

BOLETIM DA INICIAÇÃO CIENTÍFICA – 2020 – OUTUBRO – ANO III – Nº 23

O Programa de Iniciação Científica – PIC da Fadileste, coordenado pelo Professor Mestre Hugo Garcez Duarte, com vistas à difusão periódica do pensamento científico de seus membros e convidados, instituiu, no ano de 2018, o seu Boletim jurídico, a ser publicado mensalmente.

A versão de nº 23, referente ao mês de outubro de 2020, contou com os seguintes participantes e trabalhos publicados:

1. Professores(as) do Programa

Mestra Rovena Almeida Pinto
Mestre Hugo Garcez Duarte
Professor Jaime Ribeiro de Oliveira Júnior

2. Orientandos(as)

Acadêmica em Direito Daniela Pazeli Rhodes
Acadêmica em Direito Miliany Tolentino Coelho
Acadêmica em Direito Natalia Antunes Machado
Acadêmica em Direito Vivian Trindade Pereira

3. Trabalhos

Apontamentos sobre o abuso de autoridade no Brasil
As funções do contrato
O abandono afetivo na jurisprudência do STJ
Reflexões sobre as teorias monista e dualista

PUBLICAÇÕES

ARTIGO

Reflexões sobre as teorias monista e dualista

Natalia Antunes Machado

Acadêmica em Direito
Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)
nataliatcc2020@gmail.com

Hugo Garcez Duarte (Orientador)

Mestre em Direito
Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)
profhugogduarte@gmail.com

Para refletir sobre a ordem jurídica brasileira contemporânea e sua relação com a hierarquia dos tratados internacionais no Brasil, deveremos enfrentar os principais elementos relacionados às teorias dualista e monista.

A afirmação se justifica porque, notoriamente em tempos de inúmeras críticas à judicialização da política e ao ativismo judicial.

A alegação se justifica porque conforme Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella (2012, p. 226):

A dificuldade do juiz, diante de caso concreto, consiste em optar por uma das duas, em caso de conflito entre o direito interno e o direito internacional ou, melhor dito, entre lei interna e tratado em vigor. E aqui se verifica ser o enfoque eventualmente dado por juiz nacional não necessariamente o mesmo de tribunal internacional.

Passemos, assim, às respectivas análises.

Conforme Valerio de Oliveria Mazzuoli (2019), a terminologia dualismo foi elaborada por Alfred von Verdross no ano de 1914. Após, foi empregada por Carl Heinrich Triepel, em 1923, sendo este último mais conhecido como o pai da corrente dualista de pensamento.

Sobre a importância de Carl Henrich Tripel para a teoria dualista, Valerio Mazzuoli (2019, p. 104) aludiu:

*Essa teoria teve em Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, um de seus maiores defensores (dualismo radical). Foi de Triepel o primeiro estudo sistemático sobre a matéria, na obra *Völkerrecht und Landesrecht*, de 1899, considerada por Gustav Walz “a mais importante para o problema em questão”. Nas palavras de Triepel, “quando se fala das relações entre o direito internacional e o direito interno, supõe-se como estabelecido que o direito internacional é diferente do direito interno. Na nossa opinião, o direito internacional e o direito interno são noções diferentes”. Por isso é que, segundo Triepel, os juízes nacionais “são obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao Direito Internacional”, afirmação que atualmente soa*

como absurda, especialmente na seara da proteção internacional dos direitos humanos e à luz da teoria da responsabilidade internacional do Estado [...].¹

Além dos autores citados, explica ainda Valerio de Oliveria Mazzuoli (2019), são conhecidos como adeptos dessa corrente, autores como Strupp, Walz, Listz, Anzilotti, Balladore Pallieri e Alf Ross.

Ademais:

A doutrina dualista fora defendida no Brasil, isoladamente, por Amilcar de Castro, para quem a ordem internacional “se distingue das estatais porque suas normas se caracterizam como inconfundíveis pelos sujeitos a que dirigem, pelo processo de formação, pelo conteúdo e pelos meios por que sua observância é assegurada”, além do que, “por não ser a convivência de Estados estruturada em subordinação a um governo, não há jurisdição internacional, e sem esta o direito das gentes só pode ser visto como único, ímpar, dessemelhante do estatal”. (MAZZUOLI, 2019, p. 106).

Postas essas considerações acerca de seus principais adeptos, vale, agora, tecermos comentários sobre as concepções da teoria dualista.

Segundo André Lipp Pinto Basto Lupi (2009), Carl Henrich Triepel defendeu o voluntarismo e o dualismo, baseando-se na teoria da vontade coletiva, de sorte que uma norma jurídica sempre representará um conteúdo de vontades humanas.

Lupi (2009) explica, nesse cerne, sendo certo que no Direito internacional a vontade de um não poderá predominar sobre as demais, pois tem-se que a vontade fundamentadora das normas só pode ser uma união das vontades de cada Estado, constituindo uma “Vereinbarung”, união de vontades diferentes destinada a satisfazer interesses comuns.

A corrente de pensamento dualista defende, em suma, a ideia de que o Direito estatal interno, ou seja, o que é aplicado para os membros de dado Estado soberano, e o Direito Internacional, aquele que rege as relações internacionais, possuem sistemas independentes, os quais não podem ser confundidos.

Relativamente aos impactos dessa dicotomia, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2019) apontou ser de suma importância compreender que as fontes e normas de Direito internacional, com ênfase nos tratados, não possuem qualquer influência sobre questões relativas ao Direito interno e vice-versa, e, resultando disso, seria o entendimento de que entre ambos os ordenamentos (internacional e interno) jamais poderá haver conflitos.

Ou seja, sendo certo que o Direito internacional e o Direito interno são dois sistemas de normas diferentes, independentes um do outro, que não se tocam por nenhum meio, impossível seria a existência de qualquer antinomia entre os mesmos (MAZZUOLI, 2019).

Para Valerio de Oliveira Mazzuoli (2019, p. 111):

¹ Supressão nossa.

Portanto, de acordo com os dualistas, quando um Estado assume um compromisso exterior, o está aceitando tão somente como fonte do Direito Internacional, sem qualquer impacto ou repercussão no seu cenário normativo interno. Para que isto ocorra, ou seja, para que um compromisso internacionalmente assumido passe a ter valor jurídico no âmbito do Direito interno, é necessário que o Direito Internacional seja “transformado” em norma interna, o que se dá pelo processo conhecido como adoção ou transformação. Assim, o primado normativo, para os dualistas, é da lei interna de cada Estado, e, não, do Direito Internacional.

Assim, para os dualistas temos normas internacionais reguladoras das relações entre Estados e Organizações internacionais, e as normas internas, aquelas aptas a regular as relações havidas entre o Estado e o particular e os particulares.

Outra questão a ser frisada diz respeito a assertiva de que para essa corrente de pensamento o Direito internacional somente terá aplicabilidade interna quando sua internalização se der por meio de norma jurídica estatal doméstica.

Por conta do alegado, os dualistas argumentam que o Estado se apresenta como um antecedente lógico do Direito internacional, sendo certo dizer que este último está para aquele (MAZZUOLI, 2019).

Em explicação a essas implicações, afirmou Valerio de Oliveira Mazzuoli (2019, p. 102):

Em outras palavras, para que o Direito Internacional seja integrado à ordem jurídica interna, faz-se necessário também entendê-lo como parte integrante do Direito estatal, este sim a única ordem verdadeiramente soberana. Seria o Direito do Estado (ou seja, o Direito criado exclusivamente pelo Estado, sem a participação de qualquer outro ente) o responsável único a autorizar o ingresso de uma norma internacional no plano do Direito interno. Nessa concepção, o Estado recusa aplicação imediata ao Direito Internacional, só alcançável por meio de procedimento incorporativo próprio do Direito interno. Daí o motivo pelo qual alguns autores (como Laband) chamarem a teoria da incorporação ou da transformação de mediatização, cujo fundamento deriva da autonomia das duas ordens jurídicas (interna e internacional).

Pensando-se em efeitos práticos, os compromissos internacionalmente assumidos pelos Estados, por exemplo, pela via de um tratado internacional, para os dualistas, não possuem força normativa imediata para produzir efeitos práticos internos (MAZZUOLI, 2019).

Dessa maneira, como apontamos quando da introdução, no Brasil, para a teoria dualista, um tratado internacional apenas teria aplicabilidade após esgotar as fases de assinatura, aprovação congressional por meio de Decreto Legislativo, ratificação e, finalmente, a fase de incorporação à ordem normativa interna com sua promulgação por meio de Decreto presidencial.

Veja-se: “Em consequência, o direito internacional não criaria obrigações para o indivíduo, a não ser que as suas normas se vissem transformadas em direito interno”. (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 226).

Por essas razões, Valerio de Oliveira Mazzuoli ressaltou (2019, p. 103-104) que

[...] após a ratificação, far-se-ia necessário incorporar legislativamente o conteúdo desses instrumentos ao ordenamento interno (técnica da “incorporação legislativa”). A sanção, no caso de omissão, seria tão somente internacional. Ou seja, se os Estados não adaptarem o seu Direito interno àquilo que a norma internacional ratificada recomenda, a norma interna continua (equivocadamente) válida, sendo a única consequência a responsabilidade internacional do Estado (frise-se que soa como um acinte, hoje em dia, chamar o instituto da responsabilidade internacional de “única consequência”, em vista do descumprimento de um tratado ratificado pelo Estado).²

Por fim, Leonardo Nemer Caldeira Brant (2019) destaca, as condições de validade dos Direitos internacional e interno para os dualistas, são distintas e se aplicam a sujeitos e situações jurídicas diversas, e essa

[...] separação não é apenas teórica, já que implica na impossibilidade da existência de eventuais conflitos entre normas oriundas de um sistema em outro, visto que a produção de uma norma internacional teria validade apenas na esfera internacional. (BRANT, 2019, p. 218).³

Ou seja, segundo aponta Francisco Rezek (2014), a validade jurídica de uma norma interna, para os adeptos da teoria dualista, não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional já que são planos distintos do Direito.

Com essas pontuações basilares acerca do pensamento dualista, vejamos, a partir de agora, algumas considerações sobre a teoria monista.

A teoria monista possui como seu maior expoente Hans Kelsen, tendo como adeptos

Mirkine-Guetzévitch, Lauterpacht, Jiménez de Aréchaga, dentre outros. No Brasil, trata-se da posição da maioria da doutrina internacionalista, dentre cujas vozes mais autorizadas estão Haroldo Valladão, Oscar Tenório, Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, Celso D. de Albuquerque Mello, Vicente Marotta Rangel e Mirtô Fraga. (MAZZUOLI, 2019, p. 109).

Essa teoria, em termos gerais, abandona a ideia de haver dois sistemas jurídicos, o internacional e o nacional.

Lado outro, como lembra Leonardo Nemer Caldeira Brant (2019), sustenta-se, aqui, o oposto, ou seja, que o Direito internacional e o Direito interno deverão ser encarados como duas faces de uma mesma moeda, algo uno, indivisível e decorrente de uma unidade lógica.

Novamente conforme Leonardo Nemer Caldeira Brant (2019, p. 230):

Para a teoria monista, o direito é, portanto, composto de duas vertentes incluídas em um só sistema, ou seja, em uma única ordem jurídica que incluiria tanto a esfera

² Supressão nossa.

³ Supressão nossa.

interna, quanto a internacional. Nesse sentido, o monismo entende que “o direito internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, porque as suas relações são relações de interpenetração, tornadas possíveis por pertencerem a um sistema único baseado na identidade dos sujeitos (os indivíduos) e das fontes do direito”.

De tal maneira, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2019) enfatiza, encontramos-nos diante da incorporação automática de norma internacionalmente produzida ao Direito interno.

Isso porque, corroborando o que foi apontado acima por Leonardo Nemer Caldeira Brant, “[...] compromissos exteriores assumidos pelo Estado, dessa forma, passam a ter aplicação imediata no ordenamento interno do país pactuante”.⁴ (MAZZUOLI, 2019, p. 109).

Com a adoção dessa perspectiva, surge, então, uma discussão mais contundente sobre a existência ou não de hierarquia entre as normas internacionais e nacionais e qual deverá prevalecer em concreto.

Sobre a matéria, ainda na década de 1990, especificamente no ano de 1996, Jacob Dolinger (1996, p. 83), afirmou que

*[...] em havendo conflito entre as normas internacionais e as internas, estar-se-ia diante das seguintes possibilidades: prevalência do direito interno sobre o internacional; preponderância da norma internacional sobre a interna; consideração de mesma hierarquia entre ambas, aplicando-se a mais recente.*⁵

Em busca de uma solução para a questão, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009) propõe a análise de três apontamentos distintos em correspondência com a teoria monista, vale dizer, a monista nacionalista, a monista internacionalista e a monista internacionalista dialógica.

A vertente nacionalista da corrente monista defende a primazia do Direito interno frente ao internacional em homenagem à soberania de cada Estado nacional que, por sua vez, possui total discricionariedade para adotar, ou não, preceitos do Direito internacional (MAZZUOLI, 2019).

Para essa percepção das relações jurídicas, conforme Valerio de Oliveria Mazzuoli (2019, p. 110-11)

[...] o Direito Internacional não seria mais que uma consequência do Direito interno. Trata-se da doutrina constitucionalista nacionalista, cujas bases filosóficas encontram guarida no sistema de Hegel (1770-1831), que via no Estado um ente cuja soberania (correspondente ao imperium do direito romano) seria irrestrita e absoluta (a lei suprema sobre a Terra). Os monistas nacionalistas aceitam a integração do direito das gentes ao Direito interno, mas sob o ponto de vista do primado da ordem jurídica estatal, valendo tal integração somente na medida em que o Estado reconhece como vinculante em relação a si a obrigação contraída. Esse reconhecimento, segundo Kelsen, “pode operar-se expressamente por um

⁴ Supressão nossa.

⁵ Supressão nossa.

ato de legislação ou do governo, ou tacitamente, pela efetiva aplicação das normas do Direito internacional, pela conclusão de convênios internacionais, pelo respeito das imunidades estatuídas pelo Direito internacional etc.". É dizer, o Direito Internacional só tem valor internamente sob o ponto de vista do ordenamento interno do Estado, pois é a ordem jurídica estatal (a Constituição do Estado) que prevê quais são os órgãos competentes para a celebração de tratados e como esses órgãos podem obrigar, internacionalmente, em seu nome, a Nação soberana. Nos países que adotam esse sistema é comum aparecer nas Constituições a fórmula seguinte: "As regras do Direito Internacional geral fazem parte integrante do Direito estatal".⁶

Como se vê, privilegia-se a supremacia da Constituição nacional ao Direito Internacional, sendo certo que o arbítrio estatal somente encontra limite no próprio, jamais nas regras de Direito internacional (MAZZUOLI, 2018).

Em suma, dois são os argumentos principais dos defensores do monismo com predomínio do Direito interno: a) a ausência, no cenário internacional, de uma autoridade supraestatal capaz de obrigar o Estado ao cumprimento dos seus mandamentos, sendo cada Estado o competente para determinar livremente suas obrigações internacionais, pois é ele, em princípio, juiz único da forma de executá-las, e; b) o fundamento puramente constitucional dos órgãos competentes para concluir tratados em nome do Estado, obrigando-o no plano internacional. (MAZZUOLI, 2019, p. 112).

Vejamos as construções da próxima perspectiva.

A corrente monista internacionalista defende o contrário da vertente anterior. Ou seja, a predominância do Direito internacional ao interno.

Segundo essa concepção, o Direito interno deriva do Direito Internacional, que representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior. No ápice da pirâmide das normas encontra-se, pois, o Direito Internacional (norma fundamental: pacta sunt servanda), do qual provém o Direito interno, que lhe é subordinado. Ambos os ordenamentos, o interno e o internacional, sob o comando deste último, marcham pari passu rumo ao progresso ascensional da cultura e das relações humanas. Em outras palavras, o Direito Internacional passa a ser hierarquicamente superior a todo o Direito interno do Estado, da mesma forma que as normas constitucionais o são sobre as leis ordinárias, e assim por diante. E isto porque o seu fundamento de validade repousa sobre o princípio pacta sunt servanda, que é a norma mais elevada (norma máxima) da ordem jurídica mundial e da qual todas as demais normas derivam, representando o dever dos Estados em cumprir as suas obrigações. (MAZZUOLI, 2019, p. 113).

Nesses termos, também nos moldes de Valerio de Oliveira Mazzuoli (2019), para a corrente de pensamento monista internacionalista, há hierarquia entre as normas de Direito internacional e interno, devendo-se entender que em caso de conflito entre as mesmas a primeira preponderará.

⁶ Supressão nossa.

“Ou seja, a ordem jurídica interna deve sempre ceder, em caso de conflito, em favor da ordem internacional, que traça e regula os limites da competência da jurisdição doméstica estatal”. (MAZZUOLI, 2019, p. 114).

Nesse sentido, interessa conhecer previsões da Convenção de Viena, a qual o Brasil é signatário e foi promulgada por meio do Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009.

A Convenção prevê que a parte (Estado) não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (art. 27).

Regula também que um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental (art. 46 - 1).⁷

Segundo aponta Valerio de Oliveira Mazzuoli (2019), quanto à temática direitos humanos, poderemos nos deparar com uma teoria monista dialógica, pois envolve por um diálogo entre as fontes de proteção aos direitos internacional e interna, tendo-se como paradigma a busca da melhor norma a se aplicar ao caso concreto.

Essa “melhor norma” há de ser encontrada à luz da dimensão material ou substancial das fontes de proteção em jogo, prevalecendo a que maior peso protetivo tiver em determinado caso concreto. Assim, no que tange ao tema dos “direitos humanos”, é possível falar na existência de um monismo internacionalista dialógico. Ou seja, se é certo que à luz da ordem jurídica internacional os tratados internacionais sempre prevalecem à ordem jurídica interna (concepção monista internacionalista clássica), não é menos certo que em se tratando dos instrumentos que versam direitos humanos pode haver coexistência e diálogo entre eles e as normas de Direito interno. Em outros termos, no que tange às relações entre os tratados internacionais de direitos humanos e as normas domésticas de determinado Estado, é correto falar num “diálogo das fontes”. Os próprios tratados de direitos humanos (bem assim a prática dos organismos regionais de direitos humanos, v.g., da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos) têm contemplado esse “diálogo” internormativo textualmente, quando exigem seja aplicada a norma “mais favorável” ao ser humano. Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, v.g., essa “cláusula de diálogo” encontra-se no art. 29, alínea b, segundo a qual nenhuma das disposições da Convenção pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”. (MAZZUOLI, 2019, p. 118-119).

⁷ Legislação conforme: BRASIL. Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: set. 2020.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: set. 2020.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Curso de Direito Internacional Volume I: Teoria Geral do Direito Internacional Público*. 2019. Disponível em: <https://www.kas.de/documents/265553/265602/Curso+de+Direito+Internacional+-+Volume+I.pdf/47171230-07e6-1a26-f317-23b63e59f7e5?version=1.0&t=1587644976236>. Acesso em: 19 set. 2020.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro*. In: Brasília a. 46 n. 184 out./dez. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194945/000881701.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Apontamentos sobre o abuso de autoridade no Brasil

Miliany Tolentino Coelho

Acadêmica em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

milianycoelho@gmail.com

Jaime Ribeiro de Oliveira Júnior (Orientador)

Especialista em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

jaimejunior19@yahoo.com.br

A Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regulava o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, entrou em vigor num momento delicado da democracia brasileira, em plena Ditadura Militar, tendo sido revogada somente em 2019, com o advento da Lei nº 13.869.

A antiga Lei já trazia, expressamente, o combate às arbitrariedades cometidas pelas autoridades públicas, porém, é importante destacar que a referida Lei, bem com as proibições nela contidas, somente serviam para informar que os abusos das autoridades seriam punidos, pois na prática, a Lei de nada servia para evitar os excessos praticados.

Exemplos dos abusos praticados pelas autoridades públicas na época da ditadura e vigência da lei antiga são os Atos Institucionais, que acabaram por suspender diversos direitos políticos, bem como a garantia de habeas corpus e também a falta de ação do Poder Judiciário, ao apreciar ações que eram baseadas nesses atos. Ou seja, não havia nenhum tipo de punição para os militares que cometessem arbitrariedades.

Após o fim da Ditadura Militar, o retorno da democracia e a posterior promulgação da Constituição Federal no ano de 1988, que trouxe uma enorme proteção aos direitos fundamentais individuais e coletivos, a Lei nº 4.898 de 1965 foi também recepcionada pela nova Constituição.

Um dos principais alicerces da República do Brasil foi consagrado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988, p. s.n.).

A separação dos Poderes tem por objetivo garantir a organização e manutenção dos limites dos poderes, evitando assim abusos, excessos e arbitrariedades por meio de um sistema de freios e contrapesos.

Por conta da Constituição Federal de 1988, a liberdade de imprensa passou a ter mais autonomia e independência, tendo em vista sua importância para a democracia, passou a dar notícias mais frequentemente acerca dos casos envolvendo crimes de colarinho branco.

Dessa forma, a sociedade pode ter acesso a mais informações sobre esse tipo de prática criminosa, e assim, exigir das autoridades uma solução e punições mais acertadas, especialmente por parte das autoridades policiais e do Poder Judiciário.

Com isso, as autoridades passaram a atuar de maneira mais intensa no combate aos crimes de colarinho branco, como fraudes, corrupção e outros tipos de atos ilícitos contra a administração pública.

No que diz respeito a esse aumento da fiscalização e punição a tais crimes, os abusos praticados por essas autoridades também aumentaram, o que ensejou na elaboração da referida Lei, buscando a diminuição desses casos.

Entretanto, como muitas leis que começam a efetivamente serem cumpridas, passou a ser burlada de maneira menos aparente. É certo os benefícios trazidos pela referida Lei, principalmente no combate a atos de improbidade e corrupção, entretanto, era necessária uma atualização, para evitar uma possível mitigação do devido processo legal ou supressão das garantias fundamentais, como a ampla defesa, contraditório e até mesmo a presunção de inocência.

Com isso, depois de muito debate acerca do tema, e a necessidade de uma nova lei acerca do abuso de autoridade, surgiu então a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, revogando a lei anterior e também alterando outras diversas normas acerca do tema.

Vale ressaltar que a Nova Lei de Abuso de Autoridade surgiu da necessidade da atualização da antiga Lei, e por isso, mesmo que atrasada, a Lei nº 13.869/2019 merece destaque e também ser respeitada por toda a sociedade, pois objetiva alcançar um país mais íntegro e democrático, respeitando sempre as garantias fundamentais individuais e coletivas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2020.

O abandono afetivo na jurisprudência do STJ

Vivian Trindade Pereira

Acadêmica em Direito
Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)
viviantpereira2017@gmail.com

Hugo Garcez Duarte (Orientador)

Mestre em Direito
Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)
profhugogduarte@gmail.com

No ano de 2019, segundo informa Flávio Tartuce (2009), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu, pela primeira vez, pela reparação do abandono afetivo.

No caso, a Terceira Turma obrigou um pai a indenizar a filha em R\$ 200 mil (TARTUCE, 2009).

Também de acordo com Tartuce (2009, p. s.n.):

“Amar é faculdade, cuidar é dever.” Com essa frase, da ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. A decisão é inédita. Em 2005, a Quarta Turma do STJ, que também analisa o tema, havia rejeitado a possibilidade de ocorrência de dano moral por abandono afetivo. No caso mais recente, a autora entrou com ação contra o pai, após ter obtido reconhecimento judicial da paternidade, por ter sofrido abandono material e afetivo durante a infância e adolescência. Na primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, tendo o juiz entendido que o distanciamento se deveu ao comportamento agressivo da mãe em relação ao pai.

Também de acordo com Flávio Tartuce (2009), em sede apelação perante o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), o pai, reconhecendo o abandono afetivo, afirmou que era abastado e próspero.

A compensação pelos danos morais foi fixada em R\$ 415 mil, no entanto, o TJ/SP reformou a sentença de primeiro grau de jurisdição (TARTUCE, 2009).

Já no âmbito do STJ

[...] o pai alegou violação a diversos dispositivos do Código Civil e divergência com outras decisões do tribunal. Ele afirmava não ter abandonado a filha. Além disso, mesmo que tivesse feito isso, não haveria ilícito indenizável. Para ele, a única punição possível pela falta com as obrigações paternas seria a perda do poder familiar.⁸ (TARTUCE, 2009, p. s.n.).

Conforme Flávio Tartuce (2009), a ministra argumentou que nas relações familiares o dano moral poderá envolver questões extremamente subjetivas, citando, para tal, vínculos como afetividade, mágoa, amor, entre outros.

Essas características das relações, de acordo com a mesma, tornariam bastante difícil a identificação dos elementos que tradicionalmente compõem essa espécie de dano moral indenizável, ou seja, o dano, a culpa do autor e o nexo de causalidade entre os mesmos (TARTUCE, 2009).

Porém, ela entendeu que a par desses elementos intangíveis, existem relações que trazem vínculos objetivos, para os quais há previsões legais e constitucionais de obrigações mínimas. É o caso da paternidade. Segundo a ministra, o vínculo – biológico ou autoimposto, por adoção – decorre sempre de ato de vontade do agente, acarretando a quem contribuiu com o nascimento ou adoção a responsabilidade por suas ações e escolhas. À liberdade de exercício das ações humanas corresponde a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes [...].⁹ (TARTUCE, 2009, p. s.n.).

Sobre o dever de cuidar, segundo Tartuce (2009), Nancy aduziu ser indiscutível o vínculo para além do afetivo, englobando, inclusive, o legal, que une pais e filhos, apresentando-se até monótono o entendimento doutrinário de que entre os deveres decorrentes do poder familiar, em que vários se destacam no tocante aos deveres de cuidado, criação e educação dos filhos.

Dentre esses destaques encontram-se a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sociopsicológico da criança e dos adolescentes (TARTUCE, 2009).

Prosseguindo:

“E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentar, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não”,

⁸ Supressão nossa.

⁹ Supressão nossa.

acrescentou a ministra Nancy. Para a relatora, o cuidado é um valor jurídico apreciável e com repercussão no âmbito da responsabilidade civil, porque constitui fator essencial – e não acessório – no desenvolvimento da personalidade da criança. “Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*”, asseverou. (TARTUCE, 2009, p. s.n.).

No que diz respeito ao amor concernente às relações familiares, desenvolveu-se:

“Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”, ponderou a ministra. O amor estaria alheio ao campo legal, situando-se no metajurídico, filosófico, psicológico ou religioso. “O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes”, justificou. (TARTUCE, 2009, p. s.n.).

O sistema de notícias do STJ publicou, no ano de 2016, a matéria Terceira Turma nega pedido de danos morais e materiais por abandono afetivo.

De acordo com parte da publicação:

*Em decisão unânime, os ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negaram recurso especial de servidora pública que buscava indenização do seu pai devido à falta de assistência afetiva e material em sua criação. Ao analisar o recurso, os ministros da turma não identificaram o ilícito civil e a culpa na conduta do genitor da autora, que só teve a paternidade confirmada 38 anos após o nascimento da filha. Na ação de indenização por danos morais e materiais, a autora, nascida em 1968, afirmou que obteve reconhecimento judicial da paternidade em 2006, mas que nunca recebeu assistência material ou afetiva de seu pai. Além disso, após o registro de paternidade, a requerente narrou que o genitor adquiriu vários imóveis para os demais filhos, inclusive com a utilização de terceiros nas transações comerciais. O pedido de indenização da autora, no valor de cinco mil salários mínimos, baseou-se na falta de amparo paterno durante toda a sua vida e no tratamento diferenciado demonstrado pelo pai entre ela e os demais filhos. [...] A sentença de primeira instância negou o pedido da autora, com a fundamentação de que a decretação tardia de paternidade e a ausência de prestação afetiva não geravam obrigação indenizatória ao pai. Pelos mesmos fundamentos, o julgamento primário foi confirmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Inconformada com as decisões das instâncias paulistas, por meio de recurso especial dirigido ao STJ, a servidora pública defendeu que havia demonstrado nos autos as boas condições econômicas de seu pai, mas que, apesar disso, apenas seus irmãos desfrutavam do patrimônio paterno. A autora também insistiu na tese do abandono afetivo desde o nascimento.*¹⁰ (BRASIL, 2016, p. s.n.).

¹⁰ Supressão nossa.

A matéria elenca interessante construção judicante do ministro relator Vilas Bôas Cueva, o qual asseverou que a ausência de afetividade no ambiente familiar, em regra, não configurará dano a ser reparado por meio de indenização pecuniária e que, no caso concreto, a demora de quase quatro décadas para que a autora ingressasse com ação de paternidade foi motivo de contribuição para o agravamento do caso.

Para Vilas Bôas Cueva, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a obrigatoriedade de sentimentos que normalmente vinculam um pai (e uma mãe, destaque-se) a seu filho ou filha, pois não há lei que gere tal dever, tendo em vista que afeto é sentimento imensurável materialmente.

Ainda conforme o relator,¹¹ isso foge à seara jurídica, apontando que o dever de sustentar financeiramente o filho pode ser proposto por meio de ação de alimentos, desde que se demonstre a concreta necessidade do auxílio material.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. *Terceira Turma nega pedido de danos morais e materiais por abandono afetivo*. 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-03-03_17-00_Terceira-Turma-nega-pedido-de-danos-morais-e-materiais-por-abandono-afetivo.aspx. Acesso em: 5 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. *STJ entende pela primeira vez pela reparação do abandono afetivo*. 2009. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822406/stj-entende-pela-primeira-vez-pela-reparacao-do-abandono-afetivo>. Acesso em: 10 set. 2020.

As funções do contrato

Daniela Pazeli Rhodes

Acadêmica em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

daniela_rhodes@fadileste.edu.br

Rovena Almeida Pinto (Orientadora)

Especialista em Direito

Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste)

almeidarovena@outlook.com

Os contratos são disciplinados pelo Código Civil de 2002,¹² contudo, este diploma

¹¹ Informações jurisprudenciais conforme: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. *Terceira Turma nega pedido de danos morais e materiais por abandono afetivo*. 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-03-03_17-00_Terceira-Turma-nega-pedido-de-danos-morais-e-materiais-por-abandono-afetivo.aspx. Acesso em: 5 set. 2020.

¹² BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 17 set. 2020.

legal não se encarregou de conceituar, ou definir o que é um contrato. Dessa forma, é preciso utilizar-se de posicionamentos doutrinários acerca do assunto para a melhor compreensão do tema abordado no presente trabalho.

Flávio Tartuce (2017) esclarece que o contrato é tão antigo quanto a humanidade, e seu surgimento remonta às primeiras relações pessoais, se firmando no momento em que as pessoas começaram a viver em sociedade. O termo sociedade por si só já nos traz uma representação de contrato, de acordo e compromisso entre as partes com um objetivo.

Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 421) afirma que o contrato pode ser compreendido como “[...] o resultado de um acordo de vontades. É o *bis in idem placitum consensus*. E sendo acordo de vontades é inspirado na noção fundamental da liberdade de contratar”.¹³

É fácil observar que o contrato diz respeito a um ato jurídico entre partes, sendo necessária pelo menos duas declarações de vontade, com o objetivo de criar, alterar, restringir ou extinguir direitos e deveres entre as partes que o compõem. Ou seja, todos os acordos, ajustes entre as partes e compromissos que se originam da vontade das partes pode ser considerado um contrato (TARTUCE, 2017).

Flávio Tartuce (2017, p. 398) conceitua contrato como sendo “[...] um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial”.¹⁴

Esse posicionamento está diretamente ligado ao direito italiano, onde era necessário algum tipo de conteúdo relacionado à patrimônio para que o contrato tivesse alguma validade jurídica (TARTUCE, 2017).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 385) entendem que o contrato

*[...] é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.*¹⁵

Buscando uma conceituação mais moderna de contrato, ou uma visão mais contemporânea, Flávio Tartuce (2017, p. 398) esclarece que o contrato pode ser caracterizado pela: “[...] relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.¹⁶

Esta conceituação é importante especialmente por trazer uma perspectiva mais moderna sobre o assunto. Tendo em vista que o contrato atualmente se encontra fundamentado em princípios constitucionais, se relacionando diretamente com o

¹³ Supressão nossa.

¹⁴ Supressão nossa.

¹⁵ Supressão nossa.

¹⁶ Supressão nossa.

Direito Civil Constitucional, é possível alinhar os deveres e direitos estipulados no acordo com a determinação constitucional.

No que diz respeito ao conteúdo dos contratos, este pode gerar efeitos diante de terceiros, o que é considerado a eficácia externa da função social dos contratos (TARTUCE, 2017).

Diante da ótica Civil e Constitucional, o contrato pode ser considerado o negócio jurídico mais importante de todo nosso ordenamento, tendo em vista que através dele, é realizado um tipo de acordo ou conciliação acerca de interesses opostos, visando a pacificação social e também o desenvolvimento econômico. Dessa forma, o contrato deve ser visto como uma ferramenta para a realização, ou satisfação, deixando de lado a ideia ultrapassada de opressão (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Não é possível afastar a ideia de contrato do cenário vivido atualmente, tendo em vista a necessidade crescente de se firmar acordos para que os objetivos sejam alcançados e os interesses da coletividade sejam respeitados (PEREIRA, 2017).

Vale destacar, porém, que é normal que uma das partes integrantes do contrato queira usar do instrumento como uma forma de pressionar ou coagir a outra, com o objetivo de subjugar a parte hipossuficiente da relação, e com a intenção de inibir esse tipo de conduta, o contrato deve se atentar à sua função social, especialmente respeita o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (DONIZETTI, QUINTELA, 2017).

Elpídio Donizetti e Felipe Quintela (2017, p. 469) esclarecem que a função do contrato se define em “[...] formar pelo consenso entre os sujeitos, no exercício de sua vontade livre, os deveres de conduta acordado entre eles”.¹⁷

Atualmente, o contrato deve ser considerado um instrumento de conciliação e acordo entre as partes, para que seja possível atingir um objetivo determinado e comum. Dessa maneira, a principal função do contrato é, inicialmente, a realização do acordo entre as partes, onde essas têm liberdade de estipularem de maneira livre – dentro da legalidade – o que pretendem, e como pretendem, alcançar em conjunto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 17 set. 2020.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁷ Supressão nossa.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.