



***PONTO DE
VISTA JURÍDICO***

REVISTA CIENTÍFICA DO NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO DA UNIARP

PONTO DE VISTA JURÍDICO:

Revista Científica do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe.

V. 8 – Nº 2 – 2019

*Editor:
Prof. Dr Levi Hulse*

Catálogo na fonte elaborada pela Biblioteca Universitária
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador -SC

R454r

Revista eletrônica Ponto de Vista Jurídico
da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP /
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. V.8, nº 2, 2019.
Caçador (SC): UNIARP, 2012.

Semestral (online)
ISSN: 2316-4042

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDD 340.05

EDITOR:

Prof. Dr. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CONSELHO EDITORIAL:

Profª. Dra. Laura Garbini Both, Centro Universitário UniBrasil -UNIBRASIL - Curitiba - Pr - Brasil, Brasil
Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes, Faculdade Meridional-IMED , Passo Fundo, RS, Brasil
Prof. Dr. Douglas Cesar Lucas, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui, Santa Rosa, RS, Brasil
Profª. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profª. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Universidade Federal do Paraná - IFPR, Curitiba, PR, Brasil
Prof. Dr. Francisco Oliveira Neto, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, SC
Profª. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profª. Dra. Monize Sâmara Visentini, Universidade Federal da Fronteira Sul - IFFS, Cerro Largo, RS, Brasil
Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

COMISSÃO CIENTÍFICA AD HOC:

Prof. Msc Henrique da Rosa Ziesemer, Ministério Público de Santa Catarina - MPSC, Brasil
Profª. Msc. Jaqueline Moretti Quintero, Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, SC, Brasil
Profª. Msc. Juliana Zamignan, Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, Chapeco, SC, Brasil
Prof. Msc. Ricardo Emilio Zart, Univesidade do Oeste de Santa Cartarina - UNOESC, Videira, SC
Prof. Msc. Rodrigo Fernando Novelli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC
Profª. Msc. Dheimy Quelem Waltrich, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Ijuí, RS
Profª. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profª. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil
Prof. Msc. Leonardo Beduschi, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau-SC, Brasil
Profª. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Prof. Dr. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Profª. Ms. Jociane Machiavelli Oufella, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CAPA

Denise Bolzan Barpp, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

EDITORACÃO ELETRÔNICA

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

BIBLIOTECÁRIA

Célia De Marco, UNIARP, Caçador, SC, Brasil

Ponto de Vista Jurídico é um periódico anual do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) publicado em formato eletrônico (ISSN: 2316-4042).

Missão: O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade..

Indexadores e bases de dados: Este periódico está indexado no Portal do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER/IBICT), no Latindex (Sistema Regional de Informação em Linha para Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal), no Sumários.org emagrecer rapidamente e no Catálogo da Biblioteca da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe-UNIARP. Cadastrado no Diadorim, diretório de políticas das revistas científicas brasileiras sobre o acesso aberto aos artigos por meio de repositórios institucionais.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	6
LEGISLAÇÃO NO COMBATE AO EXTREMISMO RELIGIOSO: O EXEMPLO DO AZERBAIJÃO	7
A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E A POSSIBILIDADE DO TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL TELEVISIVO COM BASE NA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	20
A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMILIA E ALIENAÇÃO PARENTAL	37
O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO CONCEBIDO POR FECUNDAÇÃO HOMÓLOGA POST- MORTEM	55
A MEDIAÇÃO COMO MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS NA CRISE DO PODER JUDICIÁRIO	69
O ESTADO E A GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS.....	89
OS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE AMAZÔNICA: PROTEÇÃO JURÍDICA E SUSTENTABILIDADE	97
ECOCÍDIO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO TRANSNACIONAL DO MEIO AMBIENTE.....	114
A INCONSTITUCIONALIDADE DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEICULO AUTOMOTOR NA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA EM FACE DAS PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS	126

EDITORIAL

Prezados Leitores e Colaboradores! É com imensa satisfação que apresentamos mais um periódico da Revista “Ponto de Vista Jurídico”, sendo nossa 9ª. edição da revista e a segunda do ano de 2017. A revista vem buscando sua consolidação e recebendo artigos de grande qualidade.

A revista Ponto de Vista Jurídico da UNIARP- Universidade Alto Vale do Rio do Peixe é um periódico que é publicado semestralmente, que recebe textos de todas as áreas do Direito. Todos os textos passam por double blind review, onde são analisados por operadores do Direito.

Lembramos que nossa missão é: O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade. Já a nossa visão é: A partir do paradigma aplicado do Direito, consistente nas disciplinas dogmáticas, à guisa de exemplo o Direito Civil; avançar para novas abordagens, acolhendo saberes emanados de outras áreas epistemológicas, permitindo compreensão integral do fenômeno jurídico, a par da fusão entre justiça e normatividade.

Agradecemos aos autores desta Universidade e bem como das demais Universidades, que confiaram seus artigos a esta revista. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Dr. Levi Hulse
Editor

LEGISLAÇÃO NO COMBATE AO EXTREMISMO RELIGIOSO: O EXEMPLO DO AZERBAIJÃO

*Emanuelle Luana De Nadal Luz¹
Cláudio Antônio Klaus Júnior²*

*Recebido em: 21 out. 2019
Aceito em: 05 dez. 2019*

RESUMO

A religião é um fenômeno social que emergiu tanto como sistema de crenças quanto como forma de gestão da sociedade por muitos séculos. Dado que mais de dois terços da população mundial são crentes de diferentes religiões, as relações entre religião e estado, bem como religião e sociedade, sempre manterão sua atualidade. Para manter a paz, a tolerância e o multiculturalismo no mundo atual, existe uma grande necessidade de distinguir a liberdade de fé do radicalismo religioso, do extremismo religioso e do fanatismo. O direito como regulador das relações sociais, visa assegurar a sobrevivência, os direitos individuais, às liberdades individuais e tornar-se previsível e legítimo. A legislação e os estatutos nascem do direito para que, de forma pública e registrada, as pessoas possam conhecer as regras da sociedade em que vivem. Utilizando-se de conceitos de direito e legislação este trabalho visa expor o exemplo do Azerbaijão em seu direito nacional agindo como protetor das liberdades individuais. O Azerbaijão é localizado na região da Transcaucásia da Eurásia, entre a Ásia Ocidental e a Europa Oriental, marcado pelo multiculturalismo, é uma referência na legislação em combate ao extremismo religioso. Um panorama histórico do país é apresentado para a compreensão da evolução histórica que culmina na atual cultura da tolerância e aceitação do multiculturalismo.

Palavras chave: Estado de direito, liberdade religiosa, multiculturalismo do Azerbaijão

LEGISLATION IN COMBATING RELIGIOUS EXTREMISM: THE EXAMPLE OF AZERBAIJAN

ABSTRACT

Religion is a social phenomenon that has emerged as both a belief system and a way of managing society for many centuries. Since more than two-thirds of the world's population are believers of different religions, the relationship between religion and state, as well as religion and society, will always remain current. To maintain peace, tolerance, and multiculturalism in today's world, there is a great need to distinguish freedom of faith from religious radicalism, religious extremism, and fanaticism. Law as the regulator of social relations aims to ensure survival, individual rights, individual freedoms and to become predictable and legitimate. The legislation and statutes are born from the law so

¹ Bacharel em Relações Internacionais da Universidade do Vale do Itajaí.

² Acadêmico do curso de Relações Internacionais do Centro Universitário Internacional UNINTER, Pesquisador do Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário Internacional UNINTER, Acadêmico do curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP

that, in a public and registered form, people can be aware of the rules of the society where they live. Azerbaijan is located in the Transcaucasian region of Eurasia, between Western Asia and Eastern Europe, marked by multiculturalism, and is a reference in legislation to combat religious extremism. Using concepts of law and legislation this work aims to set the example of Azerbaijan in its national law acting as a protector of individual freedoms. A historical overview of the country is presented for the understanding of the historical evolution that culminates in the current culture of tolerance, acceptance and multiculturalism.

Keywords: The rule of law, religious freedom, Azerbaijan multiculturalism

INTRODUÇÃO

O termo extremismo religioso descreve ações baseadas na fé que são tentativas deliberadas de causar danos, de modo geral, a outras pessoas. Inclui movimentos religiosos violentos que realizam ações que iniciam-se em comportamentos familiares abusivos, chegando a violência contra outras pessoas e culturas até ataques terroristas e ações genocidas. A tolerância religiosa, o multiculturalismo e a igualdade são os alvos particulares dos extremistas.

Grupos de extremistas religiosos existentes e atuantes no mundo contemporâneo apelam às suas próprias questões históricas nacionais para justificar seus atos. Um ponto comum marcante em grupos extremistas é que eles encorajam o papel da vida após a morte e banalizam a vida neste plano. O combate ao extremismo religioso é realizado nas mais diversas esferas e por diversas ações, neste trabalho é exposta a legislação como ferramenta para o combate.

O Azerbaijão após sua independência em 1991, recebeu missionários e instituições religiosas da região, vindos ao país com o intuito de difundir seus ideais religiosos. Houve uma formação basicamente islâmica por conta da forte influência do Irã, além da influência iraniana como uma estratégia contra possíveis ações “hostis” por parte do Azerbaijão ou caso o país se aliasse aos Estados Unidos. Ações religiosas, na maioria, ineficazes devido aos fortes resquícios da polícia anti-religiosa deixada pelo domínio da União Soviética.

Atualmente com diversas ações nacionais em favor do multiculturalismo e em combate ao extremismo, o país é estudado mundialmente pelo seu exemplo legislativo. O objetivo do trabalho é expor o exemplo do Azerbaijão no combate ao extremismo religioso pelo uso do direito. Resulta de pesquisa bibliográfica sobre o extremismo religioso e seu combate através de legislação nacional, observada sob diferentes ângulos. As seções abordam a função do direito, a história do extremismo religioso no Azerbaijão e o exemplo do país no combate ao extremismo através da legislação.

A FUNÇÃO DO DIREITO E DA LEI

O direito é, segundo Miguel Reale, "um fato ou fenômeno social; não existe senão na

sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê a sua sociabilidade, a sua qualidade de ser social" (REALE, 2011, p. 2).

Historicamente observa-se que, desde o Código de Hammurabi, eram mencionadas sanções para o descumprimento de regras sociais. As regras dispostas no código mostravam que o direito punitivo era o que preponderava: "Se alguém roubar a propriedade de um templo ou da corte, ele será morto, e também quem receber dele o objeto roubado será morto" (YALE LAW SCHOOL: LILLIAN GOLDMAN LAW LIBRARY, 2019).

O direito surge [ainda] como regulador das relações sociais, nasce como uma necessidade humana visando assegurar a própria sobrevivência dentro de uma coletividade. Tais normas, que compõem a ordem jurídica e a todos são impostas, providenciando a segurança necessária às boas relações entre os membros de uma sociedade (FREIBERGER, 2018).

A ciência jurídica torna o direito viável. Ora, se o direito é um fenômeno social, a ciência jurídica também tem a sua função social. Desde o momento em que a sociedade politicamente organizada criou a regra de direito para ela se submeter, isto é reger as relações sociais, essas mesmas regras objetiva alcançar uma finalidade, uma função predisposta em suas estruturas dogmáticas (REALE, 2011).

Entende-se então que o direito é natural e também social. A contraposição do direito como fenômeno natural ou social não é possível, pois a sociedade, quando entendida como a real ou efetiva convivência entre os homens, pode ser pensada como parte da vida em geral e, portanto, como parte da natureza (KELSEN, 2006).

O direito surge também como subproduto da vida em sociedade e "como criação do espírito humano; criado pelos homens, aos homens se destina, regulando as suas ações e dirigindo-as ao fim supremo que é a realização do bem" (RUGGIEIRO, 1934, p. 21).

Sobre o direito, à organização ou ordem e o direito, Goffredo Telles Junior ensina:

Ora a lei é a ideia de ordem. É a fórmula elaborada por alguma inteligência, para a conveniente disposição de coisas, a fim de produzir um efeito preconizado. Toda lei é o plano concebido do que vai ou deve acontecer. É a fórmula da ordem, como dissemos (TELLES, 2006, p. 219-220).

A lei então é criada com o fim de obter ordem. "[...] Para que haja Direito, é necessário que haja, grande ou pequena, uma organização, isto é, um completo sistema normativo" (BOBBIO, 1991, p. 27). Desde quando do problema do Estado passaram a tomar conta os juristas, o Estado tem sido definido através de três elementos constitutivos: o povo, o território e a soberania. O Estado é um ordenamento jurídico destinado a exercer o poder soberano sobre um dado território, ao qual estão necessariamente subordinados os sujeitos a ele pertencentes (MORTATI, *apud* BOBBIO, 1985).

Há um tráfego de mão dupla entre direito e cultura popular. Questões jurídicas reais e

controvérsias dão origem a representações legais populares, assim como as representações legais populares ajudam a informar e moldar questões legais reais e resultados de casos.

Carvalho esclarece sobre o assunto em pauta. Segundo ele,

A função social do direito é o fim comum que a norma jurídica deve atender dentro de um ambiente que viabilize a paz social. O direito sempre teve uma função social. A norma jurídica é criada para reger relações jurídicas, e nisso, a disciplina da norma deve alcançar o fim para o qual foi criada. Se ela não atinge o seu desiderato, não há como disciplinar as relações jurídicas, e, portanto, não cumpre sua função, seu objeto. A função social do Direito é o fim comum a que a norma jurídica deve atender dentro de um ambiente que viabilize a paz social. Nisso, há que se ter presente que não há norma jurídica puramente individual, na medida em que ela regula relações humanas, sejam relações puramente de Direito privado, relações de ordem pública, coletivas e/ou difusas. Por meio da função social do Direito, o legislador objetiva humanizar as relações jurídicas, adotando novos valores que o mundo, em especial, o mundo ocidental, adotou com a evolução dos processos humanos e dos anseios das camadas sociais de alcançar melhores dias, pondo fim aos valores individualistas que presidiram os séculos XVII ao XIX e parte do século XX. Nesse processo de humanização, é vedado ao homem obter vantagens em descompasso com os comandos normativos (CARVALHO, 2011, pág. 1).

Com os conceitos de direito, ciência jurídica e função social pode definir-se que o direito cumpre um papel de direção de conduta, preventivo e punitivo (tratamento de condutas - gestão e solução) e a legislação trata-se de um conjunto de leis com valor jurídico, regularizando determinada matéria ou ciência, nos planos nacional e internacional, para assegurar estabilidade governamental e segurança jurídica às relações sociais entre cidadãos, instituições e empresas, que estabelece condutas e ações aceitáveis ou recusáveis de um indivíduo, instituição, entre outros. Sendo então a legislação um instrumento para que o direito possa exercer sua função. Montesquieu em “O Espírito das Leis” diz ainda que o fraco deve se proteger do forte através das leis.

Joaquín Herrera Flores leciona que:

O direito não vai surgir, nem funcionar, por si só. As normas jurídicas poderão cumprir uma função mais em concordância com o “que ocorre em nossas realidades” se as colocarmos em funcionamento – a partir de cima, mas sobretudo a partir de baixo -, assumindo desde o princípio uma perspectiva contextual e crítica, quer dizer, emancipadora (FLORES, 2009. p. 24).

Entende-se então que o direito e a legislação nascem da necessidade social e devem nortear a vida daqueles que se submetem a viver em territórios onde tal norma existe.

A legislação poderá ainda ser interna e aplicar-se a apenas um país ou internacional podendo ser adotada por outros através de tratados. Conforme ensina o jurista brasileiro Francisco Rezek (1989), “Tratado é o acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos” (REZEK *apud* SILVA, 2011). Nos séculos XX e XXI, intensificou-se o esforço internacional de produção de normas jurídicas escritas, de modo a garantir maior previsibilidade e legitimidade ao Direito Internacional (SILVA, 2011).

A própria Carta das Nações Unidas, assinada em 1945, em São Francisco, e que constitui

um dos principais Tratados em vigor atualmente, estabelece que a organização empreenderá esforços para:

Promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação (A Carta das Nações Unidas - Artigo 13; 1.a.)

Pode-se dizer ainda que um dos fins objetivados pela legislação e pelos códigos é a justiça – como enfatizado por Platão em “A República”, no qual ele questiona “por que devemos ser virtuosos, e justos (em vez de maus)”, e “por que devemos ser cumpridores da lei ou éticos” (PAVLICH, *apud* BIJOS, 2018) – a justiça é o traço mais forte da sociedade, contribuindo para o progresso do país, paz e segurança. Platão apresentou a ideia de justiça como o estado natural da sociedade civilizada e dos seres individuais. Ele vê a justiça como tendo uma natureza essencial e purificada que podemos decifrar pelo uso cuidadoso da razão e da lógica (PAVLICH, *apud* BIJOS, 2018).

Os países democráticos são parte de um sistema de governo por leis, não por indivíduos. Em uma democracia, o Estado de Direito protege os direitos dos cidadãos, mantém a ordem e limita o poder do governo. Todos os cidadãos são iguais nos termos da lei. O governo por leis tem diversos benefícios, em especial na garantia dos direitos fundamentais do cidadão, além da garantia de previsibilidade.

PANORAMA HISTÓRICO DO EXTREMISMO RELIGIOSO NO AZERBAIJÃO

Discussões acerca do extremismo religioso têm sido recorrentes no campo das Relações Internacionais principalmente após os ataques de 11 de setembro de 2011. Mesmo não sendo a causa determinante do terrorismo, a religião pode ser considerada um dos fatores agravantes para a intensificação de conflitos. Nesse sentido, a presente seção traz um breve retrato histórico do extremismo religioso no Azerbaijão e elucida seus possíveis reflexos na conjuntura atual.

O período pós Guerra Fria representou o aumento dos conflitos relacionados à religião, pois de certa forma substituíram as batalhas entre o Ocidente capitalista e o Bloco comunista (JUERGENSMEYER, 2001). Segundo o pensamento de Huntington em “O Choque de Civilizações”,

[...] no mundo moderno, a religião é uma força central, talvez a força central que motiva e mobiliza as pessoas. O que em última análise conta para as pessoas não é a ideologia política nem o interesse econômico; mas aquilo que com que as pessoas se identificam são as convicções religiosas, a família e os credos. É por estas coisas que elas combatem e até estão dispostas a dar a sua vida (HUNTINGTON, 1997, p.79).

Nesse sentido, desafios quanto ao extremismo religioso emergiram na República do Azerbaijão. Ao se tornar independente em 1991 após a dissolução da União Soviética, missionários e

instituições religiosas principalmente da Turquia, Irã e Mundo Árabe vieram ao país com o intuito de difundir seus ideais religiosos, alguns dos quais supostamente ligados à organizações militantes (GEORGIAN CENTER FOR SECURITY AND DEVELOPMENT, 2018).

O primeiro desafio a emergir naquele período refere-se a influência do Irã, país vizinho que buscava estabelecer os valores islâmicos no Azerbaijão e assim formular um partido político para influenciar a vida pública. Como parte dessa estratégia, organizações iranianas passaram a conceder ajuda humanitária e literatura religiosa em campos de refugiados e recrutar jovens azerbaijanos para estudar em escolas religiosas no Irã (GEORGIAN CENTER FOR SECURITY AND DEVELOPMENT, 2018).

Contudo, estas ações foram ineficazes devido a forte política anti-religiosa estabelecida no Azerbaijão durante o domínio da União Soviética³. As tentativas iranianas de estabelecer grupos radicais no país não necessariamente representavam a decisão de reproduzir ataques imediatos, mas constituíam-se em uma estratégia contra possíveis ações “hostis” por parte do Azerbaijão ou até mesmo caso o país se aliasse aos Estados Unidos (GEORGIAN CENTER FOR SECURITY AND DEVELOPMENT, 2018).

O segundo desafio em relação ao extremismo religioso no Azerbaijão é o Salafismo⁴, corrente sunita do Islã que defende um retorno ao Islã em sua forma mais pura. A influência desta corrente se deu através de missionários advindos do Daguestão e Chechênia (norte do Cáucaso) a partir de 1990 e também após a guerra russo-chechena, (1999 - 2001) ocasião em que rebeldes chechenos, em grande maioria de orientação salafista, foram empurrados pelos russos para fora do norte do Cáucaso em direção à Geórgia e Azerbaijão (SOULEIMANOV, EHRMANN, 2013).

A ação dos missionários salafis resultou em diversas cidades azerbaijanas convertidas à religião. Em 2003, por exemplo, 65 novas mesquitas comandadas por salafis foram criadas, o que mostra que tais ações foram fundamentais para a intensificação do movimento na região. Entre as organizações militantes (também conhecidas como jihadistas) estabelecidas naquele período no Azerbaijão, destaca-se o grupo *Jeyshullah*, que com o objetivo de tomar o poder e criar um estado islâmico, executou diversos ataques terroristas entre 1997 e 1999. Além deste, cita-se o *Forest Brothers*, grupo que buscava propagar o *jihad* militante através de livros e planejar ataques à

³ Ao ocupar o Azerbaijão em 1920, a Rússia comunista implementou o ateísmo estatal na sociedade, tornando-a praticamente imune à manifestações em prol do islamismo político. Pesquisas no final da era soviética pontuaram que, embora a grande maioria dos azerbaijanos se identificasse como muçulmana, apenas uma pequena parcela tinha compreensão dos pilares do Islã (SOULEIMANOV, EHRMANN, 2013).

⁴ "O salafismo se originou como um movimento intelectual liderado por Muhammad Abduh, Jamal al-Din al-Afghani e Rashid Rida no final do século XIX. Os primeiros Salafis tentaram consolidar o avanço tecnológico e social do Iluminismo da Europa, acreditando que sua própria sociedade era a herdeira da Idade de Ouro do Islã (período após as revelações do Profeta Muhammad)" (SOULEIMANOV, EHRMANN, 2013).

instituições associadas ao Estado, que estava em ação ainda em 2012 (VALIYEV, 2018).

No panorama atual, estimativas apontam a existência de 10.000 a 25.000 adeptos ao salafismo no Azerbaijão. Contudo, as ações do movimento se limitam à pregação nas mesquitas, enquanto apenas uma parcela exerce atividades militantes, que por sua vez são limitadas devido à falta de recursos financeiros e de equipamentos. Assim, embora os ensinamentos salafistas contradigam o ramo xiita do Islã – seguido pela maioria da população – a maioria dos adeptos não se envolve em atividades criminosas (EUROPEAN FOUNDATION FOR DEMOCRACY, 2015; GEORGIAN CENTER FOR SECURITY AND DEVELOPMENT, 2018).

Ainda é importante ressaltar que, embora possua alcance limitado, o salafismo ainda apresenta preocupações. O governo do Azerbaijão hoje adota identidade secular, por isso, é frequentemente criticado pelo declínio dos valores morais tradicionais e aumento da criminalidade no país. Desta forma, os cidadãos podem se voltar ao movimento salafi como uma forma de oposição política ao regime atual. Em 2010, por exemplo, o Azerbaijão adotou um uniforme escolar padrão que excluía trajes islâmicos tradicionais. Tal ação provocou protestos nas ruas contra a discriminação do governo à muçulmanos devotos, e conseqüentemente constituiu-se em um possível estímulo ao movimento (SOULEIMANOV, EHRMANN, 2013; VALIYEV, 2018). Nesse sentido, a próxima seção aborda as respostas do país frente às ameaças de extremismo religioso e expõe a legislação estatal utilizada, baseada em grande medida nos princípios de multiculturalismo e tolerância.

O EXEMPLO DO AZERBAIJÃO NO COMBATE AO EXTREMISMO RELIGIOSO

O Azerbaijão é um exemplo raro em um país de maioria muçulmana. O primeiro artigo de sua Constituição afirma que “a República do Azerbaijão se proclama um estado democrático, secular, legal e social cujos valores mais altos são um indivíduo, sua vida, direitos e liberdades” (WOONS, 2017, p. 125)⁵. Contudo, esta não é uma tarefa fácil haja vista a extensa diversidade cultural e religiosa do país.

Atualmente o Azerbaijão engloba cerca de 30 grupos étnicos, compostos principalmente por turcos, talishes, curdos, ávaros, tártaros, tats e udins. Estima-se que 93% da população é muçulmana (sendo que 65% são xiitas e 35% sunitas), 3,1% é cristã (confissões ortodoxas, católicas e protestantes), e o restante representa minorias religiosas como Bahais, Krishnaitis, Zoroastrianos, entre outros (MAMMADZADEH *et al.*, 2018).

⁵ Texto original: “*The Republic of Azerbaijan proclaims itself a democratic, secular, legal and social state whose highest values are an individual, his life, rights and freedoms*”. Todas as traduções feitas no presente artigo são de responsabilidade dos autores.

À vista disso, com o intuito de destacar seu apoio à diversidade cultural e religiosa, o presidente do Azerbaijão Ilham Aliev declarou 2016 “O ano do Multiculturalismo” no país. Ainda, em 2015 estabeleceu o *Baku International Multiculturalism Center*⁶, organização que regula as relações étnicas e religiosas no território e divulga o modelo do multiculturalismo azerbaijano no exterior. Segundo o presidente, o Azerbaijão representa uma ponte cultural entre o Oriente e Ocidente e, embora nos séculos passados não houvesse a palavra multiculturalismo, as ideias que o retratam já estavam presentes (MAMMADZADEH *et al.*, 2018).

Assim, entender a abordagem secular e tolerante do Azerbaijão pressupõe visualizar sua história, que remete principalmente ao período em que a Rússia czarista obteve controle sobre o país em 1828. A partir deste período, o território se tornou um dos líderes mundiais na produção de petróleo, houve aumento da atividade econômica com a Europa e a vinda de colonos russos para a região. Esse ambiente propiciou, como consequência, a entrada de novas ideias no país. Desta forma, apesar da presença marcante de muçulmanos xiitas e sunitas, os intelectuais do Azerbaijão, inspirados pelas ideias advindas da Europa passaram a promover uma visão de Estado secular, que se materializou posteriormente em 1918, quando a República Democrática do Azerbaijão se tornou a primeira democracia secular no mundo muçulmano (NAJAFIZADEH, 2012, *apud* WOONS, 2017).

A partir disso, o país garantiu que grupos etnoculturais e religiosos teriam representação garantida, proporcionando-lhes assentos parlamentares⁷. Em conformidade com Woons, (2017, p. 124)

[...] isso levou o povo do Azerbaijão a tomar inúmeras decisões políticas fundamentais que promoviam a paz, a tolerância e a inclusão não apenas entre a maioria étnica do Azerbaijão ou muçulmana, mas também muitas outras minorias⁸.

Diferentemente de conceitos ocidentais, o Azerbaijão então formulou uma política de Estado que envolvia tanto o conhecimento liberal quanto o Islã tradicionalista (ISMAYILOV, 2015). Entretanto, com o advento da ocupação Soviética, essa abordagem deixa de ser prioridade devido ao expressivo ateísmo estatal implantado pelo governo, mencionado na seção anterior.

Com o colapso da URSS, O Azerbaijão restabeleceu sua independência e, como consequente, adotou em sua Constituição o princípio de que todas as fés são iguais perante a lei na relação estado-religião (MAMMADZADEH *et al.*, 2018). Além disso, concebeu

⁶ Em tradução para português: Centro Internacional de Multiculturalismo de Baku.

⁷ Do total de 120 assentos parlamentares, 21 foram destinados à armênios, 10 para russos e um para as populações étnicas alemãs e judaicas (CORNELL; KARAVELI; AJEGANOV, 2016).

⁸ Texto original: “*All of this led the people of Azerbaijan to pursue numerous fundamental political decisions that promoted peace, tolerance, and inclusion not just among the ethnic Azerbaijani or Muslim majority, but many other minorities*”.

ferramentas para enfrentar possíveis ameaças de radicalização e assim garantir um equilíbrio entre a estabilidade e o desenvolvimento da diversidade.

Como parte dessa estratégia, o Azerbaijão atualmente adota instrumentos legais com o intuito de monitorar as atividades religiosas e assim evitar a ocorrência de extremismos. A Constituição do país garante explicitamente o princípio do secularismo, tanto em seu preâmbulo quanto no artigo 7, que define o Estado como uma “república democrática, legal, secular e unitária” (THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN, p. 3)⁹. O Art. 18 que explica que a religião é separada do governo e cada religião é igual perante a lei (BIJOS, 2018). O artigo 25 garante os mesmos direitos a todos os cidadãos, independentemente de sua crença religiosa, enquanto o artigo 48 prevê a liberdade religiosa e o direito de professá-la (CORNELL; KARAVELI; AJEGANOV, 2016).

Além disso, os valores da Constituição encontram complementaridade na Lei sobre a Liberdade de Crenças Religiosas de 1992, que estabelece o princípio da liberdade de religião e, ao mesmo tempo, objetiva impedir que esta seja utilizada contra a natureza secular do Estado. O artigo 1 estabelece que “[...] é proibido propagar as religiões com o uso de violência religiosa ou semear discórdia entre as pessoas com o objetivo de mudar seu modo de vida religioso ou forçar a confissão de religião”¹⁰ (EUROPEAN FOUNDATION FOR DEMOCRACY, 2015, p. 57).

Todos têm o direito de praticar sozinhos ou em qualquer outra religião, de expressar e disseminar suas convicções a respeito da relação da religião. A Lei da Liberdade Religiosa repete os princípios seculares da Constituição, mas também procura estabelecer barreiras legais contra a destruição do estado secular do Azerbaijão por atores religiosos. Assim, condiciona o princípio da liberdade de religião à intocabilidade absoluta do estado secular (CORNELL; KARAVELI; AJEGANOV, 2016).

Ainda, em 5 de dezembro de 2015, o país adotou uma lei especial “Sobre a luta contra o extremismo religioso”. Ao definir as bases legais e organizacionais da luta contra o extremismo religioso, a lei fixa os direitos e obrigações dos órgãos e cidadãos do Estado que realizam a luta contra o extremismo (HASANOV, 2019).

O principal objetivo da adoção desta lei é proteger a estrutura constitucional, a soberania e a segurança multicultural do Estado e fortalecer a luta contra grupos armados e organizações

⁹ Texto original: “*Article 7. Azerbaijanian state 1. Azerbaijanian state is democratic, legal, secular, unitary republic*”.

¹⁰ Texto original: “*It is prohibited to propagandise religions with the appliance of religious violence or sowing discord among the people with the aim of changing their religious way of life or forcing to confessing religion*”.

terroristas formadas em disfarces religiosos. Dado que grupos terroristas estão em ascensão com ideias radicais, a adoção da lei mencionada foi de grande importância (HASANOV, 2019).

Em decisão do Tribunal Distrital de Nasimi, cidade de Baku, de 4 de agosto de 2017, foi pronunciado:

[A] República do Azerbaijão em sua Constituição declara que seu objetivo mais alto é garantir os direitos e as liberdades humanas, estabelece o dever dos tribunais de restaurar os direitos e as liberdades humanas - e em conformidade com o artigo 41 da Convenção e a jurisprudência do Tribunal Europeu, quando os direitos humanos e as liberdades são violados, para restaurar o estado anterior apenas com satisfação¹¹.

A decisão mostrou novamente o Estado como soberano e cumpridor daquilo que expressa em sua constituição. O Diretor do Centro Internacional de Multiculturalismo do Azerbaijão Ravan Hasanov menciona:

Como um estado civil e secular, o Azerbaijão sempre foi contra o extremismo religioso, condenou a intolerância religiosa e cooperou com outros estados nesta esfera e o faz hoje também. O Azerbaijão dá preferência à cooperação com os países que combatem o terrorismo e o extremismo religioso. Atualmente, os órgãos de aplicação da lei estão adotando medidas consistentes e direcionadas para impedir as tendências radicais e extremistas.(HASANOV, 2019)¹².

Tal monitoramento das atividades religiosas ocorre através do Conselho Muçulmano do Cáucaso e do Comitê Estadual para o Trabalho com Organizações Religiosas, órgãos que buscam garantir que as ações relacionadas à religião estejam em conformidade com a lei. Além destes, o Ministério da Segurança Nacional e os serviços de inteligência supervisionam clérigos radicais que por vezes utilizam mesquitas e organizações religiosas para recrutar indivíduos para a militância (EUROPEAN FOUNDATION FOR DEMOCRACY, 2015).

Deste modo, apesar da coexistência estável e pacífica na República do Azerbaijão, a ameaça do extremismo religioso e o radicalismo existe em todos os locais. Para evitar isso, as tradições de tolerância e multiculturalismo devem ser mantidas, desenvolvidas e defendidas em toda a sociedade (HASANOV, 2019).

¹¹ Texto original: “[The] Azerbaijan Republic in its Constitution declares its highest aim is to guarantee human rights and freedoms, establishes the duty of the courts to restore human rights and freedoms—and in accordance with Article 41 of the Convention and the European Court case-law, when human rights and freedoms are violated, to restore to the previous state by means of just satisfaction”— Baku City Nasimi District Court, decision dated August 4, 2017.

¹² Texto original: “As a civil and secular state, Azerbaijan has always been against religious extremism, condemned religious intolerance and cooperated with other states in this sphere and is doing it today as well. Azerbaijan gives preference to cooperation with the countries combating terrorism, religious extremism. At present legal enforcement bodies are taking consistent and targeted measures to prevent the radical and extremist tendencies” (Hasanov, 2019).

CONCLUSÃO

Diante dos expostos acima, foi possível demonstrar a importância da legislação do Azerbaijão no combate ao extremismo religioso. Essa asserção foi viabilizada por meio do estudo da legislação vigente e contexto histórico do país. A partir do entendimento da expressiva diversidade religiosa e cultural, assimilou-se que políticas que visam a tolerância e a promoção do multiculturalismo dispõem de vantagens reais.

Compreendeu-se que embora o nível de extremismo religioso no país seja considerado relativamente baixo, a conjuntura é volátil devido a presença da ideologia islâmica radical no país, citada no contexto histórico e, de maneira geral, por conta da ascensão de grupos terroristas na contemporaneidade, fatores que intensificam a importância de instrumentos legais que priorizem a segurança.

Apesar dos benefícios, arrisca-se inferir que a tolerância a todas as religiões encontra respaldo somente naquelas compatíveis com a ideologia secular do Estado. Por isso, percebe-se que o Azerbaijão apoia as religiões minoritárias desde que estas pressuponham um relacionamento de cooperação com os valores estatais, prática que pode limitar o alcance e livre expressão de tais organizações religiosas.

Ainda, ao término deste trabalho foi possível analisar a escassez de produções acadêmicas no tocante ao tema na academia brasileira. Desta forma, pretende-se que o artigo em questão suscite outras pesquisas referentes à política de estado multicultural do Azerbaijão.

REFERÊNCIAS

BIJOS, Leila. **O papel do multiculturalismo na política de Estado do Azerbaijão**, Editora Espaço Acadêmico, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. 1985, p. 93. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 1991. p. 27. Brasília: Editora Universidade de Brasília - Editora Polis.

CARVALHO, Francisco José. **A função social do Direito e a efetividade das Normas Jurídicas**. Introdução ao Estudo do Direito. Carta Forense. 2011, p. 36. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-funcao-social-do-direito-e-a-efetividade-das-normas-juridicas/7940>>. Acesso em: 20 set. 2019.

CIFUENTES, Rafael Llano. **Relações entre a Igreja e o Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro, José Olympio, 1989.

CORNELL, Svante; KARAVELI, Halil; AJEGANOV, Boris. **Azerbaijan's Formula:**

Secular Governance and Civic Nationhood. Singapura: Central Asia-Caucasus Institute and Silk Road Studies Program, 2016. 110 p.

European Foundation for Democracy. **Secularism in Azerbaijan and the Threat of Radicalization in the Region.** Bruxelas: European Foundation For Democracy, 2015. p.77

FREIBERGER, Rubens Luis. AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA APRESENTAÇÃO DESTE INSTITUTO OBSERVANDO-SE OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E AS PRISÕES PENAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. **Revista Ponto de Vista Jurídico: Revista Científica do Núcleo de Pesquisa em Direito da UNIARP, Caçador, v. 7, n. 1, jun./2018.** Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.33362/juridico.v7i1.1494>>. Acesso em: 20 set. 2019.

GEORGIAN CENTER FOR SECURITY AND DEVELOPMENT. **The Roots of Violent Extremism and Radicalization in Azerbaijan and Georgia.** Tbilisi: Friedrich-ebert-stiftung, 2018. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/georgien/14736.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

HASANOV, RAVAN - EURASIA REVIEW. **Role of Multiculturalism Policy in Struggle Against Religious Extremism: Example Of Azerbaijani Experience – Analysis.** Disponível em: <<https://www.eurasiareview.com/07042019-role-of-multiculturalism-policy-in-struggle-against-religious-extremism-example-of-azerbaijani-experience-analysis/?fbclid=IwAR0hq9JGSbu-dPerzOPkHOMadagZcsELVNBPHZS6WZwS6y9x4tUls4dHHDs>>. Acesso em: 16 out. 2019.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações.** São Paulo: Ed. Objetiva, 1997.

ISMAYILOV, Murad. Postcolonial Hybridity, Contingency, and the Mutual Embeddedness of Identity and Politics in Post-Soviet Azerbaijan: Some Initial Thoughts. **Caucasus Analytical Digest.** Zurique, p. 7-13. set. 2015.

JUERGENSMEYER, Mark. **O Terror na Mente de Deus: O crescimento global da violência religiosa.** 3ª ed. University of California Press, 2001.

KELSON, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1-427.

MAMMADZADEH, Ilham *et al.* The multicultural nature of Azerbaijani space as seen by exponents of Azerbaijani culture. **Geopolitical, Social Security And Freedom Journal.** Varsóvia, p. 27-36. set. 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1-371.

RUGGIEIRO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 1934, p. 21.

SILVA, Elaine Cristina Gonzaga da. **A EXPANSÃO DO DIREITO INTERNACIONAL: Uma questão de valores.** Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 11. 2011.

SOULEIMANOV, Emil; EHRMANN, Maya. The Rise of Militant Salafism in Azerbaijan and Its Regional Implications. **Middle East Policy Council.** Washington D.C., p. 111-120. set. 2013.

TELLES Jr, Goffredo. **Direito Quântico**. 8ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006. p. 219-220.

THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN. **The Constitution of the Republic of Azerbaijan**. Disponível em: <http://azerbaijan.az/portal/General/Constitution/doc/constitution_e.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

US DEPARTMENT OF STATE. **2018 Report on International Religious Freedom: Azerbaijan**. Disponível em: <<https://www.state.gov/reports/2018-report-on-international-religious-freedom/azerbaijan/>>. Acesso em: 8 out. 2019.

VALIYEV, Anar. **Islamic Movements in Azerbaijan**. 2018. Disponível em: <<https://mesbar.org/islamic-movements-in-azerbaijan/>>. Acesso em: 14 out. 2019.

WOONS, Marc. Multiculturalism at the Crossroads: Learning Beyond the West. In: WOONS, Marc; WEIER, Sebastian. **Critical Epistemologies of Global Politics**. Bristol: E-international Relations Publishing, 2017. Cap. 7. p. 116-133.

YALE LAW SCHOOL: LILLIAN GOLDMAN LAW LIBRARY. **The Code of Hammurabi**. Disponível em: <<https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>>. Acesso em: 22 set. 2019.

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E A POSSIBILIDADE DO TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL TELEVISIVO COM BASE NA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Gisele Primo Carvalho¹
Márcia Francisca Damiani Chinelato²
Walter Amaro Baldi³

Recebido em: 05 nov. 2018

Aceito em: 10 dez. 2019

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo a análise da possibilidade do trabalho artístico infantil no segmento televisivo, especificamente na condição de atores e cantores mirins, sob a ótica da Doutrina da Proteção Integral, princípio este norteador das relações envolvendo crianças e adolescentes. Buscou-se discorrer sobre o dispositivo constitucional, artigo 7º, inciso XXXIII, que estabelece o limite mínimo etário para a realização do trabalho no Brasil, aliado à Convenção Internacional n.º138/73 da Organização Internacional do Trabalho, que apresenta uma hipótese de realização do trabalho infantil, antes da faixa etária previsto na CRFB/88. Expõe-se, ainda, o posicionamento da Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho frente a essa temática, além de apresentar casos fáticos, em que se verifica o exercício do trabalho infantil no ramo televisivo. O método utilizado é o indutivo, dispendo a pesquisa do procedimento histórico.

Palavras-chave: Criança e Adolescente. Trabalho Artístico Infantil. Doutrina da Proteção Integral.

THE CONSTITUTIONAL PROTECTION AND THE POSSIBILITY OF INFANT TELEVISION ARTISTIC WORK BASED ON THE DOCTRINE OF INTEGRAL PROTECTION

Abstract: O presente artigo científico tem por objetivo a análise da possibilidade do trabalho artístico infantil no segmento televisivo, especificamente na condição de atores e cantores mirins, sob a ótica da Doutrina da Proteção Integral, princípio este norteador das relações envolvendo crianças e adolescentes. Buscou-se discorrer sobre o dispositivo constitucional, artigo 7º, inciso XXXIII, que estabelece o limite mínimo etário para a realização do trabalho no Brasil, aliado à Convenção Internacional n.º138/73 da Organização Internacional do Trabalho, que apresenta uma hipótese de realização do

¹ Gisele Primo Carvalho. Acadêmica do 7º período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. Campus de Balneário Camboriú. E-mail: giisele_carvalho@hotmail.com.

² Márcia Francisca Damiani Chinelato. Acadêmica do 7º período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. Campus de Balneário Camboriú. E-mail: marciachinelato@hotmail.com.

³ Graduada em Enfermagem pela Universidade Federal de Santa Maria- UFSM, Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina- UNOESC - campus Videira. Doutora em Enfermagem pela Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC- Área de concentração Filosofia e Cuidado em Saúde e Enfermagem. Professora do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC.

trabalho infantil, antes da faixa etária previsto na CRFB/88. Expõe-se, ainda, o posicionamento da Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho frente a essa temática, além de expor casos fáticos, em que se verifica o exercício do trabalho infantil no ramo televisivo. O método utilizado é o indutivo, dispondo a pesquisa do procedimento histórico.

Keywords: Kid. Teenager. Childrens Artistic Work. Doctrine of Integral Protection.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a possibilidade do trabalho artístico infantil no meio televisivo, na condição de atores e cantores mirins, sob a ótica da Doutrina da Proteção Integral, levando-se em consideração o artigo 7º, inciso, XXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a Convenção Internacional n.º138/73 da Organização Internacional do Trabalho.

Com relação a essa temática, nota-se que este assunto é remoto, notadamente no que tange ao trabalho infantil, mas que, mesmo assim, é atual, afinal há a ocorrência deste diariamente nas mídias e nos meios de comunicação. O que tem gerado indagações e curiosidades, tanto por estudiosos do assunto, quanto por acadêmicos e pelo público em geral, sobre a relação e os motivos deste fenômeno ocorrer.

Para tanto, buscou-se em cada tópico abordar um assunto específico envolvendo essa temática, nesse sentido, no primeiro tópico aborda-se os fundamentos normativos permissivos da atividade artística da criança e do adolescente, a fim de perceber as razões pelas quais há a possibilidade do exercício do trabalho artístico infantil, fazendo um contraponto entre o texto constitucional, a Convenção internacional da OIT, bem como o Estatuto da criança e do adolescente.

Ainda, no tópico seguinte, debate-se sobre a possível divergência entre estudiosos e doutrinadores no assunto, especialmente no tocante a aparente colisão entre dispositivos constitucionais (art. 7º, inciso XXXIII, e o art. 5º, inciso IV), uma vez que o primeiro proíbe o exercício do trabalho, aos menores de dezesseis anos de idade, e o segundo garante a liberdade de expressão, sem limite de idade.

Por fim, expõem-se a análise fática da realização do trabalho artístico, trazendo à pesquisa casos reais, assim como as possíveis consequências que esse tipo de trabalho precoce pode ocasionar, analisando-se para isso o posicionamento da justiça do trabalho e do Ministério Público do Trabalho.

A base da pesquisa foi realizada por meio do estudo de dispositivos constitucionais, legislações infraconstitucionais e Convenções Internacionais, com respaldo em produções científicas, bem como referências bibliográficas sobre o tema.

PRINCÍPIO NORTEADOR DA RELAÇÃO ENVOLVENDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES: DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A participação de crianças e adolescentes em trabalhos artísticos é algo recorrente e, que, portanto, visto pelo público em geral, um trabalho naturalmente exercido como qualquer outro.

Não obstante essa premissa, equivocadamente presente nos dias atuais, é imprescindível a observância da Doutrina da Proteção Integral, princípio este norteador das relações envolvendo criança e adolescente, tendo em vista possuir a finalidade de resguardar e proteger aqueles, inclusive no desempenho da atividade artística.

Por esse motivo, a Doutrina da Proteção Integral é um princípio estruturante, pois envolve a tutela protecionista de direitos fundamentais à luz dos valores inseridos no próprio texto constitucional, sendo imprescindível a observância conjunta e sistemática de suas cláusulas na inserção do trabalho artístico infantil.

Isso porque, por um longo período de tempo, outra doutrina orientava as relações envolvendo à criança e ao adolescente, qual seja, a Doutrina da Situação Irregular (Lei n. 6.679/79). Esta doutrina, no entanto, era precária, pois o Estado atuava apenas em casos específicos - desamparo familiar, maus-tratos e em situações atentatórias ao ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, consta-se que a interferência estatal se caracterizava como excepcionalidade e não como regra.

Tal fato pode ser perfeitamente concluído pelo trecho escrito pelo autor Rodrigues Amin⁴, segundo o qual escreve:

Compreendia o menor privado de condições essenciais a sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão da falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis; as vítimas de maus-tratos; os que estavam em perigo moral por se encontrarem em ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes; o autor de infração penal e ainda todos os menores que apresentassem “desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária”.

Assim, contata-se a precariedade de direitos destinados ao menor, que além de necessitar de condições essenciais de direitos fundamentais, ainda não era submetido a tutela protecionista do Estado como regra, sem possuir prioridade absoluta. Contudo, esse cenário passou por um grande avanço com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como mediante a influência internacional, principalmente da Declaração de Direito da Criança (publicada em 20 de novembro de 1959 pela Organização das Nações Unidas), porque interrompeu-se a aplicação dos pressupostos da Doutrina da Situação Irregular para outro patamar, dessa vez, protecionista, conhecido como a Doutrina da Proteção Integral.

⁴ AMIN, Rodrigues Andréia. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. p. 55.

Extrai-se a essência da Doutrina da Proteção Integral com a leitura do artigo 227 da CRFB/88⁵:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Do referido trecho, extrai-se a essência da Doutrina da Proteção Integral, conferindo, no mesmo dispositivo, a responsabilidade tripartite - Estado, Sociedade e família – de garantir e proporcionar direitos fundamentais, com prioridade absoluta, às crianças e aos adolescentes.

E justamente para consolidar as diretrizes e os fundamentos da CRFB/88, em especial as disposições constitucionais sobre a proteção integral, promulgou-se a Lei n.º 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para que, dessa forma, houvesse uma legislação específica sobre a proteção à criança e ao adolescente de forma não relativa, mas sim integral.

Observa-se que atentar as disposições do ECA/90, aliado a outros instrumentos normativos, torna-se fundamental e imprescindível, já que o Brasil não possui uma legislação específica, que regule o trabalho artístico na modalidade infantil.

Todavia, tal afirmativa é contrária à opinião do advogado Luiz Carlos Amorim Robortella⁶ – representante da Rede Globo de Televisão, do Sistema Brasileiro de Televisão e da Rede Record de Televisão – pois ele sustenta que não é preciso alterar o sistema atual, conforme o trecho a seguir:

“[...] o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8069/90) já trazem as regras. Existe toda uma cultura já consolidada nas varas da Infância e da Juventude a esse respeito. Eu não sou muito favorável a excesso de legislação, a matéria é de grande simplicidade [...]” (grifou-se)

Diante disso, Luiz Carlos Amorim Robortella⁷ defende a permanência do uso das leis já existentes para o exercício deste trabalho, evitando o excesso de leis para um assunto simples de ser tratado.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília-DF, 05 outubro 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 dezembro 2017.

⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Judiciário e TVs concordam em não proibir trabalho artístico infantil**. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/459834-JUDICIARIO-E-TVS-CONCORDAM-EM-NAO-PROIBIR-TRABALHO_ARTISTICO-INFANTIL.html. Acesso em: 22 de Outubro de 2017.

⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Judiciário e TVs concordam em não proibir trabalho artístico infantil**. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/459834-JUDICIARIO-E-TVS-CONCORDAM-EM-NAO-PROIBIR-TRABALHO_ARTISTICO-INFANTIL.html. Acesso em: 22 de Outubro de 2017.

Com efeito, deve-se verificar como ocorre atualmente a possibilidade de participação de crianças e de adolescentes nesse seguimento artístico.

A POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DO TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL

Feito esse breve retrospecto sobre a Doutrina da Proteção Integral, vislumbra-se, por ora, os preceitos que fundamentam a possibilidade do exercício do trabalho artístico infantil.

Nesse sentido, usa-se com base a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a Convenção Internacional n.º 138/73 da Organização Internacional do Trabalho.

Trabalho Artístico Infantil e os Fundamentos da CRFB/88

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou diversos direitos e garantias, em comparação com antigas constituições vigentes no país, além de possuir um papel de suma importância no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que ocupa um patamar superior às outras fontes normativas que dela se derivam.

Dessa forma, analisá-la é um passo fundamental para compreender as vinculações de crianças e dos adolescentes com o trabalho artístico no Brasil, já que ela se fundamenta em valores sociais, do trabalho e da livre iniciativa como descrito no art. 1º, inciso IV.

O Título II, por exemplo, reúne diversos direitos destinados aos trabalhadores, entretanto, dar-se-á ênfase ao art. 7º, inciso XXXIII⁸, que dispõe sobre a proibição de qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos, porém há uma exceção, nos casos de ser exercido na condição de menor aprendiz aos quatorze anos, o qual destaca-se:

Art. 7º [...]

XXXIII - Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

O que se pode questionar é a relação deste inciso (XXXIII do art.7º da CRFB/88) com a prática, visto que é recorrente o trabalho exercido por crianças e adolescentes em meios artísticos antes dos dezesseis anos de idade.

Antonio Galvão Peres e Luiz Carlos Amorim Robortella⁹ entendem que a “[...] atividade artística não compõe, em sua essência, o conceito de trabalho proibido pelo art. 7º, XXXIII, da

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília-DF, 05 outubro 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 julho 2017.

⁹ PERES, Antonio Galvão; ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. **Trabalho artístico da criança e do adolescente**: valores constitucionais e normas de proteção. p. 161.

Constituição, cujo escopo é proteger a formação e o desenvolvimento dos jovens”.

Entretanto, mencionados autores fazem referência às controvérsias existentes:

Apegados à literalidade do texto, há autores que consideram ilícito o trabalho fora desses limites, como a eminente juíza Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro, sustentando a necessidade de nova emenda à Constituição para “acrescentar que não se sujeitam à limitação de idade as atividades artísticas, esportivas e afins”.

Com isso, percebe-se que, a exemplo da Juíza Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro, há doutrinadores que sustentam a real necessidade de haver uma emenda constitucional para que haja a licitude da realização do trabalho artístico, antes da limitação constitucional, ou seja, para os menores de 16 anos de idade - prevendo, dessa forma, a aplicação em atividades artísticas e afins.

Com efeito, para que se compreenda, é necessário partir do pressuposto de que tal dispositivo (art. 7º, inciso XXXIII) não deve ser entendido de forma literal, mas sim um dispositivo constitucional passível de exceções, já que comporta algumas ressalvas.

Por conseguinte, a proibição do trabalho aos menores de 16 anos de idade, não sendo na condição de aprendiz, não deve ser vista de maneira absoluta, especialmente, quando se tratar de trabalho infantil artístico, pois há outros mecanismos legais que versam sobre o assunto que parecem ampliar as possibilidades do exercício desse tipo de trabalho, entre os quais se destacam: o Estatuto da Criança e do Adolescente e as Convenções Internacionais, por exemplo.

Do mesmo modo, nada obstante o fato de existir a proibição expressa no texto constitucional do trabalho infantil antes dos 16 anos de idade, deve-se fazer a interpretação da possibilidade do trabalho infantil artístico com a junção, não só da CRFB/88, mas também das demais leis internas e externas ao país.

Posto isso, passa-se a análise da possibilidade de realização do trabalho artístico infantil, consoante descreve Sandra Regina Cavalcante¹⁰:

[...] a **interpretação conjunta das leis nacionais e internacionais** aplicáveis às participações infantojuvenis na indústria do espetáculo **parece possibilitar a autorização**, caso a caso, dessa atuação no Brasil, desde que com alvará judicial contendo restrições de proteção aos riscos da atividade [...] (grifou-se)

Observa-se, ainda, que Sandra Regina Cavalcante¹¹ adverte a existência de opiniões contrárias a respeito dos fundamentos que parecem possibilitar o exercício do trabalho artístico infantil.

A saber:

[...] importante juristas [...] sustentam que a situação atual da legislação brasileira **não permite o trabalho infantil artístico antes dos 16 anos de idade** (OLIVEIRA, 2007; SANTOS, 2006; MINHARRO, 2003; COSTA et al., 2010). Segundo essa linha de

¹⁰ CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade**. rev. TST, Brasília, vol. 79, nº 1, jan/mar 2013. p. 139-140.

¹¹ CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade**. p. 146.

entendimento, **a proteção da Constituição brasileira é mais ampla do que a norma internacional** que excepciona a participação artística da idade mínima para o trabalho (Convenção n° 138 da OIT), e, por isso, deve **prevalecer a vedação constitucional que proíbe qualquer trabalho antes dos 16 anos, exceto a partir de 14 anos como aprendiz** (art. 7º, XXXIII). (grifou-se)

Nessa linha de raciocínio, há quem sustenta a literalidade do texto constitucional (art. 7º, inciso XXXIII), já que a Convenção Internacional n.º 138/73 da OIT possui nível hierárquico inferior à Constituição Federal e que, portanto, não poderia contrariá-la.

Todavia, o próprio modelo jurídico está em constante modificação à medida que há alterações sociais. Afinal, a natureza dialética do direito faz com que a realidade jurídica e abstrata das leis se harmonize com a realidade fática, possibilitando existir outras realidades que não as expressas no texto constitucional.

De forma complementar, o professor Miguel Reale¹² adverte acerca do modelo social e jurídico:

[...] todo modelo social, e o jurídico em particular, é uma **estrutura dinâmica e não estática**: é-lhe **inerente o movimento**, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados, o que demonstra ser incompreensível a experiência jurídica sem se levar em conta a sua **natureza dialética** [...]. (grifou-se).

Consoante isso, os direitos trabalhistas também possuem a natureza dialética, de tal maneira que até passam por modificações, mas é necessário que não haja sua descaracterização, ou seja, não modifique seu núcleo essencial para o qual foi criado.

No mais, verifica-se que no bojo constitucional há outro dispositivo (artigo 5º, parágrafo 2º) que colabora com o pensamento da dinamicidade do modelo jurídico, assim como também ratifica a característica inerente aos direitos fundamentais, a não taxatividade. Extrai-se isso pela leitura do artigo 5º, parágrafo segundo.

Art. 5º [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O referido dispositivo trata da chamada cláusula de abertura material e, segundo José Afonso da Silva¹³, pode ser compreendido como “[...] aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerado, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado [...]”. Desta feita, a própria dinâmica do modelo jurídico deve observar o modelo dialético da sociedade para que situações anteriormente não previstas sejam acobertadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

¹² REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 45.

¹³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.194.

Trabalho artístico infantil e os fundamentos da Convenção n° 138/73 da Organização Internacional do Trabalho

Conforme o artigo 49, inciso I, da CRFB/88, cabe ao poder legislativo a competência de ratificar ou não ratificar o decreto presidencial contendo as disposições acordadas na Convenção Internacional, sendo este ratificado, passa, então, a possuir validade jurídica e a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, conferindo, dessa forma, obrigações, incluindo, o dever do cumprimento das disposições acordadas, sob pena de passarem por um controle internacional.

O Brasil é signatário da Convenção n.º 138/73 da OIT (Decreto n.º 4.134/2002) que trata acerca da idade mínima para a admissão ao emprego.

Tal Convenção dispõe no item 1 do artigo 8º¹⁴ que:

Art. 8º A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, pode, mediante licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções à proibição de emprego ou trabalho disposto no art. 2º desta Convenção, para fins tais como participação em representações artísticas.

Como se pode observar, há uma exceção à regra prevista no artigo 2º da mesma convenção, isto é, como regra o artigo 2º, item I, da Convenção de n.º 138/73 da OIT estabelece que “nenhuma pessoa com idade menor à idade declarada, deverá ser admitida ao emprego ou trabalhar em qualquer ocupação”, mas, no artigo 8º, item I, declara uma exceção, qual seja, nos casos de participação em representações artísticas.

Conforme o entendimento do Procurador do Trabalho Rafael Dias Marques¹⁵, o disposto na Convenção da OIT possui o caráter protecionista. Verifica-se essa consideração pela leitura do seguinte trecho:

[...] não resta dúvida que a Convenção da OIT, sobre a idade mínima para a admissão a emprego, por conter normas de caráter protecionista [...] deve ser encarada como norma internacional de direitos humanos de crianças e adolescentes.

Logo, seguindo essa linha de pensamento é possível perceber que pelo motivo da referida Convenção Internacional de n.º 138/73 da OIT estabelecer preceitos, cuja essência é a proteção dos direitos fundamentais, deve-se, portanto, ser vista com uma disposição com valor de norma constitucional por adicionar e ampliar direitos fundamentais.

Isso porque, a regra é a proteção, evitando que a finalidade do desempenho do trabalho artístico infantil seja desvirtuada, como, por exemplo, exploração econômica, psicológica ou física.

[...] têm por objetivo salvaguardar as crianças e os adolescentes da gana capitalista,

¹⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n° 138**. Genebra: ILO, 1973. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_138.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

¹⁵ MARQUES, Rafael Dias. **Trabalho infantil artístico**: possibilidades e limites. p. 206.

ceifadoras de suas condições peculiares de seres em desenvolvimento, para encará-las como fonte de mão de obra, garantindo-lhes condições para o pleno desenvolvimento físico, moral, intelectual e psicológico

Assim, segundo Rafael Dias Marques¹⁶ o objetivo constitucional do dispositivo é o protecionista, pois o sentido é restringir o máximo a possibilidade exagerada da permissão ao trabalho em fase precoce, até mesmo para evitar a exploração do trabalho infantil e, na mesma forma, resguardar os direitos constitucionais e infraconstitucionais da criança e do adolescente.

Ante o exposto, passa-se a análise fática do trabalho artístico infantil.

ANÁLISE FÁTICA DO TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL NO SEGMENTO TELEVISIVO

É importante ressaltar que a participação de crianças e adolescentes em trabalhos artísticos – tais como em estúdios cinematográficos, teatro, rádio, televisão, espetáculos públicos, ensaios e concursos de beleza – está condicionada à expedição do alvará por meio da autoridade competente (art. 149 do ECA).

Destaca José Roberto Dantas Oliva¹⁷ que com a Emenda Constitucional nº 45/2004, ampliou-se a competência da Justiça do Trabalho elencadas no artigo 114 da CRFB/88 e, desde 2005, defende-se que a competência para a autorização do trabalho artístico infanto-juvenil não seria mais do juiz da Infância e Juventude, mas sim do juiz do Trabalho.

Ainda, destaca-se que a autoridade judiciária competente deve levar em conta, dentre outros fatores, aqueles expressos no parágrafo §1º do artigo 149 do ECA, quais sejam, as peculiaridades locais; a existência de instalações adequadas; o tipo de frequência habitual ao local; a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes; a natureza do espetáculo.

Já o parágrafo 2º do artigo 149 do ECA¹⁸, prescreve que as medidas adotadas deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral, sendo imprescindível haver a cautela necessária, aliada à observância do Princípio da Proteção Integral.

Além disso, deve-se verificar a real necessidade da participação, de modo que esta seja indispensável e essencial a participação de crianças e adolescentes em trabalhos artísticos.

¹⁶ MARQUES, Rafael Dias. **Trabalho infantil artístico: possibilidades e limites**. p. 206.

¹⁷ OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo: LTr, 2006.

¹⁸ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990.

Consoante, Amauri Mascaro Nascimento¹⁹ assevera que há [...] situações eventuais em que a permissão para o trabalho do menor em nada o prejudica, como em alguns casos de tipos de trabalho artístico, contanto que acompanhado dos devidos cuidados [...]. Ademais, há outros casos em que pela formação, seja ela física ou biológica, pode gerar consequências as crianças que estão em fase de desenvolvimento e são submetidas a exercer tal atividade.

Antonio Galvão Peres e Luiz Carlos Amorim Robortella²⁰ explicam que o trabalho envolvendo atores mirins, por exemplo, deve estar submetido a procedimentos específicos e rigorosos, só podendo ser desenvolvido com a autorização dos pais ou responsáveis, aliado também ao referendo do Juiz competente, visto que se trata de uma relação jurídica que envolve, em primeiro lugar, o interesse da criança e do adolescente.

O posicionamento da Justiça do Trabalho

A apreciação da Justiça do Trabalho em situações envoltas do trabalho artístico infantil mostra-se não somente imprescindível, como também necessária, porque a competência para solucionar conflitos oriundos de atividades prestadas em torno deste tema será da justiça do trabalho” (VILELA, 2015, p. 219)ⁱ

Nesse sentido, reforça Janaina Alcantara²¹, “[...] quem seja o competente para autorizar o trabalho dos artistas mirins, também o seja para resolver problemas oriundos das relações laborais ou prestação de suas atividades”.

Ademais, o posicionamento do Juiz José Roberto Dantas Oliva, integrante da Comissão de Erradicação do Trabalho Infantil da Justiça do Trabalho, é no sentido de concordar com a possibilidade do trabalho artístico infanto-juvenil, já que existe a previsão na Convenção n.º 138 Organização Internacional do Trabalho.

Por essa razão não há motivo pela proibição, o que ele defende é a existência de autorização judicial aliada à observância das cláusulas da Proteção Integral, bem como da Prioridade absoluta. Além disso, José Roberto Dantas Oliva²² defende a necessidade de se possuir a

¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 846.

²⁰ PERES, Antonio Galvão; ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. **Trabalho artístico da criança e do adolescente**: valores constitucionais e normas de proteção. p. 175.

²¹ COMPEDI. XXIV CONGRESSO NACIONAL DO COMPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA.2015. p. 208/227 *in*: VILELA, Janaina Alcantara. O Trabalho artístico infantil no direito brasileiro: considerações sobre a legislação aplicada e a (des) proteção aos artistas mirins.p.219 Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/dob3j465/A62u47I6SiT3nq6K.pdf>. Acesso em outubro 2017.

²² CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Judiciário e TVs concordam em não proibir trabalho artístico infantil**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/459834-JUDICIARIO-E-TVS-CONCORDAM-EM-NAO-PROIBIR-TRABALHO-ARTISTICO-INFANTIL.html>. Acesso em: 22 de Outubro de 2017.

regulamentação específica para esse tipo de trabalho.

Contata-se isso pelo seguinte fragmento:

“[...] a condição é que haja uma autorização judicial com cláusulas que assegurem **proteção integral e prioritária à criança ou adolescente artista** [...] é preciso **regulamentar o trabalho artístico**, para evitar que o interesse do empresário e, às vezes, até dos pais, se sobreponha à proteção dos direitos da criança e do adolescente [...]”ⁱⁱ(grifou-se)

Desta feita, a legislação específica aliada aos princípios norteadores das relações envolvendo a criança e o adolescente previne que interesses de terceiros e familiares se sobreponha aos direitos da criança e do adolescente.

O posicionamento do Ministério Público do Trabalho

A atuação do Ministério Público do Trabalho, em frente aos interesses dos menores nas relações de trabalho, inclusive o artístico, torna-se de suma importância, isso se justifica porque tal instituição é incumbida da fiscalização da legislação trabalhista, em casos de interesse público, bem como possui a competência de promover a ação civil pública, decorrente de interesses coletivos, no âmbito da Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, a despeito do dispositivo constitucional (artigo 7º, inciso XXXIII) referente ao limite etário para o ingresso no trabalho, o Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil (2013) elaborado por Xisto Tiago de Medeiros Neto (Procurador Regional do Trabalho) e Rafael Dias Marques²³ (Procurador do Trabalho) prevê que:

Trata-se de **norma essencial de natureza proibitiva**, com visível escopo **protetivo e tutelar**, estabelecendo o direito fundamental ao não trabalho em certa época da vida do ser humano, e ao trabalho protegido, no período seguinte do seu desenvolvimento, no objetivo de preservar a fruição dos demais direitos fundamentais previstos no art. 227 da CF/88 [...] (grifou-se)

Do referido trecho, é possível perceber uma dupla perspectiva no que tange ao artigo 7º, inciso XXXIII, a primeira no sentido do reconhecimento da proibição do trabalho, antes da devida idade admitida em constitucionalmente, e a segunda perspectiva de haver um caráter protetivo, como forma de assegurar o pleno desenvolvimento daqueles que estão em fase de desenvolvimento.

Desta forma, Xisto Tiago de Medeiros Neto e Rafael Dias Marques²⁴ entendem justamente que a medida que a constituição proíbe o trabalho em fase precoce, busca-se, na verdade, resguardar direitos fundamentais.

²³ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. **Manual de atuação do ministério público na prevenção e erradicação do trabalho infantil**. Brasília: CNMP, 2013. p. 20.

²⁴ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. **Manual de atuação do ministério público na prevenção e erradicação do trabalho infantil**. Brasília: CNMP, 2013. p. 20.

Deveras, a atuação do Ministério Público do Trabalho deve estar voltada a evitar possíveis irregularidades, como também ao cumprimento dos preceitos envolvendo os direitos sociais e trabalhistas garantidos constitucionalmente.

As consequências do trabalho artístico infantil

Perceber o contentamento do público perante artistas mirins brilhando em palcos, cenários e onde for que se apresentem é algo facilmente notável. Isso torna-se mais evidente em crianças e adolescentes, já que possuem um carisma natural, capazes de encantar a todos que presenciam o momento da “entrada em cena”.

Para tanto, a profissão artística requer muita responsabilidade e dedicação para que se alcance o resultado desejado. Isso inclui rotinas dedicadas à preparação da melhor performance, comprometimento com horários, além de ter que conciliar o trabalho com outras atividades, tais como o lazer, estudo, alimentação e descanso.

Ressalta-se que, diante de tais responsabilidades, esse tipo de trabalho desenvolvido por crianças e adolescentes, pode acarretar, conforme Andrea Saint Pastous Nocchi, Gabriel Napoleão Velloso e Marcos Neves Fava²⁵ descrevem, um ciclo negativo e perverso, gerando consequências negativas:

[...] “um **ciclo negativo**”, visto que “impõe à sociedade a mitigação de valores supremos e inalienáveis, como a autoestima, a dignidade pessoal, o valor social do trabalho, a imprescindibilidade da educação, o prazer da brincadeira, em tempos de brinquedo, a crueldade da **rotina de obrigações prematuras e exigentes para além da conta física** [...] **Perverso**, porque abstrai da criança e do jovem **parcela irreversível de sua formação pessoal, apagando tempos de brinquedos, aprendizado** [...] Exigir responsabilidades de adulto, força de adulto, submissão de adulto, maturidade de adulto, para o cultivo dos primeiros trabalhos, é crime fatal contra a constituição individual de cada cidadão. (grifou-se)

Nesse ponto, há de se considerar que, muitas vezes, a inserção precoce na rotina artística pode acarretar consequências não benéficas na vida dos artistas mirins (expectativa generalizada, ansiedade, medo, depressão) e que geralmente passam despercebidas ao olhar da sociedade, cujas mudanças em um mundo globalizado se faz presente, sendo o trabalho artístico visto como modo de ascensão social, status e glamour.

A despeito disso, para tornar mais evidente as vertentes vinculadas ao trabalho artístico infantil, faz-se necessário citar alguns exemplos, isto é, casos reais de artistas que vivenciaram a realidade desse tipo de trabalho.

A exemplo, Maísa (conhecida pelos trabalhos artísticos realizados na emissora Sistema

²⁵ NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). **Criança, adolescente, trabalho**. p.11.

Brasileiro de Telecomunicações) que despertou a atuação do Ministério Público do Trabalho, em Osasco, cujo autor da ação Civil Pública é o Procurador Orlando Schiavon²⁶, isso porque a emissora SBT apenas possuía alvará para a menina participar do programa “Bom dia & Cia”, entretanto, além de outras situações, ela também laborava em outros programas e horários não compatíveis com a autorização judicial que possuía.ⁱⁱⁱ

A ação visava coibir a emissora de abster-se de contratar crianças menores de 16 (dezesesseis) anos de idade, salvo como aprendiz aos 14 (quatorze) anos, e também a expô-las em situações humilhante e vexaminosas.

Segundo Orlando Schiavon²⁷ “[...] não raro, importam quebra do princípio da proteção integral, podendo-se, de modo excepcional, ser autorizado, de forma individual e protegida [...]”^{iv}. Percebe-se, portanto, que Schiavon concorda com a disposição constitucional, proibição do trabalho aos menores de 14 (quatorze) anos, posto que, na verdade, o dispositivo constitucional visa restringir o máximo possível a hipótese do trabalho precoce a fim de garantir a maior proteção aos direitos da criança e do adolescente.

Outra carreira artística é a da Sandy Leah Lima (cantora, compositora e atriz) que iniciou aos 6 (seis) anos de idade no mundo artístico, mas sempre conciliando sua vida profissional com diversas atividades, incluindo a dedicação aos estudos, vindo a se formar em Letras pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) Campinas em 2008.

Recentemente Sandy, mesmo crescendo em meio artístico, afirma que prefere que seu filho Theo de aproximadamente (03) três anos de idade não siga seus passos nem os do pai, Lucas Lima (músico).^v Nesse mesmo sentido, ratifica Lucas Lima “Para falar a verdade, preferia que ele fosse trabalhar com qualquer outra coisa porque esse meio é muito complicado. Mas se ele quiser seguir essa carreira, que seja bem mais tarde. Infância é para brincar e se divertir, esse tipo de responsabilidade é para mais tarde na vida” (UOL, 2013)^{vi}

Ademais, em frente ao glamour das telinhas, palcos e afins tudo parece muito natural e bem estruturado, contudo é preciso lembrar que também existem consequências e situações emocionais intensas e psicologicamente perturbadoras que infelizmente são expostas, como no caso envolvendo o menino Felipe Paulino no filme “Cidade de Deus”.

Em uma das cenas o Fernando Meirelles²⁸, diretor do filme, necessitava que o Felipe

²⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **TST se prepara para julgar processo de trabalho infantil artístico no SBT**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/8_9Dk/content/tst-se-prepara-para-julgar-processo-de-trabalho-infantil-artistico-no-sbt. Acesso em: 20 de junho de 2017.

²⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **TST se prepara para julgar processo de trabalho infantil artístico no SBT**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/8_9Dk/content/tst-se-prepara-para-julgar-processo-de-trabalho-infantil-artistico-no-sbt. Acesso em: 20 de junho de 2017.

²⁸REVISTA EPOCA. **A imagem da hora**. 2015. Disponível em: <<http://revistaepoca.glo>

Paulino interpretasse uma cena dramática envolvendo lágrimas e desespero, era uma cena em que o garoto levaria um tiro. Porém para realizá-la, e a fim de torná-la mais real possível, pediram para que Paulino imaginasse sua mãe morta. Segundo o menino “Quando pensei em minha mãe, passei a gritar por ela”^{vii}.

Fernando Meirelles,^{viii} em uma entrevista, afirma “Felipinho confundiu ficção com realidade”. Em contraste, o psiquiatra Auro Lescher^{29ix} comenta “Se transpuser esse limite, a criança entra, momentaneamente, em quadro de angústia” fato esse que se contínuo pode gerar consequências ainda piores.

Evidentemente que, para desempenhar esse tipo de trabalho, principalmente quando envolvem seres em desenvolvimento, é imprescindível haver o máximo de respeito possível, o menor deve ser norteado por cuidados e proteção, pois a exposição a situações como essa, talvez não perceptível de plano, mas a longo prazo, podem acarretar danos irreparáveis.

Nesse sentido, Nilson de Oliveira Nascimento³⁰ destaca:

O trabalho do menor deve ser norteado pela observância de todos os fundamentos de proteção, uma vez que o trabalho precoce ou em condições impróprias acarreta sequelas irreparáveis que trarão reflexos negativos não somente ao menor como também à própria sociedade.

É importante perceber que o trabalho artístico infantil deve ser norteado por todos os instrumentos e fundamentos de proteção, dado que a finalidade primordial, ao contratar crianças e adolescentes em fase de desenvolvimento, deve ser a proteção integral.

Portanto, a autorização para a realização do trabalho artístico antes da devida idade aceita pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é uma excepcionalidade, devendo, assim, observar os princípios basilares e fundamentais envoltos da criança e do adolescente para que possam conciliar o trabalho com o processo de desenvolvimento físico, intelectual e psicológico que é recorrente nesta fase etária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que durante muitos anos não se teve um escopo protetivo com a finalidade de resguardar direitos inerentes àqueles que estão em fase de desenvolvimento, bem como não havia as devidas observâncias a preceitos fundamentais, gerando, assim, a exploração econômica, física e psicológica das crianças e dos adolescentes.

bo.com/Epoca/0,6993,EPT391214-1661,00.html>. Acesso em: 18 maio 2017.

²⁹ REVISTA EPOCA. **A imagem da hora**. 2015. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT391214-1661,00.html>>. Acesso em: 18 maio 2017.

³⁰ NASCIMENTO. Nilson de Oliveira. **Manual do trabalho do menor**. p. 69-70.

Ao iniciar esta pesquisa, uma das principais indagações defrontadas surgiu com relação ao proibitivo do artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual pela literalidade entende que o trabalho realizado pelos menores de 16 (dezesesseis) anos – excepcionado na condição de menor aprendiz aos 14 (quatorze) anos de idade – é vedado.

No entanto, existem outros fundamentos normativos que parecem possibilitar o labor de crianças e adolescente em seguimentos artísticos, tal como a Convenção n.º 138/73 da Organização Internacional do Trabalho, que apresenta a possibilidade de participação de crianças e adolescentes, mesmo aquelas menores de 16 (dezesesseis) anos de idade, em representações artísticas.

Dessa forma, na essência, o que se tem hodiernamente é a conjugação de normas Internacionais - tal como a Convenção n.º 138/73 da Organização Internacional do Trabalho - e normas nacionais, a exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Estatuto da Criança e do adolescente, para fundamentar a possibilidade do exercício do trabalho artístico aos menores de 16 (dezesesseis) anos de idade.

Contudo, os casos fáticos postos como exemplo, envolvendo a realidade do exercício do trabalho infantil artístico – caso Maísa; Sandy; Felipe Paulino no filme “Cidade de Deus – permitem verificar as possíveis consequências e negligências que ocorrem, por esse motivo percebe-se que existem limitações e condições a serem seguidas nas expedições das autorizações. Tal como as disposições previstas no artigo 149, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como os princípios protetivos, dispostos no texto constitucional e nas legislações infraconstitucionais, que devem ser observados.

Constatou-se, ainda, que, com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, a competência para autorizações de participação de crianças e adolescentes em trabalhos artísticos é da Justiça do Trabalho, posição essa também defendida por Corrêa; Oliva e Arruda, e, conseqüentemente, não mais do juiz da Infância e da Juventude.

A criação de normas protetivas mescladas à observância da prioridade absoluta e da doutrina da proteção integral é necessária, mas não suficiente. Nesse caso, a regulamentação específica e detalhada versando sobre as peculiaridades do trabalho artístico infantil seria um passo essencial e relevante, eis que, é preciso haver a contínua busca pelo reconhecimento e proteção de direitos, porquanto eles não são garantidos ao homem ou pelo objeto a ser protegido de forma estanque ou sem variações, mas sim devem ser garantidos de forma gradual e variável.

Gradual, pois, sempre existirá a necessidade do reconhecimento de novos direitos, sendo, assim, variado conforme o destinatário, porque, enfatizando uma igualdade material, crianças e adolescentes possuem uma necessidade maior de proteção por estarem em patamar frágil. Tornando-se, dessa forma, não só um dever familiar e moral a proteção destes, mas também, um dever social e

estatal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 05 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 julho 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.

CAVALCANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade. **Revista TST**, Brasília, vol. 79, n 1, jan/mar 2013.

CORREIA, Lélío Bentes; ARRUDA, Kátia Magalhães; OLIVA, José Roberto Dantas. O Juiz do Trabalho e a competência para autorizações do trabalho artístico de crianças e adolescentes. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 47, 2015.

MARQUES, Rafael Dias. Trabalho infantil artístico: possibilidades e limites. **Revista TST**, Brasília, v.79, nº 1, jan / mar 2013.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Adalberto. **A proteção constitucional ao trabalho de crianças e adolescentes**. São Paulo: Ltr, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. Manual de atuação do ministério público na prevenção e erradicação do trabalho infantil. Brasília: CNMP, 2013.

MINHARRO, Erotilde. **A criança e o adolescente no direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do trabalho do menor**. São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). **Criança, adolescente, trabalho**. São Paulo: Ltr, Anamatra, 2010.

PERES, Antonio Galvão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Trabalho artístico da criança e do adolescente: valores constitucionais e normas de proteção**. Rev. TST, Brasília, vol. 79, nº 1, jan/mar 2013.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo: LTr, 2006a.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 138**. Genebra: ILO, 1973. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_138.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

REVISTA EPOCA. **A imagem da hora**. 2015. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT391214-1661,00.html>. Acesso em: 18 maio 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, Sofia Vilela de Moraes e. **Trabalho Infantil: aspectos sociais, históricos e legais**. Revista Eletrônica Multidisciplinar: Olhares plurais, v. 19, n. 1, 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 19ª ed. atual. São Paulo: LTR, 2000, vol. 2.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **TST se prepara para julgar processo de trabalho infantil artístico no SBT**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-se-prepara-para-julgar-processo-de-trabalho-infantil-artistico-no-sbt:. Acesso em: 20 de junho de 2017.

UOL. **Lucas Lima prefere que seu filho com Sandy não siga carreira artística: “Esse meio é muito complicado”**. Disponível em: <<http://m.blogs.ne10.uol.com.br/social1/2017/04/13/lucas-lima-prefere-que-seu-filho-com-sandy-nao-siga-carreira-artistica-esse-meio-e-muito-complicado/>>. Acesso em: 20 de junho de 2017

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA E ALIENAÇÃO PARENTAL

*Vivia da Conceição¹
Geovana da Conceição²
Jonathan Cardoso Régis*

*Recebido em: 20 fev. 2019
Aceito em: 05 dez. 2019*

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o estudo do instituto da alienação parental e como objetivo verificar a possibilidade de responsabilização civil do genitor alienador pela prática da alienação parental. Buscou-se inicialmente fazer um apanhado do histórico sobre a família, sua origem, passando ainda pelo seu conceito. Em seguida, para uma melhor compreensão da matéria, estudou-se aspectos relacionados a alienação parental, sua definição doutrinária e legal, bem como a distinção com a síndrome da alienação parental e os efeitos dessa conduta promovidas pelo genitor alienante em relação aos filhos e ao genitor não guardião. Fez-se ainda uma abordagem sobre a responsabilidade civil resultante da alienação parental, seus reflexos quanto o dever de convivência parental. Para encerrar a pesquisa foi utilizado o método indutivo, o qual fora operacionalizado com as técnicas do referente, das categorias, dos conceitos operacionais e da pesquisa de fontes documentais, resultando em uma fonte de pesquisa para os operadores do Direito.

Palavras-chave: Família. Alienação Parental. Responsabilidade Civil.

CIVIL RESPONSIBILITY IN PARENTAL LAW AND FAMILY LAW

Abstract: The present work aims at the study of the parental alienation institute and as an objective to verify the possibility of civil liability of the alienator parent by the practice of parental alienation. It was initially sought to make a history of the family, its origin, and its concept. Then, for a better understanding of the subject, we studied aspects related to parental alienation, its doctrinal and legal definition, as well as the distinction with the parental alienation syndrome and the effects of this conduct promoted by the alienating parent in relation to their children and not guardian parent. An approach was also taken on the civil responsibility resulting from the parental alienation, its reflexes as the duty of parental coexistence. In order to close the research, the inductive method was used, which was operationalized with reference techniques, categories, operational concepts and research of documentary sources, resulting in a research source for law operators.

Palavras-chave: Family. Parental Alienation. Civil responsibility.

¹ Especialista em Direito Civil Avançado (Univali). Graduada em Direito (Univali). Advogada. e-mail: viviacon@brturbo.com.br

² Professora no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí de Itajaí nas disciplinas de Direito Civil (Obrigações e Família). Direito Processual Civil e Prática Jurídica. Professora da pós-graduação em direito civil. Especialista em Direito Processual Civil. Mestre em Gestão de Políticas Públicas da Univali. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNIVALI e Advogada militante na Comarca de Itajaí na área do Direito de Família. e-mail: geovanadireitodefamilia@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade discorrer sobre a responsabilidade civil no âmbito do direito de família em razão da prática da alienação parental.

Essa reflexão tem como objetivo geral, verificar a possibilidade de responsabilização civil do genitor alienador pela prática da alienação parental e, específicos, expor o processo de evolução histórica do direito de família e parentalidade; descrever a alienação parental e a reparação dos danos e, compreender a responsabilidade civil e reparação de dano em razão da alienação parental.

Iniciou-se discorrendo sobre a família, em especial, aspectos históricos, conceito (legal e doutrinário) e suas espécies,

Assim, a família é resultante do instinto dos seres vivos, de formação espontânea, com vistas à perpetuação da espécie e considerada a unidade social mais antiga, tendo proteção constitucional e infraconstitucional, calcados pela afetividade.

Em seguida, vêm o rompimento dos laços afetivos no ambiente familiar por conta da alienação parental e a síndrome da alienação parental, esclarecendo a distinção entre esses dois institutos.

Enquanto a alienação parental encontra-se vinculada ao distanciamento entre um dos genitores e seu(s) filhos, resultado esse promovido por ideias que são incutidas, induzidas ou provocadas por algum membro da família em relação à criança e/ou adolescente, a síndrome da alienação parental é o resultado desse comportamento, despertando no filho, um sentimento de rejeição ou abandono, de desvalorização, em outras palavras, o desequilibrando emocionalmente.

Na parte final da pesquisa, destaca-se sobre o ilícito civil e, como consequência, a responsabilidade civil especificamente relacionada com o dever de convivência parental por conta da alienação e a reparação de danos ao genitor não guardião e ao filho, vítima daquele comportamento insidioso promovido pelo genitor alienante.

VISÃO HISTÓRICA E CONCEITO DE FAMÍLIA

Para iniciar a presente reflexão, a qual tem como enfoque principal a responsabilidade civil no direito de família e a prática da alienação parental, imprescindível traçar aspectos destacados em relação à família, parentalidade, a iniciar pela exposição quanto aos aspectos históricos da família.

Há de se ressaltar, antes de adentrar nesse pensamento voltado a família, da previsão constitucional de tutela familiar, especificada no art. 226, base da sociedade e que detém especial proteção do Estado e, em destaque o seu §7º, em que a proteção da entidade familiar encontra-se fundada "nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável [...], competindo

ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito", não sendo admissível qualquer espécie de conduta coercitiva por parte de todos, sejam organismos públicos ou privados.

Aliado a isso, o § 8º do referenciado dispositivo constitucional, afirma que compete ao Estado assegurar "a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" e, dentre esse conjunto de possibilidades de vitimização no ambiente familiar, se tem a alienação parental, a qual será abordada mais adiante.

Aspectos da origem familiar

A família, de acordo com Dias (2011, p. 27), não é uma exclusividade do ser humano, mas sim dos seres vivos, "seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão. Tanto é assim que se considera natural a ideia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois".

Tem-se ainda que a família, conforme asseverado por Cunha (2010) que "pode ser considerada a unidade social mais antiga do ser humano" e, que, "historicamente, mesmo antes do homem se organizar em comunidades sedentárias, constituía-se em um grupo de pessoas relacionadas a partir de um ancestral comum ou através do matrimônio".

Todos os membros da família assumiam obrigações morais entre si, sob a liderança do ancestral comum, conhecido como "patriarca", normalmente da linhagem masculina, símbolo da unidade da entidade social, reunindo-se em uma mesma comunidade todos seus descendentes, os quais compartilhavam de uma identidade cultural e patrimonial. Essas primeiras entidades familiares, unidas por laços sanguíneos de parentesco, receberam o nome de *clãs* (CUNHA, 2010)

A união entre as pessoas é decorrente do que Dias (2011, p. 27) afirma ser "química biológica" e que a família "é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito".

Desse laço inicial sanguíneo de união de pessoas, a organização primitiva das famílias, conforme Cunha (2010) e Madaleno e Madaleno (2013, p. 14), originou-se as sociedades humanas organizadas, sendo que a expressão família "surge a partir de uma dessas organizações sociais".

Ademais, de acordo com Sandri (2013, p. 33), as relações sociais e, da mesma forma, as familiares, são sustentadas pelo companheirismo e afeto, voltados no sentido em que as pessoas "dedicam suas vidas para proporcionar o bem-estar para aqueles que estão à sua volta."

Nas sociedades antigas, o predomínio estava concentrado em seu caráter matriarcal, em que as mulheres, por conta da descendência dos filhos, acabavam por estabelecer um controle, de

alguma maneira, das questões sucessórias, sendo que dos casamentos em grupos, originou-se os matrimônios sindiásmicos (NETA, 2016, p. 30), no sentido em que, de acordo com Engels (2018), em que o homem, muito embora vivendo com uma mulher, a infidelidade e de poligamia ocasionais era um direito que lhe assistia, sendo que a dissolução do vínculo familiar era comum e os filhos pertenciam a mãe de forma exclusiva, o que explicita que a família monogâmica e patriarcal sempre entendida como sendo dominante e existente na sociedade seria equivocada, servindo apenas, segundo Neta (2016, p. 30) “para a imposição de um modelo ideológico”.

Na Roma antiga, houve o destaque para a família patriarcal, baseada na união das pessoas “sob poder familiar do ascendente mais velho do sexo masculino, ainda vivo”, sendo que tal concepção passou a ser envolvida pela igreja, pelo culto à religião, limitando-a a “uma unidade familiar compreendida pelo pai, a mãe e os filhos”, promovendo a “moralidade à sociedade”, conforme exposto por Madaleno e Madaleno (2013, p. 14-15) transformando o matrimônio, segundo Cunha (2010) em uma “instituição sacralizada e indissolúvel, e única formadora da família cristã, formada pela união entre duas pessoas de diferentes sexos, unidas através de um ato solene, e por seus descendentes diretos” e culminando, na concepção de Madaleno e Madaleno (2013, p. 16) no crescimento da intervenção do Estado na família.

Em seguida, por conta da Revolução Industrial, transformações vivenciadas pela sociedade humana, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, acabam por provocar significativas modificações na até então ordem familiar, encerrando o predomínio do caráter produtivo e reprodutivo familiar e o crescimento do vínculo afetivo, surgindo-se desse modo, uma nova concepção nas relações familiares, constituída pelos laços afetivos de amor, respeito e carinho, conforme asseveram Dias (2011, p. 27), Neta (2016, p. 39) e Madaleno e Madaleno (2013, p. 16).

Assim, visto o processo de evolução histórica da família, discorrer-se-á brevemente seu conceito.

Conceito de família

Inicialmente há de se destacar que diversos ramos da ciência podem trazer significados distintos e específicos acerca da família, seja no direito, na antropologia ou na sociologia.

Importa observar que a legislação pátria não traz uma definição de família, a qual, encontrava-se baseada principiologicamente falando, na consanguinidade entre seus membros, pode ser conceituada como:

Lato sensu, o vocábulo *família* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e afins. (GONÇALVES, 2015, p. 291).

Dias (2011, p. 27) afirma também que a família é resultado de uma construção cultural, “preexistente ao Estado e está acima do direito”, a qual é disposta de uma “estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos –, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente”, sendo que essa formação familiar (pai, mãe e filho), de acordo com Madaleno e Madaleno (2013, p. 13) é considerada a concepção clássica, a qual, atualmente, por conta da evolução da sociedade humana e normativa, “não é a sua única estrutura”, uma vez que se reconhece novos tipos de estruturação familiar, baseados não apenas na consaguinidade, mas da vinculação afetiva, resultado “de movimentos sociais realizados por diversas categorias, como o das mulheres, na luta pela igualdade de direitos, e o dos casais homoafetivos, pelo reconhecimento de suas uniões fáticas, dentre outros”, conforme assevera Sandri (2013, p. 36)

Ademais, Oliveira Júnior (2017), aduz que o principal elemento caracterizador que pode, atualmente define família é o carinho, afeto, demonstrações de amor e compreensão, independentemente de seu formato.

O princípio da afetividade vem se consolidando na concepção de família, conforme leciona Pereira (2018):

[...] a família está em constante transformação e transcende, sempre, sua própria historicidade. Apesar das resistências às mudanças, elas veem acontecendo, quer gostemos ou não, queiramos ou não. E é isto que tem feito da família um lugar melhor para se viver. A família não está em desordem. Ao contrário, está cada vez melhor, mais verdadeira e mais autêntica. Todas essas inevitáveis mudanças são os **frutos do afeto como valor e princípio jurídico**, que se tornaram o vetor e catalisador do Direito das Famílias [...] o Direito de Família traz consigo um conteúdo moral sexual que se confronta com parlamentares religiosos que misturam Direito e religião, atravancando a pauta legislativa, e não permitindo que o Estado seja verdadeiramente laico. Mas, como a fonte do Direito não é só a lei, o Direito de Família vem se alimentando de suas outras fontes, como a jurisprudência, doutrina, princípios constitucionais e principalmente os costumes. **(grifo nosso)**

Gomes (1998, p. 33) conceitua “família como sendo aquele composto por um grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção”.

Assim, foi a partir da Constituição Federal de 1988, que novas formas de famílias foram reconhecidas, além do casamento em si, levando em consideração o princípio da afetividade, que vem se consolidando quando da concepção de família, diante da evolução não apenas legislativa, como também da sociedade humana.

O ROMPIMENTO DOS LAÇOS FAMILIARES: A ALIENAÇÃO PARENTAL

O art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA estabelece que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”, tal dispositivo tem íntima relação com a normatização que entrou em vigor estabelecida pela Lei nº 12.318/2010.

A referida norma legal acima especificada, passou a dispor acerca da alienação parental, cuja definição legal e doutrinária, os sujeitos envolvidos nessa relação, suas características e reflexos promovidos às crianças e aos adolescentes serão abordados a seguir.

Conceito de alienação parental

Em primeiro lugar, importa observar que a alienação parental corresponde, em síntese, ao distanciamento entre genitor e seu(s) filho(s), distanciamento este originado pelo induzimento, manipulação, ódio ou provocação de um membro da família em relação à criança e/ou adolescente, ou seja, acaba por proporcionar em decorrência dessa influência reiterada, na destruição e desmoralização da imagem do outro genitor.

Madaleno e Madaleno (2013, p. 41), afirmam que o primeiro momento em que se buscou definir a síndrome da alienação parental foi em meados da década de 1980, mais precisamente no ano de 1985, por Richard Gardner, norte americano e professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, como resultado de uma experiência que o mesmo vivenciou como perito judicial.

Para Richard A. Gardner, citado por Madaleno e Madaleno (2013, p. 42), a alienação parental resultada conduta promovida pelo genitor que detém a guarda da criança e passa a incutir, programar e/ou induzir seu filho para que adote um comportamento de ódio e repúdio, de maneira injustificada, ao outro genitor, tendo por finalidade, dentre outras, "destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante" e, tendo como reflexo proporcionar para que, decorrente o assédio sofrido, a criança, por si só, acaba contribuindo com o genitor alienante, o que estabelece uma "combinação de lavagem cerebral com contribuições da própria criança, no sentido de difamar o genitor não guardião, sem qualquer justificativa, e seu diagnóstico é adstrito aos sintomas verificados no menor".

É caracterizado, de acordo com Sandri (2013, p. 89-90), pelo “conjunto de atos pelos quais um genitor transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação,

com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os vínculos daquele filho com o outro genitor.”

Destaca-se ainda que o próprio dispositivo estabelecido na Lei nº 13.431/2017, a qual versa sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, define, de forma clara o que vem a ser ou caracterizar a alienação parental, que nada mais é do que a influência ou a distorção de diversas situações em que aquela pessoa em processo de desenvolvimento, seja criança ou adolescente, imposta pelos pais, ascendentes em linha reta ou que detenha alguma vinculação e responsabilidade para com aquele, resultando em um comportamento de exclusão, de repúdio ou até mesmo de desprezo para com o outro e, conseqüentemente, em macular e prejudicar o vínculo entre os envolvidos (pai/mãe e filho).

O legislador brasileiro trouxe, de forma clara e sucinta na Lei nº 12.318/2010, em seu art. 2º em que:

Considera-se ato de alienação parental a **interferência na formação psicológica** da criança ou do adolescente **promovida** ou **induzida** por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância **para que repudie genitor** ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. **(grifo nosso)**

O citado artigo especifica, de forma exemplificativa em seu parágrafo único, comportamentos ou ações do ato de alienação parental, praticados diretamente ou com o auxílio de terceiros, "além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia", dentre outros, a realização de "campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade"; assim como também dificultar o exercício da autoridade parental, de contato da criança ou adolescente com genitor ou ainda do "exercício do direito regulamentado de convivência familiar" e, da mesma forma, promover falsa denúncia contra o genitor ou familiares deste, visando dificultar o acesso e convivência com os filhos, além da conduta omissiva, de forma deliberada, de "informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço".

A respeito, Neta (2016, p. 103), leciona:

[...] com a prática da alienação, o genitor guardião impede o pleno exercício dos deveres parentais pelo outro genitor, em claro prejuízo aos interesses dos filhos [...] A alienação fere violentamente a esfera individual da criança e do adolescente, que são considerados sujeitos de direito na nova ordem constitucional, e coloca em risco a saúde emocional e psíquica dos mesmos [...]

Também chamada de implantação de falsas memórias, a alienação parental é, desde sempre, uma prática usada de forma irresponsável e recorrente, quando da separação, em que, o cônjuge pelo inconformismo ou a não superação da ruptura da vida conjugal, aliado ao sentimento de raiva, rejeição, nasce o sentimento de vingança, a qual, em inúmeras situações, resulta pela adoção de um comportamento de descrédito, desmoralização ou até mesmo de destruição do ex-cônjuge ou

companheiro (DIAS, 2011, p. 462).

Exposto resumidamente o conceito de alienação parental, resultante da influência de um dos genitores (guardião) no induzimento e na lavagem cerebral dos filhos quando da separação, levando no afastamento do cônjuge não guardião, passa-se a seguir destacar a síndrome da alienação parental.

A síndrome da alienação parental

Importa destacar, segundo Fonseca (2009) que enquanto a alienação parental é o meio ou a forma proporcionada pelo genitor guardião, a Síndrome da Alienação Parental – SAP, trata-se do resultado, do efeito gerado, sorvido pelo filho, ou seja, uma relação de causa-efeito, importando no comportamento psicossocial do sujeito, nesse caso o filho influenciado sendo tratada como uma patologia.

A SAP resulta das separações judiciais e, por consequência, das disputas entre os pais pela guarda de seus filhos e, esses processos de separação, acabam por “despertar sentimentos de traição, rejeição, abandono e angústia – quando surge o medo de não ter mais valor para o outro”, em outras palavras, uma espécie de abuso emocional (MADALENO E MADALENO, 2013, p. 41).

Rosa (2012, p. 150), afirma que:

A síndrome da alienação parental se caracteriza pelo fato de um dos pais, avós ou os que tenham a criança sob sua autoridade ou guarda, para atingir o outro, como meio de vingança ou mesmo por algum desequilíbrio emocional, em virtude de separação, por incompatibilidade de ideias, por raiva, ciúmes, etc., passar a manipular a mente da criança, procurando caracterizar o outro, objeto de sua vingança, como um ser ameaçador, que lhe faz mal, que lhe agrediu de alguma forma, seja psíquica ou fisicamente. Na maioria dos casos, a criança acredita mesmo estar sendo vítima de algum abuso, inclusive sexual o que para ela traz consequências devastadoras, interferindo no seu caráter, na sua personalidade, na sua visão de mundo e, na perspectiva em relação ao outro, na sua confiança em si e no próximo, fazendo com ela repudie aquele que está sendo alvo dessas ideias caluniosas, dificultando-lhe a convivência.

Em outras palavras, a SAP é resultado do rompimento dos laços conjugais, onde o genitor guardião, imbuído de um sentimento de vingança, passa a despertar uma diversidade de barreiras e de falsas memórias na manutenção do contato entre o genitor não guardião e os filhos, assim como também acaba refletindo em toda extensão da família do genitor alienado, passando a “ser privada da convivência com aquela criança/adolescente, o que torna ainda mais danosa tal prática” (NETA, 2016, p. 99-101).

Gardner (2018) asseverou que a prática da alienação pode ser equivalente a uma espécie de abuso, uma vez que,

É importante notar que a doutrinação de uma criança através da SAP é uma forma de abuso – abuso emocional - porque pode razoavelmente conduzir ao enfraquecimento

progressivo da ligação psicológica entre a criança e um genitor amoroso. Em muitos casos pode conduzir à destruição total dessa ligação, com alienação por toda a vida. Em alguns casos, então, pode ser mesmo pior do que outras formas de abuso - por exemplo: abusos físicos, abusos sexuais e negligência [...]

Paiva e Siqueira (2015, p. 36) destacam que os genitores “exercem forte influência na formação psíquica de seus filhos haja vista que a construção da personalidade do indivíduo se inicia na sua infância, especificamente nos primeiros anos de vida.”

Diante disso, nota-se que essa influência negativa dos pais em relação aos filhos acaba por prejudicar o processo de formação da criança e do adolescente, os quais se encontram em desenvolvimento físico e psíquico, fundado no texto constitucional e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, sempre em observância e respeito à dignidade da pessoa humana, assim como de uma convivência familiar sadia, direito fundamental de todos e, em especial, da pessoa em desenvolvimento.

Efeitos da alienação parental na criança ou adolescente

Conforme previsão disposta no ECA, há em seus artigos iniciais elementos que afirmam a realidade legislativa brasileira no que tange a proteção a criança e do adolescente, a qual não é recente, são quase três décadas buscando estabelecer uma cultura de tutela e proteção ao processo de desenvolvimento sadio dessas pessoas, em que, sinteticamente, gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem que ocorra prejuízo da proteção integral, garantindo a estes, seja por meio legal ou de outra forma, “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”, conforme reza seu art. 3º.

Otero e Verdeiro (2018, p. 200) destacam que por força do comportamento doentio de um dos pais, estes passam a “manipular a memória da criança, inclusive com lavagem cerebral para que ela evite o outro genitor, tem-se o distanciamento deste e do filho”, gerando dessa forma, o abandono afetivo, que pode ser observado e destacado no art. 3º da Lei n. 12.318/2010 em que a prática da alienação parental viola o direito fundamental das pessoas em desenvolvimento, quais sejam crianças e adolescentes, da “convivência familiar saudável”, prejudicando a “realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar” e, estabelecendo “abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres”.

Exposta a concepção e noção macro, mesmo que de forma breve, quanto a síndrome da alienação parental, passe-se a seguir para análise quanto a responsabilização decorrente da violação do dever de convivência parental.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DO DEVER DE CONVIVÊNCIA PARENTAL

Visto os aspectos destacados e pontuais referente a família, seu amparo legal, as relações de afeto e a alienação parental, passa-se a discorrer sobre a responsabilidade pela violação do dever de convivência parental.

Da responsabilidade civil

Presente no Código Civil brasileiro tem-se a responsabilidade civil, a qual, segundo previsão no art. 927, em decorrência do ato ilícito, disposto nos artigos 186 e 187, há a obrigação na reparação do dano se dá aquele que por ato ilícito, gerar dano a outrem, destacando-se que, tal obrigação reparatória, “independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 927.

Gonçalves (2013, p. 41) traz que a origem da expressão responsabilidade, vem do latim *respondere*, significando a “ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir”.

Coelho (2012, p. 171), assevera que:

A responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Classifica-se como obrigação não negocial, porque sua constituição não deriva de negócio jurídico, isto é, de manifestação de vontade das partes [...]

Gonçalves (2013, p. 20) afirma ainda que há a possibilidade da responsabilidade promover a violação de normas jurídicas, assim como também morais, as quais podem ser analisadas isoladas ou simultaneamente, dependendo da forma em que a infração é praticada e, diante disso, o “campo moral é mais amplo do que o do direto, pois só se cogita da responsabilidade jurídica quando há prejuízo”, revelando-se quando da ocorrência do cometimento infracional da norma jurídica que resulte efeito danoso ao sujeito ou ainda à coletividade.

Em síntese, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 31) destacam que a obrigação resultante da responsabilidade, no campo jurídico, tem como fundamento principal a proibição de ofensa, isto é, de que a ninguém se deve lesar.

Quanto a responsabilidade civil, Sampaio (2003, p. 17) assevera que:

[...] é parte integrante do direito obrigacional, posto que consiste na obrigação que tem o autor de um ato ilícito de indenizar a vítima pelos prejuízos a ela causados. A situação amolda-se ao conceito genérico de obrigação, ou seja, o direito de que é titular o credor em face do devedor, tendo por objeto determinada prestação. No caso, assume a vítima de um ato ilícito a posição de credora, podendo, então, exigir do autor

determinada prestação, cujo conteúdo consiste na reparação dos danos causados.

Desse modo, a responsabilidade civil “pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato”, qual seja, o obrigação de reparar o dano gerado (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2014, p. 36) e, tendo como pressupostos para a sua configuração, a conduta omissiva ou comissiva, o nexo de causalidade, bem com a culpa ou dolo do agente e, conseqüentemente, o dano gerado.

No que se refere ao dano promovido pela conduta ilícita praticada pelo agente, Gonçalves (2013, p. 362) destaca que este é resultado da lesão de qualquer bem jurídico e nesse encontra-se inserido o dano moral, importando, “para quem sofre, no mínimo algum desconforto ou dissabor” (COELHO, 2012, p. 273)

Para Zannini (1993, p. 287), o dano moral vem a ser o sofrimento gerado à vítima, o abalo psicológico, o “prejuízo ou dano a interesses não relacionados ao patrimônio causados pelo evento prejudicial, o seja, pelo fato ou ato ilícito”.

Os danos, de acordo com Coelho (2012, p. 194), “mesmo os morais, quase sempre se compensam em dinheiro. É pecuniária a maioria das obrigações de indenizar nascidas da responsabilidade civil” e, ainda, a indenização decorrente do dano moral é “uma compensação pecuniária por sofrimentos de grande intensidade, pela *tormentosa dor* experimentada pela vítima em alguns eventos danosos”, sendo tal compensação com vista a minimizar a dor sofrida pela vítima, dentre estes, a resultante da alienação parental.

Gonçalves (2013, p. 384-386) afirma que o dano moral não seria a angústia ou a dor propriamente dita ou a humilhação sofrida pela vítima, o desgosto, uma vez que esse complexo de sofrimento vivenciado pelo evento danoso é “o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano”, o qual acaba por influenciar e interferir, “intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar”.

Quanto a indenização, esta será medida em conformidade com a extensão do dano, segundo o que estabelece o art. 944 do Código Civil, com destaque à observância do parágrafo único do referenciado artigo, quanto a aplicação do princípio da proporcionalidade entre a “gravidade da culpa e o dano”, cabendo ao magistrado a redução, se for o caso, de forma equitativa/equilibrada, a indenização.

Dito isso, passa-se a seguir traçar aspectos da responsabilidade civil por conta da alienação parental.

Da reparação civil como resultado da alienação parental

Importante iniciar afirmando que as relações parentais são norteadas pelos preceitos e princípios impostas pela Constituição Federal de 1988, “conformadores do Direito de Família, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, [...] da afetividade, da convivência familiar”, e sempre primando pelo melhor interesse da criança e do adolescente, sendo que tais princípios detêm a imposição aos “membros de uma família uma série de direitos-deveres, que devem ser exercidos de modo a garantir a plena efetividade da dignidade de todos aqueles que participam das relações familiares”, sendo que tais deveres, uma vez não observados e cumpridos, se constituem de ilícitos civis, tendo por consequência, a possibilidade de responsabilização e sanção (NETA, 2016, p. 165-166).

Desse modo, a previsão disposta no art. 6º da Lei no 12.318/2010 estabelece sanções aplicáveis aos alienadores, tendo por finalidade fazer cessar os danos gerados pela síndrome de alienação parental e sem a ocorrência de prejuízo da responsabilidade civil, sendo que a tipificação da conduta é demonstrada quando da dificuldade existente de convivência da criança/adolescente com o genitor e poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente.

Em outras palavras, de acordo Souza (2018), para que se tenha a configuração da responsabilidade civil no âmbito familiar, em especial, por conta da alienação parental, basta “que seja reconhecido o ato ilícito, o que não será uma característica difícil de ser observada nos litígios que envolvem a SAP, não necessitando de norma jurídica específica”.

Asseveram Madaleno e Madaleno (2013, p. 117-118) que,

[...] A indenização por dano moral ou material é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro e tem especial referência na Lei da Alienação Parental, diante dos notórios prejuízos de ordem moral e material causados pela propositada e injustificada alienação dos filhos ao outro progenitor, e até mesmo em relação aos avós ou irmãos da criança ou adolescente alienado. É indenizável o sofrimento psíquico ou a frustração pela incerteza anímica do progenitor não guardião pela perda da relação paterno-filial com a ruptura do regime de visitas e pelo total desrespeito ao direito de comunicação fundamental nos vínculos de filiação. O dano moral reclama a demonstração do nexo causal entre a atitude do alienante e os prejuízos morais, por

³ Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, **sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil** ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
 II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
 III - estipular multa ao alienador;
 IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
 V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
 VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
 VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

[...]

abalo psíquico sofrido pelo progenitor alienado e pela criança ou o adolescente.

Ademais, o art. 227 da Carta Constituinte de 1988 traz que a família, dentre outros atores sociais tem a responsabilidade em zelar e garantir à criança, ao adolescente e ao jovem, com prioridade absoluta, não apenas o direito à vida, como a plenitude para seu desenvolvimento, de direitos sociais dispostos no texto constitucional e, dentre outros, o direito à convivência familiar, a qual “implica em presença, em cuidado em assistência material e moral. Significa, pois, ser pai e/ou mãe, no profundo sentido dessas palavras” (NETA, 2016, p. 167). Diante disso, em havendo o descumprimento dessa obrigação parental de zelo, cuidado e de convivência para com os filhos, tem-se a aplicação da responsabilidade civil.

A já mencionada Lei nº 12.318/2010 traz claramente o reconhecimento da responsabilização civil do genitor alienante pelo dano moral resultante da alienação parental, ante ao disposto no art. 3º que traz a conduta abusiva e ilícita proposta por esse, gerando o que o texto de lei especifica como abuso moral, em que acaba por prejudicar, segundo asseverado por Costa (2012, p. 20) “a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar”, sendo que o maior dano proporcionado por essa conduta é aquele em que “o alienante afasta o menor do convívio do outro genitor, causa inúmeros prejuízos tanto para a criança quanto para o genitor alienado. Assim, as vítimas da alienação parental são os menores e os genitores alienados” e, pelo ato ilícito gerado, tem-se o dever de indenizar.

Douglas Freitas citado por Ohlweiler (2018), assevera quanto a ilicitude da alienação parental, a qual gera a reparação de danos morais, uma vez que tal conduta, “além de ilícita, é culpável na forma ativa, geradora de dano e, por constituir os elementos mínimos necessários para a configuração da responsabilidade civil à luz dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil”, impondo-se ao genitor alienador o dever de compensação ao genitor alienado, assim como também a criança e/ou ao adolescente alienado, a fim compensar moralmente pelos danos causados por aquelas ações.

Há ainda de se ressaltar que não seria qualquer espécie de conduta executada, incitada pelo alienador, passível do dever de indenizar.

Quanto à possibilidade de reparação de dano por conta da conduta do alienador em relação ao genitor alienado, foi noticiado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF (2016), decisão dessa natureza em que:

[...] o que se vê é um pai em busca quase que desesperada de se aproximar da filha, enquanto a mãe, por razões injustificáveis, em nada contribuiu com a plena realização do direito da filha de conviver com seu genitor. Muito pelo contrário, o que **sugerem os autos é que a fragilização dos laços afetivos entre pai e filha pode ter sido potencializada pela conduta da mãe**. Logo, constatada a conduta ilícita da autora, o dano moral causado ao genitor é evidente, "tendo em vista que se trata de incursão em

seara sentimental de elevada grandeza, que é aquela na qual se hospeda a afetividade existente entre pai e filha", conclui o magistrado ao julgar improcedente o pedido formulado pela autora, e procedente o pedido contraposto do acusado, para condenar a genitora ao pagamento de indenização no valor de R\$ 1,5 mil, a título de danos morais. **(grifo nosso)**

Em decisão mais recente, proferida no ano de 2018, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (IBDFAM, 2018), acabou por condenar o genitor alienante ao pagamento de indenização por dano moral a ex-mulher pela prática de alienação parental com a filha, por ter aquele induzido sua filha a desenvolver sentimentos negativos em relação a sua mãe, assim como também abalos psicológicos a infante e crises emocionais, havendo, por conta disso, verificação quanto a violação direta e intencional da obrigação do genitor em promover, bem como estimular uma relação positiva e harmoniosa entre a criança e seu outro genitor.

Há de se fazer menção ainda quanto a elemento caracterizador quanto a síndrome da alienação parental, em especial, quanto a indenização pelo dano gerado, a imprescindibilidade de “realização de estudos psicossociais com a criança, a fim de permitir uma avaliação detalhada do seu estado psíquico”, no que se refere a demonstração, ou não, “de um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito da figura paterna” (TJDFT, 2017).

Sendo assim, diante do que fora até o presente momento apresentado, nota-se que o genitor alienante, ao agir ilícitamente e em afronta à disposição legal, adotando comportamento típico e caracterizador de alienação parental, impõem-se a esse o dever de indenizar por conta do cometimento de ato ilícito, em conformidade com o art. 927 c/c o art. 186 do Código Civil, não podendo esquecer da primazia da dignidade da pessoa humana da criança e do adolescente alienado e garantindo a este a convivência harmônica com o outro genitor (alienado e não guardião).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo estudar a responsabilidade civil no direito de família e a alienação parental.

Para o desenvolvimento lógico, o trabalho foi subdividido em três pontos principais.

O primeiro tratou do histórico da família, seu conceito e espécies compreendidas e reconhecidas constitucionalmente ou pelos tribunais pátrios.

Assim, a família, considerada a unidade social mais antiga, decorre da união, da formação espontânea e não é uma exclusividade do ser humano, mas sim do instinto dos seres vivos, tendo por finalidade a perpetuação da espécie e tutelada constitucional e infraconstitucionalmente.

Ressalta-se que a tutela estabelecida à família no texto constitucional, encontrada mais especificamente em seu art. 226, tendo proteção especial do Estado e baseada nos princípios da

paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, aliada a afetividade mútua.

Em seu aspecto histórico, a família detinha um ancestral em comum ou aquele grupo de pessoas estaria reunido por conta do matrimônio e, que os membros da família passavam a assumir obrigações morais e sob a condução do patriarca.

Ademais, as relações familiares devem ser sustentadas pelo mútuo sentimento de afeto, respeito, companheirismo, a fim de proporcionar e garantir o bem-estar daqueles entes.

O período pós-revolução industrial proporcionou mudanças a sociedade humana e, por consequência, adequações a nova realidade que passou a ser estabelecida, como o ingresso da mulher no mercado de trabalho, o crescimento do vínculo afetivo e a institucionalização do casamento motivado e protegido pelo Estado.

Quanto a seu conceito, observa-se que atualmente, seus membros não são compostos tão somente pelos laços de sangue, pela descendência, mas também pela adoção e afinidade.

Além da previsão constitucional de proteção à família, há ainda, dentre as responsabilidades deste, assim como da sociedade, da comunidade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, prioridade absoluta a seu processo de desenvolvimento físico, psíquico, moral, espiritual e assegurando a estes seguros de qualquer espécie de negligência, exploração, crueldade ou violência.

E é nesse sentido que se analisa a alienação parental, a qual consiste no distanciamento do genitor não guardião de seu filho, por conta da adoção de um comportamento influenciador proposto pelo genitor guardião ou familiares, o qual acaba, de forma injustificada, por induzir, manipular e provocar ódio e desmoralização para com o outro, destruindo os vínculos existentes naquela relação.

Atualmente, a Lei nº 12.318/2010, assim como também a Lei nº 13.431/2017 traz, de forma clara e direta uma definição legal acerca da alienação parental, consistente na interferência ou influência psicológica no processo de formação do infante, promovendo a distorção de informações impostas pelos pais ou familiares que detenham a guarda do infante.

A Lei nº 12.318/2010 estabelece ainda, uma vez caracterizada a alienação parental, independente da responsabilização civil e criminal, o juiz poderá, de acordo com a gravidade do fato, adotar, isolada ou cumulativamente, diversas medidas, partindo da advertência, chegando na situação extrema da suspensão da autoridade parental.

Conforme disposto na pesquisa, desse comportamento adotado de alienação parental, resultante de um ato ilícito, lesando direitos, conduta essa promovida por parte do genitor guardião, tem-se a responsabilização deste pela reparação de danos, não apenas ao genitor não guardião, como também a criança ou adolescente alienada, uma vez que aqui estão sendo violados direitos garantidos pelo texto constitucional.

Nesse aspecto, visando cessar os danos gerados, a legislação pátria, mais especificamente a Lei nº 12.318/2010, prevê uma diversidade de sanções passíveis de ser aplicadas ao alienador e sem que promova prejuízo na busca pela responsabilidade civil gerada e a conseqüente reparação de danos.

Denota-se que as características decorrentes da alienação parental, uma vez reconhecida a conduta ilícita, em que gera prejuízo de natureza material e/ou moral intencionalmente exercida pelo genitor alienante em detrimento ao outro genitor (não guardião) ou até extensivamente aos demais membros da família alienada, sendo que a indenização se dá pelo sofrimento, frustração, sequelas, ausência de afeto e pelo rompimento de perda dessa relação genitor-filho a qual é gerada pelo abalo psíquico sofrido não apenas pelo genitor não guardião, como também à criança e/ou adolescente alienado

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.
- _____. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF, 26 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.
- _____. Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017. **Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**. Brasília, DF, 04 abr. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil – obrigações: responsabilidade civil**. v. 2. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (E-book).
- COSTA, Mariana Andrade da. **A responsabilidade civil por alienação parental**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012, p. 20. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/MarianaAndradedaCosta.pdf>. Acesso em: 06 out. 2018.
- CUNHA, Matheus Antônio da. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 27 Set. 2010. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica>. Acesso em: 29 set. 2018.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Alienação parental gera indenização por danos morais**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/janeiro/alienacao-parental-gera>>

indenizacao-por-danos-morais>. Acesso em: 06 out. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Acórdão n. 1039121, 20160510046647APC**. Relator: Des. Carlos Rodrigues. 6ª Turma Cível, d.j: 14/06/2017, Publicado no DJE: 22/08/2017, p. 647/690. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 06 out. 2018.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da Alienação Parental**. In: *Revista do Centro de Apoio Operacional Cível*, Ministério Público do Estado do Pará, Centro de Apoio Operacional Cível. Belém: M. M. Santos Editora, 2009. Ano 11, n. 15, p. 49-60.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 3. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014 (E-book).

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome da alienação parental (SAP)?** Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 30 set. 2018.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Direito civil esquematizado. v. 3. Coord. Pedro Lenza. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. **Homem que praticava alienação parental é condenado a pagar danos morais para ex-esposa**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6591/Homem+que+praticava+alienação+parental+é+condenado+a+pagar+danos+morais+para+ex-esposa>>. Acesso em: 06 out. 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. **Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo**. Curitiba: Juruá, 2016.

OLIVEIRA JÚNIOR, Isaias Batista de. **Em cartaz: a formação docente e as representações de famílias organizadas em modelos não convencionais**. RPGE– Revista online de Política e Gestão Educacional, v.21, n.2, p. 542-562, maio-ago/2017. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/318830903> *Em cartaz a formacao docente e as representacoes de familias organizadas em modelos nao convencionais*>. Acesso em: 30 set. 2018.

OTERO, Cleber Sanfelici. VERDERIO, Olivia. **A responsabilidade dos pais pelo abandono afetivo dos filhos e o prejuízo moral para eles em dignidade. O problema do abandono afetivo subsequente à (síndrome da) alienação parental**. Direito de família e das sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA. Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Cláudia Mara A. Rabelo Viegas; Ilton Garcia da Costa; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

OHLWEILER, Débora Dihl. **A responsabilidade civil pela conduta de alienação parental**. Disponível em: <<https://doadv.jusbrasil.com.br/artigos/314226554/a-responsabilidade-civil-pela-conduta-de-alienacao-parental>>. Acesso em: 06 out. 2018.

PAIVA, Caroline Zanetti. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A contemporaneidade do direito de família e suas possíveis fragilidades: alienação parental avanço ou retrocesso?** In: Direito de família e sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin, Tereza Cristina Monteiro Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Conceito de família está cada vez mais organizado e autêntico**. Consultor Jurídico – Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-24/processo-familiar-conceito-familia-cada-vez-organizado-autentico>>. Acesso em: 30 set. 2018.

ROSA, Graziela Matos Souza Santa. **Síndrome da alienação parental ou simplesmente vingança**, p. 150. Revista Letrando. v. 2. jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://revistaletrando.com/revista/volume2/15.Graziela.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANDRI, Jussara Schmidt. **Alienação parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais**. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA, Ronaldo Ribeiro da. **A responsabilidade civil por alienação parental**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58175/a-responsabilidade-civil-por-alienacao-parental>>. Acesso em: 06 out. 2018.

ZANNINI, Eduardo. A. **El daño en la responsabilidad civil**. 2 ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.

O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO CONCEBIDO POR FECUNDAÇÃO

HOMÓLOGA POST- MORTEM 1

Bruna Paludo ²

Luís Gustavo dos Santos ³

Recebido em: 12 mar. 2019

Aceito em: 05 dez. 2019

RESUMO

A reprodução assistida é técnica que se originou na Inglaterra e conquistou o mundo, surgiu para cessar o anseio daqueles indivíduos, que por motivos alheios as suas vontades, não conseguem ter filhos de maneira natural. O direito se mostrou incapaz de acompanhar estes avanços tecnológicos e seus reflexos na sociedade, fato que não poderia ser diferente, ante a velocidade que ocorrem. Assim, a concepção artificial se torna matéria complexa e controvertida em meio aos doutrinadores, deixando as pessoas inseguras juridicamente frente aos diversos questionamentos que podem ocorrer. O presente artigo tem como intento fazer uma reflexão, no âmbito do direito sucessório, sobre a situação jurídica do embrião concebido por fecundação homóloga *post-mortem*, uma vez que a legislação brasileira se apresenta omissa em relação ao tema, contando apenas com algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina, frente a possíveis conflitos que podem ocorrer.

Palavras-chave: Direito Sucessório. Reprodução Humana Assistida. *Post-mortem*. Biodireito.

INHERITANCE LAW OF THE EMBRYO CONCEIVED BY HOMOLOGOUS FERTILIZATION POST MORTEM

ABSTRACT

Assisted Reproduction is a technique that originated in England and won over the world. It was created to end the yearning of individuals who, for reasons other than personal ones, were not able to have children in a natural fashion. The law proved itself to be incapable of following these technological advancements and their reflexes in society, a fact that could not be different, due to the speed in which they happen. Therefore, artificial insemination becomes a topic of complexity and controversy among scholars, leaving people legally insecure in the face of the various questions that may arise. The intent of this article is to reflect about the legal status of the embryo conceived by homologous post-mortem fertilization, since the Brazilian legislation stands silent in regards to the subject, counting only with few resolutions from the Federal Medicine Council, faced with possible conflicts that may occur.

¹ O direito sucessório do embrião concebido por fecundação homóloga *post-mortem*.

² Bruna Paludo. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. E-mail: brunapaludo_@hotmail.com. Telefone:(047) 997142470

³ Luís Gustavo dos Santos. Advogado. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor do Curso de Direito Civil da UNIVALI; Escola do Ministério Público de Santa Catarina e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina; Coordenador do Curso de Pós Graduação em Direito Civil Avançado e do Curso de Pós Graduação em Direito Civil e Processo Civil, ambos da UNIVALI; proprietário da empresa Guto Concursos – Curso de Preparação para Carreira Jurídica. E-mail: luisgustavo@univali.br

||| Keywords: Succession Law. Assisted Human Reproduction. Post-mortem. Biodiversity.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende evidenciar a falta de regulamentação dos direitos do embrião criopreservado, concebido após a morte de seu genitor, dando ênfase as questões de direito sucessório.

A discussão se torna válida uma vez que as técnicas reprodutivas se tornaram mais utilizadas e acessíveis a população, são indicadas por médicos, em função de tratamentos de saúde que podem desencadear a infertilidade, doenças de caráter progressivo ou simplesmente para adiar a procriação.

A primeira criança concebida pela técnica de *fertilização in vitro*, nasceu em 1978 na Inglaterra e hoje, após 41 anos, contabilizam-se aproximadamente 6 milhões de pessoas geradas por meio deste método⁴.

Constata-se, que as técnicas de reprodução humana assistida são cada vez mais procuradas e vieram para contribuir positivamente com a qualidade de vida dos indivíduos, que gostariam de ter filhos e por razões alheias a suas vontades o não podiam.

Em contrapartida o direito se mostrou incapaz de acompanhar o desenvolvimento da ciência, pois, mesmo após 35 anos do nascimento da primeira criança concebida por técnicas de reprodução assistida no Brasil, a legislação pouco dispôs sobre, fato que ocasiona a atual insegurança jurídica.

A política jurídica é o caminho para o disciplinamento desta lacuna. A evolução social, as decisões monocráticas, a jurisprudência e a doutrina atuam no sentido de pavimentar o caminho que a posteriori será definido pelo legislador quando da regulamentação legal da matéria.

Diante de um ordenamento jurídico escasso em relação a temática exposta e o avanço das técnicas de reprodução assistida o jurista precisa se posicionar de maneira excepcional diante de situações nunca antes imaginadas, cabendo a ele e a sociedade se manifestarem a respeito desta nova realidade⁵.

Destarte, constata-se a importância deste estudo acadêmico frente as diversas questões pertinentes ao biodireito, e, especificamente a reprodução assistida, que ganhou espaço e popularidade na sociedade, para que assim, posteriormente, o assunto seja alvo de regulamentação na esfera

⁴ PRIMO, Walquíria Quida Salles Pereira; CORRÊA, Frederico José Silva; BRASILEIRO, Jean Pierre Barguil. **Manual Ginecologia da Sociedade Ginecologia e Obstetria de Brasília**. 2ªed. Brasília: Editora Luan Comunicação, 2007.p. 328.

⁵ FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro, Renovar: 2005 p. 57.

legislativa.

REPRODUÇÃO ASSISTIDA: BREVES CONSIDERAÇÕES

A fertilidade sempre foi alvo de interesse da humanidade seja consciente ou inconscientemente pelo instinto de perpetuar sua existência.

De modo contrário, pode-se depreender que a infertilidade causa em grande parte dos indivíduos um impacto social e emocional negativo, como explica Luiz Augusto Teixeira Batista⁶:

Considerar a infertilidade apenas como um problema que perturba o bem-estar individual e familiar e a inserção social dos casais é atribuir-lhe um caráter reducionista. Muito mais, deverá ser incluída nos atuais conceitos de doença e considerada como um importante problema de saúde pública.

Da mesma maneira entende o Conselho Federal de Medicina que na resolução n. 2.121/2015 frisou que a infertilidade humana é problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e confirmou a legitimidade do anseio de superá-la⁷.

Assim, as técnicas de reprodução assistida surgiram com intuito auxiliar os indivíduos que desejam ter filhos, facilitado o processo de concepção.

Marilena C. D. V Corrêa e Maria Andrea Loyola⁸ definem como:

O **conjunto de técnicas**, tecnologias, equipamentos, procedimentos médicos e biomédicos para a fertilização do embrião in vitro recebe denominações variadas, tais como “reprodução assistida” (RA), “reprodução humana assistida” (RHA), ou ainda “técnicas de reprodução assistida” (TRA), que, na prática, se equivalem.

São processos complexos, que envolvem a manipulação extracorporal de oócitos e espermatozoides ou de embriões, com objetivo facilitar a resolução de problemas relacionados à procriação, desde que tenham chance real de sucesso e que outros tipos de tratamento tenham sido contraindicados ou ineficazes⁹.

Desde seu surgimento foi ampliada a gama de técnicas de reprodução assistida, sendo as principais: Fertilização In Vitro (FIV), Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICIS) e a

⁶ Cook RJ, Dickens BM. **Reducing stigma in reproductive health**. Int J Gynaecol Obstet. 2014;125(1):89–92. citado por BATISTA, Luiz Augusto Teixeira; BRETONESA, Wagner Henrique Daibert; e ALMEIDA, Rogério José de. **O impacto da infertilidade: narrativas de mulheres com sucessivas negativas pelo tratamento de reprodução assistida**. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana. Elsevier Editora Ltda: 2016. p. 122.

⁷ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.121/2015**. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117.

⁸ CORRÊA, Marilena C. D. V; LOYOLA, Maria Andrea. **Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso**. Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro: 2015. p. 754. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v25n3/0103-7331-physis-25-03-00753.pdf>>.

⁹ PRIMO, Walquíria Quida Salles Pereira; CORRÊA, Frederico José Silva; BRASILEIRO, Jean Pierre Barguil. **Manual Ginecologia da Sociedade Ginecologia e Obstetrícia de Brasília**. 2ªed. Brasília: Editora Luan Comunicação, 2007.p. 328.

Transferência de Embrião Congelado (TEC).

São consideradas TRA: fertilização in vitro (FIV) e transferência de embriões, transferência intrafalopiana de gametas, transferência intrafalopiana de zigoto, transferência tubária de embriões, criopreservação de gametas e embriões, doação de oócitos ou de embriões, e a gestação de substituição (doação temporária do útero). Não está contemplada pela terminologia a inseminação assistida ou artificial em qualquer modalidade¹⁰.

Estes métodos ainda se subdividem em: homólogos e heterólogos. No homólogo os espermatozoides introduzidos pertencem ao marido ou companheiro da mulher, o líquido seminal é injetado pelo profissional da medicina no período de ovulação. No heterólogo, o sêmen não pertence ao marido ou companheiro da mulher, normalmente o espermatozoide se encontra num banco de sêmen, cujo doador é totalmente anônimo¹¹.

A Reprodução Assistida no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Brasil não conta com uma legislação específica para atender aos casos de Reprodução Humana Assistida, apesar da sua prática ter começado no país em 1984, no estado do Paraná .

Já tramitaram no Congresso Nacional diversos projetos de lei visando regulamentar a questão, mas nenhum deles teve êxito. Destacam-se, a título desta pesquisa, o PL n. 7.701/2010 que dispõe sobre a utilização post-mortem do sêmen do marido ou companheiro; o PL n. 4.892/2012 que objetiva instituir um estatuto da reprodução humana assistida, afim de regulamentar a aplicação, utilização e efeitos das técnicas de reprodução assistida no âmbito das relações civis sociais; e o PL n. 9.403/2017, que visa estabelecer o direito à sucessão do filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança . Deve-se ressaltar ainda que os projetos citados estão pensados ao PL n. 1.184/2003 que aguarda parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) .

Por conseguinte, utiliza-se, genericamente, a Lei de Biossegurança (n. 11.105/05), que indica conceitos, normas e mecanismos de fiscalização para organismos geneticamente modificados e seus derivados.

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço

¹⁰PRIMO, Walquíria Quida Salles Pereira; CORRÊA, Frederico José Silva; BRASILEIRO, Jean Pierre Barguil. **Manual Ginecologia da Sociedade Ginecologia e Obstetrícia de Brasília**. 2ªed. Brasília: Editora Luan Comunicação, 2007.p. 328.

¹¹ NASCIMENTO, Rosane Bezerra do; MATOS Ilzver de Oliveira; LIMA, Kellen Josephine Muniz de. **Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida pelas Pessoas Trans: Uma Abordagem Jurídica**. Disponível em: <<http://www.uneb.br/enlacandosexualidades/files/2015/07/COMUNICA%C3%87%C3%83OORALROSANENASCIMENTO2.pdf>>

científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente¹².

A inovação normativa desta lei se deve principalmente ao seu artigo 5º, que regulamentou a possibilidade do uso das células tronco provenientes de embriões excedentários (produzidos *in vitro*), para fins terapêuticos e de pesquisa, desde que:

I – Sejam embriões inviáveis; ou

II – Sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento¹³.

Salienta-se que em qualquer das hipóteses se faz indispensável o consentimento dos genitores e se veda a comercialização do material biológico.

O referido artigo, em sua totalidade, foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 3.510), proposta pelo Procurador Geral da República, que entendeu que o uso de células tronco para fins de pesquisa ou terapia feria princípios e normas constitucionais básicas, como por exemplo: o caráter fraternal da CRFB/88 e o direito à vida (art.5º, caput, CRFB/88).

Em contrapartida, no ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal¹⁴, decidiu, por maioria dos votos, pela total improcedência da ação e conseqüentemente pela constitucionalidade das pesquisas e terapias realizadas com células tronco embrionárias, nos moldes da lei:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULASTRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA

¹² BRASIL. **Lei n.11.105 de 24 de março de 2005**. Lei de Biossegurança. Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, seus derivados e dá outras providências. BRASÍLIA, DF. Mar.2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 05.fev.2019.

¹³ *Ibidem*, art. 5º.

¹⁴ STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. N.3.510**, DF. Relator Ministro Aires Britto. 29/05/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 05.fev.2019.

VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

Outro dispositivo que também faz menção a reprodução assistida está previsto no Código Civil¹⁵, capítulo de Filiação:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - Nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Artigo que, em suma, determina a presunção de paternidade daqueles que foram concebidos postumamente por inseminação artificial homóloga.

Porém, o Código Civil não contempla a matéria de maneira completa, o legislador limitou-se a estabelecer apenas reconhecimento legal da paternidade nos casos de concepção artificial, fato compreensível, em virtude da complexidade e amplitude do tema, que merece tratamento legal em lei própria¹⁶.

Apesar de não terem força de lei, devem ser observadas também as deliberações do Conselho Federal Medicina. Recentemente foi editada a Resolução n. 2.168/2017 que estabeleceu parâmetros éticos para utilização das técnicas artificiais de reprodução, proporcionando mais segurança para os profissionais, que exercem o método, e para os pacientes em suas vulnerabilidades¹⁷.

Foi criada com intuito de modificar e atualizar dispositivos anteriores (Resolução CFM n. 2.121/2015), e seus principais pontos modificados foram: a) a possibilidade de planejar o aumento da família levando em conta projetos de trabalho ou estudo; b) o acesso da técnica de reprodução assistida aos pacientes que por conta de tratamentos ou doenças poderão ter um quadro de infertilidade e; c) a ampliação do número de parentes que podem ceder o útero para uma gravidez¹⁸.

¹⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 25.fev.2019.

¹⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. coord. **Código Civil Comentado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. n.p.

¹⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.168.** Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em:<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em:05.fev.2019.

¹⁸ Informação disponível em:<https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27280:2017-11-10-12-38-28&catid=3>. Acesso em: 05.fev.2019.

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST-MORTEM* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Reprodução Humana Assistida Post-mortem consiste em implantar embrião ou material genético que estava criopreservado, após a morte de um dos genitores

O desenvolvimento das técnicas de criopreservação permitiu que se aventasse a possibilidade do uso de gametas e embriões para concepção após a morte de um dos membros do casal, levantando questionamentos éticos e morais, e preocupações quanto ao desenvolvimento psicossocial das crianças dessa forma concebidas. É consensual entre os especialistas que o consentimento para TRA póstuma deve ser **documentado** por ambas as partes, para minimizar as consequências de sua realização e evitar judicialização do tratamento¹⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro não há legislação proibitiva nem permissiva no que tange a reprodução assistida post-mortem, há uma omissão por parte do legislador.

Já houve a propositura de um Projeto de Lei, n. 7.701/2010, de autoria de Maria Dalva de Souza Figueiredo, que propunha que, o sêmen criopreservado, só poderia ser utilizado no *post-mortem*, com autorização expressa do companheiro em vida, pela viúva ou ex-companheira, em até trezentos dias após o óbito, tal proposta foi apensada ao PL n. 1.184/2003 e ainda aguarda parecer²⁰.

Atualmente, diante da ausência de legislação específica o CFM em sua Resolução n. 2.168/2017, já citada anteriormente, estabeleceu algumas normas e princípios básicos para a utilização das técnicas de concepção artificial, mas no que diz respeito, particularmente, a reprodução assistida *post-mortem* deliberou apenas que a mesma seria permitida desde que autorizada previamente pelo falecido²¹.

Assim, perante tantas omissões legislativas é manifestamente relevante a discussão sobre a matéria em tela, e o impacto que ela detém sobre a sociedade e as relações que a permeiam, sejam estas, jurídicas, sociológicas ou filosóficas.

REFLEXOS JURÍDICOS DA ISEMINAÇÃO *POST-MORTEM* NO DIREITO SUCESSÓRIO

Diante das lacunas legislativas apresentadas, constituem-se também diversos

¹⁹ PRIMO, Walquíria Quida Salles Pereira; CORRÊA, Frederico José Silva; BRASILEIRO, Jean Pierre Barguil. **Manual Ginecologia da Sociedade Ginecologia e Obstetrícia de Brasília**. 2ªed. Brasília: Editora Luan Comunicação, 2007.p. 20.

²⁰ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Bioética em Face da Legislação Brasileira e do Mercosul**. p.140. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/bioetica-texto-para-debate-3.pdf>>. Acesso em: 25.fev.2019

²¹ Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 2.168/2017**.Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 25.fev.2019.

questionamentos legais, dentre eles se o embrião concebido pela fecundação artificial *post-mortem* tem capacidade para suceder ou não.

Entende-se, de maneira ampla, que “suceder” é tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos, substituindo o titular de um direito”²².

Esta sucessão pode ocorrer *inter vivos*, quando integra em sua maioria apenas direitos das obrigações (compra, venda, doação, ...) ou *causa mortis*, quando decorre da morte de um indivíduo, esta também pode ser chamada de sucessão hereditária qual transmite direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra pessoa viva.

A sucessão *causa mortis*, objeto da presente pesquisa, pode ser ainda classificada como legítima, que decorre em virtude de lei ou testamentária, quando o próprio titular do patrimônio declara sua vontade, estabelecendo os termos em que se dará a sucessão.

Uma das problemáticas atinentes ao objeto deste estudo diz respeito a natureza jurídica do embrião criopreservado, no sentido de ser considerado ou não um nascituro.

Para responder este questionamento deve-se partir do princípio e fazer um breve apanhado sobre as principais teorias do início da personalidade civil. Existem diversas teses mas dentre elas destacam-se basicamente: a) Teoria Natalista, adotada pelo Código Civil brasileiro, que determina que a capacidade civil ocorre com o nascimento com vida mas não explica o porquê de se assegurar o direito do nascituro; b) Teoria da Personalidade condicional, que é essencialmente Natalista, assegura a personalidade a contar da concepção mas desde que o nascimento ocorra com vida e; c) Teoria Conceptionista, qual adota-se nesta pesquisa, garante os direitos de personalidade desde a concepção (junção do espermatozoide com o óocito).²³

Porém, Silmara J.A.Chinellato²⁴, adepta da corrente conceptionista, explica:

Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida

[...]

Porém a **posse** dos bens herdados ou doados ao nascituro pode ser exercida, por seu representante legal, desde a concepção, legitimando-o a perceber rendas e frutos, na qualidade de titular de direito subordinado à condição resolutiva.

Neste momento, adentra-se ao tema da capacidade sucessória e sobre esta o Código Civil²⁵

²² VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito das Sucessões. 7º vol. 13ª edição. São Paulo. Atlas: 2013. n.p.

²³ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **A pessoa natural na quarta era de direitos: O nascituro e o embrião pré-implantado.** p.90-97. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/32/revista32%20\(7\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/32/revista32%20(7).pdf)> Acesso em: 05.fev.2019.

²⁴ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **A pessoa natural na quarta era de direitos: O nascituro e o embrião pré-implantado.** p.98. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/32/revista32%20\(7\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/32/revista32%20(7).pdf)> Acesso em: 05.fev.2019.

²⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de maio janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25.fev.2019.

estabelece em seu art. 1.798 que: “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”.

Frente a este artigo alguns autores se posicionam contrariamente a ideia de que os embriões fecundados *post-mortem* tenham direito a herança, pois, compreendem que estes não se enquadram como nascituros ou como concebidos e, portanto, não possuem capacidade civil.

Paulo Lôbo²⁶ considera que:

A concepção de que trata a lei é que se dá no ventre materno, com implantação exitosa, ainda que tenha origem em inseminação artificial ou in vitro. Para fins de sucessão, não se considera fecundação in vitro, cujo embrião não tenha sido implantado no útero materno, pois não se qualifica como nascituro.

[...]

O Código Civil faz distinção entre concepção e fecundação ou inseminação, daí se concluindo que há **concepção a partir da nidação (fixação do óvulo fecundado à parede do útero), não fecundação, ou da inseminação, ou da técnica de reprodução assistida**, como alguns preferem denominar esses eventos. Enquanto não ocorre a nidação, o embrião que foi fecundado in vitro (fora do organismo feminino) não é considerado concebido para fins de sucessão legítima.

Corroborando com este entendimento Eduardo de Oliveira Leite²⁷ que doutrina:

[...] quanto à criança concebida por inseminação post mortem, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. **Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão**”.

Para complementar Carlos Roberto Gonçalves²⁸, ensina que:

Em princípio não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial post mortem, uma vez que, a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1784) e dela participam as “pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1798).

No entanto, em sua doutrina, o mesmo confirma que a questão é tormentosa, visto que não há como afastar a interpretação do art.1.597 do CC e o art. 227, §6º, da CRFB/88, os quais consagram a absoluta igualdade de direitos entre os filhos, da interpretação analógica de que todos por consequência, independente se forem fecundados *post-mortem* ou em vida, devem ter seus direitos sucessórios assegurados.

A luz deste pensamento, de igualdade de direitos, apresenta-se o posicionamento dos autores que defendem, integralmente, o direito a suceder do embrião criopreservado e fecundado postumamente, teoria qual este trabalho também filia-se em função dos preceitos pelos quais é regido

²⁶ LOBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 3ªed. São Paulo. Saraiva, 2016. p.107.

²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.110

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

o ordenamento jurídico brasileiro, conforme será explicado a seguir.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho²⁹ explica:

[...] Na hipótese acima ventilada não se vai discutir se o autor da herança desejou ter o filho, manifestou inequivocamente a sua vontade, o simples fato de a criança existir e uma vez comprovada a relação de parentesco já seria suficiente para fazer inserir, na ordem de vocação hereditária, um herdeiro legítimo, da classe dos descendentes, de primeiro grau, na condição de filho, com direito à sucessão.

Como já mencionado Silmara J.A. Chinellato³⁰ também adota este pensamento:

[...] o embrião pré-implantatório poderá herdar como herdeiro legítimo ou testamentário. Como legítimo, se houver coincidência entre a mãe que gera e a que o gesta, depois de um tempo de criopreservação. Como testamentário, se forem diferentes pessoas a doadora do óvulo e a que gesta, como no caso de fertilização heteróloga ou fertilização por doadora.

Estas disposições são amparadas por princípios básicos, como direito a vida (art. 5º, caput, CRFB/88); dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88); igualdade (art. 5º, caput, CRFB/88); não discriminação (art.3º, IV, CRFB/88); planejamento familiar (art. 226, §7º, CRFB/88); e a proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, CRFB/88).

Há ainda um terceiro entendimento daqueles que defendem os direitos sucessórios do embrião excedentário apenas por meio do instituto da prole eventual (sucessão testamentária), previsto no art. 1.799 do Código Civil³¹, que dispõe que “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Dimas Messias de Carvalho³² explica:

Na hipótese de a mulher utilizar o sêmen do marido já falecido ou embrião excedentário, haverá muita discussão sobre os direitos sucessórios, com reflexos inclusive na legítima.

A regra geral é que possui *testamenti factio passiva* a pessoa existente, física ou jurídica (art.1.988, II, CC) ou já concebida no momento da morte do testador.

[...]

A situação dos embriões excedentários pode ser solucionada se o testador prever essa hipótese no testamento, apesar da discussão que se trava sobre sua situação jurídica, já que não podem ser considerados nascituros, pois não estão em gestação e nem prole

²⁹ FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. **Fecundação Artificial Post-mortem e o Direito Sucessório**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 05.fev.2019.

³⁰ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **A pessoa natural na quarta era de direitos: O nascituro e o embrião pré-implantado**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Revista Brasileira de Direito Comparado. p.91. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/32/revista32%20\(7\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/32/revista32%20(7).pdf)> Acesso em: 05.fev.2019.

³¹

³² CARVALHO, Dimas Messias de. ed. **Direito das Sucessões: Inventário e Partilha: teoria, jurisprudência e esquemas práticos**. Atualizado conforme a Lei 11.441/2007. Belo Horizonte: Del Rey:2007. p.101.

eventual, pois já foram concebidos. A melhor solução, todavia, é aplicar as regras da prole eventual, na ausência de previsão legal.

José Heleno de Lima³³ ensina que a prole eventual “se apresenta apenas na sucessão testamentária, é uma exceção no direito sucessório brasileiro, que tem como regra o princípio da coexistência, ou seja, só tem capacidade para herdar os nascidos ou concebidos à época da abertura da sucessão”.

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a **curador nomeado pelo juiz**.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no **art. 1.775**.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos **dois anos** após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Isto posto, sintetiza-se que no caso de se utilizar analogicamente o instituto da prole eventual para amparar os direitos sucessórios do embrião excedentário, concebido *post-mortem*, os bens, após a partilha, deverão ser entregues a um curador, que irá os administrar, até no máximo dois anos após a abertura da sucessão, se o testador não dispor de outro modo, e no caso do embrião não for implantado/não houver herdeiro, os bens retornarão ao espólio para que os outros herdeiros os partilhem.

CONCLUSÃO

Diante do exposto finda-se a presente pesquisa sem exaurir o tema, uma vez que o assunto é de extrema complexidade e não possui regulamentação no Brasil.

A Reprodução Humana Assistida é uma técnica criada em 1978 na Inglaterra, cuja finalidade é facilitar o processo de procriação de indivíduos que por razões alheias as suas vontades não conseguem ter filhos.

Atualmente o método de concepção artificial é bastante solicitado seja, por motivos de saúde, tratamento, indicação médica ou simplesmente para adiar a concepção, assim, por consequência

³³ LIMA, José Heleno de. O tratamento jurídico da prole eventual no Brasil: da inquietação sucessória às indiferenças. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12152>. Acesso em: 05.fev.2019.

surgiu a necessidade de se implementar normas específicas sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange a filiação do embrião fecundado *post-mortem* o assunto já está praticamente pacificado, mas no que concerne os direitos sucessórios do embrião fecundado *post-mortem* ainda existem inúmeros posicionamentos, que se resumem a três principais: a) os que são totalmente contra os direitos sucessórios daquele fecundado postumamente, os que são integralmente a favor e os que preferem usar, por analogia, o instituto da sucessão testamentária/prole eventual para regulamentar o tema.

O presente trabalho filia-se, com base ao direito a igualdade, ao segundo posicionamento mencionado, uma vez que para se utilizar o material genético *post-mortem* já é necessária a expressa declaração de vontade do genitor que veio a falecer e como regra geral, de acordo com o Código Civil, há presunção de paternidade na fecundação homóloga *post-mortem*.

Apesar do embrião concebido *in vitro* não ser considerado nascituro, pela maioria da doutrina, uma vez que não está implantado no ventre materno a teoria Concepcionista assegura seus direitos e pode-se depreender, que a Lei de Biossegurança também, uma vez que só permite seu uso em pesquisas quando forem inviáveis ou depois de três anos em ambos os casos com a autorização dos genitores.

De qualquer maneira há necessidade de se estabelecer normas e critérios em lei específica, para assim, assegurar os direitos e deveres referentes aos indivíduos envolvidos no processo de reprodução humana assistida.

REFERÊNCIA

Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 2.168/2017**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.121/2015**. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 25.fev.2019.
SILVA, Regina Beatriz Tavares da. coord. **Código Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. n.p.

BRASIL. **Lei n.11.105 de 24 de março de 2005**. Lei de Biossegurança. Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, seus derivados e dá outras providências. BRASÍLIA, DF. Mar.2005. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso

em: 05.fev.2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 1.184 de junho de 2003.** Dispõe sobre Reprodução Assistida. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>> Acesso em: 01 fev.2019. Texto Original.

CARVALHO, Dimas Messias de. ed. **Direito das Sucessões: Inventário e Partilha: teoria, jurisprudência e esquemas práticos.** Atualizado conforme a Lei 11.441/2007. Belo Horizonte: Del Rey:2007.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **A pessoa natural na quarta era de direitos: O nascituro e o embrião pré-implantado.** p.90-97.Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/32/revista32%20\(7\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/32/revista32%20(7).pdf)> Acesso em: 05.fev.2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.168.** Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disposto em:<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em:05.fev.2019.

Cook RJ, Dickens BM. **Reducing stigma in reproductive health.** Int J Gynaecol Obstet. 2014;125(1):89–92. citado por BATISTA, Luiz Augusto Teixeira; BRETONESA, Wagner Henrique Daibert; e ALMEIDA, Rogério José de. **O impacto da infertilidade: narrativas de mulheres com sucessivas negativas pelo tratamento de reprodução assistida.** Sociedade Brasileira de Reprodução Humana. Elsevier Editora Ltda: 2016.

CORRÊA, Marilena C. D. V; LOYOLA, Maria Andrea. **Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso.** Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v25n3/0103-7331-physis-25-03-00753.pdf>>.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica.** Rio de Janeiro, Renovar: 2005.

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. **Fecundação Artificial Post-mortem e o Direito Sucessório.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 05.fev.2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões,** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.110

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, José Heleno de. O tratamento jurídico da prole eventual no Brasil: da inquietação sucessória às indiferenças. **Revista Âmbito Jurídico.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12152>

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões.** 3ªed. São Paulo. Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Rosane Bezerra do; MATOS Ilzver de Oliveira; LIMA, Kellen Josephine

Muniz de. **Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida pelas Pessoas Trans: Uma Abordagem Jurídica.** Disponível em: <<http://www.uneb.br/enlacandosexualidades/files/2015/07/COMUNICA%C3%87%C3%83ORALROSANENASCIMENTO2.pdf>>

PRIMO, Walquíria Quida Salles Pereira; CORRÊA, Frederico José Silva; BRASILEIRO, Jean Pierre Barguil. **Manual Ginecologia da Sociedade Ginecologia e Obstetrícia de Brasília.** 2ªed. Brasília: Editora Luan Comunicação, 2007.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Bioética em Face da Legislação Brasileira e do Mercosul.** p.140. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/bioetica-texto-para-debate-3.pdf>>. Acesso em: 25.fev.2019

SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. **As Principais Técnicas de Reprodução Humana Assistida.** Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde. v.2, n. 01: Jan-Julho, 2016.

STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. N.3.510, DF.** Relator Ministro Aires Britto. 29/05/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 05.fev.2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões.** 7º vol. 13ª edição. São Paulo. Atlas: 2013.

A MEDIAÇÃO COMO MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS NA CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

Feliciano Alcides Dias¹
Diego Alan Nedel²
Guilherme Augusto Volles³

Recebido em: 03 mai. 2019
Aceito em: 29 jul. 2019

RESUMO

O instituto da mediação é analisado sob suas perspectivas contemporâneas como um dos meios adequados de solução de conflitos, inserindo-o nos contextos de crise do Poder Judiciário e de cultura do litígio. Para tanto, parte-se do exame do sistema jurisdicional estatal brasileiro, reconhecendo as ineficácias que ensejaram a implementação de métodos consensuais de resolução de disputas. Acrescenta-se à pesquisa a análise conceitual e legal da mediação no ordenamento jurídico nacional, tal como as possibilidades advindas da regulamentação e aplicação do instituto. O estudo revelou que, a fim de alcançar a efetiva solução para os conflitos, é necessária a superação dos paradigmas clássicos por uma cultura de pacificação e inclusão social. Ademais, é preciso reconhecer o indivíduo como protagonista, o mais apto a encontrar a solução para as controvérsias que se apresentam, através do diálogo e da cooperação e observando suas realidades pessoais.

Palavras-chave: Mediação. Crise do Poder Judiciário. Métodos Consensuais. Pacificação Social.

MEDIATION AS A PROPER CONFLICT SOLUTION: CONTEMPORARY PERSPECTIVES IN THE CRISIS OF JUDICIAL POWER

||| **Abstract:** in this work we intend to analyze the mediation institute and its contemporary perspectives as one of the adequate means of conflict resolution, inserting it in the

¹Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas e Especialista em Direito Civil pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da FURB. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual Civil dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor e Coordenador da Escola de Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça” e “Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas”, certificados pela FURB junto ao CNPq. Advogado. Mediador. Árbitro. E-mail: feliciano@furb.br

²Bacharelado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas”, registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq e certificado pela FURB. E-mail: diego.alan.nedel@hotmail.com

³Bolsista de Iniciação Científica no Projeto de Pesquisa “Os meios adequados de pacificação social: análise jurídica e econômica do acesso à justiça”, vinculado à FURB. Bacharelado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas”, registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq e certificado pela FURB. E-mail: guilherme.bnu@live.com

contexts of crisis of the judiciary power and culture of the litigation. to do so, it starts with the examination of the brazilian state judicial system, recognizing the inefficiencies that led to the implementation of consensual methods of dispute resolution. it adds to the research the conceptual and legal analysis of mediation in the national legal order, as well as the possibilities arising from the regulation and application of the institute. the study revealed that, in order to reach an effective solution to the conflicts, it is necessary to overcome the classic paradigms by a culture of pacification and social inclusion. in addition, it is necessary to recognize the individual as protagonist, the most apt to find the solution to the controversies that present themselves, through dialogue and cooperation and observing their personal realities.

Keywords: Mediation. Crisis of the Judiciary. Consensus Methods. Social Pacification.

INTRODUÇÃO

A disputa, a controvérsia e o conflito são traços marcantes e inerentes ao convívio social. Impera, neste caso, solucioná-los com a maior brevidade e da maneira mais adequada possível, a fim de evitar seu recrudescimento e perpetuação ao longo dos anos.

A partir desta afirmação, tem-se que é corrente no meio jurídico brasileiro a submissão de todos os litígios surgidos ao Poder Judiciário, independentemente das particularidades do caso concreto. Tal, sem dúvida, acarreta a sobrecarga do sistema estatal de solução de controvérsias que, em meio à morosidade, mostra-se ineficaz na sua função maior: a pacificação social.

Neste contexto do descompasso das respostas promovidas pelo Judiciário em comparação às demandas que lhe são atribuídas, ganham destaque no ordenamento jurídico os chamados meios adequados de solução de conflitos. Os Meios Adequados de Solução de Conflitos, conhecidos como MASC's, na sigla que costuma ser adotada pela doutrina, inserem na realidade adversarial brasileira uma nova perspectiva de composição do litígio, através do uso do diálogo, do consenso e da cooperação.

O instituto da mediação e suas perspectivas contemporâneas, objetos deste estudo, são analisados segundo este contexto apresentado. A pesquisa foi dividida em três eixos, cada qual com propósito e temas específicos.

O primeiro se resume a uma inserção histórica do fenômeno do conflito, justificando a situação em que se encontra o sistema judiciário estatal brasileiro. Apresenta-se ainda, as causas que ensejaram a reinserção dos métodos autocompositivos no contexto jurídico hodierno.

O segundo, por sua vez, centra-se no estudo dos aspectos técnicos do instituto da mediação. De início, é apresentada uma distinção conceitual entre este procedimento e a conciliação, com a qual costuma ser confundido. Após, procede-se a um exame da legislação pertinente, destacando os principais aspectos da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, do Código de Processo Civil de 2015 e do Marco Legal da Mediação.

Por fim, o terceiro eixo da pesquisa cinge-se nas perspectivas e possibilidades decorrentes da aplicação prática do instituto da mediação, observando-se a regulamentação legal. São, neste item, apresentadas considerações e propostas doutrinárias acerca da temática analisada, sendo destacadas as oportunidades desencadeadas por meios consensuais de solução de conflitos com este.

O CENÁRIO ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO

Hodiernamente é corrente a constatação de que o Poder Judiciário se mostra incapaz de atender ao intenso número de demandas que lhe são submetidas todos os dias. Não se trata, no entanto, apenas de uma situação aferível estatisticamente, mas sim, de uma dificuldade estrutural de pacificar adequadamente os conflitos sociais que se multiplicam.

Assim, de maneira prévia ao estudo da mediação e dos meios adequados de solução de disputas, impera-se reconhecer a natureza do *conflito* em sociedade. Ademais a percepção de que o Judiciário é marcado por uma cultura iminentemente litigiosa deve preceder qualquer análise dos institutos autocompositivos, eis que esta define o meio no qual estão diretamente inseridos.

O conflito e a crise do Poder Judiciário

O conflito é um traço marcante e indissociável da condição humana. Assim, é um fenômeno social que pode emergir dos mais diversos planos e contextos. Sem dúvida, é uma consequência natural e inevitável da natureza interativa e comunicativa do homem.⁴

Nessa linha, é preciso reconhecer a necessidade de lidar com os conflitos tão logo eles surgem, gerenciando-os e procurando resolvê-los antes que se tornem ainda mais prejudiciais para os que estão neles envolvidos. Afinal, por mais que as disputas e as pretensões resistidas possam emergir de contextos específicos, estar imersas em interesses e necessidades diversas, a solução será mais satisfatória quando os ânimos não estão acirrados e mágoas ainda não tiverem sido criadas.

Ocorre que, em meio à necessidade humana de buscar a pacificação social, a cultura jurídica brasileira acostumou-se a levar todos os conflitos diretamente ao Poder Judiciário, como destacam Araujo e Fürst⁵. A jurisdição estatal, dessa maneira, é vista como o único caminho possível para a solução de todas as controvérsias, independentemente das particularidades e da origem de cada disputa. Trata-se de uma perspectiva arriscada, eis que a figura do Estado-juiz surge como uma

⁴ ARAUJO, Nadia de; FÜRST, Olivia. Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 354.

⁵ ARAUJO, Nadia de; FÜRST, Olivia. Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 354.

panaceia ao se propor a resolver todos os problemas única e exclusivamente através da prolação de uma sentença judicial.

No entanto, como reconhecem Humberto de Pinho e Michele Paumgarten⁶, a inflacionada e emergente demanda por justiça não pode ser encarada apenas sob o vértice clássico e consolidado da prestação jurisdicional estatal. Muito embora o fenômeno do conflito seja complexo e intrínseco à condição humana, a cultura demandista instalada não admite a perda do monopólio do Poder Judiciário sobre a solução de disputas. Tal situação, sem dúvida, acaba por sobrecarregar um sistema que, por sua própria natureza, encontra dificuldades em alcançar a tão almejada pacificação social.

Nesse ponto, é corrente a ideia de *crise do Poder Judiciário*, determinada especialmente pela explosão da litigiosidade e pela facilitação do acesso à justiça. Como afirmam Meirelles e Netto⁷, tais fatores, quando mal administrados, expõe uma prestação jurisdicional morosa, formalista e incapaz de solucionar adequadamente os conflitos a ela submetidos. Pelo contrário, através do prolongamento do trâmite processual e da adoção de um procedimento voltado apenas para a imposição de uma sentença pelo magistrado, enseja-se o acirramento dos ânimos das partes e a permanência do problema.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ⁸, somente no ano de 2015 foram registradas cerca de 27,3 milhões de novas ações judiciais, que se somaram aos quase 74 milhões de processos em tramitação. Destes, como aponta o estudo anual da entidade, pouco mais de 28 milhões foram devidamente baixados. São índices alarmantes, refletindo a cultura litigiosa que permeia o meio jurídico brasileiro e a insuficiência do Poder Judiciário em atender às demandas que lhe são atribuídas.

Nesse contexto de crise, o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 e a própria noção de jurisdição precisam ser concebidos sob uma nova perspectiva. A clássica ideia de tal acesso se resume a não excluir do Judiciário, apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito e de que para resolver os conflitos que se apresentam basta *dizer o Direito* não parece ser, na sociedade complexa, dinâmica e globalizada, suficiente para garantir a pacificação social. Afinal, como ressaltam Pinho e Paumgarten⁹, mais que a garantia do acesso à justiça, “deve-se agregar

⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 330.

⁷ MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NETTO, Fernando Gama de Miranda. Reflexões sobre a conciliação e a mediação civil no âmbito judicial e extrajudicial. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 287.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 330.

o direito a um provimento jurisdicional idôneo a produzir os efeitos práticos a que ele se preordena”.

Com o surgimento de diversas demandas em meio à crescente litigiosidade, alçada a um viés cultural – uma *cultura demandista*, apontada por Pinho e Paumgarten¹⁰ –, a adoção de outros métodos de resolução de conflitos se mostra uma alternativa que tem ganhado espaço. Enquanto a crise do Judiciário e a da prestação jurisdicional apenas acirram o conflito ou o resolve superficialmente, outros institutos jurídicos são elevados a um novo patamar. Assim, tem-se a arbitragem, a conciliação e, especialmente, a mediação, que, de forma gradual, vêm sendo inseridos no meio jurídico brasileiro.

Os meios adequados de solução de conflitos

Os meios de solução de conflitos podem ser divididos em dois grupos, de acordo com suas características, como aponta Francisco Maia Neto¹¹. Os *heterocompositivos*, na definição trazida por Santos¹², são aqueles em que “o conflito é administrado por um terceiro, escolhido ou não pelos litigantes, que detém o poder de decidir, sendo a referida decisão vinculativa em relação às partes”. Materializado pela arbitragem, enquanto método voluntário, e pela jurisdição estatal, de submissão compulsória, são os métodos clássicos de resolução de conflitos, em que a vontade das partes é suplantada pela do terceiro imparcial.

Os *autocompositivos*, por sua vez, como o próprio nome já infere, possuem características cooperativas, onde as partes envolvidas decidem autonomamente como resolverão o litígio, acompanhadas ou não por um terceiro facilitador. Manifestam-se especialmente nos institutos da negociação, da conciliação e da autotutela e integram o que a doutrina costuma definir como “métodos adequados de solução de conflitos”.

Ocorre que, como já caracterizado, predomina no Brasil o meio heterocompositivo de solução de demandas, sendo corrente a ideia de que para ser solucionado, todo conflito necessita passar pelo Poder Judiciário. Em outros países, no entanto, especialmente os adeptos do sistema da *commow law*, tal situação não se mostra presente. Afinal, como destaca Marco Lorencini¹³, “no arco da história, os denominados meios alternativos foram a fonte primária para solucionar uma controvérsia”, não secundária ou menos importante que a jurisdição estatal.

¹⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 330.

¹¹ MAIA, Francisco, Neto. O papel do advogado na mediação. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 239.

¹² SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 14.

¹³ LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução de controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 601.

Assim, não obstante a temática dos meios adequados de solução de conflitos (MASC's) estar recebendo considerável destaque no ordenamento jurídico brasileiro, necessário reconhecer que estes métodos existem desde antes da estatização de conflitos por meio do Poder Judiciário. Como aponta Eleonara Coelho¹⁴, ocorreu que, após o Estado ter assumido o monopólio da jurisdição, institutos como a conciliação e a mediação perderam espaço, o qual apenas recentemente reconquistaram.

Desta maneira, muito embora por vezes seja utilizada a denominação “meios alternativos de solução de conflitos”, entende-se que o cunho “alternativo” não representa a nomenclatura mais apropriada. Como evidencia Coelho¹⁵, esta terminologia conota a existência de uma ideia de via “oficial” para a solução dos litígios, o Poder Judiciário, com a qual os MASC's seriam concorrentes, concepção que se nega.

Importa ressaltar que a *reoxigenação* dos meios adequados de resolução de conflitos, não é ideia corrente apenas no Brasil. Pelo contrário, faz parte de uma tendência mundial de valorização da autonomia dos indivíduos na resolução de seus próprios conflitos.

Os métodos aqui abordados são fruto de uma tendência liberal em todo o mundo, pois vários países, indistintamente e de modo muito peculiar, perceberam as dificuldades do formalismo judicial estatal e sua pouca aspiração diante do dinamismo exigido pelas diversas áreas do inter-relacionamento afetivo, profissional ou comercial entre pessoas físicas e jurídicas [...]. Há que se notar que essa tendência liberal mantém estreita relação com a retirada cada vez maior do Estado dos assuntos dos interesses dos particulares, situando-os no bojo do reconhecimento da plenitude do cidadão como objeto de deveres e direitos, que por si só pode melhor administrar, transformar ou resolver seus próprios conflitos.¹⁶

Nesta senda, como apontam Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁷, ganha corpo a consciência com a qual o que realmente importa é a pacificação social. Se efetiva, torna-se irrelevante que a pacificação decorra da intervenção do Judiciário ou por outros meios legítimos escolhidos pelas próprias partes. O que se busca com estes métodos adequados é, afinal, a resolução do conflito social como um todo, que costuma ser muito mais amplo que aquele que aquele deduzido em juízo.

Diante deste contexto, o próprio Estado passou a incentivar a adoção de outros procedimentos para pacificação dos conflitos, num movimento de descentralização, dentro e fora da

¹⁴ COELHO, Eleonara. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de resolução de conflitos: uma urgência no Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 105.

¹⁵ COELHO, Eleonara. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de resolução de conflitos: uma urgência no Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 102.

¹⁶ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 11.

¹⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 47.

estrutura judicial. Assim, surgiram iniciativas diversas que, ao longo dos anos, tem oferecido uma nova resposta à sociedade ávida pela efetivação do acesso à justiça.

Destacam-se, nesta perspectiva, a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/84), posteriormente substituídos pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95), visando solucionar litígios de valor reduzido através de procedimentos mais céleres, informais e prezando pela conciliação. Outro marco foi a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96, com nova redação da Lei nº 13.129/2015), que regulamentou uma nova forma de solução de lides fora das estruturas do Poder Judiciário.

Ademais, a despeito das diversas iniciativas legislativas ocorridas, tem-se que uma das medidas mais importantes foi a edição da Resolução nº 125 do CNJ, de 2010. Esta alçou à categoria de política nacional de justiça a utilização de métodos adequados de solução de conflitos, perspectiva posteriormente reiterada pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) e que representou o maior marco no que tange à difusão dos meios adequados de solução de conflitos - MASC's no Brasil.

A MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já delineado, tem-se difundido no meio jurídico brasileiro uma nova cultura de solução consensual dos litígios. Muito embora se trate de um processo gradual e ainda incipiente, institutos como a mediação ganham reconhecimento devido ao papel que podem desempenhar na democratização e efetivação do acesso à justiça.

Destarte, a fim de possibilitar a identificação das possibilidades e perspectivas da adoção deste método de solução de conflitos é necessário, de maneira prévia, identificá-lo no ordenamento jurídico pátrio. Afinal, o referido mecanismo não pode ser confundido com institutos semelhantes, como a conciliação ou a negociação, tampouco podem ser ignorados os princípios e regras que o regulamentam.

Constata-se que um dos maiores problemas enfrentados na implementação dos meios adequados de solução de conflitos no Brasil é a confusão de seus conceitos e práticas, como apontam Lilia Sales e Emmanuela Chaves¹⁸. Nesta perspectiva, a fim de oportunizar o melhor aproveitamento do potencial do instituto da mediação, necessária sua correta definição, bem como a diferenciação da conciliação.

¹⁸ SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. In: **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 255-280, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p255>>. Acesso em: 25 mar. 2018. p. 261.

Assim, toma-se a distinção conceitual feita por Petrônio Calmon, como ponto de partida:

A mediação é, pois, um mecanismo não adversarial em que um terceiro imparcial que não tem poder sobre as partes as ajuda para que em forma cooperativa encontrem o ponto de harmonia no conflito. O mediador induz as partes a identificar os pontos principais da controvérsia, a acomodar seus interesses aos da parte contrária, a explorar fórmulas de ajuste que transcendam o nível da disputa, produzindo uma visão produtiva para ambas.¹⁹ (grifo nosso)

Percebe-se que a mediação é, portanto, um mecanismo utilizado para auxiliar as partes na solução de suas controvérsias, contando com a presença de um terceiro neutro. Este as auxilia na identificação dos pontos comuns da lide, facilitando, assim, a obtenção do consenso a fim de resolver o conflito.

Conceitualmente, o instituto da conciliação se mostra semelhante e, por isso, acaba sendo confundido com o da mediação. Afinal, como aponta Petrônio Calmon²⁰: “Entende-se como conciliação a atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar a essas mesmas partes a se autocomporem, adotando, porém, metodologia que permite a apresentação de proposição por parte do conciliador”.

Dessa maneira, tal como a mediação, a conciliação conta com a participação de terceiro imparcial que auxilia a composição das partes interessadas. Difere-se, entretanto, no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião e propõe termos de acordo para resolução do conflito, o mediador atua apenas “dirigindo o procedimento”, como destaca Calmon²¹, abstendo-se de aconselhar ou formular propostas.

Nesta feita, há que se reconhecer que tanto a mediação como a conciliação permitem o intercâmbio comunicativo das partes interessadas, possibilitando a formulação de um acordo efetivo que encerre a disputa de interesses. Ademais, como aduz Garcez²², ambas constituem técnicas “destinadas a minimizar conflitos desnecessários ao corrigir percepções unilaterais desproporcionais em relação ao conflito”, diferenciando-se principalmente pelo método proativo do conciliador e apenas facilitador do mediador.

Destacam Sales e Chaves²³ que, devido à sua característica proativa e a possibilidade do conciliador oferecer sugestões, o mecanismo da conciliação é preferencialmente mais adequado para os casos em que não houver vínculo anterior entre as partes. Assim, costuma ser utilizado no processo

¹⁹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da conciliação e da mediação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 120.

²⁰ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da conciliação e da mediação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 142.

²¹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da conciliação e da mediação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 144.

²² GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de negociação e resolução alternativa de conflitos: ADRS, mediação, conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 03.

²³ SALES, Lília Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. In: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 255-280, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p255>>. Acesso em: 25 mar. 2018. p. 261.

civil, a fim de que os envolvidos transacionem em um conflito objetivo/patrimonial, no qual não há necessidade de um aprofundamento maior na discussão.

Todavia, a mediação devido ao papel atribuído ao terceiro imparcial que conduz o procedimento, possui um plano muito mais profundo que a conciliação. Diante disto, o mediador está preocupado especialmente com o relacionamento das partes e em fazer com que elas descubram os seus reais interesses, como reconhecem Sales e Chaves²⁴, não apenas com a formulação de um acordo para pôr fim ao litígio. Pelo contrário, a composição de interesses costuma ser a justamente a consequência do restabelecimento deste vínculo rompido pelo problema surgido.

A atenção dispendida pelo mediador no que tange ao relacionamento entre as partes, nesse sentido, é de fundamental importância. Afinal, por vezes, os conflitos judicializados e expostos não condizem com os conflitos que efetivamente causam a angústia e a insatisfação dos envolvidos. Sem que haja um aprofundamento da discussão, especialmente em situações nas quais há um vínculo duradouro ou sentimental que perpassa longos anos, corre-se o risco de apenas solucionar o conflito processual e não o conflito real. O primeiro é aquele materializado nas peças formais construídas pelos advogados, enquanto o segundo representa os reais interesses e dissabores das partes, o qual acaba sendo agravado ou retornando recrudescido ao Poder Judiciário caso não seja devidamente tratado.

Assim, é também necessário que o mediador auxilie os mediados a chegarem à raiz do conflito, como apontam Sales e Chaves²⁵, a fim de solucioná-lo em suas origens. Todavia, para que esse diálogo participativo e verdadeiro ocorra, é necessário que o mediador possua uma capacitação e um perfil adequado. Ademais, ressalva-se que a implementação da mediação e dos outros meios adequados de solução conflitos junto ao Poder Judiciário, requer atenção, pois estes apresentam uma lógica contrária à do processo judicial. Enquanto a atuação tradicional caracteriza-se pelo formalismo, pelo caráter adversarial e pela decisão do magistrado, os MASC's valorizam o diálogo e a cooperação.

Em meio ao contexto acima delineado, marcado pelo descompasso entre o número de conflitos submetidos à justiça estatal e sua capacidade de atender adequadamente às demandas postas, foi idealizado o Conselho Nacional de Justiça. Instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, no âmbito da Reforma do Judiciário, surgiu justamente com o objetivo de garantir maior eficiência à prestação da tutela jurisdicional.

²⁴ SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. In: **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 255-280, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p255>>. Acesso em: 25 mar. 2018. p. 263-264.

²⁵ SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. In: **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 255-280, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p255>>. Acesso em: 25 mar. 2018. p. 264.

Como aponta Ana Carolina Squadri, necessário proceder à análise das competências deste órgão de forma ampla, não restringindo seu papel ao restrito controle e gestão burocráticos do Poder Judiciário brasileiro. Destaca que, para além das atribuições elencadas no art. 103-B da Constituição Federal, cabe ao Conselho Nacional de Justiça:

Assim, o processo a partir da instituição deste órgão passa a ser encarado sob uma nova perspectiva, não mais resumido como um meio, mas sim como um “processo civil de resultados”. Cabe, nesta nova ótica destacada, o dever do magistrado de solucionar os conflitos que se apresentam da maneira mais adequada e mais efetiva para as partes. Neste ponto, mecanismos como a conciliação e a mediação, seja do ponto de vista processual como extraprocessual, são definitivamente incorporados no meio jurídico brasileiro.

Nesta perspectiva, insere-se a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça. Com ela, ficou instituída a primeira *Política Judiciária Nacional* de tratamento dos conflitos de interesses, objetivando a disseminação de uma nova cultura de pacificação social e de solução negociada e amigável de conflito, tanto entre os operadores do Direito como entre os jurisdicionados, como aponta Watanabe²⁶. Na esteira da divulgação dos métodos adequados de solução de conflitos, a conciliação e a mediação foram previstas legalmente e incentivadas como práticas, mesmo que de forma simplificada e ainda estando ausentes normas específicas regulando os institutos.

A instituição da referida política, em sua redação original, como editada pelo CNJ, *in verbis*:

Art. 1º Fica instituída a *Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses*, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe *oferecer mecanismos de soluções de controvérsias*, em especial os chamados *meios consensuais*, como a *mediação e a conciliação*, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Art. 2º Na implementação da *Política Judiciária Nacional*, com vista à boa qualidade dos serviços e à *disseminação da cultura de pacificação social*, serão observados:

- I – centralização das estruturas judiciárias;
- II – adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores;
- III – acompanhamento estatístico específico.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art.

²⁶ WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: **Revista de Processo**, v. 36, 2011. p. 385.

1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

Almejou-se, como se percebe pela resolução editada, a adoção de uma nova forma de abordagem do conflito, voltada para a solução consensual elaborada diretamente pelas partes frente ao processo clássico e adversarial. Como também estabelecido, a formulação de parcerias, seja com entidades públicas como privadas, democratizou o acesso à justiça, eis que descentralizou as atribuições até então monopolizadas pelo Judiciário, como os cursos de capacitação, na reflexão trazida por Lilia Sales e Emmanuela Chaves²⁷. Trata-se da política conhecida como *Tribunal Multiportas*, a qual reconhece a existência de outros procedimentos aptos a resolver a controvérsia instaurada, para além da via judicial.

Nesse sentido, Watanabe²⁸ leciona que além do importante papel de uniformizar nos judiciários do país o uso da mediação e da conciliação, a resolução criou “um filtro da litigiosidade, não para restringir o acesso à justiça, mas sim para assegurar aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa”. A Resolução, em sua perspectiva, corrobora tanto para democratizar o alcance da justiça, visto a disposição de outros mecanismos para a resolução de conflitos, como possibilita a redução do número de litígios em trâmite no Poder Judiciário diante da composição entre as partes.

Demonstrando preocupação com a formação dos profissionais que trabalharão diretamente com a prática da mediação e da conciliação, o art. 2º da referida resolução realça a importância da adequada formação e treinamento dos servidores, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social. Desse modo, estabeleceu-se a capacitação como um requisito para a atuação dos conciliadores e mediadores, a qual, posteriormente, vem a ser regulamentada em outros dispositivos legais, como o Código de Processo Civil de 2015 e a própria Lei da Mediação (Lei nº 13.140/15).

Outra das inovações instituídas pela Resolução foi a criação dos CEJUSC's, *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania*, órgãos voltados especialmente para a realização de sessões de mediação e audiências de conciliação. Ressalta-se que, conforme previsão do CNJ, tais centros deveriam estar capacitados para atender tanto conflitos processuais como pré-processuais, possibilitando inclusive a solução das disputas antes mesmo do ajuizamento da demanda judicial. Previsão semelhante também foi aproveitada pela Lei nº 13.105/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil no Direito brasileiro.

²⁷ SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. In: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 255-280, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p255>>. Acesso em: 25 mar. 2018. p. 267.

²⁸ WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: **Revista de Processo**, v. 36, 2011. p. 385.

Como dito, muito embora a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça tenha representado um grande avanço no que tange à implementação de práticas autocompositivas perante o Poder Judiciário, ressalta-se que a previsão da conciliação e da mediação foi deveras restrita se comparada à necessidade do meio jurídico brasileiro. O atual Código de Processo Civil previu critérios mais específicos no que tange à realização do procedimento, aos seus princípios e à remuneração dos profissionais, assim como, a Lei nº. 13.140/2015 (Marco Regulatório da Mediação) no Brasil.

Após a edição da Resolução nº 125 do CNJ, a promulgação do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), no ano de 2015, representou o maior marco legal até então elaborado no que tange à regulamentação das práticas autocompositivas perante a justiça estatal. Como aponta Tartuce²⁹, a localização dos referidos dispositivos, especialmente da mediação, é bem variada, revelando a percepção de que o instituto tem potencial para lidar com controvérsias e solucioná-las. No mesmo raciocínio, as partes podem com base em sua autonomia, buscar saídas conjuntas e consensuais para o conflito, mesmo em sede da via contenciosa do processo judicial.

Nesse contexto, destaca-se a previsão do art. 3º e seus parágrafos da novel legislação processual que, ao estabelecer que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, invoca a solução consensual através dos MASC's. Estes, na nova legislação processual civil são tratados como instrumentos de acesso à justiça, devendo ser estimulados pelos operadores do Direito tanto no início como no curso do processo:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Na prática, tal previsão representa uma mudança de paradigma quanto à forma de encarar os litígios, como aponta Oliveira Sobrinho³⁰. Em sua perspectiva, o novo CPC almeja romper com a cultura do litígio e favorecer uma renovada concepção no tratamento judiciário de demandas, com vistas à satisfação justa e efetiva de interesses através da cooperação e da razoável duração do processo. Por isso, de grande importância reconhecer a previsão dos art. 4º e 6º da referida legislação:

²⁹ TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: DIDIER, Fredie, Jr. et al (org.). **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

³⁰ OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. Conciliação, mediação e acesso à Justiça no novo Código de Processo Civil. In: **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15302>. Acesso em: 24 mar. 2018.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Os mediadores, nesse contexto renovado da legislação processual, são inseridos como auxiliares da justiça, conforme o art. 149 do CPC. Adiante, no art. 166, § 3º, o Código vem a estabelecer a sua atividade e os propósitos do instituto:

[...] atuando preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Nesse ponto, o mediador será um terceiro imparcial que não irá decidir, tampouco irá propor soluções ao caso concreto. Servirá, por outro lado, como “agente auxiliar do restabelecimento da comunicação, para que as partes obtenham uma solução consensual”.³¹

Ademais, no art. 166, o Código estabelece os princípios norteadores comuns à conciliação e à mediação, verdadeiras diretrizes cujo respeito é fundamental para condução adequada e eficaz dos procedimentos. São eles: a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada, todos os quais interdependentes entre si.

A confidencialidade foi alçada a um patamar de relevância, eis que se desdobra em outras regras que impõe o sigilo às informações produzidas no curso das sessões de mediação.³² Estas não poderão ser levadas ao processo ou divulgadas, salvo convenção entre as partes ou imperativo legal. Tampouco o mediador poderá depor como testemunha sobre fatos oriundos do procedimento, conforme o art. 166, § 2º, sob pena de violação tanto ao dever de sigilo como a própria imparcialidade do profissional.

O Código de Processo Civil ainda prevê a criação dos CEJUSC's (art. 165), reiterando previsão semelhante da Resolução nº 125 do CNJ, assim como a criação de cadastro nacional e regional de profissionais conciliadores e mediadores (art. 167). Ressalta-se que tal registro se estende inclusive ao credenciamento de câmaras privadas de conciliação e mediação, as quais devem também respeitar as diretrizes gerais e princípios estabelecidos pelo Código.

Ademais, ressalta-se que está prevista tanto a possibilidade de realização de concurso público para efetivar o registro dos profissionais mediadores (art. 168, § 2º), assim como do

³¹ SQUADRI, Ana Carolina. Mediação judicial. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 283.

³² SQUADRI, Ana Carolina. Mediação judicial. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 283.

estabelecimento de remuneração (art. 169). Mesmo assim, podem as partes escolher, de comum acordo, a câmara privada ou o mediador, que poderá ou não estar cadastrado no respectivo Tribunal de Justiça (art. 168 e § 1º), desde que respeitadas as causas de impedimento ou suspeição (art. 170). Trata-se de um evidente destaque dado à autonomia da vontade e a independência das partes de resolverem seu conflito, superando a clássica visão formalista processual.

Ressalta-se que o Código de Processo Civil de 2015 prevê, em sede de processo de conhecimento, que havendo o preenchimento dos requisitos da petição inicial e não sendo caso de improcedência liminar do pedido, a designação de audiência de conciliação ou sessão de mediação pelo juiz. Esta previsão, estabelecida pelo art. 344, torna obrigatória a realização do ato, que não será realizado somente se ambas as partes manifestarem desinteresse expresso ou quando não for possível a autocomposição. Como destacam Pinho e Paumgarten³³, trata-se de um evidente paradoxo, eis que tal imposição viola a consensualidade do procedimento e distorce o instituto que é essencialmente voluntário.

É preciso reconhecer que o Código de Processo Civil de 2015, ao tratar das práticas autocompositivas, em especial da mediação, procedeu ao estabelecimento de diretrizes e regras gerais de procedimentos. Questões procedimentais mais aprofundadas, tanto judiciais como extrajudiciais, ficaram sujeitas à legislação específica. Neste contexto, insere-se a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, mais conhecida como Lei da Mediação.

A definição do procedimento da mediação como meio de solução de controvérsias, para além do estabelecido pelo CPC/15, é um dos pontos-chave deste diploma legal:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Como dito, o mediador é aquele terceiro neutro em relação aos interesses contrapostos que ajuda os envolvidos de forma isenta a construir uma solução equilibrada para seus problemas. Atua, conforme preceitua a Lei, na observância de certos princípios, quais sejam a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé (art. 2º da referida legislação).

Ressalta-se aqui que diversos princípios estabelecidos pelo legislador já se encontravam previstos no recém-publicado CPC, à época da promulgação da Lei da Mediação. Não por isso, no entanto, que se excluem ou que tem pesos e relevâncias diferentes. Pelo contrário, se complementam,

³³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação obrigatória: um oximoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 335.

precisando ser devidamente observados a fim de garantir o pleno exercício das possibilidades do instituto.

Ademais, conforme estabelecido nesta lei, a mediação de conflitos pode versar tanto sobre direitos disponíveis como direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3º). Precisam, mais especificamente neste segundo caso, de homologação judicial e prévia oitiva do Ministério Público (art. 3º, § 2º). Assim, apesar de se mostrarem mais adequados às disputas em que há vínculo anterior entre as partes, nada impede que este procedimento seja adotado para litígios até então predominantemente atendidos apenas por conciliadores.

A lei, tal como o CPC, reitera a designação de mediador pelo tribunal ou por livre escolha das partes, assegurados aos necessitados a gratuidade do procedimento (art. 4º). Devem estes profissionais, no entanto, preencherem certos requisitos: para *mediação extrajudicial* ser pessoa capaz e de confiança dos envolvidos (art. 9º), enquanto na *mediação judicial* é necessária a graduação em ensino superior, há pelo menos dois anos e capacitação em curso de formação próprio, observados os requisitos do CNJ e do Ministério da Justiça (art. 11).

Destaca-se que, a requerimento das partes, pode ser admitida em um mesmo procedimento a participação co-mediadores, conforme a natureza e a especificidade do conflito (art. 15). Estes, no desempenho de suas atribuições, poderão reunir-se com os interessados, em conjunto ou separadamente, tomando as providências necessárias a fim da formulação do entendimento entre aqueles (art. 19).

Também relevante que a existência de processo judicial ou arbitral não obsta a realização de sessões de mediação, sendo possível a suspensão do processo (art. 16). O procedimento, por sua vez, será encerrado com a lavratura de termo final de mediação, quando celebrado o acordo ou não se justificarem novos esforços nesse sentido (art. 20). Havendo composição, tem força de título executivo extrajudicial ou judicial, dependendo, para tanto, de homologação perante o juízo competente.

Através de uma regulamentação mais técnica, dos art. 21 ao 23 a referida lei estabelece as diretrizes procedimentais da mediação extrajudicial, bem como os requisitos mínimos da previsão contratual de mediação. Posteriormente, nos art. 24 a 29, trata ainda da mediação judicial, repetindo dispositivos que, em sua maioria, já haviam sido previstos no Código de Processo Civil.

No mais, destaca-se que a Lei da Mediação apresentou grande avanço legal no que tange à previsão da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. Possibilita-se, através deste mesmo diploma legal, a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, pelos entes federados (art. 32), evitando-se a obrigatoriedade de recorrer ao processo adversarial, inclusive, nas disputas contra o Poder Público.

PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO

Tendo em vista o cenário contemporâneo de crise que assola o Poder Judiciário, que não consegue atender com efetividade a inflacionada e emergente demanda por justiça, como já dito, ganham força outros mecanismos de solução de conflitos. Os meios autocompositivos, aqueles em que os envolvidos decidem autonomamente como resolverão o litígio, acompanhados ou não por um terceiro facilitador, mostram-se, dessa maneira, os mais adequados.

Como destacam Delton Meirelles e Fernando Netto³⁴, dentre esses meios, a mediação se mostraria mais eficaz, eis que mira a desconstrução do conflito e a restauração da convivência pacífica entre as pessoas. Difere-se, portanto, da conciliação, procedimento voltado para a simples transação e formulação de um acordo, na maioria das vezes, com fins unicamente econômicos. A mediação, por outro lado, permite o estabelecimento de uma análise multidisciplinar do conflito, a partir dos fatores sociais e emocionais que lhe deram causa ou ensejaram seu agravamento.

Um estudo de caso amplo é importante, visto que os conflitos judicializados podem não condizer com aqueles que efetivamente causam dor e sofrimento às partes envolvidas. Sem um aprofundamento adequado da disputa, possível através de sessões de mediação, corre-se o risco de resolver apenas o problema superficial que se apresenta, acirrando os ânimos e ensejando a perpetuação do restante do litígio.

Ressalta-se que o objeto deste meio adequado não é a formulação do acordo, mas sim a *relação humana*, como aduzem Meirelles e Netto³⁵, fazendo as partes protagonistas dos seus próprios destinos e criadoras de suas próprias soluções. Numa perspectiva contemporânea, supera-se o clássico binômio *ganhador-perdedor* do desgastante processo judicial adversarial. O que se pretende através de um instituto como a mediação, na medida do possível, é cooperação mútua dos envolvidos para que, através do diálogo, achem uma saída para o problema que mais se adequa às suas realidades.

Segundo a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, trata-se da necessidade da sociedade hodierna superar a cultura litigiosa instalada por uma *cultura de pacificação e inclusão social*. Neste novo paradigma a ser construído pelo direito brasileiro, urge reconhecer que o acesso à justiça precisa ser concebido primeiramente por um enfoque consensual e cooperativo, não exclusivamente estatal.

Por muito tempo cultivamos a ideia de que só a solução adversarial seria legítima e que a autocomposição seria instrumento próprio de sociedades primitivas, que não

³⁴ MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NETTO, Fernando Gama de Miranda. Reflexões sobre a conciliação e a mediação civil no âmbito judicial e extrajudicial. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 300.

³⁵ MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NETTO, Fernando Gama de Miranda. Reflexões sobre a conciliação e a mediação civil no âmbito judicial e extrajudicial. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 302.

havam desenvolvido seu aparelho estatal. Retomar, porém de forma estruturada, o uso da autocomposição, exige a promoção da mudança da cultura e da nossa educação.³⁶

Evidente que, ao se reconhecer a necessidade de mudança cultural no que tange ao sistema de solução de conflitos brasileiro, a transformação de paradigma depende também de uma reforma educacional. Afinal, a excessiva litigiosidade encontrada no Poder Judiciário nasce justamente nas faculdades de Direito.³⁷ Nestas, costuma-se apresentar somente o processo adversarial judicial, a via contenciosa, como se esta fosse o único remédio para todos os males. Como destaca a autora, falta uma compreensão mais ampla das academias, para adaptar suas grades curriculares às realidades e necessidades do mundo globalizado atual.

Ademais, trata-se neste cenário de uma mudança de perspectiva que, por sua própria natureza, é paulatina e gradual. Seja nas universidades ou nas escolas, o desenvolvimento de um novo protagonismo do cidadão na solução de seus conflitos, através de técnicas autocompositivas como a mediação, é um trabalho de gerações.

Uma reengenharia na mentalidade dos que prestam serviços judiciais é imprescindível, mas a mudança é mais estrutural e clama pela participação da sociedade, na qual é preciso que se plante a semente do diálogo. Para tanto, não há solo mais rico e fértil que as mentes argutas das futuras gerações. É nas escolas, desde a mais tenra idade, que são encontradas as melhores condições de se desenvolver, no ser humano, a capacidade de encontrar suas próprias soluções para os problemas que lhe serão apresentados ao longo da vida profissional e acadêmica.³⁸

Em nossa cultura, desde a infância os cidadãos aprendem a delegar a um terceiro a solução de seus conflitos.³⁹ Seja esta responsabilidade transferida aos pais, aos professores, superiores ou ao Estado-juiz, é fato que os reais envolvidos pouco participam da decisão a qual invariavelmente terão a que se submeter. As práticas autocompositivas, em especial a mediação, por outro lado, traz a proposta de solução de litígios pelos reais interessados, por meio do diálogo e da reconstrução do relacionamento.

Neste cenário ideal, em que a difusão da cultura consensual de solução de conflitos seja matéria corrente, o Brasil poderia inclusive iniciar um processo de reversão da escalada de crescimento

³⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy. A mediação, um propósito de transcendência para o ensino. In: NETO, Adolfo Braga; SALES, Lília Maia de Moraes (org.). **Aspectos atuais sobre mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 83.

³⁷ COELHO, Eleonara. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de resolução de conflitos: uma urgência no Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 115.

³⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy. A mediação, um propósito de transcendência para o ensino. In: NETO, Adolfo Braga; SALES, Lília Maia de Moraes (org.). **Aspectos atuais sobre mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 84.

³⁹ COELHO, Eleonara. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de resolução de conflitos: uma urgência no Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 118.

de processos judiciais. Afinal, superando o cenário de crise e de morosidade consolidado, nessa nova perspectiva, a provocação do Estado-juiz somente deveria ser efetuada após os esforços no uso dos meios consensuais terem restado inexitosos. Afinal, ninguém melhor que os próprios envolvidos como os mais adequados para solução de suas controvérsias.

CONCLUSÃO

Conforme já exposto, o ser humano é um ser social, gregário, que se relaciona com seus semelhantes diariamente. Dessas interações, inevitavelmente surgem divergências e conflitos, que podem ter os mais diversos escopos. Trata-se de uma consequência inevitável da natureza do homem.

Instaurado o conflito, é importante que sua solução seja alcançada da forma mais rápida e menos desgastante para os envolvidos. Afinal, tão logo seja instaurada, a controvérsia acirra os ânimos e causa sofrimento e dor para aqueles que são por ela prejudicados. Ademais, para que este não venha a se perpetuar, é necessário que seja resolvido em sua integralidade, dando aos interessados poder de participação e decisão direta no desenlace do problema.

O instituto da mediação se insere neste contexto como um eficaz meio adequado de solução de conflitos. Afinal, os envolvidos podem, através do intermédio de um terceiro imparcial, restabelecer a comunicação prejudicada e, através do consenso e do diálogo construído ao longo de sessões, encontrar a melhor saída para o problema que lhes aflige.

Ocorre que, como bem exposto, ainda predominam os cenários de *crise do Poder Judiciário* e de *cultura do litígio*, que dificultam a implementação de práticas autocompositivas de solução de controvérsias. Percebe-se, assim, que a superação destes paradigmas por uma nova e contemporânea *cultura de pacificação e inclusão social* é um imperativo do meio jurídico brasileiro. Afinal, na sociedade dinâmica e globalizada atual, o acesso à justiça precisa ser interpretado primeiramente por um viés consensual e cooperativo, não impositivo e estatal.

Por fim, necessária a realização de uma mudança cultural no que tange às formas que a sociedade utiliza para solucionar os conflitos que se apresentam. Ainda que se trate de uma mudança educacional, eis que é nas escolas e universidades que se formam os futuros cidadãos e operadores do Direito, o que se propõe aqui não se resume a isso.

Procedimentos como a mediação, que eleva os envolvidos à condição de protagonistas de seus próprios destinos, representam um marco no desenvolvimento da autonomia e das capacidades dos indivíduos. Estes, sobretudo, precisam ser reconhecidos em sua plenitude, como os mais aptos a administrar, transformar e resolver os conflitos que são inerentes ao convívio social, observando suas realidades pessoais e sem sofrerem com imposições de um terceiro.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. A mediação, um propósito de transcendência para o ensino. In: NETO, Adolfo Braga; SALES, Lilia Maia de Moraes (org.). **Aspectos atuais sobre mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- ARAUJO, Nadia de; FÜRST, Olivia. Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CALMON, Petrónio. **Fundamentos da conciliação e da mediação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- COELHO, Eleonara. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de resolução de conflitos: uma urgência no Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2017.
- GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de negociação e resolução alternativa de conflitos: ADRS, mediação, conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução de controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MAIA, Francisco, Neto. O papel do advogado na mediação. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.
- MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NETTO, Fernando Gama de Miranda. Reflexões sobre a conciliação e a mediação civil no âmbito judicial e extrajudicial. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva *et al* (coord.). **Arbitragem e mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. Conciliação, mediação e acesso à Justiça no novo Código de Processo Civil. In: **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15302>. Acesso em: 24 mar. 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. In: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 255-280, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p255>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SQUADRI, Ana Carolina. Mediação judicial. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al (coord.). **Arbitragem e mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: DIDIER, Fredie, Jr. et al (org.). **Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: **Revista de Processo**, v. 36, 2011.

O ESTADO E A GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS

Michely Moreira de Souza¹
Rodrigo Regert²
Joel Haroldo Baade³
Marcos Antônio Maestri Miguel⁴
Gilberto Medeiros Borges Junior⁵
Aline Sartorel⁶

Recebido em: 17 jul. 2019

Aceito em: 10 dez. 2019

RESUMO

Com a formação do Estado, este passou a moldar as necessidades dos cidadãos, preenchendo lacunas e reescrevendo alguns direitos. Mesmo assim, a base da essência humana deve ser preservada, e com a promulgação dos direitos humanos em 1948 torna-se universal o papel do Estado como guardião desses direitos, bem como da dignidade humana. No Brasil surgem os direitos fundamentais positivados apenas no ordenamento na Constituição Federal, sendo princípio norteador no comportamento jurídico. Em razão disso, o presente artigo tem como objetivo refletir sobre o Estado, a Sociedade, os Direitos Humanos e a Dignidade Humana. Para isso, nos aspectos metodológicos, utilizou-se dos seguintes critérios: natureza básica, abordagem qualitativa, caracterizando-se como pesquisa do tipo exploratória e bibliográfica. Conclui-se que os direitos humanos tem suas bases alicerçadas sobre a moral, a política e o direito, e dessa forma é incumbida ao Estado a prerrogativa de garanti-los, independentemente de qualquer situação, uma vez que o próprio Estado surge da outorga do poder dado pelos indivíduos como povo, tornando-se, assim, um organismo vivo, pois é composto de pessoas. No entanto, nada disso tem efeito caso o conjunto dos cidadãos não tomar para si a parte que lhe cabe, que é a responsabilidade de respeitar e cumprir os direitos humanos.

Palavras-chave: Estado. Constituição Federal. Dignidade Humana. Direitos Fundamentais.

THE STATE AND THE GUARANTEE OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: With the formation of the State, it began to shape the needs of citizens, filling gaps and rewriting certain rights. Even so, the basis of human essence must be preserved, and with the promulgation of human rights in 1948 the role of the State as guardian of these rights as well as of human dignity becomes universal. In Brazil, fundamental rights are only positivized in the Federal Constitution, being a guiding

¹ Bacharel em Administração e acadêmica do curso de Direito na Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP). E-mail: michellysouza490@gmail.com

² Mestre em Desenvolvimento e Sociedade pela UNIARP. Professor de Ensino Superior no Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC/Videira-SC) e na UNIARP. E-mail: regert.rodrigo@gmail.com

³ Doutor. Docente e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade e do Programa Profissional em Educação da UNIARP. E-mail: baadejoel@gmail.com

⁴ Especialista em Gestão Pública na UNIARP e Direto Material e Processual do Trabalho Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Professor de Ensino Superior na UNIARP. E-mail: marcosmiguel@hbinform.com.br

⁵ Mestrando em Desenvolvimento e Sociedade na UNIARP. Professor de Ensino Superior no SENAC/Videira e na UNIARP. E-mail: gilberto93.junior21@gmail.com

⁶ Mestra em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Coordenadora de Educação Básica e Superior no SENAC/Videira-SC. E-mail: sartorel.aline@gmail.com

principle in legal behavior. Because of this, this article aims to reflect on the State, Society, Human Rights and Human Dignity. For this, in the methodological aspects, the following criteria were used: basic nature, qualitative approach, being characterized as research of the exploratory and bibliographic type. It is concluded that human rights have their bases based on morality, politics and law, and in this way the State is given the prerogative to guarantee them, regardless of any situation, since the State itself arises from the granting of the power given by individuals as a people, thus becoming a living organism because it is composed of people. However, none of this will have an effect if all citizens do not take their own share of responsibility, which is respecting and fulfilling human rights

Keywords: State. Federal Constitution; Human Dignity; Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O Brasil passa por um momento sem precedentes de acesso à informação e ao judiciário, tornando-se imprescindível que o conhecimento e o discernimento dos homens e mulheres sejam mais assertivos possíveis no momento de utilizar e analisar as funções do Estado.

Rever a história dos direitos humanos permite uma profunda reflexão sobre as bases da sociedade e a forma em que ela organizada, pois esta é feita de pessoas e essas mudam constantemente, sendo assim, o Estado é uma organização viva que necessita se adaptar a cada momento da história.

No entanto, cabe ressaltar, que a dignidade humana é intrínseca ao ser no seu estado natural e por isso deve ser sempre respeitada independente do momento histórico, tendo o Estado como fomentador do desenvolvimento dos potenciais de cada indivíduo. Conhecendo as bases de toda a estrutura pode-se apropriar a cada parte da engrenagem sua devida responsabilidade, objetivando o bem coletivo.

Diante disso, o presente artigo tem como objetivo refletir sobre o Estado, a Sociedade, os Direitos Humanos e a Dignidade Humana. Para isso, a pesquisa foi de natureza básica, sua abordagem deu-se de forma qualitativa, o objetivo desenrolou-se de modo exploratório e o procedimento metodológico ocorreu de maneira bibliográfica.

O texto está estruturado em três pontos principais: no primeiro será abordado a ideia de Estado e Sociedade; no segundo os Direitos Humanos e no terceiro a própria Dignidade Humana.

ESTADO E SOCIEDADE

O Estado como conhecemos atualmente se consolidou pela necessidade de um conjunto de indivíduos. O Estado, entendido como um ordenamento político de uma comunidade, surge da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre laços de parentesco e da formação de comunidades maiores derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna, ou seja, o

sustento, pois precisavam de terras para o cultivo de alimentos e externa, como defesa a outros grupos (BOBBIO, 1987).

O Estado é uma sociedade política, ou seja, uma sociedade criada a partir da vontade humana, onde o objetivo é a concretização dos fins daquelas organizações mais amplas que o ser humano teve necessidade de criar para enfrentar o desafio da natureza e das outras sociedades rivais. A evolução trouxe consigo os vínculos sociológicos, sendo que o Estado apresenta vínculos de natureza jurídica (BASTOS, 1999).

O antecedente mais antigo que traz afirmação sobre a natureza social do ser humano encontra-se no século IV a.C., com Aristóteles de que “o homem é naturalmente um animal político”. Sendo que os animais se agrupam por mero instinto, pois o homem, entre todos os animais, é o único que possui razão e consciência, o sentimento de bem ou mal, do justo e do injusto (DALLARI, 2016).

A consciência humana, fez com que as pessoas celebrassem contrato, que é a mútua transferência de direitos, e por esse ato se estabelece a vida social, cuja preservação, entretanto, depende da existência de um poder visível, que mantenha os indivíduos dentro dos limites consentidos e os obrigue, pela coerção, a cumprir seus compromissos, bem como a observância das leis da natureza. Esse poder visível é o Estado instituído pelo homem natural para sua proteção e defesa (DALLARI, 2016).

A sociedade tem como finalidade o bem comum, assim ela busca a criação de condições que permitam a cada indivíduo e a cada grupo social a consecução de seus respectivos objetivos particulares. Quando uma sociedade está organizada de tal modo que só promove o bem de uma parte de seus integrantes, é sinal de que ela está mal organizada e afastada dos objetivos que justificam sua existência (DALLARI, 2016).

O constitucionalismo sempre esteve presente ao longo da evolução do direito positivo, sendo na antiguidade a Lei do Senhor; democracia-direta nas cidades estados gregas; na Idade Média com a Magna Carta de 1215; na Idade Moderna com os pactos e forais ou cartas de franquia; o constitucionalismo Norte-Americano com a Carta outorgada pelo rei Carlos II em 1662, seguido da constituição da confederação dos Estados Americanos em 1781; constitucionalismo moderno com a constituição norte americana de 1787 e constituição francesa de 1791. No contemporâneo constitucionalismo globalizado, ou seja, a constituição programática, tendo-se como exemplo a Constituição Brasileira de 1988, ainda com a proteção aos direitos de fraternidade ou solidariedade (LENZA, 2016).

A sociedade é uma instituição em constante evolução e transformação. As tecnologias desenvolvidas surgem com novas formas de vínculos e de organização social, sendo imprescindível a adaptação e ajustes, se possível, na mesma velocidade. Fundamentado na Constituição Federal de

1988, o princípio da dignidade humana é um princípio-matriz de todos os direitos fundamentais. Sendo a constituição o centro de todo o sistema jurídico, marcada pela intensa carga valorativa. A lei de modo geral deve não só observar a forma prescrita, mas acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados. Dessa forma, a constituição adquire imperatividade, superioridade e centralidade. A partir do momento que os valores são constitucionalizados, o desafio passa a ser encontrar mecanismos para sua efetiva concretização (LENZA, 2016).

Assim o Estado precisa responder normativamente aos problemas reais da sociedade, tendo na sua falta o risco da descrença no próprio sistema jurídico (LENZA, 2016).

DIREITOS HUMANOS

A conceituação de direitos humanos tem suas raízes fincadas nos campos da moral, da política e do direito. A interdisciplinaridade pode ser extraída da própria denominação dessa espécie de direito: são direitos reivindicáveis em face da condição humana e, por isso, pertencentes a todos os homens e a cada um deles. A condição humana e seus atributos são desenvolvidos pela filosofia moral, por essa razão que se diz que eles correspondem às necessidades humanas essenciais que se traduzem em exigências morais, as quais, pretendem ser garantidos e reconhecidos pelo direito, gerando deveres (BRANDÃO, 2014).

Assim os reflexos dessa condição na limitação da ação do Estado é matéria desenvolvida pela política; na positivação dentro do ordenamento jurídico é matéria do direito. Neste tríplice contexto, os Estados, através da política e do direito, não são instigadores dos direitos humanos, mas sim seus fiadores indispensáveis (BRANDÃO, 2014).

A maioria dos autores considera o antecedente direto mais remoto, das Declarações de Direitos que é Magna Carta da Inglaterra, de 1215. Não havia um caráter universal de direitos inerentes à pessoa humana e oponíveis a qualquer governo, o que ela consagrou foram os direitos dos barões e prelados ingleses, restringindo o poder absoluto dos monarcas. Essa afirmação de direitos feita de forma geral tornou-se a obrigação do rei da Inglaterra no seu relacionamento com os súditos, representando assim um avanço, ficando fixado alguns princípios que mais tarde viriam obter amplo desenvolvimento, alcançando a consagração universal (DALLARI, 2016).

Após a Segunda Guerra Mundial, no ano de 1946, foi iniciado o trabalho para elaboração de um documento que fosse universal dos direitos humanos, sendo aprovado em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, surgindo assim a Declaração dos Direitos Humanos. Na Declaração em seu preâmbulo são proclamados os direitos fundamentais. É bem expressivo esse termo, pois torna

evidente que não há concessão ou reconhecimento dos direitos, mas proclamação deles, significando que sua existência, independe de qualquer vontade ou formalidade, são direitos inerentes à natureza humana, nenhuma autoridade tem legitimidade para retirá-los de qualquer indivíduo (DALLARI, 2016).

Os direitos humanos formam um sistema indivisível, interdependente e complementar entre si. As normas se complementam garantindo assim a efetividade plena que elas buscam alcançar. Mesmo estando consagrados em diferentes tratados não retira sua característica de indivisibilidade (CASADO FILHO, 2012).

Os direitos dos homens e das mulheres, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas pelas lutas buscando defender as novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Nasceram quando o aumento do poder do homem sobre o homem que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens (BOBBIO, 2004).

Os direitos humanos possuem uma linha evolutiva. Assim, em cada época histórica, se adicionou os direitos e valores julgados importantes no desenvolvimento da sociedade. Sendo então os direitos humanos aberto à evolução, permitindo a inclusão de novos direitos e garantias, conforme a necessidade. No entanto, uma característica intrínseca é a proibição do retrocesso, assim pode-se alterar, bem como, revestir cada direito, nunca retirar (CASADO FILHO, 2012).

As exigências de novos conhecimentos e de novas proteções na passagem da consideração do homem abstrato para o homem evoluído, em suas diversas áreas de vida ou de estágios. Por exemplo, o direito à instrução ou à assistência, são exigências que nascem somente quando são necessidades latentes, e surgem em função da mudança das condições e quando o desenvolvimento técnico permite saná-los (BOBBIO, 2004).

DIGNIDADE HUMANA

A pessoa natural com suas características, intrinsecamente é dotada de inteligência, consciência e vontade. Há uma dignidade humana que deve ser reconhecida e a preservação desta faz parte dos direitos humanos. O crescimento econômico e o progresso material de um povo têm um valor negativo se forem conquistados à custa de ofensas da dignidade humana. A pessoa consciente do que é e do que os outros são, consegue perceber a realidade que não teria nascido e sobrevivido sem amparo e a ajuda de muitos. Dai decorre, uma solidariedade natural que resulta da fragilidade do ser humano (DALLARI, 2004).

Monstequieu, desenvolveu a teoria da separação dos poderes, sendo que um deste deveria agir de forma a limitar a força dos outros dois, estabelecendo-se um relacionamento harmônico e equilibrado. A dignidade estava tão fortemente ligada à ideia de liberdade, de esfera própria do indivíduo na qual o Estado não poderia interferir. A construção do Estado Moderno teve como pressuposto a ideia da dignidade humana. Até os princípios estruturais, como a separação dos poderes e a federação, criados pelas primeiras constituições liberais, são concebidos em termos instrumentais, indo ao encontro da proteção da pessoa humana em face do Estado (GUERRA, 2017).

No entanto, apenas a garantia de liberdade não era suficiente para proporcionar e promover a dignidade humana, tornou-se necessário investir no bem-estar do indivíduo. O Estado devia também promover a dignidade através de prestações positivas ligadas à saúde, educação, trabalho etc., surgiu assim o Estado Social (GUERRA, 2017).

A condição humana traz consigo as atividades fundamentais: labor, trabalho e ação. O labor é a atividade que corresponde ao processo biológico do ser humano, com crescimento espontâneo, metabolismo e o declínio atrelado às necessidades vitais produzidas e introduzidas pelo labor no processo de vida de cada indivíduo. O trabalho é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana, o trabalho produz um mundo artificial de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural. A ação corresponde à condição humana da pluralidade, uma vez que não são só os homens e mulheres vivem na terra e habitam o mundo (ARENDRT, 2005).

Em resumo o labor assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie. O trabalho e seu produto emprestam determinada permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do espaço de tempo ao ser humano. A ação na medida em que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, ajusta condições para a história (ARENDRT, 2005).

Os homens são seres condicionados, sendo que tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. No entanto, os homens constantemente criam suas próprias condições (ARENDRT, 2005).

Sarlet (2001, p. 60) descreve o conceito jurídico para a dignidade humana:

temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

O Estado Social surgiu da necessidade de assegurar as condições mínimas para a vida dos indivíduos, promovendo sua participação ativa na sociedade. Afinal, quanto mais desenvolvido o indivíduo for, menos dependente do Estado ele se torna, interferindo no destino de sua própria

existência bem como dos demais que tem influência e convívio.

Não se pode confundir direitos humanos com direitos fundamentais, há diferenças entre ambos: os direitos humanos não estão positivados no ordenamento enquanto que os direitos fundamentais estão positivados na Constituição Federal; nos direitos humanos há intenção de universalidade e nos direitos fundamentais há o vínculo apenas do Estado na ordem jurídica concreta; os direitos humanos podem ser vistos como abstratos e os direitos fundamentais são garantias jurídicas concretas e delimitadas, assim podem ser acionadas pelas partes interessadas; os direitos humanos foram concebidos sempre com fins ou programas morais de reforma ou então, de ação política enquanto os direitos fundamentais são garantias jurisdicional (GUERRA, 2017).

Os direitos fundamentais são alicerces de uma sociedade organizada pela política e juridicamente através de uma Constituição Federal. Portanto faz parte da constituição formal e material, evidenciando a importância subjetiva e objetiva para construção de uma ordem dentro da sociedade (GUERRA, 2017).

CONCLUSÃO

Em uma sociedade eivada de instintos primitivos, constantemente observa-se o desrespeito aos direitos humanos e em consequência à dignidade humana. O Estado como uma sociedade criada com objetivo do bem comum busca desenvolver diretrizes que amenizem tais comportamentos.

Porém, mesmo assim, cabe nesse momento algumas reflexões: O Estado ao buscar o bem comum cria condições para permitir que cada cidadão concretize seus respectivos objetivos particulares, mas como controlar as variáveis impostas pelo contexto individual?

Diante de um mundo em constante e rápida evolução e transformação, como pode o Estado organizar ações em vista do bem comum sendo que seus movimentos são tão mais lentos, seja pelo desvirtuamento da finalidade da máquina pública, ou ainda pelos processos burocráticos de cada engrenagem dessa?

Como pode o Estado ter efetividade para garantir os direitos fundamentais que foram escritos em um momento histórico tão distinto da atualidade?

Tentando dar luz a essas reflexões fica claro que o Estado precisa responder normativamente aos problemas reais da sociedade, e essa é a grande variável imposta pela realidade atual que, se não for resolvida, coloca em risco a crença no próprio sistema jurídico.

Ficou claro também que os direitos humanos têm suas bases alicerçadas sobre a moral, a política e o direito. Sendo incumbido ao Estado a prerrogativa de garanti-los, inclusive o da dignidade

da pessoa humana. Nesse sentido, o Estado surge da outorga de poder pelos indivíduos enquanto povo, dessa forma o Estado é um organismo vivo, pois é composto de pessoas.

Por fim, nada disso tem valor se o conjunto dos indivíduos não tomar para si a parte que lhe cabe, que é a responsabilidade de respeitar e cumprir os direitos humanos. Conviver em sociedade remete aos princípios básicos da moral e da ética. Talvez seja a solução para que o ordenamento tenha celeridade e flexibilidade diante dos dilemas da sociedade.

REFERÊNCIAS

- ARENDRT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. **A Era do Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRANDÃO, Claudio. **Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014.
- CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos Humanos e Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004.
- GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Saraiva - São Paulo: Saraiva, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

OS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE

AMAZÔNICA: PROTEÇÃO JURÍDICA E SUSTENTABILIDADE

Ana Carolina Couto Matheus¹

Recebido em: 25 jul. 2019

Aceito em: 10 dez. 2019

RESUMO

Considerando a imprescindível inter-relação dos conhecimentos tradicionais dos povos da Amazônia com a sustentabilidade, o objeto basilar da produção científica proposta é estudar a proteção jurídica aplicada aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica. Comporta necessariamente um tratamento transdisciplinar, pois as categorias de construções da realidade são diversas, e, embora diferentes, encontram-se profundamente interligadas ou interdependentes. O método utilizado na fase de investigação e na fase de tratamento dos dados foi o indutivo. Nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. O desenvolvimento do tema pautou-se pela persecução dos objetivos geral e específicos que nortearam a produção. O relatório se encerra com as conclusões e consubstancia o resultado de todos os achados da pesquisa acadêmica, findando por confirmar a hipótese inicialmente concebida, tendo, alfim, alcançado o tratamento sustentável dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica.

Palavras-chave: Conhecimentos Tradicionais Associados à Biodiversidade. Povos Tradicionais Amazônicos. Sustentabilidade. Proteção Jurídica.

TRADITIONAL KNOWLEDGE ASSOCIATED WITH AMAZON BIODIVERSITY:

JURIDICAL PROTECTION AND SUSTAINABILITY

ABSTRACT

Considering the essential interrelationship of the traditional knowledge of the Amazonian peoples with sustainability, the basic objective of the proposed scientific production is to study the legal protection applied to the traditional knowledge associated to the Amazonian biodiversity. It necessarily entails a transdisciplinary treatment, since the categories of constructions of reality are diverse, and although different, they are deeply interconnected or interdependent. The method used in the research phase and in the data treatment phase was the inductive one. In the various phases of the research the techniques of the referent, the category, the operational concept, the bibliographical research and the file were triggered. The development of the theme was guided by the pursuit of the general and specific objectives that guided production. The report closes with the

¹ Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI-SC. Mestre em Direito pela UNIPAR-PR. Especialista em Direito Tributário pela UnP-RN. Pós-graduada em Direito Constitucional pela UVB-SP. Graduada em Direito pela TOLEDO-SP. Professora Adjunta III do CCJSA da UFAC-AC. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Estágios. Professora da Pós-Graduação. Orientadora. Conferencista. Conselheira Editorial. Pesquisadora. Advogada. Consultora Jurídica. E-mail: carolcoutomatheus@hotmail.com.

conclusions and consolidates the results of all the findings of the academic research, in order to confirm the hypothesis initially conceived, and has achieved the sustainable treatment of the traditional knowledge associated to the amazonian biodiversity.

Keywords: Traditional Knowledge Associated with Biodiversity. Traditional Amazonian People. Sustainability. Legal Protection.

INTRODUÇÃO

O objeto desse trabalho é o estudo da proteção jurídica e da sustentabilidade dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica. A escolha do tema justifica-se em razão da importância e complexidade. Comporta necessariamente um tratamento transdisciplinar, uma vez que as categorias de construções da realidade são diversas, e, embora diferentes, encontram-se profundamente interligadas ou interdependentes.

Assim posto, o problema da pesquisa em testilha é evidenciar a sustentabilidade dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica e a necessidade de melhorar a proteção jurídica destes importantes conhecimentos geracionais. O aludido problema concentra seus esforços na busca de substituir o sistema de patentes, bem como o sistema de garantia dos direitos de autor, inadequados para proteger as comunidades tradicionais.

Todo trabalho encontra-se parametrizado teoricamente na Constituição Federal de 1988, na legislação nacional e estrangeira, em vasta literatura nacional e estrangeira, artigos de revistas jurídicas especializadas e jurisprudência pertinente ao tema.

Para o equacionamento do problema suscita-se a seguinte hipótese, a saber: a floresta amazônica está inserida além do Brasil, em territórios de outros países sul-americanos como a Bolívia, a Colômbia, o Equador, a Guiana, a Guiana Francesa, o Peru, o Suriname e a Venezuela, portanto, sua conservação exige, necessariamente, o compromisso e a organização de todos esses países.

O trabalho investiga juridicamente se existe a possibilidade de, neste cenário transnacional, exercer-se a tutela sustentável dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica por meio da proteção jurídica.

Em função da problemática e da hipótese, o objetivo geral do trabalho consiste em analisar a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica, considerando a imprescindível inter-relação dos conhecimentos tradicionais dos povos da Amazônia com a conservação ambiental.

A hipótese retromencionada impulsionou o desenho dos seguintes objetivos específicos para se alcançar os achados pretendidos: verificar no ordenamento vigente o arcabouço jurídico aplicado aos conhecimentos tradicionais dos povos da Amazônia; enfatizar a limitada proteção que oferecem os direitos nacionais e a tutela internacional em vigor relacionada aos conhecimentos

tradicionais associados à biodiversidade amazônica, considerando sua imprescindível inter-relação com a sustentabilidade; sugerir o alcance da sustentabilidade no tratamento dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica.

O marco de referência privilegia a construção teórica segundo a qual estuda a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica e desdobra-se por meio de três pontos principais: o primeiro estuda os conhecimentos tradicionais dos povos da Amazônia; o segundo enfatiza a legislação aplicada aos conhecimentos tradicionais, a limitada proteção que oferecem os direitos nacionais e a tutela internacional; e o terceiro verifica o tratamento sustentável dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica.

Pelo método de abordagem indutivo, fonte de pesquisa bibliográfica e legal relativa aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica serão pesquisadas e confrontadas as partes de um todo para que se possa ter uma visão generalizada. Durante as diversas fases da pesquisa serão utilizadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, do fichamento e com base em documentação indireta será realizada a pesquisa bibliográfica.

O trabalho em apreço finda com as conclusões, em que serão apresentados pontos conclusivos abstraídos da pesquisa, a análise e a inferência das reflexões realizadas em relação à proteção jurídica e ao tratamento sustentável dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica.

OS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS DOS POVOS DA AMAZÔNIA

O Brasil é a nação com a maior diversidade biológica. Segundo Gregori (2013, p. 142) é um dos países do mundo com maior potencial de prospecção de novos produtos e processos derivados de plantas e de animais, muitos dos quais ainda nem descobertos.

Esta riqueza é foco do interesse e ganância de outras nações e, principalmente, das indústrias, que buscam novas fontes de pesquisa e domínio econômico, por meio dos mecanismos de propriedade intelectual, pela apropriação dos conhecimentos tradicionais (índios, seringueiros, ribeirinhos, castanheiros, pescadores, quilombolas, entre outros), acabam revelando ótimos caminhos para o acesso direto a plantas e animais, que servem de base para pesquisa científica, diminuindo tempo, custo e energia para obter novos medicamentos, cosméticos, produtos industriais, entre outros.

“Os povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais produzem conhecimentos e inovações em diversas áreas, devendo ser tutelados” (MATHEUS, 2018, p. 93). Conhecimento tradicional é o conhecimento intergeracional dos povos amazônicos, transmitido oralmente e relacionados, diretamente, aos seus aspectos culturais, folclore, uso e manejo dos recursos naturais,

importantes tanto para a conservação da diversidade biológica amazônica, quanto para o seu uso sustentável.

Os povos tradicionais tiveram o reconhecimento de sua existência formal apenas em 07 de fevereiro de 2007, por meio do Decreto Presidencial n. 6.040, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais e define povos e comunidades tradicionais como grupos culturalmente diferenciados, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

A função destas populações para a conservação das áreas contempladas por recursos naturais é de suma relevância, pela forma do manejo nativo sustentável que desenvolvem nas florestas tropicais, com base no conhecimento milenar tradicional e comunitário, pautado na observação e experimentação, e pela relação de valorização e respeito com a natureza. Todas estas práticas contribuem para a reafirmação dos povos, tanto no que concerne às suas identidades culturais quanto aos espaços territoriais.

A Amazônia está localizada no centro-norte do continente sul-americano, área geográfica que corresponde à bacia hidrográfica do rio Amazonas. Os países que fazem parte da região amazônica são: Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela. No Brasil a floresta amazônica abrange os estados do Amazonas, Acre, Amapá, Rondônia, Pará e Roraima.

A Reserva Extrativista do Vale do Juruá, no Estado do Acre, sudoeste da região amazônica, considerada uma das regiões mais ricas em biodiversidade de todo o mundo, deixa claro que as intervenções realizadas pelas comunidades tradicionais do Vale do Juruá contribuem para sua conservação. (BROWN e FREITAS, 2002, p. 41).

Esta diversidade foi alcançada não somente por obra da natureza, mas também pela ação humana e atividade das diversas etnias que compartilham o mesmo ambiente. O direito dos povos tradicionais permanecerem em seus lugares de origem e a necessidade de proteção ao meio ambiente justificam a existência de normatizações sobre a ocupação e a utilização dos recursos naturais, desde que sejam elaboradas mediante o consenso entre os interessados: o poder público, os povos tradicionais e estudiosos das inter-relações entre homem e meio ambiente.

Seringueiros, ribeirinhos, castanheiros, pescadores, quilombolas e índios revelam o acesso a plantas e animais, a base para pesquisa científica, objeto de interesse de outras nações e indústrias que buscam novas fontes de pesquisa e domínio econômico por meio da apropriação dos conhecimentos tradicionais.

Para Santilli (2005, p. 52) urge o reconhecimento de direitos sobre o patrimônio dos povos

indígenas, quilombolas e povos tradicionais, e que tais povos também possam usufruir da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de seus saberes tradicionais e do material genético existente em seu território, por meio de um sistema de repartição justa dos benefícios.

Os referidos conhecimentos abrangem técnicas de manejo de recursos naturais, métodos de caça e pesca, saberes acerca dos diversos ecossistemas, bem como de propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas, além das próprias categorizações e classificações de espécies de fauna e flora utilizadas.

Para que os povos tradicionais possam exercer o direito de permanecer em áreas protegidas, é necessário estabelecer três critérios: o tempo de residência na área amazônica, a prática de atividades de baixo impacto ambiental e a prática de uma economia de subsistência.

Há estreita relação das florestas culturais na manutenção dos recursos naturais para além das unidades de conservação, pois nem todos os povos tradicionais estão inseridos nestas unidades e, por isso, vêm travando lutas para terem seus direitos territoriais reconhecidos nos instrumentos legais de proteção da floresta, tendo em vista sua significância à conservação da cultura e desses ecossistemas, desempenhando um valoroso papel na conservação dos recursos ambientais nas áreas em que habitam.

Os conhecimentos tradicionais são convertidos em objeto de debate das medidas no âmbito de diversas políticas-públicas, como as relacionadas com a tutela dos direitos humanos, a preservação e promoção da diversidade biológica, a proteção da saúde, o desenvolvimento sustentável e particular, a utilização sustentável dos recursos biológicos, o progresso econômico e social de certas comunidades, povos e nações na defesa de certas identidades e patrimônios culturais (MASSAGUER, 1996, p. 318).

Conhecimento tradicional associado é o conjunto de saberes, transmitidos oralmente, de geração em geração. Para Berckes (1999, p. 4) é o corpo acumulativo de conhecimento, práticas e crenças das comunidades tradicionais sobre a relação entre os seres vivos (inclusive o homem) e o seu ambiente, que se desenvolve ao longo do tempo através de um processo repassado através de gerações por transmissão cultural.

A LEGISLAÇÃO APLICADA AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS, A LIMITADA PROTEÇÃO QUE OFERECEM OS DIREITOS NACIONAIS E A TUTELA INTERNACIONAL

A Lei n. 13.123/2015 dispõe sobre a proteção e o acesso ao Conhecimento Tradicional Associado (CTA), a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; define no art. 2º CTA como informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético.

Define comunidade tradicional como grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social, ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição.

Reconhece como provedor de CTA a população indígena, a comunidade tradicional ou o agricultor tradicional que detém e fornece a informação sobre o CTA para o acesso; prevê no art. 8º a proteção dos CTAs ao patrimônio genético dos povos tradicionais e assegura sua participação nas tomadas de decisões.

Os direitos legais assegurados às populações tradicionais e sua inserção, ainda que timidamente, nas unidades de conservação de uso sustentável caracterizadas nas reservas extrativistas e reservas de desenvolvimento sustentável, têm importante papel na conservação dos recursos naturais, pois tais povos contribuem para evitar manejos artificiais que comprometam grandes áreas contínuas de florestas, sendo verdadeiros guardiões contra a extração ilegal de madeiras e as ações agrosilvopastoris.

A preocupação pelos conhecimentos tradicionais alcançou, nos últimos anos, crescente reconhecimento da comunidade internacional, pela Convenção sobre Diversidade Biológica e por meio de ações desenvolvidas pela ONU.

Brasil, Panamá, Venezuela e Peru adotam leis que protegem os CTs de natureza técnica, vinculados a recursos genéticos. Dentre as organizações internacionais sul-americanas, destacam-se o MERCOSUL e o TCA. O MERCOSUL necessita de uma instância supranacional de coordenação política, porque suas duas economias principais (Brasil e Argentina) seguem caminhos divergentes e nenhuma está disposta a abrir mão da soberania a favor da criação de uma superestrutura jurídica e regional.

Destaca-se o Protocolo de Nagoia que trata do acesso a recursos genéticos e a repartição justa e equitativa dos benefícios advindos de sua utilização. Na década de 60 a UNESCO debateu formas de proteger especificamente as expressões do folclore, intimamente relacionadas com as manifestações culturais das comunidades tradicionais.

A Conferência de Estocolmo em 1972 e a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio-92) consagraram os princípios fundamentais do Direito Ambiental para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental.

O debate aprofundado sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais iniciou em 1988, no Primeiro Congresso Internacional de Etnobiologia em Belém, no Pará. Comunidades indígenas se reuniram com cientistas e ambientalistas para discutir estratégias ante a rápida diminuição da

diversidade cultural biológica no planeta.

Em 2000, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento debateu formas de proteger informações, inovações e práticas das comunidades tradicionais indígenas e locais, reforçar a cooperação e o Desenvolvimento para a conservação e uso Sustentável dos recursos biológicos.

Em 1992 o marco legislativo da proteção dos conhecimentos tradicionais no âmbito internacional é a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) que trata da conservação da diversidade biológica e o acesso aos recursos genéticos. Reconheceu o importante papel dos povos tradicionais na conservação e utilização de forma sustentável dos recursos naturais.

A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento surgiu em decorrência da Assembleia Geral das Nações Unidas que ocorreu em 1984 e criou a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o desenvolvimento, conhecida como Comissão de Brundtland, que em 1987 apresentou à ONU, cristalizando o princípio do desenvolvimento sustentável, entendido como aquele que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade de as futuras gerações terem suas próprias necessidades atendidas.

Para Derani (2002, p. 167) os arts. 215, § 1º, 216 e 231 da CRFB ensejam arcabouço jurídico amplo e propício à proteção do CTA. A Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da CRFB.

O Acordo de Paris incorporou os conhecimentos tradicionais como elementos de adaptação e inovação. Trata-se do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e o acesso direto a financiamentos para projetos relacionados às mudanças climáticas, uma questão de sobrevivência debatida no Fórum Internacional de Povos Indígenas sobre Mudanças Climáticas, que é instância da Convenção do Clima da ONU, onde lideranças de povos indígenas de diferentes regiões do mundo discutem, aproximam conceitos e posicionamentos em relação a essas negociações. Os povos indígenas protegem as florestas e podem contribuir enormemente para evitar mais emissões de gases de efeito estufa.

No âmbito regional da América Latina, a Decisão 391 da Comissão de Acordo de Cartagena sobre o Regime Comum sobre Acesso aos Recursos Genéticos, de 1996. A partir da CDB aprofundou o debate sobre a necessidade de promover, preservar e proteger os CTAs. Em nível infraconstitucional destaca-se: a Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Proteção à Propriedade Intelectual); a Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997 (Lei de Cultivares); a MP n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001 (que regula o acesso ao patrimônio genético) e o Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002.

Urge ressaltar o Decreto n. 5.459, de 07 de junho de 2005, que regulamenta o art. 30 da

MP n. 2.186-16 sobre o acesso ao patrimônio genético e ao CTA, dota os povos tradicionais de autoridade para decidir sobre seus conhecimentos, assegura o direito de conhecer o uso de tais informações e se o uso gerará benefícios econômicos. Reconheceu a natureza coletiva dos conhecimentos tradicionais. Porém, o referido Decreto não criou mecanismos que assegurem os conhecimentos tradicionais, utilizaram a tutela dos direitos de propriedade intelectual, inadequada à natureza coletiva.

Também merece destaque o Decreto n. 5.813, de 2006 (que garante acesso seguro e uso racional de plantas medicinais e fitoterápicos, a promoção do uso sustentável da biodiversidade, o desenvolvimento da cadeia produtiva e da indústria nacional e instituiu a Política Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos) e o Decreto n. 6.041/2007 (institui a Política de Desenvolvimento da Biotecnologia). Destacam-se as leis estaduais do Acre (Lei n. 1.235/97) e do Amapá (Lei n. 388/97).

Bem intangível é o produto da mente e da consciência humana, capaz de manifestação exterior que possa ser difundida ou reproduzida, pode ser monopolizado e tutelado por lei. Trata-se de realidade que não possui forma, produto da criação do espírito humano, que o direito valora como objeto dotado de direitos subjetivos.

Propriedade intelectual é a proteção do produto advindo da intervenção dos seres humanos no meio em que se encontram, essas criações são oriundas do seu intelecto, sendo resultado das primeiras formas de luta pela sobrevivência num ambiente hostil, para assim poder garantir a espécie.

Massaguer (1996, p. 321) entende que a proteção do sistema de proteção intelectual “é apropriada e necessária para cumprir as exigências normativas vigentes de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais”. O primeiro argumento é sua natureza imaterial, a mesma natureza de todas as criações humanas objeto dos direitos de propriedade intelectual. O segundo fundamento é o mecanismo de desapropriação, que controla a utilização e preserva os conhecimentos tradicionais frente a sua indevida apropriação por terceiros.

O sistema de patentes é inadequado para a proteção dos conhecimentos tradicionais, porque incompatível com as práticas e culturas dos povos tradicionais, que podem ver seu modo de viver arruinado pela lógica da economia de mercado. Os povos tradicionais tendem a não gozar dos direitos de propriedade sobre seus conhecimentos, inovações e práticas. Um curandeiro tradicional, por exemplo, dificilmente será chamado de inventor. Conhecimentos tradicionais são direitos intelectuais coletivos pelas características, natureza e fundamento das crenças intelectuais tradicionais, distintas daquelas protegidas pelo sistema de propriedade intelectual.

Patentes possuem prazo de vigência determinado, concedem um monopólio temporal sobre a utilização de seu objeto. É impossível precisar o momento de criação dos conhecimentos tradicionais e definir marco temporal de vigência para qualquer direito intelectual coletivo. Patentes

monopolizam e individualizam os conhecimentos tradicionais criados e desenvolvidos de forma coletiva, de geração a geração,

Patentes protegem criações que constituem novidade e representam atividade inventiva. Para Kishi (2004) a possibilidade de patentear o conhecimento tradicional já se encontra excluída, uma vez que um conhecimento ancestral não pode ser considerado novo. Patente sobre recursos genéticos é incompatível com a soberania, pois qualquer patente sobre formas de vida deve ser proibida.

Assim como ocorre no sistema de patentes, são diversas as razões que fazem as normas do direito de autor inadequadas para proteger as criações que são originais, estabelecidas em suportes concretos que estão incluídas no conjunto de obras denominadas de literárias, artísticas ou científicas. A proteção do direito de autor é temporal, não coaduna com a antiguidade das manifestações culturais.

O direito de autor protege a obra criada pelo indivíduo e por um coletivo de pessoas não identificadas, importante para exercer os direitos morais e patrimoniais sobre a criação. A falta de titularidade individual das expressões culturais tradicionais impossibilita a defesa. Em relação às normas do direito de autor, a maioria das expressões culturais já estariam em domínio público e os povos tradicionais já não teriam direito patrimonial sobre elas.

Deter um conhecimento sobre algo é uma forma de inovação, na medida em que este conhecimento possa representar um possível desenvolvimento de produto ou processo inovador. O detentor do conhecimento é um agente inovador, merecedor de recompensa que o fará continuar sendo um inovador, representa uma justa retribuição pelos esforços empreendidos pela guarda e compartilhamento deste conhecimento, muitas vezes ancestral. A CDB, o Protocolo de Nagoia e a CRFB reconhecem este conhecimento e preveem a necessidade de sua recompensa.

A grande indústria sempre defendeu que a recompensa pelo uso de CTA no desenvolvimento de seus produtos, em primeiro lugar representaria um entrave ao processo inovador, pois colocaria mais um detentor da propriedade. É incapaz de deter o processo de busca de alguma forma de reconhecimento ao detentor do CTA.

A Lei n. 13.123/2015 representa o novo marco legal da biodiversidade, cujo objetivo é delinear os bens, direitos e obrigações concernentes ao acesso e proteção do patrimônio genético e à repartição dos benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Os que tiverem acesso ao patrimônio genético da biodiversidade brasileira e/ou do CTA se submeterão à fiscalização, restrições e repartição dos benefícios, sendo indispensável o cadastro, a autorização ou a notificação da União.

A Lei n. 13.123/2015 facilita a pesquisa envolvendo elementos da biodiversidade e coloca em risco as comunidades e o patrimônio genético nacional. Foi transformada em exceção a regra da repartição dos benefícios, em vigor desde a Rio-92, passando pelo Protocolo de Nagoia.

A ausência de restrição à concessão de patentes sobre produto que possa ter sua origem derivada de CTA, com o novo sistema a autorização foi substituída pela mera declaração, nada impede que uma empresa desenvolva pesquisa a partir de CTA à biodiversidade amazônica e não associe a nenhum produto acabado, e use do sistema de propriedade intelectual para obter patentes, sem distribuição de nenhum benefício às comunidades e à nação.

Na concepção de Silva (2016, p. 219) a proteção ao CTA no Brasil, efetuada pela Lei n. 13.123/2015 representa uma “tragédia normativa”, porque “é claramente favorável ao capital em detrimento das populações envolvidas, não há uma justa recompensa, em alguns casos pode nem haver recompensa”, falta um processo de construção democrático e atenta à dignidade dos atores envolvidos.

Em 2004, foi criado um grupo de trabalho, no âmbito da CDB, para negociar um regime internacional sobre acesso e repartição de benefícios. Após seis anos de negociações, em 29 de outubro de 2010, foi adotado em Nagoia, no Japão, o Protocolo sobre acesso a recursos genéticos e repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização.

O Protocolo de Nagoia é um novo tratado internacional que se baseia e apoia a implementação da CDB. Ele se reporta em particular a um dos seus três objetivos: a repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos da utilização dos recursos genéticos. Trata-se de um acordo histórico para a governança internacional da biodiversidade e é relevante para vários setores comerciais e não comerciais envolvidos no uso e no intercâmbio de recursos genéticos.

O Protocolo de Nagoia se baseia nos princípios fundamentais de acesso e repartição de benefícios consagrados pela CDB. Esses princípios sustentam a necessidade de obtenção, pelos usuários potenciais de recursos genéticos, do consentimento prévio fundamentado do país em que o recurso genético está localizado. Assim como da negociação entre as partes e do estabelecimento de condições de acesso e uso desse recurso através da assinatura de termos mutuamente acordados.

Ao garantir a segurança jurídica e a promoção da repartição de benefícios, o referido Protocolo incentiva o desenvolvimento de pesquisas sobre recursos genéticos que podem levar a novas descobertas em benefício de todos. Também cria incentivos para a conservação e o uso sustentável dos recursos genéticos, aumentando a contribuição da biodiversidade para o desenvolvimento e bem-estar humano.

O referido Protocolo propõe a criação de um mecanismo multilateral mundial de repartição de benefícios para tratar dos casos resultantes da utilização dos recursos genéticos que ocorrem em áreas transfronteiriças ou em situações onde não é possível obter o consentimento prévio fundamentado. Falta definir a natureza desse mecanismo multilateral. Os benefícios repartidos por meio desse mecanismo serão utilizados para apoiar a conservação e o uso sustentável da biodiversidade em escala global.

O Protocolo de Nagoia aborda os CTAs aos recursos genéticos por meio de disposições

sobre acesso, repartição de benefícios e o cumprimento das regras estabelecidas. Também contempla recursos genéticos presentes nos territórios das comunidades indígenas e locais que possuem direitos bem estabelecidos para permitir o acesso a eles.

É fundamental que o Congresso Nacional ratifique o Protocolo de Nagoia para que o Brasil possa opinar. A não ratificação pelo Brasil prejudica comunidades indígenas e quilombolas e só não foi alcançada em função das resistências da bancada ruralista no Congresso e conflitos de interesses dos setores do agronegócio. O sucesso do Protocolo depende da efetiva implementação do mesmo a nível nacional.

Mecanismos de apoio previstos auxiliarão as suas Partes signatárias com a implementação e estes incluem a designação de pontos focais nacionais e de autoridades nacionais competentes para servir como pontos de contato para obtenção de informações sobre concessão de autorização de acesso e sobre cooperação entre as partes.

As empresas transnacionais utilizam recursos naturais para buscar novos produtos e medicamentos para ampliar seu mercado. A atual lógica da transferência de tecnologias e recursos é criticada pelos povos tradicionais, pois antes detinham todos os recursos originariamente, sem necessitar de transferência.

A CDB compreende a biodiversidade como patrimônio comum da humanidade e consagra que se devem compartilhar equitativamente os recursos naturais, criando um sujeito social universal. A CDB é um documento internacional de 1992, em que participam 168 países, destinada à conservação da diversidade biológica do planeta.

Para Derani (2006, p. 73) além da preocupação com a manutenção da variedade dos ecossistemas terrestre, a Convenção busca a valorização das culturas locais, como meio para a conservação da diversidade biológica selvagem e cultivada. No que tange à Biodiversidade cultivada, as decisões sobre Biodiversidade agrícola na CDB frequentemente fazem referência à FAO, buscando uma sinergia para a valorização e proteção das culturas locais.

Tanto os recursos genéticos como os conhecimentos dos povos de cada país estarão amparados e protegidos por este instrumento. O Protocolo de Nagoia é um importante instrumento internacional que complementa e garante a CDB. Em vigor desde 2014, muitos países já desfrutam de sua proteção e transparência nas relações, porém o Brasil ainda está aquém deste documento por conflitos de interesses dos setores do agronegócio e certa oposição da bancada ruralista.

O TRATAMENTO SUSTENTÁVEL DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE AMAZÔNICA

Adota-se a classificação dimensional da sustentabilidade categorizada por Freitas (2012, p. 58-70) cujas dimensões incidem, de forma lógica e imbricada no tratamento sustentável dos CTAs à biodiversidade amazônica.

El paradigma actual de la Humanidad es la sostenibilidad. La voluntad de articular una nueva sociedad capaz de perpetuarse en el tiempo en unas condiciones dignas. El deterioro material del planeta es insostenible, pero también es insostenible la miseria y la exclusión social, la injusticia y la opresión, la esclavitud y la dominación cultural y económica (FERRER, 2012, p. 319).

Conforme o entendimento de Boff (2012, p. 107):

Sustentabilidade é toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que o capital natural seja mantido e enriquecido em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução (Grifo no original).

A sustentabilidade é concebida em suas múltiplas ou plurais dimensões, ainda que não exista uniformização conceitual do seu termo parece evidente, pela vasta literatura que envolve a matéria, que ela é um “valor” (FREITAS, 2014, p. 32), um “princípio” (BOSELDMANN, 2015; CRUZ e GLASENAPP, 2014; FREITAS, 2014; SILVA, 2010) e um “direito fundamental” (COIMBRA, 2017).

Historicamente, a sustentabilidade foi edificada a partir do tripé dimensional ambiental, econômico e social, ou, como denominado por Canotilho (2010), “dimensão tridimensional”, com grande influência da Declaração do Milênio, realizada em 2000, que proclamou a Declaração e Objetivos do Milênio para o Desenvolvimento.

A dimensão ambiental para Silva (2010, p. 18) “é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Para Lima e Pozzobon (2005, p. 45) é a “capacidade de uma dada população de ocupar uma determinada área e explorar seus recursos naturais sem ameaçar, ao longo do tempo, a integridade ecológica do meio ambiente”.

A dimensão ambiental ou ecológica da sustentabilidade é substrato da própria história e da relação do homem com a natureza ao longo dos séculos. O uso predatório dos recursos ambientais por parte dos homens, associado às tragédias ambientais obrigaram o debate sob o novo enfoque, repensando as bases capitalistas de exploração do meio ambiente. Portanto, os problemas relacionados à dimensão ambiental da sustentabilidade são os riscos à biodiversidade.

Garcia (2011, p. 164) adverte que é impossível discutir a sustentabilidade econômica de

forma dissociada da ambiental. Para Freitas (2012) a pobreza, a miséria, a ausência de saneamento básico e tudo mais que comprometa a dignidade humana por ausência de recursos materiais mínimos à saudável qualidade de vida, não é sustentável.

A dimensão econômica da sustentabilidade visa ao desenvolvimento da economia com a finalidade de gerar melhor qualidade de vida às pessoas. Passou a ser considerada no contexto da sustentabilidade porque não haveria possibilidade de retroceder nas conquistas econômicas de desenvolvimento alcançadas pela sociedade mundial; e o desenvolvimento econômico estaria interligado com a dimensão social do princípio da sustentabilidade, pois é necessário para a diminuição da pobreza. Desta forma, os problemas associados à dimensão econômica da sustentabilidade são a biopirataria e a apropriação indevida dos conhecimentos tradicionais.

Para Garcia (2011, p. 210-215) a dimensão social implica em melhoria na qualidade de vida da coletividade, na redução da discrepância oriunda da injusta distribuição de renda, ligada à garantia dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana. Com lastro teórico nas grandes conferências globais sobre o meio ambiente, a referida autora sustenta que a pobreza é um dos grandes desastres da humanidade. Os privados do mínimo existencial à sua sobrevivência não têm garantido direitos sociais básicos do art. 6º da CRFB. Negar a dignidade humana aos que vivem em extrema pobreza contribui para que depredem o meio ambiente.

Para Neves (2011, p. 17) “o conceito de sustentabilidade social caracteriza-se pela melhoria da qualidade de vida da população, equidade na distribuição de renda e de diminuição das diferenças sociais, com participação e organização popular”.

Para Sachs (2002, p. 85-89) a dimensão social se refere ao “alcance de um patamar razoável de homogeneidade social, com distribuição de renda justa, emprego pleno e/ou autônomo com qualidade de vida decente e igualdade no acesso aos recursos e serviços sociais”. Mencionado autor se refere à concretude dos direitos sociais. Os problemas relacionados à dimensão social da sustentabilidade são a saúde e a qualidade de vida dos povos tradicionais da Amazônia.

Para o alcance da sustentabilidade dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica sugere-se: a cooperação, a solidariedade, o equilíbrio e a educação ambiental. Cooperação é instrumento para proteger direitos humanos e integra países. Possibilita a conservação e utilização sustentável dos conhecimentos tradicionais associados. No cenário internacional de interdependência Kinoshita (1999, p. 57) explica que há “dever de cooperação para atingir o desenvolvimento mundial”.

Ferrer (2013, p. 77) compreende que a sociedade global impõe a “preminencia de la solidaridad planetaria en nuestras relaciones, (...) el Derecho público (...) que impone la solidaridad colectiva por encima de los intereses parciales o individuales. Ese es el fundamento del derecho de la

sostenibilidad”.

O equilíbrio é a base da educação, é a busca de outro mundo possível para a vida com qualidade. O desrespeito ao equilíbrio da natureza cobra altíssimo preço. Para Gadotti (2000, p. 78) o “equilíbrio dinâmico com o outro e com o meio, (...) é harmonia entre os diferentes” e sugestão de alcance da sustentabilidade.

A educação ambiental é uma forma de intervenção no mundo, “prática de liberdade”, ato político e principal instrumento de mudança na “busca de outro mundo possível” (FREIRE, 2004, p. 19). Trata-se de um instrumento para alcançar a sustentabilidade dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica.

CONCLUSÃO

O trabalho em testilha constatou a imprescindível inter-relação dos conhecimentos tradicionais dos povos da Amazônia com a conservação ambiental, sob o viés do tratamento sustentável dos conhecimentos tradicionais à biodiversidade amazônica, possibilitou o estudo da proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica.

O trabalho requereu um esquema conceitual que lhe conferiu um instrumental teórico suficientemente articulado para a sua problemática. Foi utilizado o método indutivo na fase de investigação e na fase de tratamento dos dados. Nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

O trabalho evidenciou a sustentabilidade dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica e a necessidade de melhorar a proteção jurídica destes importantes conhecimentos geracionais. O aludido problema concentrou seus esforços na busca de substituir o sistema de patentes, bem como o sistema de garantia dos direitos de autor, inadequados para proteger as comunidades tradicionais. Com vistas a esse fim, percorreu-se, do ponto de vista do marco de referência, a bibliografia de relevância já tornada pública em relação ao tema de estudo.

O equacionamento do problema suscitou na hipótese de que a floresta amazônica está inserida além do Brasil, em territórios de outros países sul-americanos como Suriname, Venezuela, Guiana, Colômbia, Equador, Peru e Bolívia, além da Guiana Francesa, portanto, sua conservação exige, necessariamente, o compromisso e a organização de todos esses países.

O presente trabalho atingiu o objetivo geral que foi analisar a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica, considerando a imprescindível inter-relação dos conhecimentos tradicionais dos povos da Amazônia com a conservação ambiental.

O trabalho situou a região amazônica, elucidou o conceito de conhecimentos tradicionais

associados à biodiversidade amazônica e os povos tradicionais. Analisou a legislação aplicada aos conhecimentos tradicionais. Estudou a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica, bem como analisou a limitada proteção que oferecem os direitos nacionais e a tutela internacional.

O trabalho ressaltou que o sistema de patentes e o sistema de garantia dos direitos de autor são inadequados para proteger as comunidades tradicionais. Analisou o tripé dimensional (ambiental, econômica e social) imbricando-o metodologicamente por estreita pertinência temática e lógica ao objeto do trabalho.

Desta forma, o trabalho cumpriu os objetivos específicos propostos, a saber: verificou no ordenamento vigente o arcabouço jurídico aplicado aos conhecimentos tradicionais dos povos da Amazônia; enfatizou a limitada proteção que oferecem os direitos nacionais e a tutela internacional em vigor relacionada aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica, considerando sua imprescindível inter-relação com a sustentabilidade; sugeriu o alcance da sustentabilidade no tratamento dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica.

REFERÊNCIAS

BERKES, Fikret. **Context of traditional ecological knowledge**. In: Sacred Ecology: traditional ecological knowledge and resource management. Philadelphia, 1999.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é - o que não é**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012.

BOSELNANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 2, de 1994**. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BROWN JÚNIOR, Keith; FREITAS, André Vitor Lucci. Diversidade biológica no Alto Juruá: avaliação, causas e manutenção. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; ALMEIDA, Mauro Barbosa de. (Org.). **Enciclopédia da Floresta**. O Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review**, v. 8, n. 13, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/tek/n13/n13a02>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

COIMBRA, Wilber Carlos dos Santos. **A tutela da sustentabilidade exercida pelos Tribunais de Contas como garantia de efetividade dos atos da Administração Pública**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade. **Revista Direito e Liberdade**, Natal-RN, v. 16, n. 2, p. 163-186, mai./ago., 2014.

DERANI, Cristiane. Alimento e biodiversidade: fundamentos de uma normatização. Hiléia. **Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, ano 3, n. 4, Manaus, 2006.

_____. Patrimônio genético e conhecimento tradicional associado: considerações jurídicas sobre seu acesso. In: LIMA, André (Org.). **O Direito para o Brasil Socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sustentabilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**, Itajaí-SC, v. 17, n. 3, p. 310-326, set./dez., 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.); FERRER, Gabriel Real et. al. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Livro eletrônico. Itajaí-SC: UNIVALI, 2013.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra; Anca/MST, 2004.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GADOTTI, Moacir. **Pedagogia da terra**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **El principio de sostenibilidad y los puertos: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica e social do princípio da sustentabilidade**. 2011. 451 f. Tese. (Doctorado em Derecho Ambiental y Sostenibilidad de la Universidad de Alicante – UA). Espanha, Universidade de Alicante, 2011.

GREGORI, Isabel Cristine da. Os conhecimentos tradicionais e a biodiversidade. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso; SILVA, Rosane Leal da (Orgs.). **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global - REDESG**. Anuário do Programa de Pós-Graduação *Stricto-Sensu*, Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Maria-RS. Ijuí-RS: Unijui, 2013.

KINOSHITA, Fernando. **El tratado de libre comercio entre la Unión Europea y el Mercosur: consolidación de un marco jurídico-económico internacional**. Tesis Doctoral.

Madrid: Universidad Pontificia Comillas/ICADE, 1999.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Tutela jurídica do acesso à biodiversidade no Brasil** (2004). Disponível em: <http://www.museu-goeldi.br/institucional/Sandra_A_S.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

LIMA, Deborah; POZZOBON, Jorge. **Amazônia socioambiental**. Sustentabilidade ecológica e diversidade social, v. 19, n. 54, São Paulo, mai./ago., 2005. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-142005000200004&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MASSAGUER, José. De nuevo sobre el agotamiento comunitario del Derecho de Patente nacional. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de diciembre de 1996, asuntos acumulados C-267/95 y C-268/95, Merck & Co. Inc. et al y Beecham Group plc c. Europharm of Worthing Ltda. **Actas del Derecho Industrial y Derecho de Autor**, Tomo XVII, 1996.

MATHEUS, Ana Carolina Couto. A regulação transnacional sustentável dos conhecimentos tradicionais dos povos amazônicos. In: PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Ribeiro; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.). **Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação**, v. 1, p. 93-113, Porto Velho-RO: Emeron, 2018.

NEVES, Lafaita Santos. **Sustentabilidade: anais de textos selecionados do 5º seminário sobre sustentabilidade**. Curitiba-PR: Juruá, 2011.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Petrópolis, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Everton da. **A proteção do conhecimento tradicional associado sob a lógica da análise econômica do Direito: uma questão constitucional baseada na dignidade da pessoa humana**. 376 f. Tese (Doutorado). Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2016.

ECOCÍDIO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO TRANSNACIONAL DO MEIO AMBIENTE

*Andyara Luisa Miglioranza de Rosso¹
Carla Piffer²*

RESUMO

O presente estudo aborda o ecocídio como a prática de condutas lesivas ao meio ambiente caracterizadas como crimes ambientais de grandes proporções, globais e de alcance internacional. Seu objetivo geral é verificar se o ecocídio se apresenta como um instrumento de proteção transnacional do meio ambiente. A fim de alcançar o objetivo geral ora proposto, este estudo inicia sua análise na seara dos direitos humanos e direitos fundamentais, a fim de enquadrar o meio ambiente na categoria de novos direitos. Na sequência, são tecidas considerações acerca do surgimento dos estudos sobre o ecocídio e, ao final, analisa-se a necessidade de seu reconhecimento para a efetiva proteção transnacional do meio ambiente. Em sede de considerações finais, justifica-se que o ecocídio necessita, urgentemente de regulamentação na seara internacional, vez que os danos causados ao meio ambiente são de proporções transnacionais, apresentando-se este, portanto, como instrumento de efetiva proteção transnacional do planeta terra. Na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano, e no relatório dos resultados foi empregada a base lógica indutiva.

Palavras-chave: Ecocídio; Meio Ambiente; Novos direitos; Transnacionalidade.

ECOCIDE AS A TRANSNATIONAL PROTECTION INSTRUMENT FOR THE ENVIRONMENT

ABSTRACT

The present study approaches ecocide as the practice of environmentally harmful conduct characterized as major environmental crimes, global and international in scope. Its general objective is to verify if ecocide presents itself as an instrument of transnational protection of the environment. In order to achieve the general objective now proposed, this study begins its analysis in the area of human rights and fundamental rights, in order to fit the environment into the category of new rights. Following, considerations are made about the emergence of studies on ecocide and, in the end, the need for their recognition for the effective transnational protection of the environment is analyzed. In light of the final considerations, it is justified that ecocide urgently needs regulation in the international area, since the damage caused to the environment is of transnational

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, com dupla titulação com a Universidade de Alicante/Espanha. E-mail: andyaryluisa@gmail.com

² Professora Permanente dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica - PPCJ - UNIVALI. Professora permanente do Mestrado Internacional Profissional em Direito das Migrações Transnacionais - UNIVALI. Professora de Pós-graduação Lato sensu. Professora de Graduação. Pós-doutora pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pós-doutora pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Doutora em Diritto pubblico pela Università degli Studi de Perugia - Facoltà di Giurisprudenza- Itália. Doutora em Ciência Jurídica (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). MBA em Direito da Economia e da Empresa/FGV. Graduada em Direito. ORCID:<https://orcid.org/0000-0002-1294-7248>. E-mail: carlapiffer@univali.br

proportions, thus presenting itself as an instrument of effective transnational protection of planet earth. In the investigation phase, the inductive method was used, in the data processing phase the Cartesian method, and in the results report the inductive logic base was used.

Keywords: Ecocide; Environment; New rights; Transnationality.

INTRODUÇÃO

Desde 1972, a partir da Conferência de Estocolmo, ampliaram-se os instrumentos jurídicos de proteção ao meio ambiente. Não obstante todo o desenvolvimento obtido desde então, até o momento não se verificou a implementação de sanções jurídicas capazes de impedir ou frear as condutas nocivas, especialmente as de grandes proporções, praticadas contra o meio ambiente.

Diante deste dilema, o presente artigo pretende, sob a ótica dos “novos direitos”, analisar o ecocídio a fim de verificar se pode ser ele um instrumento de proteção transnacional do meio ambiente.

Tendo em vista que muitos dos desastres ambientais de grande proporção são provocados pela ação humana, são os próprios seres humanos os afetados pelas suas próprias atitudes lesivas. A fim de alcançar o objetivo geral ora proposto, este estudo inicia sua análise na seara dos direitos humanos e direitos fundamentais, a fim de enquadrar o meio ambiente na categoria de novos direitos. Na sequência, são tecidas considerações acerca do surgimento dos estudos sobre o ecocídio e, ao final, analisa-se a necessidade de seu reconhecimento para a efetiva proteção transnacional do meio ambiente.

Quanto à metodologia empregada neste trabalho (PASOLD, 2018), registra-se que, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano, e no relatório dos resultados foi empregada a base lógica indutiva.

MEIO AMBIENTE E “NOVOS” DIREITOS

Uma das primeiras dificuldades ante a complexidade do tema dos direitos humanos é a terminologia a ser adotada. Há uma ampla discussão na doutrina no que se refere à utilização e definição terminológica das expressões “direitos fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, dentre outras.

Sobre a nomenclatura “direitos fundamentais”, leciona Branco (2009, p. 278), que são aqueles relacionados com posições básicas das pessoas e positivados em diplomas normativos de cada Estado. Nas palavras do mesmo autor “são direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada

Estado os consagra”.

Por sua vez, segundo o mesmo autor, a expressão “direitos humanos” ou “direitos do homem” faz referência às reivindicações contínuas essenciais ao homem. São direitos demandados em bases jusnaturalistas que prescindem uma positivação em determinada ordem jurídica particular. Os “direitos humanos” têm vocação universalista, supranacional, e designam pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional (BRANCO, 2009, p. 278).

Para fins deste estudo, será utilizada a distinção referida, admitindo-se utilização diversa, quando necessário para manter-se fiel às citações.

Há 70 anos, a afirmação universal dos Direitos Humanos, com registro a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, não poderia prever os desafios tecnológicos e climáticos que emergiram frente à crise socioambiental da modernidade.

O jurista francês Karel Vasak, em 1979, durante a Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, na França, apresentou a teoria das gerações dos direitos. Vasak classificou os Direitos Humanos em três gerações associadas, cada uma, a um dos componentes da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Posteriormente, alguns doutrinadores, como o constitucionalista Bonavides (2011, p. 570), incluíram uma quarta dimensão, composta pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, figurando como garantidores de uma legítima e possível globalização política.

Fensterseifer (2008, p. 142-152), por sua vez, sintetizou a construção histórica por meio das dimensões dos direitos fundamentais, a partir do marco do Estado de Direito e dos modelos de Estado, nos seus moldes Liberal, Social e Socioambiental.

O primeiro fez emergir os direitos fundamentais de primeira dimensão, que expressam direitos civis e políticos, como direito à vida e à integridade física. A principal característica destes direitos está na natureza negativa ou defensiva em face do Estado, de forma a não interferir na esfera privada, sob o alicerce do princípio da liberdade. A condição do ser humano, como titular de direitos fundamentais, estava focada sob a ótica individualista que desprezava os valores comunitários (FENSTERSEIFER, 2008, p. 145).

Já o marco do Estado Social, traduz os direitos fundamentais de segunda dimensão, que configuram os direitos sociais, econômicos e culturais, como direito à saúde e à educação, passando de uma postura negativa (Estado Liberal) para um modo positivo ou prestacional, com a função ativa de efetivar e propiciar as condições materiais necessárias para o gozo destes direitos a todos os cidadãos, ocupando-se com a questão da igualdade (FENSTERSEIFER, 2008, p. 146).

O terceiro, como Estado Socioambiental (FENSTERSEIFER, 2008, p. 146), marco dos direitos fundamentais de terceira dimensão que incorporaram um conteúdo de universalidade e tratam

de questões difusas e transfronteiriças, como os direitos de solidariedade, direito à paz e o direito ao Meio Ambiente saudável. São direitos de titularidade difusa ou coletiva, uma vez que se destinam à proteção de grupos humanos (família povo, nação), traduzindo o conteúdo humanista e universal desses direitos (SARLET, 2018, p. 48).

E é na terceira dimensão que se debruça o presente estudo, especialmente no direito ao ambiente, cuja natureza transindividual reside na titularidade indefinida e indeterminável, definindo seu caráter transfronteiriço. Parte-se do pressuposto de que os problemas ambientais são globais, assertiva que passa a demandar ações além dos próprios Estados nacionais. São, desta forma, direitos que reclamam uma nova visão de solidariedade.

Marcos Leite Garcia (2010) ensina, a partir da teoria das linhas de evolução do surgimento progressivo dos direitos fundamentais, desenvolvida por Peces-Barba Martínez (1991), que os direitos humanos são um fenômeno da Modernidade. Tal leitura desenvolvida por Garcia (2010), se fundamenta em quatro processos históricos: 1) inicia-se com o processo de positivação e apresenta equivalência com os direitos primeira dimensão, notadamente o de liberdade; 2) o segundo processo é o de generalização, identificado pela extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe, correspondente à segunda dimensão, atrelada aos direitos sociais; 3) é identificado com o processo de internacionalização, de difícil concretização, caminhando-se para a criação de sistemas de proteção internacional, para além fronteiras, e que envolvam toda a Comunidade Internacional ou Regional; 4) e finalmente, o autor apresenta o processo de especificação, momento em que a situação concreta da pessoa é considerada ou quando passa a ser alvo de direitos, como o direito a um meio ambiente saudável ou à paz. São direitos que integram terceira dimensão.

Ferreira Filho (1999, p. 57) identifica os “novos” direitos da terceira dimensão como direitos de solidariedade, por expressarem direitos de grupos que trazem desafios relacionados à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações.

Neste sentido, Peces-Barba Martínez (1991, p. 17) repisa a importância do conceito jurídico da solidariedade da seguinte forma:

Importa subrayar la importancia del paso del valor moral «solidaridad» al concepto jurídico, derechos económicos, sociales y culturales, que situá el problema em el ámbito de una sociedad política, de un Estado y de su Derecho, sin perjuicio de la influencia ética y religiosa. Este punto de vista me parece decisivo, porque configura el contenido de las acciones positivas basadas em la idea de solidaridad y es el objetivo perseguido por la acción de los poderes públicos y por los fines de las organizaciones sociales que se dedican a este tipo de prestaciones.

A solidariedade como princípio que transcende para a tutela ambiental nas dimensões intercomunitária e intergeracional, indispensável para a efetividade da tutela ambiental derivada das próprias exigências da justiça distributiva, é remontada por Mateo (1995, p. 48) que expõe:

Más allá de los límites que acotan las soberanías de los Estados nacionales, la solidaridad debe ser un imperativo no sólo ético, sino también práctico, impuesto por la base internacional de la mayoría de los sistemas naturales y por la necesidad de limitar, en aras del desarrollo sostenible, un excesivo uso de los recursos, lo que requiere obligadamente de asistencias y transvases. Así la solidaridad aparece como complemento y a la vez consecuencia y corolario de la puesta en vigor de los principios ante enunciados.

A solidariedade expressa, portanto, a necessidade de coexistência dos seres humanos em um corpo social, configurando a teia de relações intersubjetivas e sociais nos espaços da comunidade estatal. Necessita-se, portanto, transpor a solidariedade ao plano jurídico-normativo como pilar para a construção de uma sociedade e de um Estado guardiões dos direitos fundamentais (FENSTERSEIFER, 2008). A força normativa da solidariedade no âmbito da “juridicizada sociedade contemporânea”, tornou-se um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de força normativa e capaz de tutelar o devido respeito a cada um, notadamente na defesa do meio ambiente.

O direito ao meio ambiente, de terceira dimensão e classificado dentre os “novos” direitos”, enuncia um novo bem jurídico a ser tutelado e protegido, e possui relação intrínseca com o ecocídio. Nesse diapasão, passa-se a analisar o processo de construção do ecocídio, sob o viés de instrumento de proteção transnacional do direito fundamental ao meio ambiente.

BREVE ESCORÇO SOBRE O CRIME DE ECOCÍDIO

O direito ao meio ambiente, inserido na gama dos “novos” direitos, são considerados transfronteiriços e transnacionais (GARCIA, 2010), porque sua proteção não é restrita às tradicionais fronteiras dos Estados. Por esta característica, a tutela do meio ambiente através do Direito Penal ganha destaque no cenário internacional.

Apesar do avanço legislativo e normativo por meio de acordos internacionais, especialmente durante a Convenção da Nações Unidas de Estocolmo, em 1972, quando a tutela do ambiente foi reconhecida como um direito humano autonomamente reconhecido, os danos ambientais aumentam em larga escala. Não há um documento oficial internacional que proíba, explicitamente, o ecocídio. Mas afinal, o que seria o ecocídio?

Na conferência de 1972, Olof Palme, primeiro ministro da Suécia, falou da guerra do Vietnã como um ecocídio e criticou as Nações Unidas por não terem apoiado a tipificação do ecocídio como um crime contra o meio ambiente.

Com os impactos negativos causados pela globalização e os riscos desenvolvidos pela sociedade, a falta de solução de problemas em uma sociedade de risco justifica o aumento do número de movimentos que buscam uma regulação internacional mais severa. Dentre os grupos, destaca-se a advogada escocesa Polly Higgins, que contribuiu sobremaneira para a construção de um conceito para

ecocídio e atuou, à frente de grupos como *End Ecocide on Earth* e *Eradicating Ecocide*, na busca da ampliação de instrumentos jurídicos protetivos e punitivos – Lei do ecocídio (ECOCIDELAW).

Sobre a proposta do *Eradicating Ecocide* enfatiza-se:

Por el momento no existe ninguna ley que ponga fin al ecocidio. Sin embargo, al convertirlo en un crimen internacional, las naciones signatarias del Estatuto de Roma emprenderían acciones judiciales. (Este es el caso incluso si la persona o Estado involucrado no es signatario, ya que el Tribunal Penal Internacional tiene poderes para intervenir en ciertas circunstancias.) Actualmente 124 Estados son signatarios del Estatuto de Roma; el primer paso es simplemente que uno o más Estados propongan el crimen del ecocidio. Una vez presentada, la enmienda queda abierta a los signatarios y al alcanzar una mayoría de dos tercios, se convierte en un derecho penal internacional (ECOCIDELAW).

Polly Higgins propôs, em abril de 2010, a Lei do Ecocídio, que busca emendar o Estatuto de Roma e representa “uma via legal que abalará significativamente o caos climático, protegerá milhões de vidas e evitará danos sérios, ao impor responsabilidade estatal e corporativa a atividades industriais e climáticas perigosas” (ERATICATING ECOCIDE).

Nenhum dos acordos internacionais vigentes proíbe explicitamente o ecocídio. O poder do crime de ecocídio é criar um dever legal de cuidado que obriga os agentes a prestar contas perante o Tribunal Penal Internacional.

Há dois projetos para a inclusão de crimes ambientais no rol abrangido pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional: uma proposta é para que as grandes catástrofes ambientais sejam reconhecidas como um crime contra a natureza, a paz e as futuras gerações (crime de ecocídio como tipo autônomo); outra vertente, é pela ampliação do conceito do crime contra a humanidade previsto na alínea *k* do artigo 7º do Estatuto de Roma, que inclui “outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental (BRASIL, 2002).

O movimento *Eradicating Ecocide* define o crime de ecocídio como sendo um dano extenso, a destruição ou a perda de um ou vários ecossistemas de um determinado território, seja por ação humana ou por outras causas, de tal forma que o gozo ao direito à paz, à saúde e à qualidade de vida pelos habitantes daquele território tenha sido ou venha a ser severamente prejudicada.

A Lei do Ecocídio apresentada pelo grupo *Eradicating Ecocide* busca incluí-lo como a quinta espécie de crime previsto pelo Estatuto de Roma, cuja proposta pode ser apreciada na sequência:

El delito de Ecocidio es:

“Cualquier acto u omisión cometido imprudentemente en tiempos de paz o de conflicto por cualquier persona de alto rango en el curso de la actividad del Estado, de una empresa, o de cualquier otra entidad que cause o contribuya a una grave pérdida o daño ecológico, climático o cultural o a la destrucción del ecosistema o ecosistemas de un territorio o territorios determinados, de manera que el disfrute pacífico por parte de los habitantes se haya visto o vaya a verse gravemente menoscabado.”

[...].(ERATICATING ECOCIDE)

Estudos e pesquisas como a do grupo *Eradicating Ecocid* estão sendo desenvolvidos para a construção de uma proposta viável de tipificação do crime de ecocídio, a fim de tutelar o “novo” direito ao meio ambiente, tendo em vista que as condutas criminosas não estão padronizadas, e esta variação na definição de conceitos e penas favorece o incremento da criminalidade ambiental, especialmente naqueles crimes com consequências regionais ou globais, características verificáveis comumente nos crimes ambientais (BROCHADO NETO; MONT’ ALVERENE, 2018).

Outrossim, diferente da proposta de inclusão do ecocídio como um crime autônomo, a ampliação do conceito do crime contra a humanidade previsto no Estatuto de Roma tem recebido duras críticas pela doutrina especializada. Para Gordilho e Ravazzano (2017), por exemplo, as definições trazidas para esta ampliação não são suficientes para enquadrar o ecocídio como um crime contra a humanidade.

Para que a conduta resultante em um dano ambiental que atinja gravemente a integridade física ou a saúde mental da população, de acordo com o *caput* do artigo 7º, o delito deve ser praticado no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, dirigido a uma população civil, de forma que a caracterização do ecocídio passaria a exigir a prova desta particularidade:

Assim, para que a prática do ecocídio seja considerada um crime contra a humanidade, a acusação deve provar de que conduta praticada foi um ataque generalizado ou sistemático que provocou um dano ambiental o qual, por sua vez, resultou em um grave comprometimento da saúde física ou mental de uma população civil – como por exemplo, o lançamento deliberado de um produto tóxico em um rio que abasteça a população local – caso contrário, estar-se-á admitindo a analogia *in malam partem*, proibida nos Estados Democráticos de Direito. (GORDILHO; RAVAZZANO, 2017, p. 698)

Para Freeland (2005, p. 135), a definição trazida pelo Estatuto de Roma no que se refere aos crimes contra a humanidade possibilitaria a inclusão dos crimes ambientais no âmbito de julgamento do TPI.

Quer parecer, porém, que a definição constante do Estatuto de Roma facultaria inserir os crimes ambientais em seu âmbito. As opções mais prováveis nesse sentido seriam os atos enquadrados nos Artigos 7º (1)(h) e 7º (1)(k) do Estatuto de Roma. O Artigo 7º (1)(h) refere-se à “[...] perseguição de um grupo ou comunidade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, [...] ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional [...]” (grifo nosso). No Artigo 7º (2)(g) a caracterização dos grupos é mais ampla do que para o Crime de Genocídio. O termo “perseguição” vem definido como “privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional [...]”.

O autor (2005, p. 136) entende que o atual conceito de Crimes contra a Humanidade definido no Estatuto de Roma representa uma ferramenta possível para denunciar crimes ambientais perante o TPI, se fazendo necessário comprovar a presença dos demais elementos do crime, a

ocorrência de ataque, generalizado ou sistemático contra qualquer população civil, por exemplo.

Recentemente, em setembro de 2016, o escritório da Promotoria do Tribunal Penal Internacional emitiu um documento sobre a política de seleção e priorização dos casos da Corte, que passará a considerar os impactos de um crime no momento de analisar a sua gravidade, o que representa uma política inserida nos debates sobre novos mecanismos internacionais para julgamento de crimes ambientais (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 2016).

No âmbito nacional, cumpre mencionar que a Comissão de Meio Ambiente do Senado (BRASIL, 2019) brasileiro aprovou no dia 10 de outubro do corrente o Projeto de Lei n. 2.787/19, que tipifica o crime de ecocídio, quando a pessoa causa desastre ambiental com destruição significativa da flora ou mortandade de animais. Referido texto segue para a Comissão de Constituição e Justiça da Casa, seguindo seu trâmite regimental até eventual aprovação. Este projeto altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), na tentativa de inserir na citada lei artigos que tipificam crimes de ecocídio, como o desastre ambiental com destruição significativa da flora ou mortandade de animais e o rompimento de barragem pela inobservância de legislação, por exemplo.

Independentemente da existência ou não de tipificação penal no âmbito interno, não se pode olvidar que qualquer desastre ambiental possui abrangência transnacional, pois seus efeitos não são adstritos às fronteiras geográficas dos Estados e necessitam, portanto, de instrumentos eficazes que promovam a proteção transnacional no meio ambiente. Este será o assunto abordado na sequência.

ECOCÍDIO E A PROTEÇÃO TRANSNACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Embora as legislações nacional e internacional não disponham de uma tipificação específica para o crime internacional (ou transnacional) ambiental, salvo para aquele cometido num contexto de conflito armado, é irrefutável a impossibilidade de restringir localmente os efeitos causados por ofensas ao meio ambiente. O problema ambiental é um dado evidente da emergência de uma lógica transnacional.

Entende-se por transnacionalidade, conforme propõem Cruz e Bodnar (2010) que o prefixo *trans* indica uma estrutura pública transnacional que perpassa vários estados e denota a emergência de uma nova definição construída reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços e modelos nacionais. No tocante à questão ambiental e sua abrangência transnacional, o autor menciona que esta

[...] apresenta vocação espacialmente planetária e denuncia que a organização da sociedade humana em Estados, pretensamente soberanos, faz com que o âmbito de aplicação das suas normas seja restrito aos limites das suas fronteiras. Tal configuração não é apropriada para a questão ambiental, já que o objeto sobre o que se projeta é insuscetível de submeter-se às caprichosas linhas dos estados nacionais.

A proteção da biosfera não é, portanto, compatível com este esquema e tampouco os ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais que pretendem protegê-la, pois faltam ferramentas comuns a todos os cidadãos e países (CRUZ, 2012, p. 136-137).

No pano de fundo do fenômeno da transnacionalidade está a necessidade de se trabalhar elementos de compreensão para fornecer respostas às atuais demandas que, no caso do presente estudo, relacionam-se com a proteção do meio ambiente através da tipificação do crime de ecocídio.

Sobre a discussão referente à transnacionalidade, Piffer (2014, p. 124-125) ensina que abordá-la significa cogitar a possibilidade de modificar as concepções sobre as relações transpassantes que afetam direta ou indiretamente a todos, a fim de ordenar um claro sendo de responsabilidade com relação aos efeitos de ações políticas e econômicas em um mundo globalizado.

Acompanhando outros efeitos da globalização (STELZER, 2011, p. 18-19), os problemas ambientais afetam todo o planeta. Não é possível isolar as consequências dentro das fronteiras territoriais, e isso levou a uma tomada de consciência sob a ótica de um meio ambiente único, cuja regulamentação racional somente se efetivaria por meio de um sistema normativo também único, determinado inicialmente pelo direito internacional (SOARES, 2003, p. 39).

Soares (2003, p. 40) aponta duas grandes questões que levaram ao deslocamento da discussão sobre o meio ambiente para os foros internacionais: a) a necessidade de cooperação internacional como condição indispensável para que houvesse, ao mesmo tempo, idêntica providência dos Estados para fins de preservação ambiental; e, b) o indicativo de que resultados significativos na prevenção de grandes tragédias ambientais somente seriam atingidos por meio de “uma efetiva coordenação, em nível internacional, dos esforços e das políticas ambientalistas, adotados nos ordenamentos jurídicos nacionais”.

Com a influência da diplomacia multilateral da ONU, os Estados passaram a canalizar suas reivindicações em prol de uma política conservacionista do meio ambiente elevada à escala mundial e novos atores sociais passaram a ter voz ativa, ante a ampliação da participação na discussão e execução dos programas e políticas sociais, o que originou o conceito de governança que, em 1994, foi definida pela Comissão sobre Governança Global da ONU como “a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns” (SOARES, 2003, p. 41).

Especificamente na questão do clima, pode-se observar uma desestruturação no caminhar das agendas internacionais, a exemplo da retirada da oferta dos países da América Latina, Brasil e Chile, para sediar realização da Conferência Mundial do Clima de 2019 (COP 25).

O anúncio gerou incerteza sobre a luta internacional contra as mudanças climáticas, em um momento em que a ciência alerta para as graves consequências do aquecimento global, a

preocupação não parece estar sendo acompanhada claramente pelas lideranças políticas internacionais como uma emergência global.

A Conferência será sediada pela Espanha e está programada para ser realizada entre os dias 2 a 13 de dezembro deste ano. Reunirá governos, setor privado, sociedade civil, autoridades locais e outras organizações internacionais para desenvolver soluções ambiciosas em seis áreas: a transição global para energia renovável; infraestrutura e cidades sustentáveis; agricultura e manejo sustentável de oceanos e florestas; adaptação aos impactos climáticos; e a convergência de financiamento público e privado com uma economia líquida zero de emissões (SOARES, 2003, p. 41).

Para o desiderato de avançar na proteção transnacional do meio ambiente, a atuação dos organismos de governança e da sociedade civil, a exemplo do movimento *Eradicating Ecocid*, avançam no debate para uma legislação internacional, via Tribunal Penal Internacional, para tipificação do crime de ecocídio.

Mais do que um crime internacional, o ecocídio, que visa proteger o “único meio ambiente do planeta”, parece reunir as características necessárias para ser classificado como um crime transnacional, conforme especificado por Piffer e Cruz:

[...] a infração será de caráter transnacional se: a) For cometida em mais de um Estado; b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado; c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado (PIFFER; CRUZ, 2018, p. 21).

Deste modo, a ausência de definição objetiva e precisa para imputação da conduta dos crimes de ecocídio parece se sobressair à urgente proteção do Planeta que desafia o mundo contemporâneo a desenvolver mecanismos legais, nacional e internacionalmente, eficazes no combate às condutas delitivas ambientais de caráter transfronteiriço.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A degradação e destruição do meio ambiente pelo homem em nome do lucro tem deixado a comunidade internacional em estado de alerta há décadas. A criminalização das condutas contra o meio ambiente, especialmente no âmbito do direito internacional, ainda é um desafio. Desde a década de 70, vem se tentando tipificar o crime de ecocídio, compreendido, como se demonstrou, como a ofensa massiva ao meio ambiente causada pela ação humana.

Verificou-se que o direito ao meio ambiente, neste estudo chamado de “novos direitos”, possui como principal característica a desterritorialização e sua dimensão transfronteiriça. Deste modo, sob o viés da transnacionalidade, a questão ambiental demonstra, por si só, a razão da sua natureza

transnacional.

Outrossim, embora não haja tipificação específica de crime internacional ambiental, salvo para aquele cometido num contexto de conflito armado, entende-se ser premente uma nova abordagem criminal dos danos ambientais, pois uma definição objetiva e precisa para imputação da conduta e a impossibilidade de restringir localmente os efeitos causados por ofensas ao meio ambiente desafia o mundo contemporâneo a desenvolver mecanismos legais, nacional e internacionalmente, eficazes no combate às condutas delitivas ambientais de caráter transfronteiriço.

Deste modo, esta nova abordagem criminal dos danos ambientais, sob a figura do ecocídio se apresenta como um modo eficaz, para não dizer diretamente imprescindível, para promover a proteção transnacional do meio ambiente. Os beneficiados, sem sombra de dúvidas, serão todos nós.

REFERÊNCIAS

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 2787/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2201529>. Acesso em: 01 nov. 2019.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BROCHADO NETO, Djalma Alvarez; MONT' ALVERENE, Tarin Cristiano Frota. Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito?. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 209-226, abril. 2018.
- CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Juruá: Curitiba, 2010.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer. Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012
- ERATICATING ECOCIDE. Disponível em: <https://eradicatingecocide.com>. Acesso em: 12 out. 2019.
- FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FREELAND, Steven. Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**. vol.2, n.2, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100006&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 14 maio 2019.
- GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 103-129, jan. 2010. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801>. Acesso em: 21 out. 2019.

- GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. Governança ambiental global: possibilidades e limites. In GRANZIERA, Maria Luiza Machado. REI, Fernando (coords.). **Direito Ambiental Internacional: Avanços e Retrocessos**. 40 Anos de Conferência das Nações Unidas. São Paulo: Atlas, 2015.
- GORDILHO, Heron José de Santana; RAVAZZANO, Fernanda. Ecocídio e o Tribunal Penal Internacional. **Justiça do Direito**, v. 31, n. 3, p. 688-704, set/dez 2017. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7841/4648>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. Madri: Trivium, 1995.
- PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 14 ed. Florianópolis: EMais, 2018
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Humanitarismo y Solidariedade social como valores de uma sociedade avanzada. **Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario**. La Ley: Madrid, 1991. p. 15-62. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/16005>. Acesso em: 04 nov. 2019.
- PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese (Doutorado em Ciência Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2019.
- PIFFER, Carla. CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do Direito Transnacional e da Transnacionalidade. In PIFFER, Carla. BALDAN, Guilherme Ribeiro. CRUZ, Paulo Marcio (orgs.). **Transnacionalidade e sustentabilidade**: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. Porto Velho: Emeron, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri, SP: Manole, 2003
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Policy paper on case selection and prioritisation, 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em: 05 nov. 2019.

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE
VEICULO AUTOMOTOR NA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
EM FACE DAS PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS**

Heitor Antônio Cofferi¹

Recebido em: 28 mar. 2019

Aceito em: 10 dez. 2019

RESUMO

A disciplina da lei de isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) para as pessoas portadoras de deficiência em Santa Catarina possui peculiaridades. Tais peculiaridades são presenciadas quando a própria lei isenta e diferencia pessoas portadoras de necessidades especiais, bem como impõe requisitos para sua concessão. Assim, demonstrar-se-á que a lei não pode diferenciar ou limitar a isenção fora dos parâmetros constitucionais. Assim, há necessidade de uma análise dos principais direitos inerentes a estas pessoas para aplicar o conteúdo da lei de isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículo Automotor. Uma análise do Direito Tributário e do mérito do conteúdo da lei de isenção também se faz necessária, uma vez que a lei traz dispositivos que agem contra a Constituição da República Federativa do Brasil e os preceitos da Administração Pública. A partir desta fundamentação, será destacada a diferença que a lei do IPVA faz ao isentar as pessoas portadoras de deficiência, atingindo principalmente o direito à intimidade destas pessoas, aos princípios constitucionais, constitucionais-tributários e da Administração Pública.

Palavras-chave: IPVA; deficiente; constituição .

**THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE MOTOR VEHICLE PROPERTY TAX IN
THE SANTA CATARINA STATE LEGISLATION FOR PEOPLE WITH SPECIAL
NEEDS.**

ABSTRACT

Seek to analyze the discipline of the law of property tax exemption of motor vehicles for persons with disabilities in the State of Santa Catarina. One of the peculiarities of the tax law, there is need for an analysis of the main rights attaching to these people to apply the content of the law of property tax exemption of motor vehicle. An analysis of tax law and the merits of the content of the exemption law also is necessary, since the law brings devices that act against the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the precepts of the public administration. From this reasoning, will be highlighted the difference that the law of PROPERTY TAXES is to exempt persons with disabilities, especially the right to privacy of these people, to constitutional principles, constitutional tax-and public administration.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Especialista em Direito Tributário pelo IBET/SP, Especialista em Direito Processual Civil pelo Mackenzie/SP, Pós-graduando em Direito Societário e Empresarial pelo CESUSC.

||| **Keywords:** Property taxes. Deficient. Constitution

INTRODUÇÃO

É notório que as pessoas portadoras de deficiência participam de forma permanente do contexto humanitário, seja no aspecto econômico, político, social ou cultural. A partir deste pensamento, há necessidade de proporcionar-lhes meios físicos condizentes para que possam adaptar-se a real estrutura coletiva do mundo em que vivem (MAMEDE, 2002).

Um dos meios para proporcionar esta interação é a isenção do imposto sobre a propriedade de veículo automotor. Para discorrer em face da isenção deste imposto torna-se importante analisar a disciplina da isenção estabelecida para estas pessoas, com base constitucional e à luz da legislação do Estado de Santa Catarina (MAMEDE, 2002).

A pessoa portadora de deficiência tem direito à isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) em Santa Catarina. A deficiência é entendida pela Constituição Federal de uma maneira. Porém, a lei que regula a isenção do IPVA entende de outra, fazendo com que haja um choque de conceitos, tanto tributários como constitucionais, dificultando assim o acesso do deficiente ao direito de ter à isenção do IPVA.

Ao fazer esta interpretação, é necessário justificar e interpretar a norma jurídica de maneira justa e de acordo com os preceitos constitucionais, corroborados pelos princípios decorrentes da própria constituição, pois um dos principais fins a que a norma suprema se propõe é diminuir a desigualdade social, abrangendo assim o conceito e o direito à isenção que a lei estadual define para a pessoa portadora de deficiência (BORGES, 2007).

Diante disso, há necessidade de estabelecer o conceito de tributo e definir aspectos do referido imposto e da Regra Matriz de Incidência Tributária, bem como estabelecer a diferença entre isenção e imunidade realizadas pela lei (CARVALHO, 2009).

Importante realizar este procedimento, a lei que concede a isenção diferencia os tipos de pessoas portadoras de deficiência que possuem este direito, e define assim requisitos e procedimentos para isentar, que acabam por confrontar direitos supremos e inerentes às pessoas portadoras de deficiência. Assim, requisitos definidos pela lei, para conceder isenção, como disponibilidade financeira e potência do veículo, são inconstitucionais, bem como será demonstrado entendimento do Tribunal de Justiça Catarinense aplicado ao tema.

CONCEITO E RMIT DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Para iniciar a abordagem do tema, torna-se indispensável discorrer sobre o conceito de tributo e imposto para uma posterior abordagem da Regra Matriz de Incidência Tributária (RMIT) do IPVA.

Na sociedade contemporânea, o recolhimento do tributo ocorre através de uma exigência estatal que, pugnado na lei, completa as vontades e necessidades coletivas. (MADEIRA, 2008).

O Código Tributário Nacional traz o conceito de tributo através de seu Art. 3º, como se nota:

Art. 3. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (VADE MECUM, 2009, p.715).

O tributo é toda prestação pecuniária, em favor do Estado, que tenha um fato lícito, pois fatos que estão nas hipóteses das normas tributárias têm de ser obrigatoriamente lícitos, justificando o dever de entregar dinheiro ao Estado, devendo estar previsto em lei, instituidora de relação jurídica (COELHO, 1999).

Para Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 56), sobre as acepções do vocábulo tributo, ensina que:

A menção à norma jurídica que estatui a incidência está contida na cláusula 'instituída em lei', firmando o plano abstrato das formulações legislativas. Por outro ângulo, ao explicitar que a prestação pecuniária compulsória não pode constituir sanção de ato ilícito, deixa transparecer, com hialina clareza, que haverá de surgir de um evento lícito e, por via oblíqua, faz alusão ao fato concreto, acontecido segundo o modelo da hipótese. Finalmente, por três insinuações diretas dá os elementos que integram a obrigação tributária, enquanto laço jurídico que se instala ao ensejo da ocorrência fática.

Nestas razões, conclui-se que tributo é a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, sendo instituída por lei e devida ao Poder Estatal.

O conceito de tributo é utilizado pela própria Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) para inúmeros fins e é decisivo para o controle da constitucionalidade das leis editadas. O conceito é importante para verificar se a lei da entidade política encaixa no âmbito constitucional vigente e também, para determinar se há, ou não, violação a uma das limitações constitucionais específicas ou violação a um dos princípios gerais (GRECO, 2008).

A CRFB especifica os tipos de tributo em seu artigo 145, juntamente com o artigo 5 do Código Tributário Nacional que corrobora o entendimento constitucional definindo os tipos de tributos que são: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. o que se refere ao conceito de Imposto,

prevê o artigo 16 do Código Tributário Nacional:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte” (VADE MECUM, 2009, p. 716).

Ao interpretar o artigo citado, nota-se que o imposto é um tributo não vinculado, pois sua cobrança é feita independentemente de uma contraprestação específica do Estado. Reforça este argumento o artigo 167, IV da CRFB em que a receita de um imposto não pode ser vinculada a fundo, órgão ou despesa específica.

Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 68) segue a mesma linha de raciocínio apresentada:

Sendo assim, podemos definir imposto como o tributo que tem por hipótese de incidência (confirmada pela base de cálculo) um fato alheio a qualquer atuação do Poder Público. Tal enunciado concerta bem a com a definição que o Código Tributário nos oferece.

[...]

Com efeito, de balde procuremos na hipótese de incidência dos impostos uma participação do Estado dirigida ao contribuinte. São fatos quaisquer [...]. A formulação linguística o denuncia e a base de cálculo o comprova. É da índole do imposto, no nosso direito positivo, a inexistência de participação do Estado, desenvolvendo atuabilidade atinente ao administrado.

Como mencionado, do que concerne ao IPVA, tal instituição está prevista na CRFB no artigo 155, inciso III. E tal instituição está investida de Competência Privativa, que é aquela que cria imposto exclusivo por um ente federativo, prevista nos artigos 153, 155 e 156 da CRFB, fazendo referência somente aos impostos.

Com o parágrafo acima, visa-se demonstra que o IPVA está investido de competência privativa, ou seja, cabe ao Estado da Federação instituí-lo. Como relatado anteriormente o IPVA é um imposto, e sendo imposto, é um tributo não vinculado, não havendo destinação específica. Grande equívoco é realizado quanto à crença popular de que a receita do IPVA deveria ser usada para a manutenção de vias públicas. No âmbito das normas gerais em matéria de legislação tributária, estas são normas que disciplinam as regras genéricas e se aplicam aos tributos em geral exigindo-se assim uma lei complementar. Em matéria tributária, a CRFB, em seu artigo 146 assinala para a lei complementar a seguinte função:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária

[...]. (VADE MECUM, 2009, p. 51).

Como salientado, a utilização da lei complementar não é decidida pelo poder legislativo, e sim pela CRFB). Por isso, a edição de normais gerais de Direito Tributário é veiculada pela União, através do Congresso Nacional, mediante leis complementares, salvo inexistência desta lei, quando as ordens parciais poderão suprir a lacuna omissa da União.

Com a finalidade de assegurar uma uniformidade legal à CRFB, a União produz a norma geral. A regra é editar a norma geral, e caso não seja editada, cada entidade política pode exercer plenamente a competência legislativa que lhe foi atribuída, atendendo às peculiaridades prevista no constituinte, por óbvio.

Ocorre que o IPVA não possui uma norma geral. De início, isto instigava uma confusão ao entendimento do contribuinte, pois havia dúvida na real cobrança deste imposto, arguindo a legalidade ou ilegalidade do IPVA (MAMEDE, 2002).

Após o grande volume de ações ingressadas pelos contribuintes no judiciário, uma tese foi firmada, como explica Freitas (1999 *apud* MAMEDE, 2002, p. 31):

A exigência da lei complementar feita pelo art. 146, III, da CF/88 definido fato gerador, base de cálculo, contribuinte, etc., não se aplica inteiramente ao IPVA porque este imposto já se encontrava regulado pelos Estados e pelo Distrito Federal no regime constitucional anterior, sem fazer a exigência de lei complementar e que foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

Sob esta ótica, parece que uma lei complementar para o IPVA seria dispensável, não tendo necessidade de uma lei complementar. Porém a ausência desta se faz sentir, uma vez que poderia brotar dela soluções para conflitos de competência havidos entre os Estados, ou a localização habitual do automóvel para determinar a titularidade ativa da relação tributária.

Por fim, os tributos são definidos pela CRFB e a lei complementar adensa os traços gerais dos tributos, preparando o esboço que será utilizado pela lei ordinária. Cabe à lei ordinária instituir o tributo detalhadamente, identificando-o na sua exata dimensão, pois estabelecido o fato gerador, nascerá a obrigação tributária (OLIVEIRA, 2002). Neste contexto, conclui-se que as normas gerais exercem uma função estruturante do sistema jurídico e garantem um mínimo de uniformidade legislativa garantindo segurança jurídica ao contribuinte do Direito Tributário.

Quanto aos fundamentos da isenção e suas características, intrínseco afirmar que a tributação deve ser regida pelos princípios da igualdade e generalidade, e a isenção deve ser justificada por motivos de interesse público que devem ser apreciados pelo legislador, intérprete e aplicador da lei. No caso em questão, a isenção está sendo proporcionada às pessoas portadoras de necessidades especiais. E tal entendimento estatal “benéfico”, para estas pessoas, é condicionado no motivo de que estas pessoas possuem uma desvantagem na qualidade de vida, se comparada ao cidadão que possui pleno gozo de sua saúde física e mental.

Em virtude do princípio da supremacia da CRFB, a teoria jurídica da isenção tributária deve apoiar-se em normas e princípios constitucionais que autorizam e delimitam o exercício de competência tributária pelo legislador ordinário.

Isenção é a hipótese de não-incidência legalmente qualificada, sendo uma limitação do crédito da norma tributária que impede a geração do tributo (BORGES, 2007).

Também neste sentido explica Borges (2007, p.154):

isenção é, via de regra, caracterizada em doutrina nacional como a dispensa legal do pagamento de tributo devido.

[...]

Não ocorre o fato gerador do tributo, a lei de isenção apenas delibera dispensar o pagamento de tributo devido; que ela exclui o crédito fiscal, não obstante, o surgimento da respectiva obrigação.

A Isenção, regulada pelos artigos 176 a 179 do Código Tributário Nacional, vem explicar que somente a lei pode concedê-la, dispensando assim o pagamento de um tributo, não gerando o lançamento. Neste contexto, a isenção deve sempre especificar requisitos e condições exigidos para a sua concessão, pois podem ser consideradas limitações jurídicas ao poder de tributar (MADEIRA, 2008).

Além do que já foi exposto, para o professor Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 593, a isenção seria uma mutilação de um dos critérios da RMIT do imposto, como se nota:

O que o preceito de isenção faz é subtrair parcela do campo de abrangência do critério do antecedente ou do consequente.

[...]

De qualquer maneira, a regra de isenção ataca a própria esquematização formal da norma-padrão de incidência, para destruí-la em casos particulares, sem aniquilar a regra-matriz, que continua regularmente para outras situações.

Salienta-se, para fins deste estudo, que a norma isentiva tem objetivo determinado: mutilar, parcialmente, a regra-matriz de incidência tributária.

Deste modo, o encontro de duas normas jurídicas, uma a RMIT e outra a regra de isenção, a segunda faz com que acabe por ocorrer a supressão de algum dos critérios da hipótese ou consequência da RMIT, fato este que será revisto posteriormente.

Há também isenções que são aplicadas no âmbito nacional e outras reservadas a cada Estado (como no caso do IPVA), fruto de uma renúncia legislativa. Nas isenções reservadas, a legislação do Estado em questão define o que irá isentar. Cabe aqui um parêntese em relação à interpretação da lei de isenção.

Ao que remete da interpretação literária da legislação no que cabe a outorga da isenção,

cabe ao Direito Tributário e aos Poderes Públicos, em relação à lei de isenção do IPVA, ampliar o conceito de deficiente físico. A legalidade, embora princípio intrínseco do Direito Tributário deve ser aplicável de acordo com a CRFB que traz em sua essência o bem-estar comum, contribuindo assim para a igualdade e a dignidade da pessoa humana aqui demonstrados. Fato este que também será demonstrado posteriormente. Deste modo, cabe ao intérprete da legislação tributária, relacionar os enunciados prescritivos com o caso que está sendo realizada a hermenêutica, objetivando a aplicação suprema da CRFB.

A Regra Matriz de Incidência Tributária do IPVA

Relembrados os conceitos trazidos, há necessidade de discorrer sobre a RMIT – Regra Matriz de Incidência Tributária do IPVA em Santa Catarina, antes de adentrar diretamente na inconstitucionalidade apresentada.

Em resumo, a regra-matriz de incidência tributária é uma norma jurídica que gera a obrigação tributária e contém os elementos mínimos necessários para que ocorra esta obrigação. Objetivamente, esta norma possui um antecedente e um conseqüente. O antecedente está definido pelos critérios material, temporal e espacial, enquanto o conseqüente define-se pelo critério quantitativo. E o devido preenchimento dos requisitos para uma RMIT perfeita ocorrerá a cobrança do tributo pelo Estado, em face do contribuinte almejado.

Norteadas as bases do Direito Tributário essenciais, há necessidade de situar os objetivos da CRFB com a lei de isenção do IPVA para as pessoas portadoras de deficiências, analisando o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça catarinense e os princípios norteadores da CRFB. Assim, fundamental constituir a regra-matriz do IPVA, que está baseada na lei estadual catarinense nº 7.543/88 e no seu regulamento, que foi aprovado pelo Decreto Estadual, nº 2.993/89.

A hipótese de incidência tributária nada mais é do que a previsão legal de um fato, entre sujeito passivo e ativo, que dará origem a uma obrigação tributária. No caso do IPVA “imposto sobre a propriedade de veículo automotor” há necessidade de esclarecer os critérios da norma para que, em confronto com a lei de isenção, possa o intérprete pesar e aplicar a norma mais benéfica no caso específico.

O critério material trata de um comportamento de pessoas, físicas ou jurídicas, que nos dizeres de Paulo de Barros Carvalho, (2012, p.324) “condicionado por circunstâncias de espaço e de tempo”.

Em sentido objetivo, o critério material da norma é a conduta ou o estado do indivíduo que desempenha na sociedade que possua um cunho econômico. E o critério material do IPVA pode

ser percebido no art. 155, inciso III da Constituição Federal, sendo que é formado por seu verbo mais o complemento. Note-se:

Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

III - propriedade de veículos automotores;

Na legislação catarinense, o critério material é tacitamente ocultado pelo legislador. é especificado na norma abaixo, observe-se:

Lei nº 7.543/88

[...]

Art. 2º O imposto sobre a propriedade de veículos automotores tem como fato gerador a propriedade, plena ou não, de veículos automotores de qualquer espécie.

Deste modo, o critério material da RMIT pode ser definido como: “ser proprietário de veículo automotor”. Para que realmente se defina claramente o critério material da RMIT no caso do IPVA, há necessidade de também se analisar os critérios espacial e temporal, como já mencionado.

Importante mencionar aqui que como a CRFB não restringiu ao IPVA a ideia de veículo com movimentação terrestre (que influencia no critério material), é lícito incluir veículos com movimentação pela água e pelo ar. Na tese do Supremo Tribunal Federal - STF, o imposto não deve incidir sobre as embarcações e aeronaves, conforme RE 255.111-2, Rel. Min. Marco Aurélio – j. 24.10.02 – DJU 1, de 13.12.02, p.60, entre vários outros precedentes julgados, porém Santa Catarina continua tributando embarcações e aeronaves, pois não existe uma lei complementar que institua parâmetros gerais.

O critério temporal, nos dizeres de Paulo de Barros Carvalho, (2012, p. 331), pode ser definido como:

O grupo de indicações, contidas no suposto da regra, e que nos oferecem elementos para saber, com exatidão, em que preciso instante acontece o fato descrito, passando a existir o liame jurídico que amarra o devedor e credor, em função de um objeto – o pagamento de certa prestação pecuniária.

O fato gerador é aquele que está previsto implicitamente na hipótese de incidência da norma. A hipótese de incidência relata se caso vier a ocorrer o que está previsto na norma, irá ocorrer o fato gerador, ou seja, terá que se cumprir o estabelecido na hipótese de incidência (BORGES, 2007).

Explica o Art. 114 do Código Tributário Nacional que: “fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”. (VADE MECUM, 2009 p. 725). No caso da legislação catarinense, o critério Temporal pode ser obtido através dos incisos do artigo 2º, como segue:

Art. 2º [...]

§ 1º Considera-se ocorrido o fato gerador:

I - na data da aquisição, em relação a veículos nacionais novos;

II - na data do desembaraço aduaneiro, em relação a veículos importados;

III - no dia 1º de janeiro de cada ano, em relação a veículos adquiridos ou desembaraçados em anos anteriores.

IV - relativamente a veículo de propriedade de empresa locadora na data em que vier a ser locado ou colocado à disposição para locação no território deste Estado, em se tratando de veículo registrado anteriormente em outro Estado.

O local de ocorrência é definido pela lei e vai determinar onde o IPVA deve ser pago. Afirma Mamede (2002) que o local da ocorrência do fato gerador ocorre pela própria CRFB. Combina-se o Art. 155, III com o Art. 158, III, é reconhecido o critério a ser adotado, sendo o local onde o veículo estiver licenciado. A licença do veículo geralmente é feita através do município, porém nada impede que através de pactos entre os entes federativos, seja elaborada outra estratégia.

Ao que trata a lei de Santa Catarina nº 7.543 em relação ao IPVA, sobre o local de ocorrência:

Art. 7º O imposto é devido no município em que o veículo deva ser registrado, matriculado ou licenciado.

§1º Nas seguintes hipóteses o imposto será devido:

I - no estabelecimento situado neste Estado, quanto aos veículos que a ele estejam vinculados na data da ocorrência do fato gerador;

II - no estabelecimento onde o veículo estiver disponível para entrega ao locatário na data da ocorrência do fato gerador, na hipótese de contrato de locação avulsa; e

III - no local do domicílio do locatário ao qual estiver vinculado o veículo na data de ocorrência do fato gerador, na hipótese de locação de veículo para integrar sua frota.

[...]. (SANTA CATARINA, 2010b).

Como visto, o local de ocorrência é o acontecimento do fato gerador, que se dará, no caso de Santa Catarina, através do município e das possibilidades previstas na lei. Caso o contribuinte possua domicílios diversos, localizados em diferentes unidades da Federação, poderá efetuar o registro e o licenciamento do veículo de sua propriedade em qualquer um deles. Subentende-se desta forma, pois a lei de Santa Catarina não dispõe sobre domicílios do contribuinte particular.

Neste diapasão, a ocorrência do fato gerador dá a efetivação da instituição do tributo. Pode-se concluir que, por efeito do fato gerador, este decorre de um fato que está disciplinado na norma perfeita. Destaca-se a importância material, temporal e espacial do fato gerador, pois quando ela se realiza, nasce a obrigação tributária, com a irradiação de direitos e deveres, pretensões e ações entre as partes atuantes na relação jurídica tributária.

Sobre o critério espacial, leciona Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 465):

Releva o estudo do critério espacial das hipóteses tributárias porque nele se precisam os elementos necessários e suficientes para identificarmos a circunstância de lugar que condiciona o acontecimento do fato jurídico.

No caso do IPVA, e na legislação catarinense, o critério espacial é a área física do estado de Santa Catarina. Há uma discussão na relação entre o critério material e o critério espacial aqui, no que se refere a conflito de competência entre os sujeitos ativos, porém não se adentrará a fundo, pois não é o caso concreto aqui debatido.

A Inconstitucionalidade do IPVA na Legislação Estadual Catarinense

Demonstrado os requisitos intrínsecos para a compreensão do tema, bem como dos critérios da regra-matriz do IPVA, demonstrar-se-á agora que pelos argumentos levantados, a lei que concede a isenção do IPVA em Santa Catarina acaba por violar dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, de cunho axiológico para toda a sociedade. A legislação do IPVA de Santa Catarina, nº 7.543/88 prevê sobre a isenção:

Art. 8º Não se exigirá o imposto:

[...]

k) de veículo terrestre equipado com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de propriedade de pessoa portadora de deficiência física, visual, mental severa ou profunda ou autista, ou de seu responsável legal, para uso do deficiente ou autista, ainda que conduzido por terceiro.

[...]

§ 4º As condições a serem implementadas para a fruição do benefício de que trata este artigo serão definidas no regulamento de que trata o artigo 18 desta Lei.

(SANTA CATARINA, 2013a).

E o artigo assim veicula: “Art. 18 Regulamento aprovado por Decreto do Chefe do Poder Executivo fixará as demais normas pertinentes ao IPVA”.

O Regulamento do IPVA, que foi aprovado pelo Decreto Estadual, nº 2.993, de 17 de fevereiro de 1989, dispõe que:

Art. 7º O direito à fruição das imunidades e isenções de que tratam os arts. 5º e 6º deve ser previamente reconhecido pela Secretaria de Estado da Fazenda.

[...]

XII - na hipótese da alínea “m” do inciso V do art. 6º:

c) Declaração de Disponibilidade Financeira ou Patrimonial do portador de deficiência ou autista, ou do seu responsável, na hipótese daquele depender financeiramente deste, conforme modelo aprovado por portaria do Secretário de Estado da Fazenda, comprovando que a disponibilidade é compatível com o valor do

veículo a ser adquirido. (SANTA CATARINA, 2013b).

E como mencionado no artigo citado acima, o artigo 6 do regulamento do IPVA veicula que:

Art. 6. São isentos do imposto (Lei nº 7.543, de 30 de dezembro de 1988, art. 8º):

m) de veículo terrestre equipado com motor de cilindrada não superior a 2.000 cm³ (dois mil centímetros cúbicos), de propriedade de pessoa portadora de deficiência física, visual, mental severa ou profunda ou autista, ou de seu responsável legal, para uso do deficiente ou autista, ainda que conduzido por terceiro; (SANTA CATARINA, 2013e).

Deste modo, uma pessoa portadora de deficiência, só vai ter direito à isenção do IPVA se o veículo que possuir ou adquirir não for superior a 2.000cm³ e se obtiver disponibilidade financeira para comprar tal veículo. Porém há dúvida em conceituar disponibilidade financeira, pois a lei não define. No entendimento da Secretaria Estadual da Fazenda de Santa Catarina, significa dizer que disponibilidade financeira é quando o “deficiente físico” deverá possuir um patrimônio disponível no valor do carro que estará pleiteando a isenção. Fere-se assim os preceitos constitucionais e os direitos da intimidade e da vida privada das pessoas portadoras de deficiência, como será confirmado em seguida.

Ademais, como a lei autoriza a constituição de um regulamento para definir conceitos da norma jurídica, este não observou a CRFB, que consagra a constitucionalização dos preceitos básicos do Direito Administrativo, ao prever que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros (MORAES, 2005).

Moraes (2005, p.91) define o conceito de Administração Pública:

a Administração Pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos, e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

A Administração Pública executa uma atividade chamada serviço público, que pode ser direto ou indireto, satisfazendo assim a necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público, sempre respeitando os princípios referidos no Artigo 37 da CRFB principalmente. E no caso do IPVA não foi corroborado o que preceitua a CRFB. Houve ofensa a estes princípios e principalmente ao princípio da moralidade e razoabilidade.

Moralidade Administrativa abrange uma difícil conceituação pelos autores. A partir de uma reflexão político-filosófica entre moral e direito, Vásquez (2003, p. 97) analisa que:

o direito e a moral regulamentam as relações de uns homens com outros por meio de normas; postulam, portanto, uma conduta obrigatória e devida,

[...]

As normas jurídicas e morais têm a forma de imperativos; por conseguinte, acarretam a exigência de que se cumpram, isto é, de que os indivíduos se comportem necessariamente de uma certa maneira. O direito e a moral respondem a uma mesma necessidade social: regulamentar as relações dos homens visando a garantir certa coesão social.

Pelo Princípio da Moralidade Administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, pois deverá, de acordo com sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, justificando os fins a que a CRFB se propõe.

Conforme afirmado por Moraes (2005, p. 101):

deve o Poder Judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, não se restringir ao exame estrito da legalidade do ato administrativo, mas entender por legalidade ou legitimidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.

Em resumo, sempre que em matéria administrativa for verificado, comportamento da Administração, embora em consonância com a lei, ofensivo à moral, aos bons costumes, às regras da boa administração, aos princípios de justiça e de equidade, à ideia comum de honestidade estará ofendendo o Princípio da Moralidade Administrativa. Dessa forma, em relação às pessoas portadoras de deficiência, houve ofensa ao Princípio da Moralidade Administrativa pelo Poder Legislativo e Executivo, pois ao instituir o Decreto que regulamenta o IPVA, autorizado pela lei, acabou por afrontar os fundamentos da Administração Pública.

Já quanto a ofensa à razoabilidade, esta tem por fim proteger os direitos fundamentais contra condutas administrativas e legislativas do Poder Público, pautadas pelo conteúdo arbitrário e desproporcional (MORAES, 2005).

Define o conceito de Razoabilidade, Moraes (2005, p.114):

o princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades – administrativas ou legislativas -, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes.

Ainda neste sentido doutrina Barroso (2004, p. 224):

o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se ele estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Ao analisar a interpretação e aplicação da CRFB, é importante ressaltar que esta advém do poder político que emana do povo, fazendo com que as normas constitucionais tornem-se políticas

tanto no objeto quanto em sua aplicação. O termo político aqui referencia-se aos objetivos da CRFB.

A CRFB tem um caráter político, como citado acima, são aqueles previstos no Art. 3 principalmente:

constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (VADE MECUM, 2009, p. 7).

É a partir destes objetivos que a CRFB deve ser interpretada e aplicada.

As relações que a norma constitucional disciplina são de preponderante conteúdo político e social, estando sujeitas a influência política para o bem da sociedade que rege. As normas constitucionais não podem ser interpretadas mecanicamente, pois possuem valores inerentes à sociedade, idealizando a tutela do ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2005).

Explica Bonavides (2005, p. 461) “o erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental”. Como exalta o autor, não há que se falar em legislação e aplicação de normas fora da política constitucional. Deste modo, os principais princípios violados foram o da isonomia material, dignidade da pessoa humana, capacidade contributiva, bem como do direito à intimidade.

Diferente da isonomia formal, e semelhante ao princípio da igualdade tributária, a isonomia material está vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, de forma mais ampla, pois se estabelece o mérito da questão ponderada.

Explica Melo (2008, p. 54) sobre o princípio da isonomia que:

o princípio da isonomia também exige a observância simultânea de um indicativo de não-discriminação (igual tratamento na lei) e de um indicativo de imparcialidade (igual tratamento perante a lei). O indicativo de não-discriminação, dirigido ao Poder Legislativo e aos demais órgãos não admite tratamento diferenciado na lei senão amparado na regra da justiça.

A isonomia material, como mencionado anteriormente, vem para aplicar não o texto seco da lei, e sim a real justiça que se faz necessária para proteger o indivíduo e a sociedade que se referencia de acordo com o caso em questão, interligando o princípio com as garantias constitucionais presentes.

O princípio da isonomia representa um dos pilares do Estado de Direito, como explica a CRFB. É neste sentido que o legislador não pode considerar pessoas diferentes, salvo se existir

desigualdade entre estas (MELO, 2008).

Como ensina Melo (2008, p. 31):

a lei deve reger com iguais disposições os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas – e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades.

[...]

devem portanto ser considerados, na análise, se a lei tributária obedece ao requisito da igualdade os seguintes fatores: a) razoabilidade da discriminação, baseada em diferenças reais entre pessoas ou objetos taxados; b) existência de objetivo que justifique a discriminação; c) nexó lógico entre o objetivo perseguido que permitirá alcançá-lo.

Simplifica Machado (2010) quando, aquele que tem maior capacidade contributiva deve pagar o imposto maior, pois de acordo com esta lógica será igualmente tributado em relação aos demais contribuintes. A lei, através do legislador, discrimina. O papel da lei consiste na disciplina das desigualdades naturais existentes entre as pessoas. Em matéria tributária, há discussão em determinar se a isenção fere ou não o princípio da isonomia, pois este procedimento preenche a norma valorativa, fazendo com que aconteça ou não a justiça em certo campo de atuação.

Parece difícil interpretar este princípio sob à luz tributária, que como explicado anteriormente, está submetido à uma série de fontes e fatores próprios e autônomos, porém, a igualdade é uma garantia do indivíduo e não do Estado.

A partir do Princípio da Igualdade, firma-se o Princípio da Capacidade Contributiva, previsto no Artigo 145, parágrafo 1º da CRFB:

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (VADE MECUM, 2009, p. 50).

Apesar de o dispositivo fazer referência expressa somente aos impostos, grande parte da doutrina defende que integra as demais espécies de tributos instituídos no país (MACHADO, 2010).

Conforme acima analisado, a função essencial do princípio da igualdade tributária é tratar com igualdade aqueles que têm igual capacidade contributiva e com desigualdade os que possuem riquezas, com diferentes capacidades de contribuir.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, há dificuldade em definir um conceito para tal. Para Canotilho (2010, *apud* ALMEIDA FILHO, p. 452) “trata-se do princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna de *dignitas-hominis* [...], ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual”.

Este princípio consiste no conjunto de prerrogativas inerentes aos direitos fundamentais.

Moraes (2004, p. 52) leciona que:

concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana consagrado pela CRFB, prevê duas concepções. Na primeira prevê um direito individual que visa proteger o indivíduo em relação aos atos do Estado ou em relação aos demais indivíduos. Na segunda estabelece o dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes, configurando assim a exigência dos indivíduos que vivem na coletividade em respeitar a dignidade do seu semelhante, nos termos que estabelece a CRFB (MORAES, 2006).

Com a exposição até agora compreendida, é fato que o direito à intimidade das pessoas portadoras de deficiência está sendo atingido.

Ressalvado no Art. 5º inciso X da CRFB representa que:

Art. 5. 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

[...]

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (VADE MECUM, 2009, p.8).

A partir do mencionado na CRFB, a proteção constitucional da intimidade está consagrada, abrangendo ainda a proteção da imagem. A intimidade relaciona-se com as relações das pessoas, tais como, suas relações afetivas, familiares, entre outros. A vida privada envolve os demais relacionamentos humanos, tais como, relações comerciais, de trabalho, entre outros (MORAES, 2006).

O respeito a estes princípios engloba os níveis de legitimidade do sistema e valida toda a estrutura jurídica garantidora da real justiça. (CARVALHO, 2004).

Afirma Carvalho (2004, p. 99): “Assim, se o Estado não pode intervir na consciência do cidadão, determinando ou reforçando uma moral, tampouco pode invadir sua vida privada e sua intimidade”.

O direito à intimidade das pessoas portadoras de deficiência está sendo violado, pois não há necessidade do Estado saber o patrimônio pessoal que a pessoa deve ter para ter direito à isenção do IPVA. Não se tem o direito de “investigar” a vida patrimonial da pessoa portadora de deficiência,

nem mesmo o Estado pode fazer isso, pois está agindo contra os próprios princípios constitucionais da Administração Pública.

Como visto, a interpretação feita juntamente com os objetivos da CRFB deve sempre ser um norteador para as demais bases do Direito. Ao analisar a interpretação da isenção para a pessoa portadora de deficiência, esta constitui uma obrigação política, não comporta um ordenamento omissivo e injusto. Ao isentar, o legislador deve prover condições às pessoas portadoras de deficiência em suas tarefas (MAMEDE, 2002).

Ao Direito Tributário e aos Poderes Públicos, em relação à lei de isenção do IPVA, cabe ampliar o conceito de deficiente físico e aplicar os direitos à estas pessoas. A legalidade, embora princípio intrínseco do Direito Tributário, deve ser aplicável de acordo com a CRFB que traz em sua essência o bem-estar comum, contribuindo assim para a igualdade e a dignidade da pessoa humana aqui demonstrados.

Partindo para o lado prático, onde houve grande demanda pelas pessoas que estavam sendo prejudicadas pela lei de isenção, têm-se a manifestação do Tribunal.

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL (§ 1º DO ART. 557, CPC) - DECISÃO MONOCRÁTICA CONFORME JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESSA CORTE - ISENÇÃO DE IPVA - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - AQUISIÇÃO DE VEÍCULO POR DEFICIENTE INCAPAZ DE DIRIGIR PARA SER DIRIGIDO POR TERCEIROS - POSSIBILIDADE - BENEFÍCIO JÁ RECONHECIDO EM RELAÇÃO AO ICMS - RECURSO DESPROVIDO. „- É devida a isenção do IPVA e do ICMS em relação aos veículos adquiridos pelos deficientes incapazes de dirigir, ou por seus representantes legais, mesmo quando terceiros venham a conduzi-lo em proveito daqueles. - Em se tratando de isenção de IPVA e ICMS ao DEFICIENTE FÍSICO e mental na aquisição de veículo para que outrem o dirija, sob a ótica dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, vislumbra-se a existência de contradição legislativa que deve ser sanada. Isto porque, se existe isenção quanto ao ICMS (art. 1º, da Lei Estadual n. 13.707/06), esta também se justifica para o IPVA (Lei Estadual n. 7.543/88), uma vez que os fundamentos humanitários das normas que regulam as isenções referentes esses tributos são os mesmos (SANTA CATARINA, 2010c, grifo nosso).

A partir do entendimento do Tribunal de Justiça, interpreta-se que a isenção dada constituía uma nova imunidade, ou seja, o Tribunal corrobora o entendimento constitucional, que a pessoa portadora de deficiência não condutora possui direito à isenção, aplicando os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, principalmente, proclamando assim os objetivos da CRFB e da democracia, não atendendo aos ditames da lei estadual do IPVA.

Por fim, corroborando com todo o exposto, segue o entendimento de Sen (2001, p. 333):

Entre igualdade e justiça o relacionamento é íntimo e profundo. Mas não se confundem. A igualdade, como princípio vazio, é medida na justiça; esta se torna impensável sem a igual repartição das cargas fiscais. A igualdade, porém, transcende a justiça, eis que penetra também em outros valores e pode estar presente na própria injustiça. Não se explica circularmente a igualdade pela justiça, nem vice-versa. O conceito de igualdade fiscal, vazio que é, recebe o seu conteúdo dos princípios

constitucionais vinculados à ideia de justiça. Por outro lado a justiça fiscal se obtém pelo desigual tratamento dos desiguais, como sempre afirmou a doutrina liberal, o que faz com que algum grau de desigualdade e de injustiça exista sempre na tributação.

E neste sentido, como demonstrado, a igualdade deve ser demonstrada na perspectiva dos princípios e ditames da justiça, para que se possa afastar a desigualdade e injustiça social e tributária, fazendo jus ao princípio da capacidade contributiva. Ainda nestas razões, deve existir um controle das desigualdades, exercidos pelo Poder Público (Judiciário, Administrativo e Legislativo) para que evitem esse tipo de normas e atos com a população em geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos fundamentos que foram analisados, destaca-se que as características e o procedimento que a lei de isenção do IPVA estabelecia e estabelece para as pessoas portadoras de deficiência são retrógrados, desnecessários e inconstitucionais. Como foi verificado, por jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça catarinense, o entendimento que a lei dava anteriormente em isentar apenas deficientes condutores foram superados. Inclusive, o próprio ente federativo reconheceu a inconstitucionalidade do referido artigo e concedeu possibilidades de isentar também as pessoas portadoras de deficiência não condutoras.

Apesar de sanada esta incompatibilidade com a Constituição, o tema da disponibilidade financeira foi outro ponto de manifestação inconstitucional. Não há necessidade de o Estado obter a informação patrimonial das pessoas deficientes ao requererem a isenção do IPVA. Fere-se diretamente o Direito à intimidade destas pessoas quando o Estado exige a prova da disponibilidade financeira como requisito indispensável para se obter direito à isenção. Os preceitos da Administração Pública também são ignorados, pois a lei ordinária do IPVA não obedece aos princípios constitucionais e infraconstitucionais do Estado Democrático de Direito.

Como foi elaborada, a tributação atua como fonte de sustentação do Estado, pois deve ser utilizada dentro dos princípios e regras estatuídos pelo poder originário, que existe para efetivar a redução da desigualdade social.

Salientam-se também os obstáculos encontrados todos os dias pelas pessoas portadoras de deficiência, e é justo que o Direito Tributário venha, juntamente com a interpretação e aplicação da Constituição, buscar vantagens que possibilitem a estas pessoas uma vida em gozo com a dignidade plena da pessoa humana. É neste sentido que o intérprete e o aplicador do Direito Tributário devem deixar iluminar sobre a sua atividade os raios dos princípios constitucionais e tributários, não obstante outros princípios do regime democrático de Direito e a Constituição Federal para o fim do Estado do bem-estar social.

Como verificado, a fim de evitar leis e atos que venham a prejudicar situações, como no caso da isenção do IPVA, cabe aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário respectivamente: analisar o procedimento adotado, principalmente se está de acordo com a Constituição Federal; aplicar a lei, obedecidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade principalmente, observados os aspectos constitucionais; julgar e conceder direitos negados, como no caso do IPVA, estabelecidos pela legislação ordinária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luíz Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO, Salo de. O Direito à intimidade e à vida privada e a quebra do sigilo bancário. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.316, p. 98-107, fev. jan/fev.2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 3. ed, São Paulo: Noeses, 2009.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRECO, Marco Aurélio. Breves notas à definição de tributo adotada pelo Código Tributário Nacional do Brasil. In SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Org.) **Curso de direito tributário e finanças públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MADEIRA, Anderson Soares. **Manual de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAMEDE, Gladston. **Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, Mônica de. A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência. Revista de Direitos Difusos. Rio de Janeiro, v.4, p. 460-479, dez. 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Atlas. 2004.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Constitucional Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Vicente Kleber Melo de. Lei Complementar e Lei Ordinária em Matéria Tributária. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, v.142, p. 42-45, dez., 2002.

MELO, Mônica de. A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência. **Revista de Direitos Difusos**. Rio de Janeiro, v.4, p. 460-479, dez. 2000.
