que repercutirão no amparo daqueles, uma vez que o primeiro busca exercer seus direitos sem guardar a preservação do traço que o colocou em discriminação com o restante da sociedade. Já as minorias buscam ter seus direitos, bem como exercê-los, preservando o objeto de discriminação, por fazer parte do traço cultural, um elemento identificador da sua cultura, a identidade que une o indivíduo aos demais de seu grupo específico (minorias). (SIQUEIRA; CASTRO, 2017, p. 14).

Assim, a busca dos grupos vulneráveis pauta-se na busca da eliminação dos traços discriminatórios para com o restante da sociedade. Tal situação pode ser observada dentro das relações de consumo, por exemplo, onde o consumidor, elo mais frágil, ampara-se na legislação para superar tal fragilidade. Já as minorias não procuram tal superação. Pelo contrário, sua preocupação é com a manutenção das diferenças, de forma que estas sejam reconhecidas e respeitadas.

Como observam Barroso e Osório (2014), a manifestação da igualdade mostra-se de três faces: a igualdade formal, a que é desenhada pela lei; a material, que se verifica pela aplicação da formal à realidade; e a como reconhecimento, que implica o respeito às diferenças entre os grupos que constituem a sociedade.

Historicamente, os primeiros movimentos de produção de refugio no Brasil, ocorreram em relação aos indígenas e aos negros escravizados. Enquanto aqueles, impulsionados pelo processo de colonização do território, foram, se não escravizados, suplantados em redutos formados pelos jesuítas, estes se viram obrigados à realização de trabalhos forçados, pela crença da inferioridade de sua raça e, diante da abolição do regime escravocrata, acabaram sem nenhuma fonte de recursos, despejados longe dos olhos dos demais, como tão bem retrata a literatura clássica brasileira, inclusive.

Tampouco se pode olvidar das mulheres. Em um sistema historicamente dominado pela figura masculina, a presença feminina, que foi ampliada pelos movimentos sociais, hoje repercute inúmeras questões acerca da igualdade e aumentam a visibilidade de outras minorias.

Dessa forma, a Constituição Federal brasileira consagra em seu texto alguns importantes aspectos que remetem a essas questões. Entre estes, cabe destacar os objetivos fundamentais da República, insculpidos no art. 3º, IV, CF, quais sejam “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988) como também traz consigo o direito à igualdade, inscritos no xxx art. 5º, *caput*, CF.

Nesse diapasão, as políticas públicas são frentes de ações positivas impetradas pelo Estado. A partir de que estas “[...] ações afirmativas reconhecem as discriminações existentes e agem no sentido de impedir que as mesmas se perpetuem.” (GROSSI; MIGUEL, 2001, p. 4).

Aprofundando,

[...] pp es un movimiento intelectual que refuerza la exigencia cívica de que las decisiones del gobierno democrático (nuevo o restaurado) construyan su corrección y eficacia decisoria, su capacidad de resolver problemas públicos endémicos y de producir situaciones de vida social de superior calidad y

seguridad, dejando atrás de una buena vez los nocivos errores y daños económicos y sociales [...].¹ (AGUILAR, 2012, p. 8).

As políticas públicas, assim sendo, constituem-se como “[...] iniciativas de equalização social, que se devem esgotar no momento em que o conjunto da população atinge determinado patamar de fruição de direitos e benefício sociais [...]” (BUCCI, 2013, p. 243). Ou seja, um mecanismo de ordem pública destinado a certa parcela da população, grupo vulnerável ou minoria, a fim de consagrar a estes, determinado conjunto de direitos ou benefícios que, quando atingido, esgotam os efeitos da política, enquanto atuação do Estado.

3 ANÁLISE

As políticas públicas compreendem ações afirmativas por parte do ente estatal, a fim de fazer a promoção tanto dos grupos vulneráveis quanto das minorias.

Para tanto, é imprescindível que o objetivo de tais ações seja compatível à parcela da população que se destina. Ou seja, as políticas voltadas aos grupos vulneráveis devem se aperfeiçoar à superação do eixo discriminatório, promovendo e aprimorando as relações destes com o restante da sociedade.

Já as políticas voltadas às minorias sociais necessitam levar em consideração o próprio eixo discriminatório, não para superá-lo, mas para promovê-lo. Assim, o que se leva em consideração é a afirmação do signo de distinção para com o resto da sociedade, cujo objetivo é o de reconhecê-lo.

Em síntese, as políticas públicas se voltam ao aperfeiçoamento do próprio ente que os aplica, na medida em que visa a executar os objetivos de uma sociedade mais justa e cujos direitos sejam mais efetivos.

CONCLUSÃO

Pelo exposto no presente trabalho, depreende-se que as políticas públicas constituem ações do Estado de cunho social, voltadas à determinada parcela da população com o objetivo primário de sanar situações historicamente afirmadas que fornecem a esses grupos uma posição de marginalidade perante o restante da sociedade. Ou seja, de desconstruir paradigmas e preconceitos que põem conjuntos de indivíduos com características em comum como sujeitos de segunda classe, refugio posto de lado longe dos olhos e da atenção do ordenamento jurídico.

Assim, as políticas públicas carregam consigo, também, a tarefa de efetivar direitos fundamentais de tais indivíduos de forma a observar os princípios, valores e objetivos que a Constituição Federal traz consigo. Tratam-se de atuações positivas do Estado na concretização da realidade que a Carta Magna almeja em seu texto.

Doravante, é importante destacar que as políticas públicas adotadas pelo Estado têm como uma das suas mais fortes características a temporalidade. Elas são criadas com o intuito de promover a equidade das relações entre os diversos setores da sociedade. Dessa forma, a partir do momento em que o grupo alvo da política passa a atuar em um nível de fruição semelhante aos demais, esta tem seus efeitos esgotados e não é mais ferramenta útil à sociedade.

¹ [...] PP é um movimento intelectual que reforça a exigência cívica de que as decisões do governo democrático (novo ou restaurado) construam sua correção e eficácia decisória, sua capacidade de resolver problemas públicos endêmicos e de produzir situações de vida social de superior qualidade e segurança, deixando para trás os nocivos erros e danos econômicos e sociais [...].

Portanto, tem-se que as políticas públicas não são afetadas apenas à área da Ciência Jurídica. São, pois, movimentos impulsionados socialmente que tangenciam áreas sociais historicamente sensíveis.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Luiz F. **Política Pública: una mirada al presente y al futuro**. 2012.

BARROSO, Luis Roberto; OSÓRIO, Aline Rezende Peres. **“Sabe Com Quem Está Falando?”: algumas notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos Para Uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GROSSI, Míram Pillar; MIGUEL, Sônia Malheiros. Transformando a Diferença: as mulheres na política. **Estudos Feministas**, Revista da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, v.9, n.1, 2001. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2001000100010>>. Acesso em: 28 out 2017.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa. Minorias e Grupos Vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Revista UNIFAFIBE, Bebedouro, SP, v.5, n.1, 2017.

REFUGIADOS SOMALIS: UM DESAFIO À COMUNIDADE INTERNACIONAL E AOS ESTADOS.¹

Guilherme Henrique Tavares Diniz²
Sinara Camera³

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema a que se dedica o estudo aqui delineado analisa a proteção internacional dos refugiados. Como delimitação temática tem-se a análise sobre o sistema global de proteção aos refugiados, como fundamento dos mecanismos oferecidos pela comunidade internacional e pelos Estados, especialmente para garantir a segurança humana dos indivíduos que migram por força de perseguição (ões), conflito (s) ou violência (s), ou violação (ões) de direitos humanos, com enfoque no caso da Somália, no período compreendido entre a década de 1960 e os dias atuais.

A pesquisa tem natureza teórica e finalidade explicativa. Os dados gerados são analisados qualitativamente, por documentação indireta, bibliográfica e documental, com a utilização de métodos procedimentais histórico e comparativo. No que toca à análise e à interpretação de dados da pesquisa será utilizado o método de abordagem dedutivo. O problema a ser respondido ao final deste trabalho é: em que medida os refugiados que migram forçadamente por perseguição (ões), conflito (s) ou violência (s), ou violação (ões) de direitos humanos na Somália encontram proteção suficiente na normativa e nos mecanismos de atuação da comunidade internacional e dos Estados para que seja garantida a segurança humana desses indivíduos?

O objetivo geral deste trabalho é pesquisar a suficiência da normativa e dos mecanismos de atuação da comunidade internacional e dos Estados, analisando se estes garantem a segurança humana dos refugiados que migram por força de perseguição (ões), conflito (s) ou violência (s), ou violação (ões) de direitos humanos.

DESENVOLVIMENTO

Diante do cenário de construção de proteção normativa aos indivíduos nas dinâmicas das migrações, verificou-se a especial preocupação da comunidade internacional com os refugiados. No momento atual, vive-se uma crise humanitária que foi desvelada por um fluxo migratório de números expressivos, que estão mais

¹ Trabalho desenvolvido no Projeto de Pesquisa “Estado, Direitos Humanos e Cooperação Internacional”, realizado no Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA, sob a coordenação da Professora Dr.^a Sinara Camera.

² Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Graduação em Direito. Bolsista do Projeto de Pesquisa Estado, Direitos Humanos e Cooperação Internacional, coordenado pela Professora Dr.^a Sinara Camera, desenvolvido no Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. E-mail: guilherme_diniz7@hotmail.com

³ Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/BRASIL/RS), com estágio doutoral na Universidade de Sevilla (US/ESPANHA/AN), bolsista PDSE; Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (MILA/UFSM/BRASIL/RS). Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). E-mail: sinaracamera@gmail.com

ou menos evidentes em diferentes períodos desde o início dos anos 2000. Dentre as variadas motivações para tais movimentos, a busca por refúgio no continente africano tem, em boa medida, encontrado razão nos conflitos armados. Esse é o ponto a ser analisado nesse trabalho, delimitado pelo caso da Somália.

Como solução temporária aos refugiados que derivaram do conflito, a Comunidade Internacional construiu, em maio de 1991, em Dadaab no Quênia, um complexo de campos para abrigar os somalis. Conforme relatório do ACNUR, entre 1991–1992 foram projetadas três extensões: Ifo, Dagahaley e Hagadera, com possibilidade de abrigar até 30.000 pessoas cada. Em 2011, um segundo fluxo de refugiados motivado pela fome e pela seca do Sul da Somália, fez com que se desenvolvessem mais duas extensões: Ifo 2 e Kambioos, para abrigar os mais de 130 mil emigrantes que chegavam (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2014b).

No entanto, os campos que deveriam existir temporariamente até que se encontrasse uma solução duradoura, têm se mostrado definitivos. O maior campo de refugiados no mundo completa nesse ano 28 anos de existência. Dadaab está situado no nordeste do Quênia, a 100 quilômetros da fronteira, tem hoje uma população de aproximadamente 200 mil refugiados somalis¹. Para compreender como/qual é a atuação da comunidade internacional e do Quênia para a proteção dos refugiados Somalis, a próxima subseção versará sobre a utilização das soluções duradouras para os refugiados somalis do complexo de campos de Dadaab.

É no início dos anos noventa, que se compreende uma mudança drástica, que culminou em uma política restritiva no Quênia. De forma clara, percebeu-se que oferecer proteção aos refugiados não era o principal objetivo, por dois fatores: o aumento das chegadas de refugiados; e um ambiente econômico e doméstico desfavorável (MENEZES, 2013). Em 1992, o número de refugiados no Quênia chegou a 420 mil indivíduos. Uma mudança brusca, se comparado aos 13 mil indivíduos registrados em 1991. A grande maioria desses refugiados era somali (ELLIOTT, 2012). Como resposta, duas das primeiras iniciativas do Quênia foram: transferir a tarefa de determinação do status de refugiado (RSD) ao ACNUR; e estabelecer a política de campos de refugiados.

Apesar de ter assinado a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) e a Convenção da Organização da Unidade Africana para os Refugiados (1969), até o final de 2006, o Quênia não dispunha de qualquer legislação nacional sobre os refugiados. Elliott afirma que embora a política de refugiados do Quênia tenha sido descrita como aberta e acolhedora, desde 1990 caracterizou-se por políticas draconianas que visavam conter o “problema dos refugiados” e os movimentos de refugiados (ELLIOTT, 2012). Cita-se, por exemplo, que em dezembro de 2012, o governo do Quênia culpou os refugiados somalis pelos incidentes protagonizados pelos terroristas na capital, Nairóbi. O resultado disso foi que a partir desta data refugiados somalis sofreram duas consequências: “i) transferência forçada dos refugiados, que ainda vivem nas cidades, para viver nos campos de *Dadaab*; ii) repatriação à Somália.” (MENEZES, 2013, p. 57).

A situação nos campos do Quênia segue a lógica dos outros países hospedeiros, que impedem os refugiados de trabalhar, dessa forma cabe a ONU o

¹ Segundo dados do ACNUR, em 2011 esse número foi superior a 463 mil refugiados registrados, sem contar os muito mais não registrados. A mesma notícia relata a informação de que existem famílias de refugiados de até três gerações, das quais os filhos e netos nasceram nos campos (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2012).

envio de mais de cinco toneladas de alimentos (principalmente arroz e feijão) por mês, contudo, pelas limitações de recurso esses envios sofreram um corte de 30%. Os países que recebem refugiados costumam responder ao aumento das populações com restrições e políticas mais rígidas. O Quênia figura entre os mais rígidos. No ano passado, refugiados encontrados no lado de fora dos campos foram presos pela polícia no estádio nacional. “A vida em Dadaab e em todos os outros campos é um exercício diário de fabricação de esperança.” Provavelmente os membros da terceira geração de filhos passarão toda sua existência em Dadaab (RAWLENCE, 2015).

Quanto às oportunidades para soluções duradouras, assevera-se que são limitadas. As políticas de campos de refugiados preconizadas pelo país, junto das medidas restritivas de movimentos de indivíduos, reduzem de forma significativa qualquer possibilidade de integração local (social; política; e economicamente). Relata Elliott que os refugiados enfrentam o assédio policial e a discriminação nos centros urbanos, especialmente aqueles que têm uma aparência um pouco mais distinta, como Sudaneses do Sul, Somalis e Etíopes. Nesta mesma linha de raciocínio a autora afirma que a integração local parece não ser uma solução desejada pelo governo Queniano que na maioria das vezes reproduz declarações sobre o peso que a população de refugiados da Somália coloca no país deixando claro que a única oportunidade de solução duradoura que vê para os refugiados somalis é a repatriação voluntária (ELLIOTT, 2012).

Os refugiados somalis, mais do que qualquer outra população de refugiados abrigada pelo Quênia, enfrentam discriminação por parte dos cidadãos quenianos, seus hospedeiros. Isso se deve em parte, pela suspeita histórica sobre as populações originárias da Somália, isto é, pelos eventos recentes causados pelos somalis ou mesmo aqueles que têm aparências parecidas com as dos somalis, e pela ligação ao radicalismo islâmico (ELLIOTT, 2012). Mais do que isso, o ACNUR no último *Progress Report on Resettlement* (Relatório de Progresso sobre o Reassentamento), reconheceu a falta de receptividade dos Estados para reassentar determinadas populações de refugiados, que necessitam do reassentamento, particularmente os refugiados somalis (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2014a).

Em relação aos números de reassentamento dos campos de refugiados de Dadaab, faz-se menção de dois processos. Historicamente, dois canais permitiram o acesso ao reassentamento pelos refugiados acolhidos no Quênia: as necessidades de proteção (quando nenhuma solução alternativa foi encontrada), e os programas de reassentamento voltados a grupos específicos. Relata Elliott que desde o ano de 2006, o ACNUR concentra seus esforços em um programa prolongado de reassentamento de refugiados para os campos do Quênia (Dadaab e Kakuma). Desta forma, os refugiados passaram a ser selecionados e posteriormente chamados a entrevistas de reassentamento a partir do ano em que chegaram ao país, começando pelas primeiras chegadas de 1992 até as chegadas de 2006 (ELLIOTT, 2012).

Nos últimos anos, grande parte das partidas pelo reassentamento, no Quênia, era de Dadaab. Isto acontecia principalmente pelo número significativo de casos prolongados de refúgio nos campos, elevando, portanto, os alvos do ACNUR. Contudo, a insegurança em Dadaab fez com que vários países retirassem suas equipes responsáveis por conduzir os processos de reassentamento nos campos, reduzindo significativamente as metas do ACNUR. Registra-se, por exemplo, que no ano de 2011, 10 000 indivíduos foram alvo de reassentamento, com 8000

provenientes de Dadaab. Em contrapartida no ano de 2012, 3750 indivíduos deixaram o Quênia pelo reassentamento, destes, apenas 750 refugiados provenientes de Dadaab (ELLIOTT, 2012).

De outro lado, no pior dos cenários, em comunicado oficial feito pelo ministro da Segurança Interna do Quênia, foi anunciada a decisão de esvaziamento dos campos a partir de novembro de 2016. Um dos principais motivos alegados foi o de que os campos seriam uma ameaça à segurança. A decisão reflete o medo de que aconteça no Quênia o mesmo que na Somália, a entrada de extremistas islâmicos do grupo rebelde Al-Shabab ligada a Al-Qaeda. O ACNUR junto de algumas ONGs posicionaram-se de forma contrária à decisão pedindo que o governo reconsidere-a, alegam que seria uma violação ao princípio da não-devolução, um desastre humanitário (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

A pressão internacional, encabeçada pelo ACNUR e as ONGs, fez com que o fechamento do campo, programado para o fim de novembro fosse adiado por “razões humanitárias”. Entretanto, recentemente o Tribunal Supremo do Quênia anulou a decisão do governo de fechar o campo: “A decisão do governo de expulsar os refugiados somalis é um ato de perseguição de um grupo, é ilegal, discriminatória e, portanto, inconstitucional, e viola o direito internacional, atingindo aqueles que fogem da fome, da guerra civil e da violência do extremismo islâmico.” (RÁDIO VATICANO, 2017).

Ademais, entende o tribunal que o Governo queniano não assegurou que os refugiados somalis retornariam ao país de forma segura e humana. O que motiva o desejo de fechamento dos campos por parte do governo de Nairóbi é a crença de que o campo de Dadaab é utilizado pelo grupo de rebeldes islâmicos Al-Shabab para recrutar membros e montar uma base a fim de atacar o Quênia. Todavia, tal entendimento não passa de suposição, vez que nenhuma evidência concreta foi oferecida pelo governo, que já anunciou que vai recorrer da decisão do Tribunal. A decisão foi motivo de comemoração, pois a grande maioria dos refugiados quer permanecer nos campos do Quênia (RÁDIO VATICANO, 2017).

Durante o tempo em que foi realizada esta pesquisa percebeu-se a diminuição significativa do número de refugiados em Dadaab. Neste ponto há de se fazer menção dos diferentes modos de noticiar a situação atual de esvaziamento dos campos. Por um lado tem-se uma narrativa otimista do ACNUR, que noticiou uma redução de quase 20% do número de refugiados no Quênia. Em relação aos refugiados somalis, a redução foi de quase 100 mil refugiados. De acordo com o ACNUR, isso se deve aos exercícios de verificação, a repatriação voluntária e em menor medida ao reassentamento (em 2016 o número total de refugiados somalis reassentados foi de 12 2000 indivíduos) (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2017).

Por outro lado, organizações não governamentais como a Anistia Internacional sustentam que o governo Queniano tem coagido refugiados a retornarem a Somália, Estado que ainda permanece em conflito armado. Mais do que isso, o número crescente de deslocados internos na Somália (que ultrapassou inclusive a marcar de refugiados somalis dispersos pelo mundo), é outro fator que atesta a incapacidade de repatriação segura e sustentável a Somália (ANISTIA INTERNACIONAL, 2016).

Na mesma linha de raciocínio, a organização não governamental Médicos Sem Fronteiras defende que o retorno dos refugiados somalis nas condições em que se encontra a Somália é desumano e irresponsável. De acordo com relatório publicado por essa organização não governamental, “[...] mais de oito entre dez

refugiados entrevistados dizem que não querem voltar, sendo as principais preocupações citadas o medo do recrutamento forçado por grupos armados, a violência sexual e a indisponibilidade de cuidados de saúde.” (MÉDICOS SEM FRONTEIRA, 2016). A realidade é que na Somália direitos humanos continuam sendo violados de forma sistemática. O número de deslocados internos (Internally Displaced Peoples) superou a marca de 2,6 milhão, um aumento significativo de 25% em relação ao número registrado ao final do ano de 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação do não-Estado Somália é desoladora. Sem qualquer perspectiva de melhoria, os cidadãos somalis estão entregues ao acaso. A ruína dos mecanismos utilizados para amenizar o problema, demonstram a necessidade de repensá-lo. O problema não tem sido enfrentado, pelo contrário, tem sido minimamente contornado. Ao que tudo indica, ainda não se compreendeu a gravidade da questão, e a magnitude dos estragos provocados pelos conflitos armados. Quanto à comunidade internacional e às suas intervenções: o remédio encontrado, após vários insucessos foi o esquecimento. Porém, esqueceu-se de que os refugiados, especialmente os somalis, (ainda) são seres humanos, imbuídos de dignidade. Aliás, cessar com as violações de direitos humanos, não é (nunca foi) o objetivo principal.

Estudos realizados nos campos de refugiados do Quênia concluem que das três soluções duradouras o reassentamento, por não poucas vezes é a única opção tangível/palpável/real para os refugiados. Inclusive, para os refugiados e requerentes de asilo/proteção o termo o termo "soluções duradouras" é muitas vezes sinônimo de reassentamento, ou usado como um eufemismo ao solicitar o reassentamento. Entretanto, apesar de ser desejada por muitos, permanece sendo um sonho, destinado a uma pequena fração de 1% de todos os refugiados no mundo (ELLIOTT, 2012).

Pode-se concluir, portanto, que os refugiados somalis que vivem no maior campo de refugiados do mundo (Dadaab) não têm encontrado respostas adequadas e suficientes para dar fim a seu(s) status de refugiado. Pelo contrário, as soluções têm se mostrado paliativas, inadequadas e indisponíveis, multiplicando-se os casos de situações prolongadas de refúgio e as políticas igualmente inadequadas e de exceção de criação de campos de refugiados. Por outro lado, a retórica da comunidade internacional permanecerá inalterada: essa é apenas mais uma das muitas crises, provocadas pelas guerras e conflitos armados, no continente Africano, que logo findará como ocorreu no passado.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. **Quênia:** Governo está coagindo refugiados a voltarem para a Somália em guerra. 2016. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/quenia-governo-esta-coagindo-refugiados-voltarem-para-somalia-em-guerra/>>. Acesso em: 07 set. 2019.

ELLIOTT, Hannah. **Refugee resettlement:** the view from Kenya - Findings from field research in Nairobi and Kakuma refugee camp. KNOW RESET RR 2012/01. Robert

Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): European University Institute, 2012.

MÉDICOS SEM FRONTEIRA. **Dadaab, Quênia**: retorno dos refugiados à Somália nas atuais condições é “desumano e irresponsável”. 2016. Disponível em: <<https://www.msf.org.br/noticias/dadaab-kenia-retorno-dos-refugiados-somalia-nas-atuais-condicoes-e-desumano>>. Acesso em: 07 set. 2019.

MENEZES, Fabiano Lourenço de. **Fatores causais no reassentamento de refugiados**: solidariedade internacional ou interesse estratégico? 2013. 147 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Nações Unidas no Brasil. **ACNUR manifesta ‘profunda preocupação’ com plano do Quênia de fechar campos de refugiados**. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2NiFlrH>>. Acesso em: 04 abr.2019.

RÁDIO VATICANO. **Quênia**: Supremo Tribunal anula encerramento do Campo de Dadaab. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2NmISFw>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

RAWLENCE, Ben. The Other Refugee Crisis. **The New York Times**, New York, out. 2015. Disponível em: <<https://nyti.ms/1k6TwxJ>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **Progress Report on Resettlement**. [S. l.]. June 2014a. EC/65/SC/CRP.11. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/543bba8a4.html>>. Acesso em: 17 abr.2019.

_____. **UNHCR Dadaab and alinjugur, Kenya briefing note**. Geneva. June 2014b. Disponível em: <<https://data.unhcr.org/horn-of-africa/download.php?id=1375>>. Acesso em: 10 abr.2019.

_____. **Global Trends Forced Displacement in 2016**. Geneva. June 2017. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5943e8a34/global-trends-forced-displacement-2016.html>>. Acesso em: 10 abr.2019.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: HOLOFOTES APAGADOS

Jéssica Zambeli Büchele¹

Mário José Puhl²

INTRODUÇÃO

A violência contra mulheres no âmbito privado e social manifesta-se especialmente na relação entre homem e mulher, envolvendo por vezes não apenas violência física, mas sim decorre inicialmente de agressões psicológicas. Considerada um fenômeno sociocultural, demanda ações governamentais que objetivam o seu enfrentamento no Brasil.

Este trabalho possui como objetivo basilar a sistematização de alguns tipos de violência contra a mulher, assim como fazer a análise da Lei nº 11.340/2006 e seus desafios na proteção às mulheres vítimas de violência. Para tanto, objetiva-se também delinear a tipificação e modificação vista sob a ótica do Direito após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; bem como analisar a luz do âmbito legal os direitos e garantias adquiridos ao longo do tempo pelas mulheres. Trata-se de um problema remoto, uma vez que se estabelece desde os primórdios da civilização e erradicá-lo constitui impasse na sociedade hodierna.

1 METODOLOGIA

Nesta pesquisa o método científico de abordagem utilizado para que fosse possível atingir possíveis respostas decorrerá do método indutivo. No tocante ao método de procedimento será uma pesquisa quantitativa, com base no método estatístico, histórico e comparativo.

2 REFERÊNCIAL TEÓRICO

Provém da ideia de Mirabete, que defende como violência qualquer ação que causa dano ao funcionamento normal do organismo, tanto no quesito físico como psicológico (MIRABETE, 2010). E, de maneira análoga, a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2010) diante da questão da violência remete ao uso da força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em morte, sofrimento, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação.

Um aspecto particularmente inquietante da violência no Brasil envolve a violência expressada por alguns homens contra as mulheres, tanto na forma física como psicológica. De acordo com a pesquisa realizada pelo Instituto Data Senado (2016), indica que, no ano de 2015, 18% das mulheres entrevistadas afirmaram já terem sido vítimas de algum tipo de violência doméstica, seja ela sexual, física,

¹Acadêmica do Curso de Direito – 2º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. jee.buchele@hotmail.com.

²Doutor em Educação nas Ciências. Professor na Fundação Educacional Machado de Assis – FEMA, Santa Rosa, RS; professor substituto na Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS, Campus Cerro Largo, RS. mariopuhl@yahoo.com.br.

psíquica, moral ou patrimonial. Neste diapasão, percebe-se a resistência por parte das mulheres que são agredidas, no que implica em uma resignação, almejando dias melhores sem revelar a realidade da situação que se encontram e, não deixam transparecer seu sofrimento no âmbito da unidade familiar e social.

Entre as definições de violência Fiorelli e Mangini definem a violência psicológica como aquela por meio da qual a capacidade da vítima de se opor a qualquer violência reduz-se gradativamente, ao mesmo tempo em que ela se torna predisposta a outros tipos de violência. (FIORELLI; MANGINI, 2010). Logo, ainda que diante da violência física os seus resultados transcendam a vida privada e até motivam a fazer Boletins de Ocorrência, o sofrimento e dano psicológico se tornam invisível diante dos olhos da sociedade, mesmo sendo extremamente graves à saúde biopsicossocial.

De acordo com o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), segundo o artigo 7º, inciso II, da Lei nº 11.340/2006 são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher “[...] qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações [...]” (BRASIL, 2006). Logo, a ação ou omissão destinada a controlar ou desmoralizar os comportamentos, por meio da violência psicológica, de maneira a intimidar, que prejudique a saúde psicológica e o desenvolvimento pessoal, tanto de forma direta como indireta, tipifica a violência psicológica.

A violência de gênero, por sua vez, é definida pela Lei 11.340/2006 em seu artigo 7º como a “[...] violência sofrida pelo fato de ser mulher, sem distinção de raça, classe social, religião, idade ou qualquer outra condição, produto de um sistema social que subordina o sexo feminino.” (BRASIL, 2006). Nesse contexto, intui que, se as diferenças entre homens e mulheres fossem apenas pauta sobre aspectos biológicos seriam facilmente constatadas. Porém, as raízes históricas da sociedade impuseram ao gênero masculino por questões sexuais fatores condicionantes à diferenciação e desigualdades sociais, que implicam à exclusão feminina, até os dias de hoje.

A máxima de Simone Beauvoir “[...] não se nasce mulher, torna-se mulher” (BEAUVOIR, 1990, p. 9), representa, todo o teor da palavra gênero, quando se enfatiza a construção cultural impressa no sexo, com matriz nos modelos excludentes que implicaram na hierarquia de um determinado grupo sobre o outro, enfatizando assim, a soberania e o poderio do homem em detrimento da mulher. Entende-se, então, que a violência contra a mulher não é possível de ser compreendida se não houver um estudo esmiuçador do artifício normativo extralegal alcunhado gênero, já que, uma análise puramente superficial não provoca o reconhecimento dos precedentes do problema.

O Direito brasileiro, por sua vez, sancionou e incorporou vários Tratados Internacionais de Direitos Humanos em vista de que houvesse o reconhecimento e a conquista dos Direitos Humanos da mulher no Brasil. Dentre alguns tratados, destaca-se a Declaração e Programa de Ação de Viena, do ano de 1993, cuja declaração trata sobre os mecanismos de proteção destes direitos, para que haja incentivo e promoção do respeito, de maneira justa e equilibrada, reconhecendo os Direitos Humanos como decorrentes da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana.

Destarte como os tratados e declarações de direitos humanos foram imprescindíveis para a garantia e proteção dos direitos, constituídos como marco histórico para os direitos basilares se consagrarem, a Constituição da República

Federativa do Brasil de 1988 foi primordial à institucionalização dos direitos das mulheres no Brasil. E, somente com a CRFB/88, que no rol dos direitos fundamentais, foram introduzidos os direitos de igualdade entre homens e mulheres, com a inserção do inciso I, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, cujo estabelece que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]. I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Não obstante, as escorias de um passado não muito longínquo, diante de uma sociedade caracterizada como machista, mostra-nos a discriminação e o quão submissas eram as mulheres em detrimento dos homens, período que se refere ao início do século XX. Há diversos artigos inseridos no Código Civil datado de 1916 que refletem esse período, uma vez que eram estabelecidas às mulheres leis discriminatórias, como, por exemplo, a parte do Código Civil que regula sobre os direitos e obrigações concernentes às pessoas, no Capítulo I, sobre As Pessoas Naturais, em que o inciso II do art. 6º institui como relativamente incapaz “II – As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.”. Não é admirável também que esteja presente nesse Código, referente aos incapazes, estabelecido no art. 36, parag. único de que “A mulher casada tem por domicílio o do marido, salvo se estiver desquitada, ou lhe competir a administração do casal.” Concomitantemente, inserido no CC/1916, estabelece que as mulheres após o casamento perdiam a capacidade civil, só podendo praticar determinados atos com o consentimento do marido (CÓDIGO CIVIL, 1916).

Desse modo, no novo Código Civil de 2002, por meio da reforma buscou-se adequar a legislação civil às novas características do meio social, também foram estipuladas as mudanças tanto em Declarações, como Tratados e, oportuna, Constituição da República Federativa do Brasil.

Diante da intervenção estatal foram inseridas ações governamentais que visam à garantia de direitos às mulheres, como a promulgação da Lei nº 11.340, de 2006, nomeada como Lei Maria da Penha, cuja consagrou uma nova perspectiva às vítimas que até então emudeciam as agressões em face da baixa efetividade e proteção legal, não deixando de ser preponderante destacar o medo das vítimas em relação aos agressores. A despeito da lei alude-se à insuficiência perante milhares de casos, porém é indispensável à menção por tornar-se marco da luta feminina contra a arraigada violência na sociedade, a qual permaneceu silenciada em face do medo diante de ameaças exercida pelo agressor durante muito tempo.

3 ANÁLISE

Considerando a magnitude e relevância da violência contra a mulher, bem como da garantia de mesmos direitos, não restam dúvidas de que a aplicação do Direito possibilitaria um avanço para a igualdade material entre os gêneros. É notório, diante da análise com base nos dados, o necessário empenho do poder público brasileiro é fundamental para combater a violência contra a mulher e o desenvolvimento de políticas governamentais de apoio às vítimas.

Não há dúvidas que a criação de novas delegacias de atendimento especializado à mulher é primordial para as mesmas, contudo, o dever das mulheres de denunciar todos os tipos de violência precisa ser exercido. Não obstante, a intensificação de políticas educacionais existentes no país a fim de garantir às mulheres o conhecimento de seus direitos, uma vez que é necessário desfazer o

paradigma existente de que há submissão das mulheres em detrimento do homem e assim tentar acabar com o silêncio e a dor que envolve a violência contra a mulher.

CONCLUSÃO

Dado o exposto, denota-se que as mulheres já obtiveram muitos êxitos na luta pelo reconhecimento, constituindo uma ementa de direitos, como políticos, civis, penais e individuais.

Recorrer ao Direito em tempos como esse e mobilizar a sociedade para que se fortaleça a tolerância e o respeito dos direitos é primordial, no entanto a mudança de atitude para acabar com as desigualdades existentes entre homens e mulheres ainda está longe de ser alcançada.

Igualmente, a questão cultural arraigada ainda reflete alguns dos tipos de violação dos direitos humanos fundamentais, onde tratamentos ultrapassados perpetuam ainda hoje na mentalidade de muitos sujeitos e mesmo que legalmente, os direitos de igualdade entre homens e mulheres são reconhecidos apenas há 30 anos, é possível analisar que os avanços e a melhoria da condição de mulher no contexto hodierno têm-se aprimorado. Apesar disso, ainda se consta a dificuldade para coibir a violência contra a mulher e erradicá-la, posto que a vergonha, o medo e as ameaças inibem a sua exteriorização, logo, seu conhecimento é entrave e obstado por essas causas.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: lei n. 11.340/2006**. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203900>>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 31 out. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Formas de violência contra a mulher**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/lei-maria-da-penha/formas-de-violencia>>. Acesso em: 28 out. 2018.

DATASENADO. **Panorama da violência contra as mulheres no Brasil: indicadores nacionais e estaduais**. 2016. Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher contra a Violência. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/institucional/datasetado/omv/indicadores/relatorios/BR.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, F. **Manual de Direito Penal** (29a ed.). Editora Atlas: SP. (2010)

ONU. **ONU Mulheres - Campanhas**. Disponível em:
<<http://www.onumulheres.org.br/noticia/campanhas/>>. Acesso em: 31 out. 2018.

Organização Mundial da Saúde - OMS. **Definição de violência**. 2010. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/pt/>>. Acesso em: 24 out. 2018.

A AUTOCOMPOSIÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Leny Gomes¹
Tiago Neu Jardim²

INTRODUÇÃO

O Direito Tributário hoje é um ramo cientificamente autônomo e durante muito tempo esteve atrelado à ciência das finanças ou ao orçamento público, estando, por isso, muito próximo da administração e da arte de governar. Como bem se observa, o Estado no cumprimento de seu papel perante a sociedade, precisa obter receita, o que ocorre por meio da arrecadação de impostos pela Fazenda Pública que tem encontrado uma série de dificuldades no recebimento do crédito tributário.

Dessa forma, o estudo se justifica pelo fato de não haver legislação que viabilize o recebimento do crédito tributário por meio de concessões mútuas mesmo esta autorização estando expressa na legislação Constitucional (art. art. 98, inciso) e infraconstitucional (arts. 156, inciso III e 171, caput do CTN), tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público sobre o interesse privado diante dos quais impede a Administração Pública de dispor do interesse público, para solucionar um interesse individual do contribuinte, salvo quando autorizada pelo Direito. A lacuna no campo do Direito Tributário dificulta a extinção dos créditos tributários pela Fazenda Pública, fato esse que vem ocasionando aumentos significativos das demandas no Poder Judiciário brasileiro e onerando demasiadamente os cofres públicos, tal qual revela o Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicado nos anos de 2016 e 2017.

Tomando por base a problemática revelada pela pesquisa, tentar-se-á responder a seguinte questão: os métodos alternativos de resolução de conflitos podem ser aplicados em matéria tributária sem que isso comprometa ou ponha em risco a indisponibilidade e a supremacia do interesse público? Para responder a pergunta, o estudo buscou as raízes do Sistema Tributário Brasileiro, a partir dos seus aspectos históricos, avaliando os métodos extrajudiciais de solução de conflitos e seus benefícios para a sociedade, realizou uma análise da legislação tributária pertinente ao que versa o Princípio da Supremacia do Interesse Público, assim como uma abordagem do número de demandas judiciais, o tempo de duração dos processos até o recebimento do crédito tributário pela Fazenda Pública perpassando por uma apreciação dos aspectos referentes ao Projeto de Lei nº 5.082/2009.

¹ Acadêmica do 10o período do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA.

² Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF (2016). Especialista em Finanças pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA (2009). Possui graduação em Ciências Econômicas (2007) pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM e em Direito (2009) pela mesma Universidade. É Procurador do Município de Horizontina/RS e Professor dos cursos de Ciências Econômicas da Faculdade Horizontina - FAHOR e de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA/Santa Rosa. Membro da Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM. Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Pesquisador na área de Direito e Economia.

1 METODOLOGIA

A metodologia utilizada, adotou-se a pesquisa teórica, pois sua temática será desenvolvida por meio de documentação indireta (pesquisa documental e bibliográficas em livros, artigos científicos, doutrinas, legislações e jurisprudências) e direta intensiva, pois consiste em examinar fatos e fenômenos estatísticos. No que concerne a produção dos dados se constitui em uma pesquisa quantitativa e qualitativa. Em relação a análise dos dados obtidos, será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo e como método auxiliar, o método histórico.

2 REFERÊNCIAL TEORICO

As teorias que fundamentam a análise é a teoria da tripartição (impostos, taxas e contribuições de melhoria) e da Pentapartição (empréstimos e contribuições especiais). (ALEXANDRE, 2013).

3 ANÁLISE

O presente estudo propõe um “novo” modelo de arrecadação do crédito tributário incorporando a hipótese de que dispor do crédito público em determinadas condições por meio da transação para tentar solucionar o conflito, também pode ser uma forma de atender ao interesse público. A ponderação de ambos os interesses pelo administrador público, deve estar sempre dotado de razoabilidade, proporcionalidade e responsabilidade para que a supremacia do interesse público não seja utilizada de forma leviana nem absoluta e que os métodos tradicionalmente utilizados na cobrança do crédito tributário hoje obsoletos possam ser supridos por mecanismos eficazes de forma a suprir os anseios da sociedade

CONCLUSÃO

Ao realizar o estudo a partir do resgate dos aspectos históricos do tributo foi possível vislumbrar que o período colonial foi marcado pela insegurança jurídica e total ausência de um sistema tributário organizado. A cobrança do tributo por meio de um sistema organizado somente deu seus primeiros passos com a Constituição do Império no ano de 1824, mas somente em 1965, com a Emenda Constitucional nº 18, o tributo, alcançou definitivamente a situação de ramo jurídico autônomo. Em 1966 foi publicado o CTN e posteriormente e com a Constituição Federal de 05.10.1988, o reconhecimento do Direito Tributário ocorreu de forma definitiva como o ramo autônomo pertencente ao direito público. A partir de então o Estado Moderno passa a ser regulado por leis, intervindo diretamente na vida de seus cidadãos ao exercer o denominado poder de tributar. Os conflitos passam a ser intermediados pelo Poder Judiciário por meio de ações coletivas ou individuais.

Dessa forma, o presente estudo conclui a evolução do Direito Tributário, exceto ao que tange os métodos alternativos solucionar litígios em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público sobre o interesse privado que atravança a ampla utilização de acordos prévios diretamente com os devedores fiscais impossibilitando a Administração Pública de transacionar respeitando os

limites de poder fiscal, observados critérios obrigatórios como o histórico fiscal, a forma de cumprimento de obrigações tributárias, a adoção de critérios de boa governança, a situação econômica do contribuinte e dessa forma conter os alarmantes índices apresentados pelos Relatórios divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nos anos de 2011 e 2017, ano base de 2016.

Em resposta ao problema da pesquisa, constata-se que os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos devem sim ser aplicados em matéria tributária, sem afetar ou pôr em risco a indisponibilidade e a supremacia do interesse público.

Nessa seara, o estudo propõe a cultura da pacificação social e a implantação de um “novo” modelo arrecadatório como forma de aprimorar a prestação jurisdicional em matéria relativa à execução fiscal, aplicando-se o que estabelece o art. 98, inciso I da Constituição Federal de 1988 e art. 171, caput do CTN. Como medida cabível sugere-se a utilização da transação como ferramenta capaz de reduzir a litigiosidade o congestionamento judicial no âmbito jurisdicional. O teor das medidas apresentadas, é reduzir os excessivos custos na cobrança no recebimento do crédito tributário das execuções fiscais, minimizando os prazos de recebimento do crédito, potencializando o grau de eficiência e eficácia da Administração Tributária em juízo de oportunidade e conveniência. Incorporando assim a hipótese de que dispor do crédito público em determinadas condições para tentar solucionar o conflito também é uma forma de atender ao interesse público, tendo em vista que o Estado brasileiro precisa evoluir com a sociedade deixando para trás métodos obsoletos ao que tange a cobrança do crédito tributário, restando claro que a transação só poderá ocorrer em havendo previsão legal.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, José Jobson de Andrade. **História Antiga e Medieval**. 16. ed. São Paulo: Ática, 1993.

BALTHAZAR, Ubaldo César. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BRASIL. Câmara Federal. **Projeto de Lei nº 5.082/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431269>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

_____. Código Tributário Nacional. **Lei nº 5.172/1966**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **A Execução Fiscal no Brasil e o Impacto no Judiciário**. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**: ano base 2016. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>>.

Acesso em: 08 mai. 2017

_____. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Acesso em: 02 jun. 2018.

_____. **Lei nº 9.099/1995**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 set. 1995.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em:

05 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº.514351 PR**

2003/0023163-7. Primeira Turma. Ministro Luiz Fux. Julgado em: 20 mar. 2003.

Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/210316/recurso-especial-resp-514351-pr-2003-0023163-7#!,06-05-1711:27>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. Aprovada em 03 de dezembro de 1969. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Espaciais Cíveis Estaduais e Federais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. atual. São Paulo: Malheiros 2015.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 14. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito Tributário Essencial**. 3. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

UNESCO. **Transformações sociais no Brasil**. [s.d.]. Disponível em:

<<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/social-and-human-sciences/social-transformations/>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

CONTRATOS: ANÁLISE SOBRE A PRODUÇÃO DE EFEITOS *ERGA OMNES*.

Pietro von Borowski¹
Renata Maciel²

INTRODUÇÃO

O presente estudo focaliza os contratos, enquanto fonte obrigacional, e a perspectiva dentro de um contexto social, qual seja, que seus efeitos não estão restritos apenas à relação entre as partes que o constituem.

O trabalho intenciona verificar a produção de efeitos *erga omnes* dos contratos no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. A pergunta que norteia a pesquisa é em que medida os efeitos dos contratos celebrados entre particulares são passíveis de atingir terceiros e quais são os mecanismos que corroboram ao tratamento de tal? Para tanto, analisar-se-á a legislação brasileira, sobretudo ao Código Civil, e a doutrina pertinente.

O estudo é de grande importância e pertinência dentro do estudo acadêmico acerca dos contratos e de suas matérias correlatas. Assim, é possível visualizar possibilidades de discussão sobre os efeitos de tal instrumento jurídico, visualizando socialmente as repercussões que pode ter, bem como sua eficácia, na medida em que questiona os mecanismos de validade. Espera-se que a pesquisa contribua para a construção do conhecimento da população em geral, repercutindo dentro da comunidade e da instituição os efeitos desejados de promoção da análise do conteúdo apresentado e da matéria em geral.

1 METODOLOGIA

A pesquisa é de natureza teórica, baseada em estudo bibliográfico com fim exploratório. Consiste em uma abordagem qualitativa do conteúdo, de artigos científicos e da pesquisa legislativa concernente. A ideia do trabalho surgiu da hipótese de que é necessário ampliar a base de conhecimento acerca da produção de eficácia dos efeitos dos contratos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Os contratos são, no ordenamento jurídico brasileiro, a principal fonte das obrigações, ajustada pela própria vontade das partes de assumirem e constituírem direitos e deveres umas com as outras. O Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), dessa forma, disciplina tal instrumento jurídico de forma bem ampla, trazendo o material a partir do artigo 421.

Destaca-se, primeiramente, que os contratos, em sua essência, caracterizam-se pelo aspecto econômico que lhes é investido. Contratos de compra e venda, de doação, de permuta, etc., instituem relações de transferência de direitos de cunho econômico, quais sejam os direitos reais sobre algum objeto economicamente valorados, mas não se fixam unicamente a essa. As inovações nos relacionamentos

¹Acadêmico do curso de Direito – 4º semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. pietrovonb@gmail.com

²Orientadora. Professora do Curso de Direito – Faculdades Integradas Machado de Assis. Doutoranda em Diversidade Cultural e Inclusão Social – FEEVALE. Mestre em Direitos Humanos. advogada.rmacyel@gmail.com

propiciaram o surgimento de contratos criadores de direitos, como os de *leasing* e os de cessão de crédito frente à transmissão de bens (RUZYK; FRANK, 2011).

A partir dessa perspectiva, tendo que o contrato é fonte tanto de direitos quanto de obrigações, pode-se depreender que tal instrumento deve-se realizar em um cenário *erga omnes*. Ou seja, o contrato, embora seja instrumento particular, não produz efeitos apenas entre as partes que manifestaram sua vontade. Nesse sentido, tem-se o princípio da função social do contrato, que deve ser analisado em dois aspectos.

É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser focado sob dois aspectos: um, individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social. (GONÇALVES, 2018, p. 26).

Ou seja, no primeiro nível, o princípio da função social do contrato deve observar a equidade da relação interpartes. Assim, há de primar por uma justa relação contratual. Em seguida, cabe a este princípio verificar a eficácia do contrato frente a terceiros, evitando a potencialidade de danos ou prejuízos também a quem seja estranho à relação obrigacional.

Entretanto, a verificação da eficácia perante terceiros e também a oponibilidade dos direitos e deveres frutos da relação contratual estão atreladas à publicidade do instrumento que as consumam. Assume-se, ao ser feita a associação dos contratos à figura da publicidade, uma conotação que os direitos reais se exercem sem a interposição de terceiros.

Nesse sentido, Brandelli (2016) explica que

Os direitos reais somente serão efetivamente direitos reais, [...], se o direito fornecer algum instrumento adequado de publicidade que permita à coletividade tomar conhecimento da existência de tal direito, sem o que não poderá afetar a terceiros de boa-fé, sob pena de haver afronta ao princípio da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e até mesmo da justiça. (BRANDELLI, 2016, s.p.).

Assim, conforme frisa Gonçalves (2018), a lei resguarda a necessidade de registro do título para a capacidade de produzir efeitos frente a terceiros. É o que se depreende do artigo 221 do Código Civil.

Tal inscrição jurídica encontra respaldo na afirmação da segurança jurídica, na medida em que “La publicidad registral se caracteriza por ser el más eficaz instrumento de seguridad jurídica en la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales [...]”¹ (LOUREIRO; DOMÍNGUEZ, 2001, p. 6).

A importância do registro dos contratos verifica-se na publicidade que pode propiciar ao instrumento, salientando que, embora não assegure a produção de conhecimento geral e instantâneo, é capaz de possibilitar tal situação. Seria, então, propício afirmar que cumpre atenção à boa-fé, pois veda a possibilidade de efeitos surpresas perante terceiros, o que garante certo grau de segurança jurídica, além de dar conhecimento ao sistema público sobre a real situação dos objetos postos na relação contratual.

¹A publicidade registral caracteriza-se por ser o mais eficaz instrumento de segurança jurídica na constituição, transmissão, modificação e extinção de direitos reais [...].

Entretanto, Ruzyk e Frank (2011) verificam que as exigências que provêm do sistema brasileiro contribuem para a manutenção da informalidade de determinados instrumentos, sobretudo aqueles que se referem a bens imóveis. Os autores observam que o mercado imobiliário, dotado de inúmeros requisitos, não está acessível à considerável parcela da população que necessita de tal. Para tanto, o contrato informal constitui um mecanismo de superação das exigências do setor econômico, a partir do qual as aquisições dos bens imóveis são constituídas em nome de terceiros, mas as obrigações correm informalmente por conta de quem não possui acesso ao sistema.

Tal pensamento é complexo, pois decorre de uma atipicidade do ordenamento jurídico. Ou seja, as situações expressas anteriormente não se encontram tuteladas, visto que transcendem as relações puramente contratuais e adentram num campo social.

Nesse sentido,

[...] verifica-se ser necessário tratar a posse como fato/direito autônomo em relação ao direito de propriedade, podendo ela se sobrepor ao direito de propriedade de caráter abstrato, como no caso do compromisso de compra e venda destituído de registro em cartório, no qual a posse autônoma tendente ao cumprimento da função social é hábil a dar a devida publicização desse contrato para conferir ao promitente comprador forte oponibilidade frente ao próprio vendedor e frente a terceiros. A posse, aqui, é a ponte que faz o necessário liame entre a situação obrigacional, que se expressa contratualmente, o exercício do pertencimento, de natureza real [...]. (RUZYK; FRANK, 2011, p.23).

A posse, nesses casos, é vista como um instrumento capaz de superar as formalidades inerentes a determinadas relações contratuais e de gerar a disponibilidade de efeitos contra terceiros. Para tanto, é uma figura desvinculada do direito de propriedade e que se aproxima mais da realidade social que recai sobre o objeto do que a realidade jurídica e afirmada pelo ordenamento.

3 ANÁLISE

Os contratos, além de serem fontes das obrigações que se estipulam entre as partes, devem corresponder a manifestação de vontade destas. Deve-se analisar, entretanto, que os seus efeitos não estão limitados às pessoas que o formaram, podendo, direta ou indiretamente, atingir terceiros estranhos ao negócio que fora estipulado.

Destarte ser essa a prerrogativa de análise dos contratos sob o prisma dos princípios que regem as relações contratuais. Ou seja, a possibilidade de estender os efeitos do negócio jurídico fruto do contrato ensejam a aplicação de princípios basilares do instrumento, quais sejam, a boa-fé objetiva e a função social.

Da análise do contrato cumprir a função social à qual se estabelece, o instrumento firmado pela vontade das partes é apto a manifestar-se no mundo jurídico.

Todavia, os efeitos do contrato no mundo jurídico são pendentes de que saia o instrumento do seio íntimo da relação e tenha capacidade de atingir terceiros. Para tanto, a legislação civil estabelece os requisitos formais, quais sejam, a necessidade de providenciar o registro do documento no competente estabelecimento. A atenção a este dispositivo jurídico possibilita a abertura do contrato ao mundo externo e é

capaz de propiciar o conhecimento acerca do instrumento por quem antes não a teria.

Observa-se, contudo, que a posse, configurada como um direito autônomo e concreto, embora não veiculada como requisito à produção de efeitos dos contratos, exceto se tratar-se de contrato de natureza real, é um dispositivo capaz de, ainda que não seja capaz de vincular os terceiros estranhos à relação contratual, manifestar os efeitos do contrato no mundo real. Inclusive, se desprovida de má-fé, no mundo jurídico, se assim for da necessidade.

CONCLUSÃO

Os efeitos *erga omnes* dos contratos devem ser inseridos dentro de uma análise sistêmica de toda a relação contratual, a partir da qual é possível verificar sua abrangência, sua capacidade e seus limites. Sendo que, embora objeto particular das pessoas que o estipularam, ele não existe apenas para estes mesmos.

Além de quem interesse tenha, o contrato necessita ser um instrumento hábil para as implicações e os direitos que possam dele provir, bem como manifestar as alterações que a relação depreendida dele venha a produzir. Ou seja, se as partes estipularem um negócio de compra e venda por meio do contrato, é absolutamente necessário que tal relação se expanda, pois a alteração do proprietário do objeto contratual tem desdobramentos no mundo fático e no mundo jurídico.

Assim, da análise do exposto no presente trabalho, tem-se que o registro do documento que veicule a vontade das partes é o único dispositivo jurídico capaz de produzir clara e objetivamente os efeitos desejados, contra os próprios contratantes e contra terceiros.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. **Eficácia dos Direitos Reais e Obrigacionais em Relação à Terceiros: breves considerações**. 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/03/31/eficacia-dos-direitos-reais-e-obrigacionais-em-relacao-a-terceiros-breves-consideracoes/>>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, Volume 3: contratos e atos unilaterais**. 15.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RUSSO, Norma Loureiro; DOMÍNGUEZ, Ana María R. Garantías de Los Derechos de Reales Mediante El Sistema de Registro y de Seguro de Título. **Revista de La Facultad de Derecho**, n.19, 2001. Disponível em: <<http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/260>>. Acesso em: 26 out. 2018.

RUZYK, Carlos E. P.; FRANK, Felipe. Revisitando os Direitos Reais a Partir de sua Interface com o Direito Obrigacional: a importância da relatividade entre os planos real e obrigacional nas relações privadas. **Sequência**, Revista da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, v.32, n.63, 2011. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p133>>. Acesso em: 26 out. 2018.

A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: BRASIL TEM UM CATÁLOGO DE DIREITOS SOCIAIS NÃO CUMPRIDOS

Anelise Bourscheidt de Andrade¹
Cláudio Rogério Sousa Lira²

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho trata acerca das falsas promessas do Estado de Bem-Estar Social (EBES), ou seja, visa ao estudo da “crise” do EBES na sociedade brasileira, como reflexo das crises econômicas que abalaram o mundo. O propósito é de, além da construção de um referencial teórico embasado na pesquisa, observar em caráter de estudo os fatores estruturais que ensejaram à “crise” do EBES, especialmente na sociedade brasileira, tendo em vista sua institucionalização no Brasil quando seus fundamentos já apresentavam sinais de esgotamento na Europa, além da não observância das diferenças culturais, econômicas e política entre a Europa e o Brasil. Busca-se analisar, por meio do problema, em que medida as principais crises econômicas contribuíram com a “crise” do EBES na sociedade brasileira, inviabilizando a eficácia dos direitos sociais.

A partir disso, tem-se como objetivo geral o estudo dos fatores estruturais que ensejaram as falsas promessas do EBES, analisando, de forma destacada, seus efeitos na economia, cultura e política dos países subdesenvolvidos ou relativamente desenvolvidos. Este assunto é relevante pois analisa os processos históricos que culminaram na ineficácia dos fundamentos do EBES no Brasil, inviabilizando, assim, a aplicabilidade dos Direitos Sociais, em decorrência, principalmente, da crise econômica que se alastrou no mundo, deixando seus vestígios até os dias atuais. Percebe-se as desigualdades sociais, morais, culturais, econômicas e políticas que abalam a sociedade brasileira, já que em um Estado Democrático de Direito, que se constitui o Brasil, os Direitos Fundamentais Sociais se encontram violados pelo próprio Estado. Este assunto potencializa discussões acerca do indivíduo como digno de valor humano e, portanto, compreende-se a importância da constituição e efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, já que se configuram como essenciais à construção de uma vida digna.

1 METODOLOGIA

A metodologia do presente trabalho, caracteriza-se como teórica, desenvolvendo-se por meio de documentação indireta sob a perspectiva da pesquisa documental e bibliográfica, que envolverá análise de obras doutrinárias, dados estatísticos, legislações e demais materiais publicados sobre o tema. O tratamento dos dados é qualitativo, investigando os aspectos sociais na realidade

¹ Acadêmica do 10º semestre das Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. E-mail: anelisedeandrade@gmail.com.

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), integrante do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior, financiado pela CAPES, para estudos na Universidad Autónoma de Madrid (Espanha), Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Especialista, Graduado em Direito e em Ciências Contábeis pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA), Servidor da Promotoria de Justiça de Tucunduva (Ministério Público - RS) e Professor de Direito Penal e Processo Penal do Curso de Direito da Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA). E-mail: lira@fema.com.br.

contemporânea, buscando uma explicação acerca dos objetivos originários da pesquisa, com fins exploratórios. O método de abordagem da pesquisa é o dialético, pois se analisará as mudanças que ocorreram na sociedade, com o intuito de explicar o fenômeno objeto desse estudo. Como forma de auxiliar o método principal, utiliza-se os métodos de procedimentos, quais sejam: o método histórico, com o intuito de analisar os acontecimentos passados que influenciaram no processo da construção da sociedade contemporânea ensejando, especialmente no Brasil, na “crise” do EBES e, conseqüentemente, na ineficácia dos Direitos Sociais; e, o método comparativo, sob a perspectiva de um estudo acerca dos efeitos dispersos pela “crise” do EBES na Europa e no Brasil.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O EBES é considerado como uma das mais abrangentes construções da civilização ocidental, desenvolvendo-se, necessariamente, nos países líderes do capitalismo na Europa ocidental, no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, concretizando-se, especificamente, em 1945. Entretanto, seus fundamentos preliminares se fundaram já durante o século XIX, juntamente com a formação do Direito do Trabalho e do Direito da Seguridade Social. (DELGADO; PORTO, 2019)

Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto entendem, a partir da proteção de alguns direitos – considerados fundamentais nos dias atuais e que ensejaram a proteção de outros direitos assegurados no Brasil pela CF/1988 - norteadores do EBES,

[...] que, ao agregar, em um conjunto institucional, cultural, jurídico, social e econômico, os ideais de liberdade, igualdade, solidariedade, direitos individuais e sociais, democracia, valorização da pessoa humana, valorização do trabalho e especialmente do emprego, justiça social e bem-estar das populações envolvidas, o EBES se tornou, sem dúvida, a mais completa, abrangente e profunda síntese dos grandes avanços experimentados pela história social, política e econômica nos últimos trezentos anos. (DELGADO; PORTO, 2019, p. 26).

Esses direitos foram concretizados pelo EBES em decorrência da necessidade de se estabelecer uma proteção aos indivíduos que constituem a sociedade, a partir do surgimento de algumas situações que abalaram a estruturação social, econômica e política de vários lugares do mundo. Esses fatos se definem, especialmente, em dois de maior abrangência:

De um lado, o fato político da ameaça socialista, tornada bastante concreta com a Revolução Russa de 1917 e também, de certo modo, com o avanço dos partidos de fundo popular na Europa ocidental, sejam comunistas, socialistas ou meramente trabalhistas. De outro lado, o colapso da gestão ultraliberalista do Estado, acentuada com a crise de 1929 e a recessão e desemprego profundos vivenciados nos países ocidentais desenvolvidos (na Europa desde os anos 1920 e, nos EUA, a partir de 1929). (DELGADO; PORTO, 2018, p. 24)

Nesse passo, pode-se dizer que o EBES surgiu, necessariamente, a partir da luta dos movimentos operários em busca da regulação de questões sociais e, nesse paradigma, desenvolveu ações visando à proteção de direitos aos indivíduos, que passaram a ser incluídos nas Constituições. Pode-se dizer que o EBES foi formulado

a partir da ideia de que todas as pessoas, independentemente de seus níveis sociais, deveriam ser protegidas pelo Estado, em outras palavras, o EBES tornou-se responsável por garantir a efetivação dos direitos sociais (NASCIMENTOS, 2017).

3 ANÁLISE

O EBES foi resultado de uma adaptação do Estado burguês capitalista, que possuía como regime a democracia pluralista, ou seja, as propostas do EBES tinham como fundamento a garantia da acumulação capitalista com o intuito de preservar a estabilidade social, promovendo uma importante dimensão à democracia, que se revelaria a partir do reconhecimento dos direitos sociais. Verifica-se que o EBES, como um Estado Social e Democrático de Direito, procura preservar as questões sociais e, ao mesmo tempo, qualifica-se em busca da igualdade (NASCIMENTO, 2017).

Nesse passo, verifica-se que o EBES, com a crise econômica derivada do choque do petróleo de 1973 a 1974, preservada em 1978 a 1979, foi alvo de diversas críticas políticas, ideológicas e econômicas, além da crise fiscal do Estado na década de 1970, o recrudescimento do desemprego, a terceira revolução tecnológica do sistema capitalista, a concorrência internacional em face da economia europeia, o envelhecimento da população europeia e a diminuição de jovens contribuintes. Também, o processo de globalização do capitalismo dificultaria a inserção da economia nacional na esfera internacional da economia capitalista por meio das políticas sociais protegidas pelo EBES (DELGADO; PORTO, 2019).

A partir desses fatores, esta fórmula ultraliberalista de interpretar a realidade do capitalismo da época ganhou espaço, pois a estruturação do EBES se tornou inviável nessa nova fase vivenciada pela sociedade, já que se considerava inadequada uma estruturação de Estado baseado nos fundamentos que o EBES constituía, nas condições sociais, econômicas e políticas que a sociedade enfrentava na época. Dessa forma, o EBES se viu incapaz de enfrentar os desafios propostos pela nova economia capitalista globalizada (DELGADO; PORTO, 2019).

Contudo, essas críticas ultraliberalistas não alcançaram efeito nos principais países da Europa (Alemanha, França, Países Baixos e a Grã-Bretanha) que aderiram ao EBES, pois tais mudanças evidenciadas não desconstruíram o padrão civilizatório que o EBES alcançou, em que pese essas crises tenham gerado algumas adequações, porém não modificaram a base estrutural dos princípios regidos pelo EBES, graças aos compromissos políticos firmados por esses Estados gerando o apoio de seus eleitorados (DELGADO; PORTO, 2019). Pode-se dizer que,

[...] os países que preservaram seus EBES na Europa ocidental têm se mostrado extremamente competitivos e dinâmicos no enfrentamento da economia globalizada. [...] Por outro lado, países e economias que não têm traço relevante de estruturação de efetivos Estado de Bem-Estar Social, como os asiáticos recém-egressos na economia mundializada (China, Índia e Coreia do Sul, por exemplo), têm tido em comum a característica de rejeitarem, firmemente, as propostas de estruturação ultraliberalista de suas economias e políticas públicas. [...] Em sociedades e economias relativamente desenvolvidas e diversificadas como algumas latino-americanas (Argentina, Brasil e México, em especial), dotados de grande território e significativa população, com um processo de desenvolvimento já relativamente integrado às características capitalistas atuais, parece claro que o processo de desenvolvimento econômico-social [...] deve se fazer

combinando os ganhos de escala propiciados pelo intervencionismo estatal típico dos EBES. (DELGADO; PORTO, 2018, p. 30-31).

Ocorre que essa concepção de EBES, nos países do continente Europeu, teve seu auge entre os anos de 1945 e 1980, vindo a se estabelecer no Brasil apenas com a CF/1988, ou seja, esta ideia de EBES foi adotado no Brasil quando alguns países da Europa já apresentavam sinais de esgotamento. Dessa forma, é visível que o constituinte, ao introduzir o EBES como garantia dos direitos sociais na CF/1988, ignorou as diferenças culturais, econômicas e políticas existentes entre os países da Europa e o Brasil (NASCIMENTO, 2017). Entretanto, é visível que,

[...] tanto na Europa quanto no Brasil, fala-se, na atualidade, em um processo de falência parcial do Estado de Bem-Estar Social decorrente dos desequilíbrios financeiro e fiscal, do intervencionismo público na promoção de direitos prestacionais e da impossibilidade de o modelo apresentar respostas adequadas às novas demandas da Sociedade plural e globalizada. (NASCIMENTO, 2017, p. 104).

Dessa forma, pode-se dizer que essa falência é resultado, essencialmente, das crises econômicas que abalaram grande parte do mundo, prejudicando a implantação e preservação dos direitos sociais. Também, é compreensível que tal conflito advém da intervenção estatal que, por se tornar anacrônico, não apresentou soluções adequadas à sociedade complexa que se constituiu. Constata-se a minimização do Estado como ente soberano, pois, em decorrência, principalmente, do processo de globalização, se vê incapacitado de disciplinar e controlar os efeitos que ultrapassam as fronteiras políticas (NASCIMENTO, 2017).

Observa-se que o EBES está fragilizado, na medida em que enfrenta dificuldades em representar os cidadãos em uma comunidade globalizada, pela sua inaptidão em responder as demandas tendentes de uma Sociedade de risco. Também, verifica-se que a crise econômica abala drasticamente os setores mais frágeis da população, resultando em danos irreparáveis que poderão acarretar a descrença da sociedade perante o poder público e, conseqüentemente, a evolução para uma crise do Estado Democrático de Direito (NASCIMENTO, 2017).

É evidente que o crescimento populacional, o aumento da expectativa de vida e a reivindicação por índices sociais elevados, resultaram em um aumento dos custos sociais sem, entretanto, gerar meios para suprir essas demandas, provocando desequilíbrio e deficiência na implementação dos fundamentos do EBES. Dessa forma, pode-se concluir que se não há equilíbrio, conseqüentemente haverá a violação da proteção social, pois os Estados que adotaram o EBES enfrentam dificuldades para estabelecer um equilíbrio entre o dever de preservar os direitos sociais e seus limites impostos pelas restrições orçamentárias (NASCIMENTO, 2017).

Por conseguinte, é compreensível que

Somente um Estado de Bem-Estar Social, adequado às peculiaridades latino-americanas e brasileiras em particular, será capaz de tomar as medidas eficazes assecuratórias de um significativo desenvolvimento econômico do tipo sustentável, harmonizado com a simultânea construção de igualdade, justiça e bem-estar sociais. O perfil intervencionista do EBES torna naturais políticas públicas imprescindíveis aos desenvolvimento econômico, como, a título ilustrativo, gestão racional do câmbio, gestão racional do crédito e seus juros, políticas interventivas de estímulo a distintos segmentos empresariais, incremento do investimento público e do

investimento privado na economia, priorização dos nichos econômicos estratégicos (energia, saneamento básico, transporte etc.) e dos nichos sociais estratégicos (saúde, educação, emprego etc.), a par de outras medidas convergentes. (DELGADO; PORTO, 2018, p. 31).

Por fim, pode-se dizer que o período contemporâneo trouxe uma nova fase ao EBES, ou seja, é evidente que ocorreram transformações qualitativas, como por exemplo o aumento de gastos sociais que, em um período de redução da atividade econômica, cresceu em um ritmo superior ao do crescimento do produto, mas que foram mais lentos do que o ocorrido no pós-guerra e acabaram por redirecionar a delimitação de uma divisão público-privado, porém não se pode dizer que tenha sido, de fato, uma crise, já que o EBES cresceu aos limites impostos (DELGADO; PORTO, 2019).

CONCLUSÃO

O EBES surgiu com o intuito de estabelecer alguns direitos, hoje considerados essenciais, para que fosse assegurado aos indivíduos que compõem a sociedade maior proteção e dignidade em suas vidas, em decorrência de acontecimentos históricos que abrangeram o mundo e, conseqüentemente, ensejaram a necessidade de medidas que assegurassem a proteção dos direitos sociais dos indivíduos.

Nesse passo, a partir da análise dos fatores estruturais, especialmente econômicos, que culminaram na “crise” do EBES, observa-se que essa forma de Estado teve seu auge nos países europeus anos antes de ser concretizado pelo Brasil, vindo a se estabelecer no Brasil somente em 1988 com a Constituição Federal, quando já apresentava sinais de esgotamento na Europa. Também, observa-se, conforme exposto, que quando o EBES foi introduzido no Brasil, foram ignoradas as diferenças sociais, culturais, econômicas e políticas existentes entre a Europa e o Brasil.

Assim, conclui-se que o EBES foi introduzido no Brasil sem se levar em consideração os problemas que abalam a sociedade brasileira, dificultando a efetiva concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, já que os desequilíbrios econômicos inviabilizam a intervenção do Estado na distribuição financeira, tendo em vista as novas demandas da sociedade globalizada que causam novos custos financeiros sem gerarem meios capazes de suprirem estas demandas, mantendo-se o constante desequilíbrio econômico, cultural e político do País.

Este assunto instiga os indivíduos a procurarem medidas que visem à redistribuição de renda entre as classes sociais por meio da intervenção do Estado, já que se constitui como Estado Democrático de Direito, tendo por obrigação a busca constante de meios capazes de concretizar a eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais, com o intuito de se configurar como um Estado humanitário que visa à proteção da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. A Atualidade do Estado de Bem-Estar Social. *In*: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). **O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no Capitalismo Contemporâneo. *In*:DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). **Welfare State: os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019.

NASCIMENTO, Rafael do. **As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto de Crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.