DIMENSÕES JURÍDICAS DOS DIREITOS HUMANOS

VOL. 2

PEMBROKE COLLINS
CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura. Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
ALESSANDRA BENTES TEIXEIRA VIVAS, DANIEL MACHADO GOMES,
EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER, LUIS ANTONIO REIS JÚNIOR

DIMENSÕES JURÍDICAS DOS DIREITOS HUMANOS

VOL. 2

PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Alessandra Bentes Teixeira Vivas, Daniel Machado Gomes, Eduardo Antônio Klausner, Luis Antonio Reis Júnior (orgs.)

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS
Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO
Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

D582

Dimensões jurídicas dos direitos humanos / Alessandra Bentes Teixeira Vivas, Daniel Machado Gomes, Eduardo Antônio Klausner, Luis Antonio Reis Júnior (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

v. 2; 644 p.

ISBN 978-65-87489-46-9

1. Direitos humanos. 2. Direitos civis. 3. Política e direitos civis. I. Vivas, Alessandra Bentes Teixeira (org.). II. Gomes, Daniel Machado (org.). III. Klausner, Eduardo Antônio (org.). IV. Reis Júnior, Luis Antonio (org.).

CDD 323

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS – DIREITO CIVIL **15**

A DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO E O POSSÍVEL DEVER DE INDENIZAÇÃO AOS ADOTADOS 17
Raquel Lima de Souza

ABANDONO AFETIVO INVERSO COMO CAUSA DE DESERDAÇÃO E POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS 36
Yves Alessandro Russo Zamataro

DISTÚRBIO DEPRESSIVO E A IMPORTÂNCIA DA RELATIVIZAÇÃO DA CAPACIDADE COMO FORMA DE PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA FÍSICA 54
Gabriel da Silva Gomes Correia

TESE FORMADA POR INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE OU PRECEDENTE OBRIGATÓRIO? 71
Luiz Alberto Pereira Ribeiro
Julia Lonardoni Ramos
Lucas Mantovani Chiquetti

A AÇÃO RESCISÓRIA COMO RISCO À GARANTIA CONSTITUCIONAL PELA ATENUAÇÃO DO RIGOR DA ESTABILIDADE ADVINDA DA COISA JULGADA 84
Valdeci Ataíde Cápua
Margareth Brandina Barbosa

A POSSIBILIDADE DE INSTRUMENTALIZAR AS MANIFESTAÇÕES DE VONTADE PARA COMPROVAR A SOCIEDADE DE FATO NAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS.....107
Valdeci Ataíde Cápua
Margareth Brandina Barbosa

A "CAÇA ÀS BRUXAS" DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL: INEFICIÊNCIA DA LEI OU DO JUDICIÁRIO?.....125
Fabiana de Souza
Lucas Consoli Silva
Eduardo Rand B. Silva

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM TEMPOS DE PANDEMIA E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....144
Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa
Rodrigo Almeida Magalhães
Washington Luiz Sudré Silva Junior

ESTUDO DA VIABILIDADE DE ADEQUAÇÃO DOS CONTRATOS DE TELEFONIA MÓVEL A LUZ DO CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 158
Vanessa Marques Teles

AS DIVERSAS MODALIDADES DE GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO E AS DIFERENÇAS ENTRE A GUARDA COMPARTILHADA E A GUARDA ALTERNADA.....179
Antonia Deine Pinheiro Magalhães
Cláudia de Moraes Martins Pereira

O CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NAS HIPÓTESES DE ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR.....196
Adhara Luisi Siqueira Bezerra
Denison Melo de Aguiar

O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE INFORMAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO: PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....213
Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa
Rodrigo Almeida Magalhães
Washington Luiz Sudré Silva Junior

A PROTEÇÃO AOS DIREITOS INERENTES A PESSOA: NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDARIA..... 231
Bruna Christine de Souza Ribeiro
Marcelo Trindade Rosa Machado

O TESTAMENTO VITAL EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: A MITIGAÇÃO DA VONTADE EM PROL DA SAÚDE PÚBLICA..... 244
João Carlos Sobral Dos Santos

SÍNDROME DE BURNOUT E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR..... 259
Lucilene Rodrigues do Nascimento da Silva
Natália Goreti Barros Tomás Zefiro

MULTIPROPRIEDADE OU TIME-SHARING: A EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE..... 273
Eliane Blaskesi

DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA NOVA MODALIDADE DE CENSURA? 288
Iamille Maruoka Vieira
Rúbia Hanna Silva Belém

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO VIAS DE ACESSO À JUSTIÇA E À PACIFICAÇÃO SOCIAL..... 303
Gustavo Almeida Ferreira

A CAPACIDADE CIVIL DOS POVOS INDÍGENAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E A LUTA CONSTANTE PELO RECONHECIMENTO DOS SEUS DIREITOS..... 322
Marina Miranda Barbosa

A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES E O ENGESSAMENTO DAS JURISPRUDÊNCIAS NA PERSPECTIVA PROCESSUAL CIVIL..... 337
Ana Mozzer Silva Santos
Diana Keila Nascimento dos Santos
José Bruno dos Santos Matos
Yone Oliveira dos Santos

OS DESDOBRAMENTOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL: ASPECTOS JURÍDICOS DOS CONFLITOS FAMILIARES EM TEMPOS DE PANDEMIA.....350
Fabiana David Carles
Diego Marques Gonçalves

REPRESENTAÇÃO DOS FILHOS POR PAIS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL.....368
Fernando Hatada

A GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO PARA COMBATER A ALIENAÇÃO PARENTAL.....387
Roberta Maciel Campolina

ANÁLISE DOS DANOS MORAIS REFLEXOS SOB O PRISMA DA EVOLUÇÃO DOS DANOS NO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL...406
Fábio de Amorim Moura
Mario Vitor Magalhães Aufiero

O PÓS POSITIVISMO E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....426
Paula Maíra da Rocha Caldeira e Sousa

EFEITOS JURÍDICOS DA MULTIPARENTALIDADE DAS RELAÇÕES FAMILIARES NO BRASIL.....438
Lissa Rayara Gil Nasc. de Brito

POSSIBILIDADE DA COEXISTÊNCIA DE DUAS UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS E CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE BIGAMIA.....457
Juliana Arrais Mousinho

A EVOLUÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO...469
Nádia Regina da Silva Pinto

CONTRATOS DE FRANQUIA E A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA: ESTUDO DE CASO DE FRANQUIA DE LABORATÓRIO.....481
Ludmilla de Macedo Vaz
Rogerio Atem de Carvalho

ARTIGOS – DIREITO COMPARADO..... 495

FEDERALISMO COMPARADO: A PROMOÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CRISE COVID-19.....497
Nayara Hanna Santiago Costa
Maria Isabel Boavista Gomes Castelo Branco

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: ANÁLISE ATÉ O CONTEXTO BRASILEIRO ATUAL.....515
Evelyn de Vasconcelos Batista
Matheus Maciel Oliveira

LEIS QUE TUTELAM OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO BRASIL E ARGENTINA COM ENFOQUE NA LEI DE COTAS 527
Maria Vilanei Pereira Morais
Luiz Carlos Batista Filho
Cicilia Raquel Maia Leite

A SILENCIOSA SONATA DA DOR: UMA ANÁLISE JURÍDICO-PENAL CONCISA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA RÚSSIA.....547
Marianna De Athayde Lima

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS TRIBUNAIS. COMPARAÇÃO BRASIL X UNIÃO EUROPEIA X ARGENTINA.....563
Luiz Carlos Batista Filho
Maria Vilanei Pereira Morais

ARTIGO – DIREITO DOS ANIMAIS..... 583

O DIREITO BRASILEIRO E O RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS: UMA EVOLUÇÃO NECESSÁRIA.....585
Nelson Teodomiro Souza Alves
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza
Villeneuve Lima Rodrigues

RESUMOS..... 603

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO FAMILIAR COMO FERRAMENTA NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL.....605
Lariane Aparecida Maxiano Silva
Thays Cristina Carvalho Canezin

A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO EFETIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO FAMILIAR.....611
Lariane Aparecida Maxiano Silva
Thays Cristina Carvalho Canezin

O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO EM ESTUDO COMPARATIVO COM O DIREITO PROCESSUAL CIVIL PORTUGUÊS.....616
Delmiro Gomes da Silva Neto

O CABIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA PELO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO ANIMAL 622
Caio Oliveira dos Santos

A ULTRAJE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EXERCIDA PELO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES NO BRASIL.....628
Emanuelle Catherine da Fonseca Caneppele

O SACRIFÍCIO DOS ANIMAIS NOS CULTOS RELIGIOSOS: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE ANIMAL E UNIVERSALIDADE 634
Caio Oliveira dos Santos

O PORQUÊ DE HOSPITAIS VETERINÁRIOS PÚBLICOS NO BRASIL.....639
Carolina Soares Hissa
Veronica Trindade Costa Póvoa
Pollyanna Christina Gonçalves Sobrinho Zandonai

CONSELHO DO CAED-Jus

Adriano Rosa	*(Universidade Santa Úrsula, Brasil)*
Alexandre Bahia	*(Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)*
Alfredo Freitas	*(Ambra College, Estados Unidos)*
Antonio Santoro	*(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)*
Arthur Bezerra de Souza Junior	*(Universidade Nove de Julho, Brasil)*
Bruno Zanotti	*(PCES, Brasil)*
Claudia Nunes	*(Universidade Veiga de Almeida, Brasil)*
Daniel Giotti de Paula	*(PFN, Brasil)*
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	*(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)*
Denise Salles	*(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)*
Edgar Contreras	*(Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)*
Eduardo Val	*(Universidade Federal Fluminense, Brasil)*
Felipe Asensi	*(Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)*
Fernando Bentes	*(Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)*
Glaucia Ribeiro	*(Universidade do Estado do Amazonas, Brasil)*
Gunter Frankenberg	*(Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)*
João Mendes	*(Universidade de Coimbra, Portugal)*

Jose Buzanello	*(Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)*
Klever Filpo	*(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)*
Luciana Souza	*(Faculdade Milton Campos, Brasil)*
Marcello Mello	*(Universidade Federal Fluminense, Brasil)*
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	*(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)*
Nikolas Rose	*(King's College London, Reino Unido)*
Oton Vasconcelos	*(Universidade de Pernambuco, Brasil)*
Paula Arévalo Mutiz	*(Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)*
Pedro Ivo Sousa	*(Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil)*
Santiago Polop	*(Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)*
Siddharta Legale	*(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)*
Saul Tourinho Leal	*(Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil)*
Sergio Salles	*(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)*
Susanna Pozzolo	*(Università degli Studi di Brescia, Itália)*
Thiago Pereira	*(Centro Universitário Lassale, Brasil)*
Tiago Gagliano	*(Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)*
Walkyria Chagas da Silva Santos	*(Universidade de Brasília, Brasil)*

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2020, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH 2020)**, que ocorreu entre os dias 29 a 31 de julho de 2020 e contou com 63 Áreas Temáticas e mais de 1100 artigos e resumos expandidos de 73 universidades e 43 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos livros do evento.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS – DIREITO CIVIL

A DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO E O POSSÍVEL DEVER DE INDENIZAÇÃO AOS ADOTADOS

Raquel Lima de Souza

1 INTRODUÇÃO

A adoção, desde o início da sociedade, passou a ser o método adotado por casais que não poderiam ter filhos biológicos, para que pudessem dar continuidade ao sobrenome da família, adotando, assim, crianças que eram abandonadas. A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelecem a importância do convívio familiar para a formação da criança e do adolescente, priorizando a sua manutenção no seio da família biológica e em algumas circunstâncias na família extensa.

Diante desta situação, uma vez esgotadas as possibilidades de permanência da criança ou adolescente, seja por constatados maus tratos, ou ambiente impróprio para um desenvolvimento saudável, o Ministério Público ajuíza ação postulando a desconstituição do poder familiar. Este é um processo que visa resguardar a criança, e é cercado de cuidados, inclusive o direito à ampla defesa e contraditório dos pais biológicos.

Nesta linha, a Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009, denominada como Lei da Adoção, trouxe algumas modificações, visando acelerar o processo de adoção e preencher as lacunas existentes, revogando 10 artigos do Código Civil e atribuindo ao Estatuto da Criança e Ado-

lescente e à referida lei as diretrizes da adoção, todas com o intuito de assegurar da melhor maneira possível o direito da criança à convivência familiar. Contudo, nem sempre é possível, visto que em algumas situações a destituição do poder familiar é inevitável, ocorrendo a partir daí a possibilidade de colocação em família substituta através do instituto da adoção.

Ocorrendo o processo de adoção, via de regra, a mesma torna-se irrevogável, conforme prevê o ECA. No entanto em que pese às tentativas do ordenamento jurídico brasileiro em fazer da adoção um processo seguro, existem inúmeros casos em que ocorrem as devoluções ou desistências dos adotados, antes ou após a sentença. Estas situações podem ocorrer por diversos motivos que envolvam "culpa" do adotando, bem como por motivos unicamente do adotado.

Nos casos em que o adotante manifesta o interesse em "devolver" a criança ou adolescente, por motivos próprios sem que o infante tenha dado causa e em alguns casos, estando adaptada ao novo ambiente familiar, acaba por gerar um dano não só psicológico, emocional e físico, mas moral. Nessa linha, restando configurado o dano sofrido pela criança ou adolescente, há de se pensar na possibilidade de ser pleiteada uma indenização a fim de reparar os danos sofridos.

Por fim, a proposta constante nesta pesquisa, coaduna com a linha de pesquisa "Direitos Humanos, Cidadania, Direito Civil e Direito Constitucional", visto que o tema necessita de uma análise mais aprofundada não apenas como proteção e garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, contribuindo para o tratamento mais adequado quando surgirem às demandas oriundas de uma adoção.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O instituto da adoção e seu procedimento

A palavra adoção tem origem latina "*adoptio*", que significa dar seu próprio nome a alguém, pôr um nome, conforme Liberati (1995, p.13). Oliveira define adoção como "um instituto jurídico que procura imitar a filiação natural" (1997, p. 147-148).

A adoção esta presente na evolução da sociedade, desde os tempos da antiguidade, foi esta a maneira encontrada pelas famílias que não possuíam descendentes e precisavam manter seus cultos domésticos, acolhendo assim, crianças ou adolescentes abandonadas por seus pais e integrando-os a família.

> [...] o vivo não podia passar sem o morto, nem este sem aquele. Por esse motivo, poderoso laço se estabelecia, unindo todas as gerações de uma mesma família. A religião só podia propagar-se pela geração. O pai transmitia a vida ao filho e, ao mesmo tempo, a sua crença, o seu culto, o direito de manter o lar, de oferecer o repasto fúnebre, de pronunciar as fórmulas da oração. Dessa forma, o homem que não tinha filhos encontrava na adoção a solução para que a família não se extinguisse. (GRANATO, 2006, p. 31)

A doutrina não menciona um marco inicial desta prática. Porém, em códigos orientais dos povos asiáticos, denominados como Código de Urnamu (2.050 a.C), Código de Eshnunna (século XIX a. C) e o mais conhecido Código de Hamurabi (1728- 1686), o qual é o que mais se encontra maiores definições e abordagens sobre a adoção e seu procedimento (KAUSS,1993, p. 01).

O instituto da adoção foi praticado por várias civilizações, tendo o direito Romano como seu maior destaque, o qual criou duas definições, sendo a primeira a do "*alieni iuris*", ocorrida no Baixo Império, e a adoção durante o período de Justiniano, caracteriza com a imposição de solenidade, ou seja, a adoção era celebrada na presença do magistrado. (KAUSS, 1993, p.07)

Ao longo das mudanças, tanto nas leis como nas formas de adotar, a finalidade da adoção também foi se modificando, tais como Código Civil de 1916, onde houve uma importante sistematização da adoção, discriminados nos artigos 368 ao 384, posteriormente alterados pela Lei nº 3.133 e o Código de Menores (Lei 6.766/1979) o qual instituiu três maneiras de adoção: a adoção simples, a adoção plena, e a adoção feita com base no Código Civil.

No Brasil este instituto é abrangido mais especificamente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e pela Lei de

Adoção (Lei 12.010/ 2009), todos esses intercalados com a Constituição Federal de 1988, onde buscam atender o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, conforme disposto no artigo 227 da Constituição Federal.

Para que a criança ou adolescente seja colocada à disposição para adoção, é necessário que se esclareça que anteriormente ocorre o rompimento do vínculo existente entre os pais biológicos e a criança, ou seja, a chamada desconstituição do poder familiar.

Em suma, a desconstituição do poder familiar inicia-se quando inexiste a condição de permanência da criança na família, seja por constatação de abusos, maus tratos, ambiente impróprio, risco à integridade psicológica e física, entre outros, originando-se de tal situação a instauração de uma ação judicial, interposta pelo Ministério Público.

Como em todo o processo, quando ocorre o requerimento de desconstituição do poder familiar, aos pais é assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Contudo, importante destacar que é de interesse e determinação da Lei que a criança permaneça na família biológica, conforme explana o artigo 39,1º§ do ECA e a Convenção dos Direitos das Crianças (ONU) (Decreto nº 99.710/90), em seu artigo 9º, §1º a qual o Brasil faz parte. Neste sentido, afirma Rizzardo (2009, p.625) que, "aspecto de maior relevância diz respeito à perda do poder familiar, que ocorre em casos de suma gravidade na infringência dos deveres paternais".

Estabelece o Código Civil Brasileiro em seu artigo 1635, bem como o ECA no artigo 24, as circunstâncias em que ocorrem a extinção do poder familiar, por consequência a possibilidade em colocação em família substituta. O Estatuto da Criança e do Adolescente trata a adoção dos menores de idade com cautela, visando evitar abusos bem como controle de tráfico de menores. Para isso a Lei 8.069/90, nos artigos 39 ao 52-D, apresenta uma subseção específica que trata sobre o procedimento usado para a adoção no Brasil e a realizada por pessoas que moram fora do país, bem como as estrangeiras. Os candidatos à adoção devem atender a requisitos conforme determina o ECA nos artigos 40, 42 como forma de tornar legal o procedimento evitando, assim, possíveis anulações do procedimento. O ECA traz também, no

artigo 451, que a adoção deverá ter o consentimento dos pais, salvo quando perdido o poder familiar, e estabelece que se o adotado for maior de 12 anos, este deverá consentir. Sobre este artigo comenta Diniz (2015, p. 585):

> Não haverá, portanto, necessidade do consentimento do representante legal, nem do menor, se se provar que se trata de infante que se encontra em situação de risco, por não ter meios para sobreviver, ou em ambiente hostil, sofrendo maus-tratos, ou abandonado, ou de menor cujos pais sejam desconhecidos e esgotadas as buscas, ou tenham perdido o poder familiar, sem nomeação de tutor. Em caso de adoção de menor órfão, abandonado, cujos pais foram inibidos do poder familiar, o Estado o representará ou assistirá, nomeando o juiz competente um curador ad hoc.

Apropriado destacar que os requisitos para adotar também sofreram mudanças ao longo do tempo, como forma de acelerar o processo de adoção e evitando-se assim que as crianças e adolescentes permaneçam tempo excessivo nas casas de acolhimento.

No Brasil existe desde 2008 o Cadastro Nacional de Adoção, o qual trata-se do meio em que se instituiu um cadastro nacional único para a adoção de crianças e adolescentes, utilizando-se de uma ferramenta online para fins de cadastramento de interessados à adoção, e facilidade ao acesso das Varas de infância e juventude sobre a existência de crianças disponíveis em todos os lugares do país, a possibilidade de acompanhar o processo de adoção, bem como a divulgação de relatórios informativos sobre o andamento das adoções.

A Lei da adoção que entrou em vigor por meio do decreto nº 12.010 em agosto de 2009, veio com a intenção de facilitar o acesso das pessoas que manifestam o desejo em adotar até os meios necessários para a medida, contendo texto alterações de alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, adequando-os ao contexto social presente. Entretanto convêm destacar que a referida lei traz logo no início, mais especificamente em seu artigo 1º, §2º18, que a adoção

dar-se-á na impossibilidade da permanência na família biológica, isto é, novamente é observado que tal instituto só deve ser usado quando esgotadas as possibilidades da criança ou adolescente continuar sob os cuidados da família sanguínea.

A adoção tem como finalidade dar uma família, proporcionar um ambiente saudável, bem como estrutura econômica e emocional ao adotado, nesse sentido corrobora Gama (2003, p. 624):

> [...] a irrevogabilidade gera duas consequências que atendem aos interesses das pessoas envolvidas em relação à segurança jurídica e especialmente relacionada aos vínculos jurídico-familiares: a) a impossibilidade de o adotante desfazer, por vontade e iniciativas próprias, a adoção que ele mesmo desejou que fosse constituída; b) a mesma impossibilidade de o adotado também revogar a adoção, ainda que tenha sido adotado quando era criança ou adolescente, o que também preserva os direitos do adotante.

Diante disso, partindo do pensamento de que o filho adotado no momento da sentença passa a ter os mesmo direitos e deveres de um filho biológico, conforme dispõe o §6º do artigo 227 da Constituição Federal Brasileira, bem como o fato de que o direto da criança sempre deve ser resguardado, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz que a adoção é uma medida irrevogável, conforme expõe o artigo 48 do ECA, neste sentido Diniz (2015 p. 449) acrescenta:

> A adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento (CF, art. 227, §§ 5º e 6º), criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante (CC, art. 1.626)

No entanto como acima de qualquer lei está a Constituição Federal e esta prima pela dignidade da pessoa humana, este dispositivo de irrevogabilidade entra em conflito quando o adotado está submetido a situações de maus tratos ou em condições excepcionais.

A irrevogabilidade da adoção também encontra amparo na Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, incluída em 24 de maio de 1984, a qual dispõe em seus artigos 12, 14,19 basicamente que a adoção será revogada quando tal situação estiver prejudicando ou afetando ao princípio do melhor interesse da criança ou adolescente adotado.

As pesquisadoras Levy, Pinho e Faria, realizaram um estudo utilizando-se de 10 processos de devolução de crianças adotadas ocorridas durante os meses de novembro de 2007 a março de 2008 ajuizados na Vara da Infância, Juventude e Idoso da Comarca da Capital - Rio de Janeiro, a fim de averiguar as principais causas apontadas pelos pais adotivos que justifiquem a devolução dos adotados, como resultado, concluiu-se que 60% justificam a devolução pelo comportamento da criança e os outros 40% pela dificuldade do relacionamento, ou seja, independentemente de terem passado pelo processo de habilitação, o qual inclui curso preparatório, ou não, a maioria dos devolventes tipificam o adotado como um produto descartável, se eximindo desta forma da responsabilidade pela frustração da medida.

A intenção da adoção não é de se fazer "experiências" de convívio com a criança ou adolescente e sim de estabelecer uma relação sólida entre as partes, contudo quando não há a possibilidade de confraternização e os pais adotivos devolvem o adotante, essa medida não pode ser vista com normalidade, pois isso abriria lacunas e insegurança quanto ao procedimento.

2.2 A devolução do adotado durante o estágio de convivência

Conforme estudado, durante o processo de adoção, uma das etapas é o estágio de convivência, ou seja, um período de tempo estipulado pelo juiz em que o adotado fica sob a guarda dos adotantes a fim de

desenvolverem vínculos e afinidades se trata de um tempo para o qual os envolvidos se adaptem uns aos outros.

Conceituando estágio de convivência, Digiácomo e Digiácomo (2011, p. 73):

> Estágio de convivência é o período no qual a criança ou adolescente é confiada aos cuidados da (s) pessoa (s) interessada (s) em sua adoção (embora, no início, a aproximação entre os mesmos possa ocorrer de forma gradativa), para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo paterno filial a partir, inclusive, da análise do relacionamento entre o adotando e os demais integrantes do núcleo familiar, com os quais este irá conviver. Por força do contido no caput do dispositivo, a realização do estágio de convivência será a regra (mesmo em relação a crianças recém-nascidas), como forma de aferir a adaptação da criança ou adolescente à família substituta e a constituição de uma relação de afinidade e afetividade entre os mesmos, que autorize o deferimento da adoção.

No entanto, não é difícil situações onde no decorrer desta fase ocorre a desistência da adoção, seja pela adotante quanto pelo adotado, por diversos motivos.

Referente a esta devolução, o psiquiatra Içami Tiba, diz que "a devolução funciona como uma bomba para a autoestima da criança e é melhor que ela nunca seja adotada a ser adotada e devolvida". "As pessoas devem ser mais responsáveis ao adotar: Devolver é quase como fazer um aborto".

A juíza Édila Moreira Manosso, expõe na decisão da Ação Pública (nº 0702.09.567849-7) movida pelo Ministério Público que fixou o pagamento de alimentos em favor da adotada devolvida o seguinte entendimento:

> Relembre-se que, nos termos do art. 187 do Código Civil, "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"

> (teoria do abuso do direito). Portanto, ainda que o estágio de convivência seja um direito dos interessados em adotar, tal estágio não poderia ser usado para causar prejuízos a terceiros, sobretudo, à pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Deste modo, percebe-se que mesmo que a legislação disponha sobre a irrevogabilidade da adoção, tal situação ocorre, cabendo ao judiciário a busca de soluções para a diminuição de tais acontecimentos, sempre preservando o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente.

Neste sentido, é importante verificar se nos casos que houver a desistência da adoção é cabível indenização, possibilidade esta que será analisada posteriormente.

2.3 Desistência da adoção e o dever de indenizar: uma análise a partir da legislação

A preocupação com resguardo do direito da criança ou adolescente perdura a muitos anos, desde que esse instituto começou a ser usado. Diante disso, o ressarcimento do adotante que manifestasse interesse na devolução do adotado já era previsto conforme expõe o artigo 191, Código de Hamurabi:

> Art. 191º - Se alguém que tomou e criou um menino como seu filho, põe sua casa e tem filhos e quer renegar o adotado, o filho adotivo não deverá ir-se embora. O pai adotivo lhe deverá dar do próximo patrimônio um terço da sua quota de filho e então ele deverá afasta-se. Do campo, do horto e da casa não deverá dar-lhe nada.

Posteriormente, no Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), nos artigos 368 ao 378 o direito a adoção era visto como um ato civil, onde se aceitava um estranho na condição de filho, no entanto, sem nada mencionar especificamente em relação ao dever de indenizar o adotado, presumindo-se que eventuais indenizações se encaixavam no disposto do artigo 159 da referida lei.

Atualmente o ordenamento jurídico brasileiro, dispõe por meio do Código Civil 2002, em seus artigos 186 e 927 que tudo o que causar dano a alguém deverá repará-lo, desta forma, em sendo a desistência caracterizada como um dano moral passível de indenização, caberá o requerimento junto ao Poder Judiciário desta medida.

O nascimento do dano moral, se dá no momento em que, estabelecido pelo ECA que a adoção é irrevogável, e mesmo assim ocorrida, seja por quaisquer motivos, presume-se o surgimento de um dano ao adotante, tendo em vista que durante o processo uma expectativa é iniciada na criança ou adolescente, e em sendo este o caso o Código Civil determina a penalização dos causadores do prejuízo.

Inicialmente cabe esclarecer que o Código Civil Brasileiro possui dois conceitos sobre danos, o primeiro é o dano patrimonial ou material, ou seja, o prejuízo no bem jurídico daquele que sofre o abalo, podendo ser de imediata avaliação e reposição (REIS, 1998, p. 08).

Diniz (2003, p. 84) estabelece o dano moral como "a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo ato lesivo". Já Gonçalves (2008, p. 359) acrescenta que:

> Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

No entanto, em se tratando de um dano emocional causado ao adotante quando devolvido da adoção, difíceis são os argumentos a serem usados na arbitragem de valores, uma vez que sentimentos não possuem valores pecuniários. Cahali (2011, p. 46), invocando lição de Dalmartello, aduz que:

> [...] parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida

> do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos[...]

A aceitação do dano moral passou por vários momentos, valendo ressalva para o entendimento de que este dano somente poderia existir quando houvesse reflexos patrimoniais, o que seria o mesmo que negar sua existência.

A Constituição Federal de 1988, norma máxima, em seu artigo 5º, inciso X, em que trata dos direitos fundamentais, assegura o direito de indenização, tanto por dano material quanto moral, quando houver qualquer lesão a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, nesse contexto acrescenta Theodoro Junior (2009, p.3):

> [...] De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal) ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou consideração social). Derivam, portanto, de práticas atentatórias à personalidade humana.

O dano moral na maior parte dos casos é assunto de uma discussão referente ao valor a ser fixado na ocorrência do mesmo. Contudo, ressalta-se que o valor do dano moral não deve ser irrisório, principalmente pela análise do fato e a necessidade da prova, o que leva o julgador muitas vezes a deferir condenações irrisórias até mesmo servindo isto como incentivo aos praticantes da conduta, e também ao descaso no cumprimento de seus deveres, não se preocupando assim os infratores aos danos causados a outrem.

Assim sendo basta que se prove o fato para que se caracterize o dano moral, não havendo necessidade de maiores provas, aliás, o Ministro Menezes da 3ª T do STJ no Resp. 261.028, no julgamento realizado em 30/05/01, publicado no DJU de 20.08.01 sentenciou: "Provado o fato, não há necessidade de prova do dano moral".

No mesmo sentido em outro julgamento realizado no Tribunal de Justiça deste Estado (RSTJ 152/389) assim foi dito: "A responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto".

Desta forma, comprovado o dano é motivo de análise e discussão o valor que se deve atribuir ao dano moral, uma vez que não tem os julgadores olhado para as condições financeiras do infrator e sim pelo valor apenas do fato, o que deve ser visto são as condições financeiras do agente cumuladas com o fato, para que lhe seja aplicado um valor correspondente a sua capacidade e não simples valor irrisório, aliás o valor a ser arbitrado tem uma finalidade pedagógica, devendo servir de punição ao ofensor, desestimulando-o a pratica de condutas semelhantes.

Por outro lado, o valor condenatório de dano moral não pode ser irrisório, tampouco elevado ao extremo de causar à parte enriquecimento sem causa.

O dano moral constitui um *danmum in reipsa*, ou seja, dispensa a prova do prejuízo em concreto, sendo sua existência presumida por se verificar na realidade dos fatos e emergir da própria ofensa causada, já que surge da violação a um direito da personalidade.

Outra não é a opinião Cavalieri Filho (2009, p. 83-84) que assim preleciona:

> [...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

O dano moral, no entendimento de Marmitt (1999, p.23), atinge a dimensão imaterial do cidadão no meio social em que vive e trabalha, maculando-lhe a figura perante o público. O dano moral subjetivo relaciona-se ao mal sofrido pela pessoa na sua subjetividade, na sua intimidade pessoal. Fere valores internos da personalidade, provocando sofrimentos intransferíveis, mas reparáveis de forma mais integral possível.

Questão tormentosa e que ainda hoje desafia o direito brasileiro é a fixação do valor que compense a lesão sofrida pela vítima no dano moral. Não há e nem poderia haver, uma fórmula mágica que permita a reparação, uma vez que não há a possibilidade de se atribuir valor a um dano emocional, um aborrecimento. Além disso, o dano moral tem como objetivo a reparação ou compensação, de alguma forma, do sofrimento causado, não sendo possível atribuir valores aos sentimentos, assim sendo, cabe ao juiz a aplicação do princípio do Livre Convencimento.

Diante de tal empasse, o Supremo Tribunal de Justiça buscou aderir como requisitos a serem levados em consideração na fixação do valor, dois elementos, sendo o primeiro, a reparação do dano a fim de minimizar a dor da vítima, e o segundo a punição do ofensor, para que o fato não se repita. Para o ministro Salomão "Depende muito do caso concreto e da sensibilidade do julgador, a indenização não pode ser ínfima, de modo a servir de humilhação à vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa".

É bem de ver que a inexistência de parâmetro legal que sirva para o arbitramento do valor do dano moral, torna relevante o papel do juiz no arbitramento da reparação, devendo ser levada em consideração a intensidade do sofrimento experimentado pelo ofendido, o grau de dolo ou culpa do ofensor, a repercussão da ofensa, além da situação econômica das partes.

Não há entendimento pacificado jurisprudencial até o presente momento, quanto ao dever ou não de indenizar o adotado, uma vez que é possível encontrar decisões e critérios divergentes nas decisões dadas pelos Tribunais Brasileiros.

A adoção é medida tão séria e traz mudanças tanto na vida social do adotado quanto na vida civil, uma vez que uma nova certidão de

nascimento é redigida e acrescentada os sobrenomes dos pais adotivos e avós, a partir disso, direitos e deveres se originam desta relação, sendo, por como exemplo mínimo, a obrigação alimentar que é repassada aos pais adotivos a partir do momento em que deixa de existir uma relação de parentesco com os pais biológicos.

Nesse contexto a adoção deve ser resguardada de legalidade jurídica e, sobretudo tem a incumbência de preservar o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, uma vez que é estes a parte mais frágil e não podem ser usados como "experimentos" de filhos a "famílias perfeitas".

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início buscava-se com a adoção apenas um meio de perpetuação do sobrenome pouco importando se traria benefícios aos adotados ou não. Assim, a medida que a prática passou a ser usada atrelada ao cuidado em observar os princípios constitucionais, tais como a preservação da dignidade da pessoa, leis e normas foram sendo criadas para que o direito da criança ou adolescente adotado se sobrepusesse ao do adotante.

A adoção trata-se de uma escolha, onde uma pessoa, ou casal, que atenda aos requisitos requeridos pelo ECA, aceita receber em sua família, inclusive dando-lhe sobrenome, um (a) estranho (a), tratando-lhe a partir do momento da concessão da guarda provisória como se filho fosse, como disposto na Constituição Federal.

Assim, partindo da ideia em que o filho adotado equipara-se ao biológico, o ECA estabelece que a adoção seja irrevogável, uma vez que filho não se devolve ou se desiste de ser pai ou mãe, entretanto, devido à falta de preparo ou até mesmo a incerteza na decisão de adotar, as devoluções de crianças tem se tornado frequente e deixado aberto lacunas no sistema judiciário no que tange a medida a ser tomado em relação aos pais adotivos desistentes, se cabível ou não a punição dos mesmos, e se sim em quais os casos.

A partir da pesquisa pode-se perceber que há dois posicionamentos distintos quando houver a devolução de crianças e adolescentes, um deles é quando a criança ou adolescente já se encontra na guarda

dos adotantes, convivendo como se filho fosse, e que por motivos de incompatibilidade, ou falta de empatia, devolve este novamente aos cuidados do Estado, nestas situações para alguns magistrados e doutrinadores há a caracterização do abuso de direito e nesta senda devem ser punidos, como forma de prevenção de novos fatos como este.

Todavia, há quem defenda que se o processo de adoção se encontra na fase de estágio de convivência, não haveria obrigação de indenizar os adotandos pelos danos causados, uma vez que tal fase se trata de uma adaptação dos mesmos, bem como pelo fato da adoção produzir efeitos somente após sentença judicial, sendo imprescindível o trabalho da equipe interdisciplinar, para se evitar que o adotando possa vir a ser devolvido.

Em uma situação envolvendo o filho biológico quando este é rejeitado poderá vir a ser abandonado, nunca devolvido. Então, o questionamento que se faz é por que nos casos de adoção essa "devolução" é aceita? A quem defenda que pelo fato de ser a adoção um instituto que deve atender aos interesses da criança e do adolescente numa situação em que ela é mal-sucedida a "devolução" deverá ser aceita justamente para preservar o infante juvenil, ou seja, para que ele não passe por novos traumas.

Entretanto, é de se pontuar que desde o momento em que a criança ou adolescente começa a conviver com a possibilidade da já se inicia um processo de exposição onde se cria uma expectativa, ou seja, algo novo começa a se formar no seu "mundo", motivo pelo qual quando ocorrida esta devolução do adotado, seja em qualquer das fases, um dano emocional é causado no adotado, conforme já restou comprovado na presente pesquisa.

Sendo assim, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no princípio da igualdade entre filhos, deverá ser afastada toda e qualquer distinção entre filhos, visto que o filho adotivo possui os mesmos direitos do biológico e nos caso em que houver manifestado interesse dos pais adotivos na desistência da adoção, seja durante o período de convivência, seja após a entrega da guarda provisória ou após a sentença homologatória da adoção, estes devem ser responsabilidades civilmente, pois além de frustrar psicologicamente

o adotado, o mesmo deixa de ter a possibilidade do convívio familiar comprometendo, em alguns casos, o seu desenvolvimento sadio. Além do mais a reparação é cabível uma vez que em sendo a adoção irrevogável e sabendo deste pressuposto os adotantes agem de forma ilícita.

O instituto da adoção em muito avançou com o decorrer dos anos, no entanto, ainda há a necessidade de adoção de mais medidas que facilitem e agilizem esse processo, tornando-o mais célere no que se refere a diminuição da permanência das crianças em casas de acolhimento, porém sem perder a segurança jurídica necessária para o andamento do feito.

Há também a necessidade de pacificação da jurisprudência dos tribunais brasileiros no que se refere à penalização dos adotantes, a fim de tornar a devolução uma excepcionalidade, ou seja, somente nos casos em que for atender o superior interesse da criança ou adolescente e, dessa forma, não se torne a regra.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em: 20 out 2017.

____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil de 1916**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 15 out.2017.

____ . Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 24 set 2017.

____. Lei nº 8.069 de 16 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em< <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 15 set 2017.

____. Lei nº 12.010/2009. **Lei Nacional Da Adoção. Dispõe sobre adoção**; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007- 2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em 15 set 2017.

____. Lei nº 6.697/79. **CÓDIGO DE MENORES**. Disponível em < https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128333/lei-6697-79 >. Acesso em 03 nov 2017.

____. Lei nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. **Dispõe A Convenção Sobre Os Direitos Da Criança**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19901994/d99710.htm>. Acesso em 10 set 2017.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em 28 out 2017.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE CONFLITO DE LEIS EM MATÉRIA DE ADOÇÃO DE MENORES. Disponível em https://books.google.com.br/books?id=ekJDDgAAQBAJ&pg=PA116&lpg=PA116&dq=acessar++Conven%C3%A7%C3%A3o+Interamericana+sobre+Conflito+de+Leis+em+Mat%C3%A9ria+de+Ado%C3%A7%C3%A3o+de+Menores&source=bl&ots=11T18_nNZ2&sig=72Q_QDxvefjtoBBJhZgr_hv766Q&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwje7d7lr5LXAhVCHpAKHXgjB4UQ6AEIMTAC#v=onepage&q=acessar%20%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Interamericana%20sobre%20Conflito%20de%20Leis%20em%20Mat%C3%A9ria%20de%20Ado%C3%A7%C3%A3o%20de%20Menores&f=false. Acesso em 28 out 2017.

____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ define valor de indenizações por danos morais**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametrosindenizacoes-danos-morais . Acesso em 24 out 2017.

CAHALI, Yusset Said. **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

____. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim**. Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado** – 2ed. São Paulo: FTD, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de** Civil. **Brasileiro. Responsabilidade Civil.** V.7. 17ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

___. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 30ed. São Paulo: Saraiva.2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistidaheteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

KAUSS, Omar Gama Ben. **A Adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção internacional**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARMITT, Arnaldo. **Dano Moral**. Rio de Janeiro; Editora Aide, 1999.

OLIVEIRA, José Maria Leonil Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 7ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 6ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009

ABANDONO AFETIVO INVERSO COMO CAUSA DE DESERDAÇÃO E POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Yves Alessandro Russo Zamataro

1. INTRODUÇÃO

O abandono afetivo inverso consiste na ausência de cuidados dos filhos para com os seus genitores, na maior parte dos casos, os idosos. Ele está relacionado a um dano que não poderá ser estimado com finalidade pecuniária, visto que atinge diretamente o psicológico, tornando-se difícil medir o grau de sofrimento causado à vítima.

Pretende-se demonstrar que o assunto é de extrema importância e relevância no âmbito jurídico e nas relações humanas, uma vez que o descumprimento dessa obrigação, de fato, viabiliza a compensação por danos morais, bem como deve dar causa à deserdação.

Há abandono quando os familiares da pessoa idosa, em específico os filhos, deixam de fornecer necessidades básicas para uma vida digna, bem como a ausência de amor e carinho na fase na qual mais precisam de atenção.

É preciso levar em consideração que a falta de afeto gera ao idoso graves consequências. Desde sentimento de solidão e desamparo, acentuando doenças, acarretando isolamento social e, em casos extremos, a perda do interesse pela vida.

Portanto, este trabalho mostra o abandono afetivo inverso como conduta ilícita figurando indenização por danos morais sob a responsabilidade do filho pelo não cumprimento mínimo de afeto e atenção e, ainda, a necessidade de incluí-lo no rol taxativo, previsto em nossa legislação, das causas ensejadoras de deserdação.

A fim de justificar o ponto de vista apontado no presente trabalho, buscou-se auxílio nos princípios norteadores do direito, tais como da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade, bem como análise de dispositivos da Constituição Federal de 1988, Código Civil de 2002 e Estatuto do Idoso.

2. PROTEÇÃO DO IDOSO NO DIREITO BRASILEIRO

Os idosos são indivíduos detentores de direitos que precisam ser garantidos pelo Estado, família e sociedade.

O Estatuto do Idoso, em seu artigo primeiro, utiliza um único critério para definir o idoso: a idade. Portanto, legalmente, enquadram-se nessa categoria as pessoas de idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

O envelhecimento é um fato natural, inevitável, inerente à pessoa humana, e que, consequentemente, modifica tanto os aspectos físicos, quanto os psicológicos. É um fenômeno que só pode ser entendido na totalidade, sendo, portanto, também, um efeito sociocultural (VARGAS, 1983, p.75).

É pertinente destacar que o envelhecimento não implica na perda da capacidade, pois o idoso não deixa de ser cidadão e sujeito de direitos fundamentais. Apenas surge a necessidade de uma tutela especial dedicada às pessoas idosas, por sua maior vulnerabilidade.

A respeito das mudanças que surgem com o envelhecimento, somam-se, perfeitamente, as brilhantes considerações de Altair Loureiro: (1988, p.22)

> É difícil alguém se aperceber quando a velhice se instala em si mesmo. É comum a surpresa no encontro, após longo tempo, com os amigos contemporâneos, quando acontece a percepção das marcas do passar inexorável do tempo nestes, o que obviamente em ambos ocorreu. Diante do espelho, é mais comum

> pensar que ele mente, que a imagem está deformada por culpa do espelho que já não reproduz bem a imagem diferente, de pele rugosa, opacidade no olhar e tremor no corpo, é difícil a aceitação da realidade dura da mudança física da aparência, até pouco tempo plena de frescor, cor e postura firme, substituída pelo decadente corpo que se torna decrépito, a cada dia.

A Constituição Federal retrata a proteção do idoso de forma genérica, ao mencionar no art. 3° inciso IV que se deve promover o bem de todos sem discriminação em face da idade:

> Art.3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O artigo 229, desse dispositivo legal contém, explicitamente, comandos referentes à proteção do idoso. O *caput* diz que: "*os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*" (BRASIL, 1988). No artigo seguinte, o texto constitucional atribui a três instituições o dever de zelar pela dignidade e bem-estar, bem como a garantia do direito à vida desse grupo populacional: A família, a sociedade e o Estado. Assim, pode-se extrair que o dever de cuidar dos idosos ultrapassa o ambiente familiar, objetivando, portanto, a máxima efetividade de seus direitos fundamentais e atendimento de suas necessidades básicas.

3. ABANDONO AFETIVO

A expressão abandono afetivo surgiu em decorrência de um histórico julgado em que a Ministra Nancy Andrighi analisou o caso de uma filha no qual o seu genitor não queria manter nenhuma espécie de relacionamento com ela. Na realidade tratava-se da ofensa ao dever de cuidado que se encontra expresso no texto constitucional e no Código Civil.

A formação de qualquer criança tem início na família e é na família que os pais devem transmitir valores éticos e morais a seus filhos.

Os deveres dos pais em relação aos filhos menores estão dispostos no artigo 1634 do Código Civil de 2002, constando dentre eles o dever de dirigir-lhes a criação e a educação, bem como o direito de tê-los em sua companhia e guarda.

Segundo Maria Berenice Dias: (2009. p. 388)

> Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

A presença paterna e materna na formação dos filhos é indispensável, destacando-se o cuidado, o amor, a proteção e o afeto que estes devem prestar. Os pais têm o dever de estarem presentes, convivendo com os filhos em cada etapa do seu desenvolvimento, dando referência dos valores adequados a serem seguidos pelos seus filhos.

O abandono afetivo caracteriza-se, exatamente, pelo descumprimento do dever dos pais de educar, cuidar e assistir o filho.

Geralmente ocorre após a separação dos genitores, quando a guarda do filho passa a ser concedida a apenas um dos pais, sendo, na maioria das vezes, deferida à mãe. O outro genitor passa então a ausentar-se, deixando de cumprir com seus deveres e obrigações em relação ao filho, sendo que tais deveres e obrigações encontram-se todos regulamentados em nosso ordenamento jurídico.

A psicologia explica que o afastamento do genitor, a carência do afeto nos laços familiares pode desenvolver nos filhos sintomas de rejeição, baixa autoestima, chegando a prejudicar o seu rendimento na escola, podendo resultar, ainda, em outras inúmeras consequências. (PEDROSO, 2014)

Devem então os genitores, independentemente de estado civil, ter a exata consciência de seu dever como pais e educadores de cidadãos do futuro, sendo certo que atos por eles praticados poderão gerar grave prejuízo em face desses filhos (VIEIRA, 2006, p. 48).

> *O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem omitir-lhes o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar. […] Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. (DIAS, 2006. P. 106).*

Corroborado que a falta de convívio na relação paterno-filial pode suscitar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável dos filhos. A omissão do genitor gera dano afetivo suscetível de ser indenizado, uma vez que a lei obriga e responsabiliza os pais no que diz respeito aos cuidados com os filhos, encargo de quem detém o poder familiar. Assim, conforme elucidado por Dias, a ausência deste zelo (abandono moral) viola a *integridade psicofísica* dos filhos, bem como o *princípio da solidariedade familiar,* valores protegidos constitucionalmente, o que configura dano moral. (2006, p. 107).

"*Amar é faculdade, cuidar é dever*". A ministra Fátima Nancy Andrighi, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgado de 2012, afirma, desta forma, ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. A pena foi de R$ 200 mil, imposta ao pai por abandonar a filha material e afetivamente durante a sua infância e adolescência. Apesar de ser tema polêmico, desde esse julgamento ficou estabelecido o entendimento, na jurisprudência, de que cabe pena civil em razão do abandono afetivo.

E quando se tratar de abandono afetivo dos filhos em relação aos seus genitores, geralmente, idosos? Caberá indenização? Quem poderá reclamá-la?

4. ABANDONO AFETIVO INVERSO

O abandono afetivo inverso é a ausência de afeto, respeito, o não amor, a não proteção e a falta de cuidados dos filhos para com os pais idosos. O conceito de família está pautado no afeto. A Constituição Federal prevê que é dever dos filhos maiores amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Quando se trata da falta de afeto com seus genitores idosos, que se encontram em um momento de fragilidade onde sentem a omissão de seus familiares, considera-se uma violência mais gravosa que a física ou financeira já que, certamente, influenciará em sua saúde psicológica.

O Estatuto do Idoso prevê no seu art. 3º que é obrigação da família, da comunidade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação dos seus direitos, para que possuam uma boa qualidade de vida e um envelhecimento saudável, fornecendo assistência material e imaterial.

Ainda causa inúmeras divergências doutrinárias a possibilidade da reparação civil, pois não há, até então, uma posição definida sobre o assunto. De fato, sabe-se que o amor não é algo obrigatório, mas o que vem sendo entendido pelos tribunais, de maneira perceptível na jurisprudência, é que existe a possibilidade da responsabilização de danos causados a terceiros que sofreram lesões no campo psicológico e emocional. Corretamente, essa percepção vem sendo majoritariamente recebida nas decisões e ganha seguidores gradativamente.

Ao serem privados do contato com seus descendentes e com a família, em sentido amplo, os idosos são destituídos do convívio familiar, isto é, deveres de assistência incorpórea que os filhos têm para com seus genitores.

Em pesquisas ligadas ao ramo da psicologia e da psiquiatria, revela-se incontestável o fato de que o abandono incide sobre o idoso suscitando na falta de autoestima, de confiança e segurança, ocasionando assim inquietação, solidão, ansiedade, depressão e desordem da tranquilidade psíquica.

Em acesso a entrevista realizada com uma idosa, vê-se, claramente, a necessidade de se reforçar o papel da família:

> *Eu não lembro quem me trouxe para cá, mas queria morar com meus filhos só que eles não me querem. Eu morava com o caçula, mas depois que ele casou a mulher dele e nem ele me querem mais. Ele diz que eu sou doente e ele não tem tempo de zelar de mim, foi isso que ele falou". Minha filha eu não sei. Meus filhos não me querem, um vive bebendo, outro casou e outro também não me quer. Tenho um neto que é o único que me visita. Eu sinto tanta falta dos meus filhos, às vezes quando eu acordo parece que eu to vendo eles. Tem vezes que eu choro, faz falta demais deles comigo. Eles nem ligam mais, só o mais novo que vem aqui. Eu não tenho nenhuma foto deles.* (ALMEIDA, 2005, p. 85).

Conforme exposto acima nossa Carta Magna estabelece que "*os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*" (artigo 229).

Nota-se que ela é explícita ao mencionar "dever"! Portanto, não se trata de simples faculdade. Logo, o seu descumprimento acarreta consequências no âmbito jurídico, especialmente, no campo da responsabilidade civil.

Há que se considerar que o abandono configura um ilícito, previsto em nosso ordenamento jurídico, uma vez que, conforme explicitado acima, se está diante de um "dever" de cuidado entre pais e filhos.

Dispõe o artigo 186 do Código Civil:

> aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Devemos compreender que o afeto, via de regra, não pode ser considerado como um acessório no "dever" de cuidar, mas sim um elemento fundamental, de extrema relevância no desenvolvimento de uma pessoa e no seu bem-estar.

É certo que estamos diante de uma responsabilidade civil estritamente subjetiva.

O dano moral, nesses casos, consiste na afetação dos direitos da personalidade da pessoa, gerando um abalo em sua tranquilidade psíquica. Logo, deve ser muito bem comprovado.

Partindo-se desse pressuposto, deparamo-nos com a problemática do *quantum* indenizatório cabível nessas situações, sendo certo que o legislador deixou essa questão ao livre arbítrio do Juízo que, a partir da análise concreta do caso, calculará a extensão do dano causado.

Para aferir o valor dessa indenização, além dessa análise criteriosa do caso, deve o Juízo levar em consideração diversos aspectos, tais como o grau de culpa do agente, suas ações e consequências perante a vítima.

Pode-se afirmar que o dano causado pelo sentimento de frustração do idoso no que tange ao comportamento omisso dos seus descendentes não é efêmero, visto que não tende a minorar com o passar do tempo e só cessará com o óbito do idoso. A concepção fundamental essencial dos artigos 227 e 229 da Constituição Federal não é conferir vantagens ou compensação econômica, mas incentivar condutas que mantenham e agreguem os idosos no seio da família. Resta evidenciado que a ilicitude não se encontra no desamor, mas sim na inobservância do dever de cuidado, pressuposto mínimo a ser empreendido no seio da família, especialmente do idoso. A penalidade pecuniária decorrente do dano psíquico tem um caráter nitidamente pedagógico e, por isso, não objetiva diretamente satisfazer a vítima ofendida, mas, sim, censurar o culpado pela ofensa moral e incentivar o restante dos membros da comunidade a arcarem com os deveres morais oriundos das relações familiares. Verifica-se, pois, que não se trata de "quantificar o amor", mas sim atingir o escopo punitivo e dissuasivo para o controle de condutas que ofendam o princípio da solidariedade familiar, de modo a clarificar os filhos para o dever de cuidado com os pais.

Carece no ordenamento jurídico brasileiro uma Lei que garanta uma efetiva responsabilização por dano moral em casos de abandono afetivo inverso. Todavia, existe um projeto de lei tramitando na Câmara dos Deputados, PL 4.294-A/2008 o qual possui o objetivo de acrescentar outro parágrafo ao art. 3º do Estatuto do Idoso: "*O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral*".

Atualmente o Brasil apresenta elevados índices de casos de abandono de idosos. Em 2018, Ministério dos Direitos Humanos, através do Disque 100(serviço do Governo Federal) recebeu 37.454 denúncias

de violência contra pessoas com 60 anos ou mais anos de idade. Esses números representam um aumento de 13% em relação ao ano anterior.

O balanço de 2018 informa que 52,9% dos casos de violações contra pessoas idosas foram cometidos pelos filhos, seguidos de netos (com 7,8%). As pessoas mais violadas são mulheres com 62,6% dos casos e homens com 32%, sendo eles da faixa etária de 71 a 80 anos com 33% e 61 a 70 anos com 29%. Das vítimas 41,5% foram declarados brancos, pardos 26,6%, pretos 9,9%, amarelos com 0,7% e indígenas 0,4%. Sendo a casa da vítima o local com maior evidência de violação, 85,6%.

As violações mais constatadas são negligências (38%), violência psicológica (humilhação, hostilização, xingamentos etc) com 26,5%, seguido de abuso financeiro e econômico/violência patrimonial que envolve, por exemplo, retenção de salário e destruição de bens com 19,9% das situações. A quarta maior recorrência se refere à violência física, 12,6%. Importante frisar que, em sua maioria, as denúncias são tipificadas com mais de um tipo de violação, ou seja, uma mesma vítima pode sofrer várias dessas violações apresentadas.

Outro dado relevante é que mais de 14 mil vítimas declararam ter algum tipo de deficiência. Dessas, 41,6% tem alguma deficiência física e 37,6% deficiência mental, seguidos de deficiência visual com 11,5% e deficiências intelectual e auditiva, com 4,6% e 4,4%, respectivamente. (Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019)

5. DESERDAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

A deserdação consiste em um mecanismo jurídico utilizado pelo testador para afastar um herdeiro necessário de sua parte legítima da herança decorrente de causas previstas pela legislação vigente.

Inexiste em nossa legislação qualquer disposição acerca do abandono afetivo como uma das causas de deserdação.

As causas que dão autorização aos ascendentes excluírem os descendentes de sua herança estão previstas nos arts. 1814 e 1963 do Código Civil e são taxativas. Cabe destacar que a deserdação somente será válida se o testamento que a atribui também seja válido.

Dispõem esses artigos que:

> Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
>
> I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
>
> II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
>
> III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.
>
> Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:
>
> I - ofensa física;
>
> II - injúria grave;
>
> III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;
>
> IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Em contrapartida, a doutrina vem defendendo a necessidade de alteração dos dispositivos legais que tratam da exclusão sucessória para abranger como uma de suas causas o abandono afetivo. Nesse ponto de vista, segue ensinamento de Nehemias Domingos de Melo: (2005, p.32)

> O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade

> ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.

Logo, há uma lacuna na atualização legislativa, não acompanhando as realidades sociais.

A falta de afeto como causa de deserdação é um assunto escasso na doutrina e na jurisprudência. Entretanto, importante destacar um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul que destaca a legalidade da deserdação:

> Ação Ordinária de Deserdação. Tendo a falecida exarado em testamento a firme disposição de deserdar a filha e as netas, por ofensa moral, injúria e desamparo na velhice e, havendo comprovação destes fatos, há que ser mantida a última vontade da testadora. Apelação desprovida (TJRS, Apelação Cível 70002568863, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 31/05/2001, 8º Câmara Cível). (RIO GRANDE DO SUL, 2015)

A genitora foi abandonada pela filha e pelas netas que, jamais, prestaram assistência na sua velhice. Enquanto esteve no hospital em decorrência de doença grave jamais recebeu cuidados e visitas das deserdadas.

Resta claro que o abandono, a falta de assistência, decorre da falta de afeto. Com este entendimento percebe-se que quando a lei limita as causas de deserdação, deixa de admitir outras práticas tão ou mais severas que podem levar a exclusão. Prejudicando quem, por certo, gostaria de utilizar o instituto da deserdação.

Para Salomão Cateb: (2004, p. 101-102)

> Deserdação de herdeiro necessário pressupõe ausência absoluta dos sentimentos primários e fundamentais, indispensáveis à relação familiar. Amor, afeto, carinho, gratidão, não são somente substantivos abstratos, mas elementos intrínsecos e imprescindíveis à sustentação da família como célula fundamental e protegida pela Constituição Federal

No Direito Brasileiro, a cláusula ou disposição testamentária é o único meio legal admitido para a deserdação, seja que espécie de testamento for.

Quando se fala na obrigatoriedade de utilização do testamento, resta evidente que deve ser válido. Caso contrário, a cláusula de deserdação, também, será nula.

Adiante, é importante ressaltar que a declaração da deserdação em testamento não é o suficiente. Deve o testador o mencionar a causa que o levou a deserdar seu herdeiro. A deserdação tem de ser fundamentada e a causa há de ser expressamente estabelecida pelo legislador.

Após a abertura do testamento, os demais herdeiros têm um prazo de quatro anos para ingressar com uma ação judicial pedindo que a pessoa cuja deserdação é solicitada seja excluída da herança. Caberá a eles apresentar as provas necessárias para justificar a medida. Naturalmente, o acusado terá sua chance de defender-se das alegações. Somente após a expedição da sentença judicial é que a deserdação será consumada. Ou não. Afinal, o juiz pode entender que as razões apresentadas não são válidas.

6. PROJETO DE LEI ENVOLVENDO ABANDONO AFETIVO INVERSO

Tendo em vista a importância do tema aqui abordado, foi apresentado pelo Deputado Carlos Bezerra o Projeto de Lei 4.294, criado em 2008, com o objetivo de estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo de idosos. O projeto ainda tramita no Congresso Nacional. O Deputado, em sua justificação, explica que dentre as obrigações entre os entes familiares encontra-se, principalmente, o compromisso de dar apoio e afeto, como se pode observar:

> O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano. Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessi-

> dade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade. No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona – sequer nas datas mais importantes – o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade. No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida. Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

Após apresentado, o projeto foi apreciado pela Comissão de Seguridade Social e Família, a qual votou unanimemente por sua aprovação, nos termos do parecer da relatora, Deputada Jô Moraes, no ano de 2011; foi também apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça, a qual também votou favoravelmente ao Projeto. Em 31 de janeiro de 2015, no entanto, o Projeto de Lei foi arquivado nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, sendo que no dia 10 de fevereiro de 2015 houve a apresentação do Requerimento de Desarquivamento de Proposições n. 437/2015, pelo Deputado Carlos Bezerra, e em 12 de fevereiro de 2015 o Projeto foi desarquivado. Todavia, na situação atual, o Projeto ainda aguarda envio para o Senado Federal.

Ressalta-se a importância da aprovação do mencionado projeto de lei para a sociedade, especialmente para os idosos, que são os que mais sofrem com a situação. É o que também acredita o Desembargador Jones Figueirêdo Alves, que assim expõe sua opinião sobre a necessidade de existir uma lei para regulamentar a matéria de abandono afetivo inverso:

> *Não é demais admitir que o abandono afetivo inverso, em si mesmo, como corolário do desprezo, do desrespeito ou da indiferença filiais, representa fenômeno jurídico que agora deve ser tratado pela doutrina e pelo ordenamento legal carecido de um devido preenchimento, seja por reflexões jurídicas, seja por edição de leis. A sua presença na ordem jurídica servirá, no espectro da ilicitude civil, como nova espécie de comportamento ilícito, pautado por uma configuração jurídica específica, tal como sucede com a dogmatização jurídica do abuso de direito.*

7. CONCLUSÃO

No presente trabalho buscou-se demonstrar a gravidade do abandono afetivo inverso, suas consequências, bem como a possibilidade de indenização por danos morais e, ainda, deserdação.

O afeto é o sentimento que une as pessoas. E é um dever de todos. Afeto não se confunde com amor. Ninguém tem obrigação de amar, mas tem o dever de ter afeto previsto nos artigos 229 e 230 da Constituição Federal e no Estatuto do Idoso.

É nítido que no decorrer dos anos o número de idosos aumentou gradativamente. Estima-se que chegue ao número aproximado de 34 milhões no País, até o ano de 2025. Em contrapartida, verifica-se que a sociedade, o Estado e os próprios familiares não estão preparados para proporcionar aos idosos, uma vida com dignidade.

O número de idosos abandonados material e afetivamente tem crescido assustadoramente.

A vítima de abandonos sofre diversos danos que se manifestam nas mais diferentes formas, desde o sentimento de solidão até o desenvolvimento de enfermidades devido à perda da sua qualidade de vida.

Diante da análise dos aspectos legais abordados pela doutrina especializada, resta evidente que é obrigação dos filhos ampararem seus pais na velhice, tanto de forma material como moral, gerando inclusive a possibilidade de reparação na forma de indenização no caso de abandono.

Através da Responsabilidade civil, todos aqueles idosos que se sentirem desamparados por seus filhos, podem procurar seus direitos através de ação de indenização, tendo esta um caráter punitivo, com-

pensatório e educativo. Contudo, é importante a análise de cada caso concreto, para que seja verificado que o dano a dignidade do idoso ocorreu realmente desse abandono.

Cabe esclarecer que a falta de amor e afeto, propriamente ditos, não ensejam a indenização, mas por outro lado, considerando que o cuidado é uma forma de amar, sua omissão é motivo apto para reparação civil.

Diante da falta de norma expressa resta ao Poder Judiciário, a análise concreta dos casos envolvendo o abandono afetivo de idosos, norteando os julgamentos a partir da correta compreensão do princípio jurídico da afetividade.

Ainda é escasso o número de casos que tenham chegado às instâncias superiores, versando sobre o abandono afetivo inverso. A inexistência de legislação específica certamente é uma das principais causas que ensejam essa triste realidade.

O abandono afetivo vem se mostrando como questão merecedora da tutela jurisdicional, posto que tal prática afeta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, notadamente no que toca aos direitos de personalidade da pessoa idosa.

Fato é que estamos diante de um problema que merece efetiva tutela jurisdicional e não deve ser esquecido.

Não se trata em pretender a monetarização do amor e do afeto, uma vez que o que se busca é a garantia de uma vida digna ao idoso, haja vista os encadeamentos do envelhecimento. Assim, é preciso que a sociedade valorize, faça parte do sistema de proteção aos idosos e o juntamente com o nosso ordenamento jurídico o torne mais eficaz a ponto de, efetivamente, coibir essa grave situação.

Adiante, passou-se a discutir a possibilidade da deserdação de herdeiros em decorrência do abandono afetivo inverso.

A doutrina se divide a respeito do rol das causas previstas para deserdação ser taxativo. Alguns doutrinadores entendem que cada caso deve ser analisado isoladamente, e que delimitar as causas acarreta injustiças, pois não é possível prever todas as hipóteses que levariam a deserdação. Enquanto alguns doutrinadores tradicionais entendem que a lei não autoriza a deserdação decorrente do abandono afetivo.

O rol das hipóteses que autorizam a deserdação de um herdeiro necessário é taxativo, não podendo o legislador se valer tão somente do abandono afetivo ao autor da herança como causa de punição, ou seja, ainda que o herdeiro não tenha nenhum vínculo afetivo, irá locupletar-se patrimonialmente justamente daquele a quem desprezou.

Não há um consenso, ainda, para os casos julgados, mas de acordo com a jurisprudência majoritária o abandono afetivo está sendo considerado um motivo válido tanto para o dever de indenização pelos danos causados a vítima quanto para se configurar a deserdação por meio do testamento do *de cujus*.

Os conceitos e as características do abandono afetivo não estão presentes no texto legal de forma explícita, concluindo-se que o tema abandono afetivo ainda se encontra em análise subjetiva pelos Tribunais, não havendo um parâmetro legal que delimite sua aplicação e seus efeitos. De fato, ocorre uma lacuna no texto legal que deve ser suprida, garantindo a segurança jurídica e a aplicação efetiva do direito de o testador excluir um herdeiro necessário de sua herança. Dessa forma, nada mais justo e legal que ocorra uma urgente alteração legislativa.

Referências bibliográficas:

ALMEIDA, Fabiana Souza de. **Idosos em instituições asilares e suas representações sobre família.** 2005. 103f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação. Universidade Federal de Goiás, Jataí, 2005.

ALVES, Jones Figueirêdo. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Minas Gerais, Notícias, 16 jul. 2013. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 29/04/2019

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 29/04/2019

BRASIL.**Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20/04/2019

BRASIL. **Lei nº 10.741**, **de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso, 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm>. Acesso em: 20/04/2019.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Balanço anual do Disque 100 registra aumento de 13% em denúncias de violações contra a pessoa idosa** Disponível em: https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/junho/balanco-anual-do-disque-100-registra-aumento-de-13-em-denuncias-de-violacoes-contra-a-pessoa-idosa. Acesso em 30/06/2019

CANDIA, Ana Carolina Nilce Barreira. **Responsabilidade Civil por Abandono Imaterial (ou Afetivo) Direto e Inverso**. Disponível em: https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/20846/2/Ana%20Carolina%20Nilce%20Barreira%20Candia.pdf. Acesso em: 29/04/2019

CATEB, Salomão de Araújo. **Deserdação e Indignidade no Direito Sucessório Brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COSTA, Ruthe Corrêa da. **A Terceira Idade Hoje: sob a óptica do Serviço Social**.1ª ed. Canoas: Ulbra, 2007

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Crislayne Rodrigues. **A responsabilidade civil e criminal decorrente do abandono do idoso.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 167, dez 2017. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19939&revista_caderno=7. Acesso em: 01º/07/2019

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 . 5 v.

LOUREIRO, Altair M. L. **A Velhice, o Tempo e a Morte**. Brasília: Editora da UnB, 1998.

MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil.** In: Rev. Sínt. de Dir. Civ. e Proc. Civ. Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 32, mar./abr. 2005.

PEDROSO, Juliane.**Abandono afetivo frente ao ordenamento jurídico Brasileiro.** Disponível em: https://juuliane.jusbrasil.com.br/artigos/137611283/abandono-afetivo-frente-ao-ordenamento-juridico-brasileiro. Acesso em: 22/04/2019

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil Volume Único**. São Paulo: Método, 2011.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VARGAS, H. S. **Psicologia do Envelhecimento**. São Paulo: Fundo Editorial. Byk, 1983.

VIEIRA. Cleverton Elias. VERONESE, Josiane Rose Petry. ***Limites na Educação*: sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, do** Estatuto da Criança e do Adolescente **e da** Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

DISTÚRBIO DEPRESSIVO E A IMPORTÂNCIA DA RELATIVIZAÇÃO DA CAPACIDADE COMO FORMA DE PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA FÍSICA

Gabriel da Silva Gomes Correia

INTRODUÇÃO

A depressão, ou o distúrbio depressivo, como a DSM-5 nomeia, e assim prefiro levar neste artigo, é um tema crescente a cada vez mais exposto na mídia. A estigma sobre o assunto gradativamente tem diminuído, o que tem nos feito ver um lauto número de famosos admitirem que sofrem de tal distúrbio emotivo. Essa quebra de tabu fez com que a população procurasse por tratamentos, esses mesmo vem crescendo paralelamente.

Porém o trato do Direito quanto ao assunto ainda é escasso. O portador de Distúrbio depressivo não tem um trato jurídico a lhe propor segurança, mesmo tendo todos os fatores para se enquadrar como um desigual, logo se deve buscar uma igualdade com base nessa desigualdade, fazendo assim cumprir a própria Constituição da República. O princípio da isonomia material trata desse assunto e o da dignidade humana trata do bem estar do mesmo.

Nesse sentido, essa pesquisa busca trazer a discussão à tona da importância do enquadramento do portador de distúrbio depressivo em relativamente incapaz, como forma de protegê-lo como pessoa física,

garantindo-lhe a dignidade a partir da proteção aos seus bens patrimoniais. O código civil traz em seu art. 4º, III, que todo aquele que por causa transitória ou não, não poder exprimir sua vontade será considerado relativamente incapaz. A psicanálise e psicologia acordam que em momentos específicos o portador não tem tal capacidade, então assim fica totalmente desprotegido em atos negociais, e até mesmo oferece perigo a seus direitos fundamentais, tal como o direito a propriedade e suas faculdades.

Portanto, a partir de tais considerações, a questão fundamental é: Qual a importância do depressivo ter a sua capacidade relativizada? E no decorrer conceituamos o que é a depressão, de forma a entender que se é um quadro clínico, e que o simples fato do homem se sentir apenas triste não o faz ser enquadrado de mesma forma. Também, para o prosseguimento da pesquisa adotaremos que a depressão é uma doença contínua e tratável e que a relativização da capacidade prevista no código civil é determinada por opinião medica e magistral.

O presente trabalho trata-se de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial entre os anos de 2000 a 2020. Nos capítulos seguintes buscou-se trazer a conceituação e exposição de alguns temas relevantes: depressão, isonomia e capacidade, para assim apresentarmos o resultado do por que se é importante tal problemática.

1. DISTURBIO DEPRESSIVO

"Em muitos momentos de sua vida uma pessoa pode viver situações difíceis e de sofrimento tão intenso, que pensa que algo vai arrebentar dentro de si, que não vai suportar, que vai perder o controle sobre si mesma... que vai enlouquecer." (Psicologias, pág. 346) Numa sociedade de grande fluxo de pessoas e informações a *psiqué* humana torna-se ainda mais sensível aos bombardeamentos de insegurança e medos excessivos. As informações, reais e as poderosamente nefastas *fake News* criam um sintoma de automutilação e isolamento social dentro de um complexo que "sufoca" aos poucos a vida de cada homem e mulher.

Esse fluxo gera o aumento extremo do que chamamos hoje de distúrbio depressivo, considerado o mal do século desde os grandes

romancistas de segunda geração, que já sofriam com uma sociedade líquida, de amores e relacionamentos cada vez mais na linha tênue da existência. Mas o que é a depressão? Segundo o Ministério de Saúde brasileira, depressão é uma doença mental prevalente, passiva de tratamento, que tende a ser crônica e recorrente. Para a psiquiatria, área da medicina dedicada ao estudo e tratamento dos transtornos mentais que acometem o homem, o transtorno depressivo é uma doença que deve ser tratada medicamente; o Manual de Diagnostico e Estatística de transtornos Mentais, DSM-5, descreve que os transtornos depressivos incluem transtorno disruptivo da desregulação do humor, transtorno depressivo maior (incluindo episódio depressivo maior), transtorno depressivo persistente (distimia), transtorno disfórico pré-menstrual, transtorno depressivo induzido por substância/medicamento, transtorno depressivo devido à outra condição médica, outro transtorno depressivo especificado e transtorno depressivo não especificado (p.155). Na concepção psicanalítica, a maioria dos autores, especialmente os clássicos, coloca a depressão não como uma existência em si, mas algo implícito ao aparelho humano, gerado pela falta de alguma realização, que cessa com a libido, proporcionando assim a frustação e a melancolia, esta trabalhada por Freud na obra "Luto e Melancolia", que seria a angústia causada pela perda e/ou não realização de algum objeto.

O ministério da Saúde elenca alguns subtipos de depressão, são estes:

a) Distimia: sendo esta um quadro mais leve e crônico, pode muitas vezes ser confundidas com crises de ansiedade. Normalmente tem início na adolescência ou no principio da fase adulta, tendo duração de pelo menos dois anos, caracterizada por cansaço e desânimo, como também a perda do prazer com coisas que antes a proporcionavam.

b) Depressão Endógena: um pouco mais agressiva que a distimia, os sintomas pioram pela manhã e é marcado pela perca do prazer das ações que antes proporcionavam libido, esquecimento, lentidão psicomotora, perda de apetite e perda de peso, diminuição de reações de humor.

c) Depressão atípica: esta se caracteriza pela inversão dos sintomas, há excesso de fome e ganho de peso fora do comum, sonolência e sen-

sação de fadiga corporal, medo de rejeição e reação negativa a estímulos comuns do ambiente, tais como o som.

d) Depressão sazonal: comum em jovens que habitam lugares de maiores latitudes, com pioras no outono ou inverno. Caracterizada pela apatia, diminuição da atividade, isolamento social, sonolência, aumento de apetite, ganho de peso.

e) Depressão secundária: para essa, conservamos o texto natural do Ministério da Saúde, "É um quadro grave, caracterizado pela presença de delírios e alucinações. Os delírios são representados por ideias de pecado, doença incurável, pobreza e desastres iminentes. Pode apresentar alucinações auditivas;"

Podemos ainda elencar algumas causas que geram o transtorno depressivo, tais como a Genética, bioquímica cerebral[1], e eventos vitais, sendo esta uma das mais severas e destrutivas ao ser humano. Em certos casos o transtorno depressivo pode gerar até mesmo retardo motor, mudanças na atividade psicomotora, insegurança e anseio pela morte ou desejo suicida, como há casos de indivíduos que desenvolvem transtornos compulsivos ou que em últimos casos se desfazem de seus bens por sentimento de culpa e angustia incessante. Andrew Solomon, escritor ganhador dos prêmios National Book Award: Não-ficção e Lambda Literary Award For Autobiography/Memoir, ambos em 2001, e National Book Critics Circle Award for General Nonfiction em 2012, em uma das conferencias que deu na Tedxmet, fez o seguinte relato:

> "A trajetória nos diz muito, as pessoas pensam em depressão apenas como tristeza. Ela é excesso de tristeza, excesso de luto, por uma coisa qualquer. Ao me preparar para entender a depressão e entrevistar quem a vivera, percebi que havia gente à beira de ter uma depressão branda, e mesmo assim, ficava inca-

1 O Ministério da Saúde dispõe que há evidencias de deficiências de substancias cerebrais, chamadas de neurotransmissores, são elas a Noradrenalina, que é o neurotransmissor do sistema nervoso simpático e precursor da adrenalina; Serotonina, também conhecida vulgarmente como o hormônio do prazer, proporciona a sensação de bem-estar, e tem como função a condução dos impulsos elétricos entre os neurônios; e a Dopamina, assim como a serotonina, atua na regulamentação motora dos movimentos voluntários, do humor, da memória.

> pacitada por ela, e outros tinham algo descrito como depressão terrivelmente severa que viviam bem nos intervalos dos episódios depressivos... uma das primeiras convidadas descreveu a depressão como um meio mais lento de morrer, e foi bom ouvir isso logo de início porque me fez lembrar que esse jeito lento de morrer pode levar à morte real, que é um negócio sério, é a principal doença incapacitante do mundo, e as pessoas morrem disso todos os dias. Conversei com uma pessoa, quando tentava entender isso, uma amiga querida, que conhecia a anos, e tivera um surto psicótico no primeiro ano de faculdade e mergulhou em uma depressão horrível. Ela era bipolar ou maníaco-depressiva, como assim era chamado. E ela ficou muito bem por anos, tomando lítio, e depois, ela resolveu parar, para ver como ficaria sem ele, e teve outro surto e se afundou na maior depressão que eu já vira. Ela ficava no apartamento dos pais, meio catatônica, imóvel, dia após dia. Eu a entrevistei sobre essa experiência, anos depois. Ela é poeta e psicoterapeuta, chama-se Maggie Robbins. Quando a entrevistei ela disse: "Eu cantava 'Where Have all The Flowers Gone' o tempo todo, para ocupar minha mente. Cantava para expulsar o que minha mente dizia que era: 'Você não é nada. Você não é ninguém. Nem merece viver. ' E comecei a pensar seriamente em me matar."

O transtorno depressivo é uma doença que aos poucos consome o homem ao ponto dele mesmo não conseguir tomar decisões simples ou não conseguir exercer uma função que anteriormente para ele era algo simples. A maioria das depressões vem acompanhada de crises de ansiedade, variando a intensidade e duração ao passo que se diferenciam os subtipos depressivos. Essa ansiedade estagna o indivíduo, e não estão retidas a grandes decisões, coisas supérfluas como compras mensais, ou escolha da roupa do dia já são motivos do homem perder o senso de direção e a capacidade de escolha. O sentimento de fadiga e desânimo são outros fatores de incapacitação do ser. O próprio Andrew Solomon descreve que seu desânimo, quando tivera inicio sua depressão, era tão grande que deixava de almoçar porque se autoquestionava em ter que colocar o alimento no prato, deixava de ouvir a secretária eletrônica

porque se questionava se realmente valeria a pena ou se teria alguém que importasse ligar depois.

Em 2018 a Organização mundial de Saúde – OMS- declarou que até 2020, ano em que estamos, a depressão seria a doença mais incapacitante do planeta. Em 2019 a OMS e o Fundo das Nações Unidas para a infância – UNICEF-, em uma campanha em conjunto, publicaram que cerca de 20% dos adolescentes, em porcentagem mundial, sofrem de transtorno mentais, dentre os tais, de transtorno depressivo e, 15% dos jovens de baixa e média renda pelo mundo já consideraram suicídio como uma opção. A Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS- em relatório publicado em 2018 publicou que os transtornos mentais são os responsáveis por mais de um terço das incapacidades nas Américas, mas os investimentos ainda continuam muito abaixo do necessário para abordar a saúde pública.

As consequências e os números demonstram a necessidade de uma proteção maior ao individuo que sofre de depressão; seus direitos reais à suas garantias constitucionais carecem de serem salvos guardados pelo Direito. Então aqui que entramos no debate sobre a necessidade da relativização da capacidade jurídica da pessoa que tem tal quadro clínico como forma de proteger a sua própria existência como pessoa físico-jurídica e cidadão.

2. ISONOMIA MATERIAL É PRINCÍPIO DA CIDADANIA

Cidadania é um dos fundamentos básicos da Republica Federativa Brasileira, positivada no inciso II, do Art.1º da Constituição Federal. Ser cidadão de um país é declara-se sujeito às determinações legais que este propuser, é seguir o ordenamento jurídico posto; cidadania é um direito fundamental, ou seja, seguindo a teoria do positivismo jurídico, é um direito considerado como básico na norma posta e, banhando-nos também na teoria do Realismo Jurídico Norteamericano, é um direito conquistado por uma construção histórica, sendo assim, cidadania é a condição de pessoa que se declara sob ordenamento de um Estado, a qual faz parte, conquistada por fato jurídico (nascimento ou adquirido) – Realismo Jurídico- e se acha no gozo de direitos e garan-

tias – positivismo político- que lhe permitem participar da vida política da Nação. Observe também que a cidadania e todo o ordenamento jurídico são regidos por princípios que guiam e restringem todo o ideal e interpretações normativas.

Um dos princípios Constitucionais que regem as normas postas é o principio da isonomia/igualdade, que garante o tratamento igualitário a todos os cidadãos, independentes de sexo, raça ou cor. Não se trata de uma igualdade absoluta, onde se colocam todos os brasileiros em um mesmo degrau e se dá a eles um livro de regras e processos para viverem em um lugar que não se geraria igualdade alguma; fazendo uma analogia para entendermos melhor, se a igualdade fosse absoluta –formal- seria como colocar uma girafa e um guepardo na linha de partida de uma corrida e dizer que aquele que chegar primeiro poderá reinar sobre o outro, na lógica, podemos dizer que é obvia a vitória do guepardo com toda sua velocidade, mas para a girafa com todo o seu tamanho não teria chance alguma de vitória. A isonomia que a Constituição republicana garante é a isonomia material, é o direito de igualdade com bases nas desigualdades dos desiguais, nas palavras de Alexandre de Moraes:

> "...todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito..." (Alexandre de Moraes, 2017)

Ou seja, o principio da isonomia está garantido como forma de promover a igualdade de condições sociais, sendo um principio de eficácia transcendente agindo em dois planos para proteger a cidadania: frente ao legislador e/ou judiciário, vedando a criação de tratamento abusivo de normas legais a indivíduos em situações jurídicas idênticas.

E em outro plano, coibindo aquele que fará a interpretação de estabelecer entendimentos diferentes aos cidadãos por questões de sexo, cor, raça, religião ou posses. Sendo assim, podemos dizer que para o exercício da cidadania o principio da isonomia cria um degrau de possibilidades iguais a todos, de maneiras diferentes a cada individuo, baseado na limitação social destes.

3. CAPACIDADE DE FATO E CAPACIDADE DE DIREITO

Vimos que a cidadania é o gozo de direito e obrigações gerados pelo ordenamento jurídico que é regido de forma embrionária pelos princípios. Mas existem certas obrigações que são perplexas a um grupo exclusivo, podemos citar como exemplo o art. 9º da Constituição Federal que reserva a classe proletária o direito de greve. Essas exclusividades são as capacidades que o indivíduo tem para exercer algum fato jurídico; capacidade é a habilitação de uma pessoa a exercer atos da vida civil e em âmbito constitucional podemos dividi-la em capacidade de fato e capacidade de direito. Esta refere-se a aptidão para ser titular de direitos e obrigações, é a aptidão de ser cidadão, de gozar daquilo que a norma posta caracteriza como inerente ao ser humano pelo simples fato de ser humano, é a capacidade de gozar dos direitos fundamentais e sociais independente de limitações exorbitantes e desnecessárias, mas observe que a aptidão para ser titular não quer dizer aptidão para exercer tal direito, pois alguns direitos, como supradizemos, são reservados a grupos específicos, então se utilizando ainda do direito de greve, não podemos dizer que um adolescente de 13 anos que não pode exercer o direito de trabalhar poderia exercer o direito de greve. Aquele denota a aptidão real para o exercício do direito, tenha a ideia do seguinte, esse mesmo adolescente pode ter o direito para ser proprietário de uma casa, mas não pode gozar de certas faculdades inerentes a propriedade, como por exemplo, a alienação ou locação do imóvel. Entendamos isso melhor com as palavras do ministro Gilmar Mendes:

> "Quanto aos direitos fundamentais que não implicam exigência de conhecimento ou tomada de decisão, não seria possível cogi-

> tar da distinção entre capacidade de fato e capacidade de direito, pois o direito fundamental não poderia ser visto como dependente de limitação de idade, já que a sua fruição não dependeria da capacidade intelectiva do titular." (Gilmar mendes, 2012)

Assim, se a conduta não exigir uma tomada de decisão, limitação etária ou reserva de direito, a capacidade de fato e de direito torna-se uma só. Mas ainda há de se distinguir se o indivíduo que exerce o ato tem a capacidade civil para isso, pois pode até mesmo ter a capacidade de fato, mas estar impedido por fator diverso. Então podemos ainda subdividir a capacidade de fato, agora no âmbito civilista, em mais três: capacidade absoluta, incapacidade relativa e incapacidade absoluta; mas para nosso artigo vamos nos concentrar na incapacidade relativa.

3.1. INCAPACIDADE RELATIVA

A incapacidade relativa está positivada na lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em exatidão no artigo 4º de seu texto, que foi revisado pela Lei 13.146, de 2015:

> "Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
>
> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
>
> II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
>
> III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
>
> IV - os pródigos."

Estes são capazes de exercer alguns atos, lembrando que sob pena de anulabilidade ou nulidade do negócio jurídico a ser celebrado, devem ser acompanhados de tutores, quando menores de 18 e maiores de 16 anos, ou curadores se maiores de idade, mas não ficam totalmente impedidos de realizar atos sem serem assistidos, como a prestação de testemunho e o testamento. Em relação aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos,

a limitação de sua capacidade será determinada pelo juiz; e aqueles que, por causa transitória ou permanente – nesse artigo trataremos sobre os portadores de algum transtorno mental, mas o inciso não se restringe apenas a estes, podemos citar também aqueles que estão em coma, ou idosos com mal de *Alzheimer* como exemplos de indivíduos que são considerados relativamente incapazes-, não puderem exprimir sua vontade serão analisados de maneira personalíssima pelo magistrado para determinar a sua limitação mental, se parcial ou completa.

Veja que a expressão da vontade é fator determinante da capacidade relativa quanto ao inciso III, do art. 4º. Vontade é a faculdade humana exercida por cada cidadão de escolher livremente os atos que deseja praticar entre as alternativas possíveis, é a liberdade de consentir, é um componente de consciência de deliberação. Logo, surge assim uma nova capacidade, a capacidade de consentir, que se desenrola nos objetos do consentimento, tais como a honra, a saúde, o patrimônio e a vida; esta capacidade é demarcada por razões bio-psicológicas que produz a conclusão de que o individuo tem ou não o discernimento necessário para consentir, ou seja, exprimir a sua vontade.

Se o personal não tem tal discernimento e assim não pode exprimir sua vontade, mesmo que de forma temporária, este incorre em uma relativização da capacidade civil como forma de proteger ambas as partes em um ato negocial. Vejamos as seguintes jurisprudências:

> *"RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. LEI FEDERAL Nº 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA). RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE RELATIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE TJCE. -A Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), alterou profundamente o sistema de incapacidades estatuído pelo Código Civil. Assim, pela nova sistemática, são absolutamente incapazes somente os menores de dezesseis anos.* ***Todos os demais, inclusive os que por deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e os que por causa transitória, não puderam exprimir sua vontade, passam a ser relativamente incapazes****. Na hipótese, pois, encontra-se óbice ao reconhecimento da incapacidade absoluta da interditanda, razão que in-*

> *duz a decretação da incapacidade apenas relativa. Neste sentido: TJCE, Apelação nº 0008528-61.2014.8.06.0043, Relator: HERÁCLITO VIEIRA DE SOUSA NETO; Órgão julgador: 1ª Câmara Direito Privado; Data do julgamento: 08/02/2017. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo nº 0008147-58.2011.8.06.0043, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 1ª Câmara de Direito Privado desta Corte de Justiça, por unanimidade, em dar parcial provimento ao Recurso, nos termos do voto da Relatora. VERA LÚCIA CORREIA LIMA Relatora e Presidente do Órgão Julgador*
>
> (TJ-CE - APL: 00081475820118060043 CE 0008147-58.2011.8.06.0043, Relator: VERA LÚCIA CORREIA LIMA, 1ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 14/06/2017)"

> *"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERDIÇÃO - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - INCAPACIDADE RELATIVA - INCAPACIDADE QUE NÃO SE RESTRINGE A ATOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL - AMPLIAÇÃO DOS LIMITES DA INTERDIÇÃO - NECESSIDADE DIANTE DO ESTADO MENTAL DO CURATELADO. 1-* ***As pessoas alcançadas por doença que as impede de exprimir sua vontade são consideradas relativamente incapazes*** *- Lei 13.146/2015. 2- A interdição deve ser medida excepcional, afetando os atos de natureza patrimonial e negocial, sendo possível a sua ampliação, sempre com vistas à efetiva proteção da pessoa humana.*
>
> (TJ-MG - AC: 10000181419805001 MG, Relator: Carlos Henrique Perpétuo Braga, Data de Julgamento: 28/02/2019, Data de Publicação: 11/03/2019)"

Destarte, fica-nos claro que a falta do discernimento para julgar e exprimir vontade é gerador da relativização da capacidade civil, estando já arraigado ao "juridiquês". Mas observe o seguinte, a pessoa com distúrbio

depressivo, se severo, a qual traz retardo psicomotor, crises de ansiedade, desestabilização do humor e alteração na produção de substancias cerebrais necessárias para o bom raciocínio, não tem total faculdade para exprimir sua vontade de forma a não arrepender-se depois, porém, no dia a dia, estas não se encaixam como umas das amparadas pelo inciso III, estando totalmente desprotegida nos atos civis, principalmente aos de caráter negocial e patrimonial. Como podemos ver na seguinte decisão:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CURATELA. EXCEPCIONALIDADE. NÃO DEMONSTRADO QUE A APELADA NÃO ESTÁ APTA PARA DESENVOLVER ATOS DA VIDA CIVIL. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. I.A controvérsia dos autos cinge-se na possibilidade de o Apelante, filho da Apelada, tornar-se curador da mesma, tendo em vista que alega que sua genitora é portadora de instabilidade de personalidade,* ***sofre de depressão****, episódios de alucinações e confusão mental. Alega, portanto, que não está apta para exercer atos da vida civil. II. ALei 13.146 modificou o artigo 3º do Código Civil para determinar que somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, não havendo mais maiores absolutamente incapazes. Nesse contexto, todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no art. 3.º anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil. III. Eventualmente, podem ser tidas como relativamente incapazes, em algum enquadramento do art. 41.º do Código Civil, também ora alterado. Repise-se que o objetivo foi a plena inclusão da pessoa com algum tipo de deficiência, tutelando a sua dignidade humana. IV. Neste passo, a definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. V. Restou demonstrado no laudo emitido por psiquiatra que a Apelada sofre de transtorno bipolar, no entanto, a mesma faz tratamento ambulatorial e não possui deficit cognitivo. VI. Apelação conhecida e* ***não provida****.*
>
> (TJ-MA - AC: 00022926620168100058 MA 0233392018, Relator: LUIZ GONZAGA ALMEIDA FILHO, Data de Julgamento: 11/04/2019, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/04/2019 00:00:00)"

No caso em questão o simples fato de a apelada ter distúrbio dissociativo de personalidade já seria suficiente para atestá-la como relativamente incapaz, mas a mesma também sofre de distúrbio depressivo, o que a torna ainda mais vulnerável, necessitando de um curador e de um cuidado extra do Estado para proteger a apelada como cidadã e como humana. Lembrem que o direito a propriedade é direito fundamental do humano pelo simples fato de ser humano, e por ser enquadrado assim é protegido de forma a garantir que o proprietário não a perca em um momento de vulnerabilidade. Assim, surge a necessidade do depressivo ter a sua capacidade relativizada em momentos de crise, para que seus direitos sejam salvaguardados e a sua vulnerabilidade não o exponha a perigo social.

4. A IMPORTÂNCIA DA RELATIVIZAÇÃO DA CAPACIDADE PARA O DETENTOR DE DISTÚRBIO DEPRESSIVO

"Uma das primeiras coisas de estar depressivo é perder o interesse nas coisas...", frase marcante proclamada pelo ator americano Nicolas Kim Coppola que resume o principio do perigo de conceder a capacidade absoluta a uma pessoa em crise depressiva. Os institutos da capacidade civil são ferramentas que visam proteger o individuo em negociações de interesse do direito, resguardando a propriedade, os bens, a vida e a dignidade do mesmo. Então seria impossível separar os direitos fundamentais das capacidades civis tendo em vista que tudo a que estas protegem se referem aqueles.

Os relatos pessoais dos que sofrem de distúrbio depressivo nos mostram que quando eles se sentem sem esperanças, sob pressão, mal consigo mesmos, a probabilidade deles fazerem algo sem pensar nas consequências dos seus atos é maior; indivíduos em crise podem se colocar em situações de risco, com resultados de potencial perigo aos seus direitos. Entendamos que para garantir a dignidade desses a proteção dos seus bens também se é necessária, colocando a possibilidade de nulidade de determinados atos, e a supervisão de outros sob pena da mesma nulidade enquanto perdurar a crise depressiva, que é o momento onde de forma transitória a sua vontade não será expressa com

total discernimento, o que no futuro pode acarretar consequências nefastas a vida financeira e psicológica do personal.

Caio Fernando Abreu, jornalista e dramaturgo, descreveu o momento de crise da seguinte maneira: "Dias tristes, vontade de fazer nada, só dormir. Dormir porque o mundo dos sonhos é melhor, porque meus desejos valem de algo, dormir porque não há tormentos enquanto sonho, e eu posso tornar tudo realidade"; já a escritora e jornalista, Martha Medeiros, ao falar sobre o anseio de morte, disserta que mesmo após dormir, a vontade de morrer continuava a mesma. Nessas palavras podemos inferir que a angústia em meio a crise é tão intensa que a tomada de alguma atitude pode ser impulsiva e não lógica, nesse tormento a vontade humana não é de preservar sequer a vida, imagine o patrimônio pessoal, e ao passar esse momento, quando a vontade poder ser expressa de maneira consciente e lógica, a consciência do que fez vir à tona, os malefícios podem ser ainda piores, porque ao sentir a falta daquilo que negociou, digamos um patrimônio familiar, a crise voltará ainda pior.

A Constituição Federal de 1988 postula a dignidade como um de seus princípios básicos no art.1º, III, colocando assim um dever sobre o Estado para preservar a dignidade humana; a doutrina entende que a dignidade da pessoa humana é um conceito extremamente abrangente, sendo assim, podemos entender sem dificuldade alguma que proteger não só a psique, mas também a situação financeira do individuo, nisto se encontra patrimônios móveis e imóveis, se é necessário para assim tornamos a vida do indivíduo digna. Pelo princípio da isonomia material se é estabelecido uma igualdade com bases nas desigualdades dos desiguais, estes são todos aqueles que por algum motivo sócio-econômico-psicológico não detém as mesmas possibilidades de definir/exprimir/interpretar sua vontade em determinado momento ou negócio. Destarte, estabelecer uma igualdade com base na desigualdade do detentor de distúrbio depressivo é garantir a ele dignidade humana.

Assim como qualquer incapacidade, a relativização da capacidade do depressivo deve ser avaliada pelo Juiz, juntamente com uma avaliação medico psicológica, e assim a determinação de um curador que teria duas funções: primeiramente cuidar e interver pelo curatelado,

resguardando seus bens e atos negociais, não interferindo diretamente em atos pessoais como testamento e casamento e, em segundo plano, notificação de início e termino de crise depressiva, pois esta não é uma doença que se limita a um período de tempo ou um momento certo, ela é incerta quanto a todos os aspectos, inicio, duração, consequências e término, nas palavras de Andrew Solomon ao promover o documentário "Longe de casa", baseado em seu livro sobre família e diversidade, disse o seguinte:

> "Os outros problemas aparecem apenas à noite. Já a depressão aparece até mesmo ao meio-dia. Você a sente mesmo sob o sol mais brilhante. É como se estivesse perdendo o rumo e desaparecendo e desmoronando."

A curatela preservaria seu caráter transitório, afinal a relativização da capacidade para o depressivo é enquanto perdurar a falta de discernimento para exprimir sua vontade, sendo necessária a avaliação psicológica por tempo determinado pelo juiz. Dessa maneira o individuo estaria protegido contra ameaças a seu direito provocadas por si mesmo. Lembremos também que a curatela tem caráter assistencial, pois é o auxílio aos que não podem por si mesmo administrar seus bens e reger a sua pessoa, através disso, Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald conceituaram curatela como um mecanismo de proteção para aqueles que, mesmo maiores de idade, não possuem capacidade de reger os atos da própria vida, ou seja, "encargo imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior de idade que não pode se auto determinar patrimonialmente por conta de uma incapacidade".

Logo, percebamos que "curatelar" um individuo com depressão traria mais segurança jurídica aos seus negócios e proporcionaria um exercício pleno de seus direitos e de sua cidadania, sem trazer consequências funestas a propriedade do mesmo. Assim, incluir o transtorno depressivo como uma das causas de relativização da capacidade positivada no art. 4º, III, do Código Civil é garantir dignidade ao personal e zelar pela continuidade plena dos exercícios das faculdades do proprietário do bem.

CONCLUSÃO

A proposta desse artigo era de provar a necessária relativização da capacidade civil do portador de distúrbio depressivo. Para isso buscou-se mostrar o quadro crescente de portadores de depressão pelo mundo, identificar os sintomas e as consequências na vida do indivíduo, e defender que a proteção destes é questão constitucional e humana.

Podemos entender que a depressão é uma doença que pode se manifestar em qualquer individuo, a qualquer momento da vida, sem uma estabilidade emocional e que reduz o discernimento cognitivo, portanto, se torna uma ameaça para o direito de quem a sofre.

Inferimos que os institutos da capacidade são para promoverem a proteção dos direitos fundamentais, como também, postulação do momento que se rompe a linha tênue entre ter o direito e poder exercê-lo. Ressalta-se que a relativização da capacidade é maneira de proteger o individuo em atos negociais e que isso é necessário para proporcionar dignidade ao portador de distúrbio depressivo. Dessa forma, relativizar a capacidade é salvaguardar as relações dos desiguais.

Percebi ao decorrer da pesquisa o quanto é escasso a quantidade de publicações sobre o assunto, em âmbito jurídico; percebe-se então como tal artigo tem muito a contribuir, visto que a depressão é um tema cada vez mais discutido. As publicações em aspecto do direito sobre a depressão se fazem ainda mais necessárias, pois ainda não se sabe como trabalhar com os tais, e seguindo todo o aspecto axiológico do nosso ordenamento pátrio, trabalhar esse assunto é algo fundamental.

De mesma forma, caracterizar o depressivo como relativamente incapaz é dar mais um passo para a isonomia e para a evolução do direito humano. É reconhecê-lo como figura necessária à pátria e assim como cidadão amparado pela proteção jurídica. Assim sendo, espera-se, que essa pesquisa desperte o interesse para a realização de mais trabalhos nessa linha.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIAS DA ONU DISCUTEM COMO REDUZIR TRANSTORNOS DE SAÚDE MENTAL EM CRIANÇAS E ADO-

LESCENTES. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/agencias-da-onu-discutem-como-reduzir-transtornos-de-saude-mental-em-criancas-e-adolescentes/>. Acessado em 14 mar. 2020.

ANDRADE, Vander Ferreira. A dignidade da pessoa humana. São Paulo: Cautela, 2007

BOCK, Ana M. Bahia. Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia. 13º Ed. São Paulo – Saraiva, 2001.

CAVALCANTE, João Trindade – Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acessado em 22 mar. 2020.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERREIRA, Rayanne Cordeiro; GONÇALVES, Charlisson Mendes; MENDES, Patrícia Guedes – Depressão: do transtorno ao sintoma. Disponível em: < https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0828.pdf> . Acesso em 20 mar. 2020

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7º Ed. Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33º Ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

TRANSTORNOS MENTAIS SÃO RESPONSÁVEIS POR MAIS DE UM TERÇO DO NÚMERO TOTAL DE INCAPACIDADES NAS AMÉRICAS. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/transtornos-mentais-sao-responsaveis-por-mais-de-um-terco-do-numero-total-de-incapacidades-nas-americas/>. Acessado em 14 mar. 2020.

TESE FORMADA POR INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE OU PRECEDENTE OBRIGATÓRIO?

Luiz Alberto Pereira Ribeiro
Julia Lonardoni Ramos
Lucas Mantovani Chiquetti

INTRODUÇÃO

Hodiernamente se busca através do Poder Judiciário a efetivação dos direitos fundamentais e dos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Entretanto, diante da elevada litigiosidade em massa, esses princípios e direitos possuem dificuldades em serem legitimados pelos Tribunais em virtude da dificuldade de uniformidade nas decisões.

Em decorrência disso, constata-se que a existência de decisões uniformes é desejável e que traria uma maior isonomia e segurança jurídica. Portanto, dentre os instrumentos de uniformização, temos o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR – instituído pelo Código de Processo Civil atual (art. 976 a 987 do CPC).

Um dos principais temas de discussão sobre o IRDR diz respeito à natureza jurídica das suas decisões, ou seja, se trata de "precedente obrigatório" ou "jurisprudência vinculante".

Tal questão se deve ao fato de que o art. 927 do CPC trata como precedentes os "enunciados de súmula vinculante, do julgamento de

recursos extraordinário e especial repetitivos, de acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas".

Fato é que as decisões proferidas em IRDR são realizadas por Cortes de Justiça, as quais não produzem precedentes, mas sim jurisprudências vinculantes. Surge daí a discussão acerca de se realmente as decisões proferidas em IRDR constituem "precedente obrigatório" ou "jurisprudência vinculante".

Desse modo, verifica-se a necessidade de aprofundar o estudo acerca da vinculatividade das jurisprudências e dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de diferenciá-los e, posteriormente, realizar uma análise acerca da tese formada pelo IRDR, verificando se pode realmente ser classificada como um precedente obrigatório, conforme alude o CPC/15, ou uma jurisprudência vinculante. Para isso, utilizar-se-á do método dedutivo e dialético.

1. PRECEDENTES E JURISPRUDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Atualmente, se busca através do Poder Judiciário a efetivação dos direitos fundamentais e dos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Contudo, frente a diversos processos que versam sobre a mesma questão de direito e inexistindo precedente sobre o assunto, é inevitável que a Justiça civil produza decisões diferentes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p.579).

Foi nessa problemática que o Novo Código de Processo Civil (CPC/15) inovou ao trazer o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência como mecanismo a efetivar a segurança jurídica resolvendo litígios em massa. Contudo, ao inovar, o CPC/15 ressignificou os conceitos de jurisprudência e súmula e introduziu o conceito de precedentes.

O Incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR se caracteriza como um instrumento processual que possui como objetivo uniformizar a jurisprudência do tribunal suscitado, de modo a garantir isonomia e segurança jurídica.

Há de se ressaltar que precedente e jurisprudência são conceitos distintos, ainda que, muitas vezes, são vistos da mesma maneira. Por-

tanto, para que se possa realizar uma análise sobre natureza jurídica da tese formada através do IRDR, faz-se necessário a distinção dessas denominações.

Tem-se por jurisprudência, reiteradas decisões em um mesmo sentido. Já, o precedente se caracteriza como uma decisão que se repete em um caso idêntico ou essencialmente semelhante. Veja-se:

> Nesse sentido, a jurisprudência, ainda que não goze de autoridade formalmente vinculante, verifica-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para a solução de demandas, nas quais faz-se presente a reiteração de decisões em um mesmo sentido, gerando uma uniformidade que sirva de parâmetro de controle (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 1005).

Contudo, com o advento do CPC/15, o conceito de jurisprudência foi ressignificado ao emprestar força vinculante aos julgamentos de casos repetitivos no âmbito das Cortes de Justiça (art. 927, inciso III, CPC/15), dispensando a reiteração de decisões em um mesmo sentido, criando o conceito da "jurisprudência vinculante" (MITIDIERO, 2018, p. 96-97).

Pode-se distinguir a jurisprudência de jurisprudência vinculante a partir de três fatores, conforme leciona Daniel Mitidiero (2018, p. 104-105): O primeiro fator constitui-se no critério de formalidade, enquanto a jurisprudência não depende de uma forma específica, a jurisprudência vinculante é formal, dependendo, portanto de uma forma específica, qual seja, julgamentos de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência. O segundo fator verifica-se na obrigatoriedade ou não, sendo a jurisprudência não obrigatória e a jurisprudência vinculante, obrigatória, como o próprio nome diz. E, por fim, terceiro fator está relacionado à necessidade da reiteração ou não de julgamentos. Assim, na medida em que a jurisprudência necessita dessa reiteração, a jurisprudência vinculante não, bastando uma única decisão para que seja configurada.

O precedente, por sua vez, foi introduzido pelo Novo Código de Processo Civil e se forma através de uma decisão judicial necessaria-

mente julgada pelas Cortes Supremas, pois emanam exclusivamente das mesmas e possuem caráter obrigatório, ou seja, vinculante. Os precedentes são razoes generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 1005).

Daniel Mitidiero enfatiza a distinção desses conceitos levando em consideração a Corte julgadora:

> Daí que, em primeiro lugar, é preciso distinguir por uma vez mais o produto do trabalho das Cortes de Justiça – que depende ainda de uma forma específica para ser vinculante, qual seja a do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência – do produto das Cortes Supremas – que independente de semelhante forma, na medida em que não só recursos extraordinários e recursos especiais decididos na forma dos recursos repetitivos ou do incidente de assunção podem gerar precedentes (MITIDIERO, 2015, p.338).

Portanto, pode-se concluir que jurisprudência não possui o mesmo significado que precedente e que os mesmos são formados através de diferentes Cortes, enquanto a Corte de Justiça forma jurisprudências as Cortes Supremas formam precedentes. Esclarecidos esses conceitos, passa-se a analisar o incidente de resolução de demandas repetitivas e posteriormente será feita uma análise da tese formada por esse instituto.

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

Inovado pelo Novo Código de Processo Civil (CPC/15), o Incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR se caracteriza como um instrumento processual que possui como objetivo uniformizar a jurisprudência do tribunal suscitado, formando um "precedente" obrigatório, de modo a garantir isonomia e segurança jurídica.

Frente a diversos processos que versam sobre a mesma questão de direito e inexistindo precedente sobre o assunto, é inevitável que a

Justiça civil produza decisões diferentes (MARINONI;ARENHART;MITIDIERO, 2015, p. 579). Portanto, devido à grande dispersão jurisprudencial no país, o CPC/15 trouxe o incidente de resolução de demandas repetitivas.

De acordo com Luísa Rocha de Souza (2016):

> O incidente de resolução de demandas repetitivas é destinado às situações em que existem multiplicidade de processos com controvérsias sobre idêntico ponto de direito, com o objetivo de "fixar a tese jurídica aplicável a todos os casos". A tutela isonômica e efetiva dos direitos individuais homogêneos mostra o reconhecimento pelo legislador de que a "litigiosidade de massa" atingiu patamares insuportáveis em razão do modelo até então adotado, surgindo um movimento de formulação de técnicas de "tutela pluri-individual" voltada à justa composição das lides nas quais haja controvérsia preponderantemente sobre as mesmas questões de direito, objetivando racionalizar e atribuir eficiência ao funcionamento do Poder Judiciário e, de outro lado, assegurar a igualdade e a razoável duração do processo.

A litigiosidade em massa gera risco à segurança jurídica, em razão de divergentes decisões; compromete a isonomia, ferindo o princípio da igualdade; E, ainda, gera impactos econômicos para o Poder Judiciário, pois o custo da manutenção de enormes estruturas, internas e terceirizadas, para administrar a demanda massificada, torna-se um verdadeiro 'imposto' cobrado da iniciativa privada (AMARAL, 2011, p. 236).

Para Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2015):

> O contexto da litigiosidade atual, portanto, é delicado e de especial importância. É inegável a necessidade de se estabelecer uma técnica processual diferenciada para tutelar adequadamente as demandas isomórficas; não se admite, contudo, o distanciamento dos direitos fundamentais processuais, que devem ser revisitados para tal contexto. Trata-se, em suma, de atingir o equilíbrio, desenvolvendo instrumentos aptos a

> conferir tutela jurisdicional célere, efetiva e adequada à litigiosidade repetitiva.

Portanto, pode-se verificar que o IRDR constitui um importante instrumento inovado pelo Código de Processo Civil (CPC/15) para a solução de litígios em massa.

A instauração do IRDR se dá, de acordo com o artigo 976 do Código de Processo Civil, quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (Inciso I) e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (Inciso II). Ademais, inadmite-se o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (artigo 976, §4°, CPC/15).

Os legitimados para realizar o pedido de instauração do incidente, que será dirigido ao presidente de tribunal, são: o juiz ou relator, as partes e o Ministério Público ou a Defensoria Pública. (Artigo 977, CPC/15). A competência para julgar o incidente, de acordo com o art. 978 será do órgão colegiado designado pelo regimento interno, dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Ainda, o órgão competente realizará o juízo de admissibilidade (artigo 981), bem como julgará o processo que julgou o incidente (artigo 978, parágrafo único).

Admitido o incidente, o relator (Artigo 982) suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, comunicando os órgãos jurisdicionais competentes (Inciso I), poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, no prazo de quinze dias (Inciso II), e intimará o Ministério Público para se manifestar, no prazo de quinze dias (Inciso III).

Após, de acordo com artigo 983 do CPC, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em

seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. Garantindo a ampla defesa e o contraditório às partes e ainda, poderá designar data para audiência pública a fim de instruir o incidente (art.983, §1º). Após, concluídas as diligências, solicitará dia para o julgamento do incidente (artigo 983, §4°).

Ressalta-se que o julgamento deve ocorrer no prazo máximo de um ano, tendo prioridade sobre qualquer outro processo, salvo os casos de réu preso e habeas corpus. Caso o prazo seja superado a suspensão dos cessará, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (artigo 980).

Ademais, leciona Luísa Rocha de Souza (2016), que:

> Para fins de divulgação e publicidade da decisão, o novo Código impõe ao Conselho Nacional de Justiça a criação de um registro eletrônico (art. 979), assim como já ocorre nas demandas coletivas e com os recursos repetitivos. Os tribunais deverão manter um banco eletrônico com dados atualizados sobre as questões de direito submetidas ao incidente e atualizar o sistema do CNJ (§1°), que deverá conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos a ela relacionados (§2°). Isso deverá ocorrer tanto no julgamento de recursos repetitivos, como nos casos de repercussão geral em recurso extraordinário (§3°).

A ordem do julgamento será realizada conforme o artigo 984, CPC, e sua tese jurídica será aplicada, segundo o artigo 985, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (Inciso I) e aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do artigo 986 (Inciso II). A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados (Artigo 986).

Por fim, caberá do julgamento do mérito do incidente recurso extraordinário ou especial, com efeito suspensivo e presumindo a re-

percussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. A tese jurídica adotada pelas Cortes Supremas será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito, no território nacional (Artigo 987).

3. ANÁLISE DA TESE FORMADA ATRAVÉS DO IRDR

A introdução do conceito de precedentes no Novo Código de Processo Civil foi dada através do §2º, do artigo 926, o qual estabelece que "Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação".

A referência, pelo legislador, aos "tribunais" entende-se pelas Cortes de Justiça, bem como as Cortes Supremas. Nesse sentido, Daniel Mitidiero leciona que:

> A fim de bem trabalhar com um sistema de precedentes, é preciso distinguir no seio da organização judiciária cortes voltadas à justiça do caso concreto (as chamadas Cortes de Justiça – Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), cuja função é controlar a interpretação dos fatos da causa, da prova produzida e do direito aplicável ao caso concreto e fomentar o debate a respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência, das cortes voltadas à unidade do direito (as chamadas Cortes Supremas – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), cuja função é interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso país (MITIDIERO, 2015, p. 335).

Portanto, percebe-se que as Cortes Supremas detêm o dever de proporcionar a unidade ao direito mediante seus precedentes, diferentemente das Cortes de Justiça que são responsáveis por fomentar debates a respeito de quais seriam as melhores interpretações para os conflitos gerados pela interpretação do direito.

Ademais, faz-se mister ressaltar que apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Os

Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência. (MARINONI; ARENHAT; MITIDIERO, 2017, p. 1004)

A instauração do IRDR se dá pela verificação da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e quando haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (Artigo 976, CPC/15).

Ademais, roga o artigo 985, CPC/15 que a tese jurídica formada através do julgamento do IRDR será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (Inciso I) e aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. (Inciso II).

Portanto, observa-se que a tese jurídica formada pelo IRDR será vinculante, ou seja, obrigatória, vinculando o tribunal no qual foi julgado, bem como todos os juízes de primeiro grau.

Os artigos 926 e 927 do CPC/15 classificam o IRDR como um precedente obrigatório, o que se caracteriza um equívoco, senão vejamos. Como anteriormente dito, apenas as Cortes Supremas formam precedentes. As Cortes de Justiça (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça) formam jurisprudências.

Os precedentes são elaborados a partir da necessidade de que um argumento de validez de uma conclusão seja capaz de sustentar igual resultado diante de narrativas análogas (MARINONI, 2015, p. 399-419), diferentemente da tese formada por demanda repetitiva, que busca uniformizar litígios idênticos que se multiplicam. Ressalta, Luiz Guilherme Marinoni, que:

> O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas está na falsa suposição de que a sua decisão é um mero precedente, que, assim, poderia se aplicar a todos os litigantes sem qualquer violação de direitos fundamentais processuais. Ocorre que resolver uma questão que determina a solução de diversos

> litígios está longe de ser o mesmo do que resolver uma questão de direito que agrega sentido à ordem jurídica e, sobretudo, apenas tem a intenção de orientar a sociedade e os diferentes casos futuros que possam ser resolvidos pela mesma regra de direito ou pela mesma *ratio decidendi* (MARINONI, 2015, p. 408).

No mesmo sentido se posiciona o doutrinador Daniel Mitidiero, o qual sustenta o novo código rompe com o significado tradicional de jurisprudência ao emprestar força vinculante aos casos repetitivos e dispensar a múltipla reiteração de julgamentos como requisitos para sua configuração, passando a conhecer, ao lado da jurisprudência tradicional, a jurisprudência vinculante. (MITIDIERO, 2016, p. 103). Enaltece que:

> Ao contrário da jurisprudência, a jurisprudência vinculante não constitui um conjunto de julgamentos de casos de um dado sentido. Como deixam claro os arts. 927, III e V, 947 e 976 a 987, do CPC, a jurisprudência vinculante depende mais da forma com que o julgamento é realizado – mediante incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de controle de constitucionalidade – do que propriamente da reiteração de vários julgados (MITIDIERO, 2016, p. 103).

Distintamente, para Sofia Temer a decisão proferida no IRDR foi feita para ser "precedente", pois seu objetivo consubstancia-se em fixar uma tese que seja adotada pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados. Para a doutrinadora "Uma decisão só poderá ser considerada precedente, então, se dela puder ser extraído um padrão decisório para julgamento de outros casos [...] é o que classifica a decisão como precedente" (TEMER, 2018, p. 218-225).

Para tanto, verifica-se a existência de divergência doutrinaria a respeito da natureza jurídica da tese formada através do IRDR. Contudo, diante da notória diferenciação entre precedente e jurisprudência, considerando possuir, a tese formada através do IRDR, o status

de vinculante, bem como toda exposição acima, conclui-se que a tese formada através desse instituto se caracteriza como uma jurisprudência vinculante, pois, é formada por uma Corte de Justiça e, ainda, possui como objetivo solucionar litígios em massa acerca de um mesmo tema e não julgar um litígio que sirva de parâmetro para casos futuros, como seria o sistema de precedentes.

CONCLUSÃO

Frente a esse obstáculo, a litigiosidade em massa, o Novo Código de Processo Civil introduziu o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência como mecanismo a efetivar a isonomia e a segurança jurídica. Contudo, ao inovar, o CPC/15 ressignificou os conceitos de jurisprudência e sumula e introduziu o conceito de precedentes.

Portanto, o presente trabalho teve como objetivo a análise dos sistemas de precedentes e jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a análise da natureza jurídica da tese formada através do IRDR, classificando-a como jurisprudência vinculante ou como precedente obrigatório.

Basicamente, a diferença entre precedente e jurisprudência verifica-se na medida em que o precedente se caracteriza como uma decisão que se repete em um caso idêntico ou essencialmente semelhante, e, a jurisprudência se caracteriza por decisões reiteradas em um mesmo sentido. Ademais, foi explicitado que as Cortes de Justiça emanam jurisprudências enquanto as Cortes Superiores emanam precedentes.

O IRDR se caracteriza como um instrumento processual que possui como objetivo uniformizar a jurisprudência do tribunal suscitado, de modo a garantir isonomia e segurança jurídica. A natureza jurídica da tese firmada através desse incidente verificou-se como tema de discussão do presente trabalho, a fim de classificá-la como jurisprudência vinculante ou precedente obrigatório.

Pode-se concluir que, ainda que haja divergência doutrinarias acerca da natureza jurídica da tese formada através do IRDR, diante da notória diferenciação entre precedente e jurisprudência,

e, considerando possuir o status de vinculante, conclui-se que a tese formada através desse instituto se caracteriza como uma jurisprudência vinculante, pois, além de ser formada por uma Corte de Justiça, tem como objetivo solucionar litígios em massa acerca de um mesmo tema e não julgar um litígio que sirva de parâmetro para casos futuros, como seria o sistema de precedentes. Seu caráter vinculante se caracteriza como uma consequência gerada pelo Código de Processo Civil, que ao emprestar força vinculante a tese formada por demandas repetitivas, esta deverá ser aplicada a casos futuros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 196, jun/2011, p.236.

ALVIM, Teresa Arruda. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro**. Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas. – 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16/03/2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 22.jun.2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **jurisprudência x precedente.** Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/jurisprudencia-x-precedente>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

MARINONI, Luiz. Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** Volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comen-**

tado. 1 ed. ver. Atual. eampl. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. "O 'problema' do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos". **Revista de Processo**. Vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, Nov. 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. TEMER, Sofia. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Revista dos Tribunais online. **Revista de Processo**. vol. 243/2015. p. 283 – 331. Maio/2015. DTR\2015\7913.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo** | vol. 245/2015 | p. 333 – 349 | Jul / 2015 | DTR\2015\11014.

SOUZA, Luísa Rocha de. **Questões repetidas, cortes de justiça e cortes supremas.** (Trabalho de Conclusão de Especialização). 2016. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/handle/10183/158810. Acesso em: 28.jan.2019.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

A AÇÃO RESCISÓRIA COMO RISCO À GARANTIA CONSTITUCIONAL PELA ATENUAÇÃO DO RIGOR DA ESTABILIDADE ADVINDA DA COISA JULGADA

Valdeci Ataíde Cápua
Margareth Brandina Barbosa

INTRODUÇÃO

Tratada e definida de forma ímpar pelo mestre Pontes de Miranda, a Ação Rescisória, por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejulgamento, a seguir, da matéria nela julgada, foi chamada por ele de o *julgamento do julgamento.*

Único instrumento existente dentro do ordenamento jurídico brasileiro capaz de impugnação de decisões transitadas em julgado, a ação rescisória, elencada no art. 485, do CPC, permite desconstituir a sentença, bem como requerer o rejulgamento da causa.

Nove são as hipóteses de cabimento previstas pelo art. 485 do CPC, embora a ação rescisória, com base no inciso V, é aquela de maior incidência nos Tribunais, apresentando também considerável dificuldade a solucionar, devido às interpretações controversas da expressão "violar literal disposição de lei".

A coisa julgada no direito brasileiro pode ser desconstituída, basicamente, por três meios: artigo 966 – ação rescisória; artigo 535, I e 525, I – *querela nullitatis* e *exceptio nullitatis*, respectivamente; artigo

494, I – correção, de ofício ou a requerimento da parte, de inexatidões materiais; artigo 525, §12 e 535, §5º, impugnação da sentença inconstitucional.

Disposta no Novo Código de Processo Civil de 2015 e elencada nos artigos 966 a 975, a ação rescisória é instituto também existente no direito processual italiano, alemão, francês, português e abordado ainda no direito Canônico. A ação rescisória serve ao desfazimento da coisa julgada material, quer por motivos de invalidade (art. 966, II e IV, p. ex.) ou motivos de injustiça (art. 966, VI, e VIII, p. ex.). Não se deve, pois, estabelecer uma relação rescisória por ter espectro mais amplo.

É sabido ainda que quanto a sua propositura, a ação rescisória poderá ser interposta pelas partes litigantes, por terceiros interessados no resultado da demanda ou ainda pelo Ministério Público como fiscal da lei. Logo ela deve ocorrer para sentenças com trânsito em julgado (coisa julgada material), de natureza constitutiva negativa e com prazo decadencial de propositura de dois anos a contar do referido trânsito, além de, geralmente, ser composta por dois juízos, um em que se desconstitui a coisa julgada (*juízo rescindens*) e outro onde se regula o caso (*juízo rescisorium*).

Em relação ao projeto do novo Código de Processo Civil - no que diz respeito à ação rescisória - o que se pode notar é que se adotou a opção de não romper com projeto até então vigente, fato este que se percebe claramente no âmbito deste dispositivo, e tema maior deste trabalho monográfico, em especial pela poucas e pontuais alterações encontradas, seja em relação à localização da ação rescisória (do Livro I, titulo IX, Capítulo IV arts. 485 a 495 para o Livro II, Titulo I, Capítulo VII, arts. 966 a 975) ou mesmo pela preservação da maioria das hipóteses e fundamentos rescisórios até então vigentes.

A ação rescisória levanta a bandeira de ação autônoma de impugnação e inaugura, devido a isso, uma nova relação processual no direito. Para Moreira (2006), a ação rescisória, embora não seja recurso, constitui outro instrumento de impugnação disponível, cujo exercício, a rigor, demanda a irrecorribilidade da decisão.

Logo, vem-se tentar rever os mecanismos e os procedimentos existentes no processo de ação rescisória, as evoluções alcançadas com

o novo Código Civil e seu impacto no meio jurídico e social diante da desconstituição da decisão do mérito transitada em julgado, foco maior deste trabalho.

Este artigo foi construído sobre uma metodologia descritiva proveniente de uma pesquisa bibliográfica com abordagem teórica quantitativa para fundamentar a temática da ação rescisória como risco à garantia constitucional pela atenuação do rigor da estabilidade advinda da coisa julgada e para a realização da pesquisa bibliográfica, lançou-se mão de recursos como revistas, livros e artigos buscando-se analisar as informações, sem manipulá-las obviamente.

DOS PRESSUPOSTOS E OBJETO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Diante do universo jurídico que cerca a ação rescisória, é preciso conceituar algumas expressões sobre questões terminológicas muitas vezes utilizadas nas etapas necessárias a sua compreensão e, posterior, implementação. Deve-se destacar, por exemplo, que não se poder confundir rescisão com nulidade, uma vez que esta última, de acordo com Miranda (1999) "significa ser e não valer", enquanto a rescindibilidade, necessita de pressuposto legal para que a sentença, segundo o autor, "seja atacada e rescindida".

A rescisão também não tem o intuito de corrigir injustiças, como no caso dos recursos, mas, segundo Theodor Jr. (2006), serve como remédio jurídico para exame da prestação já entregue, em casos que mais interessam à ordem social que ao direito das partes.

> Rescindir, em técnica jurídica, não pressupõe defeito invalidante. É simplesmente romper ou desconstituir ato jurídico, no exercício de faculdade assegurada pela lei ou pelo contrato (direito potestativo). A se comparar com os mecanismos do direito privado, a rescisão da sentença tem a mesma natureza da rescisão do contrato por inadimplemento de uma das partes. Desfaz-se o contrato válido porque, em tal conjuntura, a lei confere à parte prejudicada o direito de desconstituir o vínculo obrigacional. Assim, também, acontece com a parte

> vencida por sentença transitada em julgado, se presente alguma das situações arroladas no art. 485 (THEODORO, JR., 2006; p.614).

Daí ser importante salientar o que diz a atual terminologia do Código de Processo Civil, em seu art. 485 que afirma que a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida, ao invés do vocábulo empregado na legislação anterior, que a expressava como nula. Nesse diapasão, Moreira (2006) define a rescisória, como "a ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejulgamento, a seguir da matéria nela julgada".

Para Miranda (1999), o que existe na ação rescisória é um "[...] julgamento de julgamento. É, pois, processo sobre outro processo. Nela, e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a sentença passada em julgado". Dessa forma, vê-se que se desenvolve fora do processo que proferiu a decisão.

Dessa forma, torna-se a ação rescisória um meio de impugnação excepcional, pois, segundo Barros (2004), se através de outro remédio jurídico processual é possível obter o mesmo resultado – recurso, exceção de incompetência, ação anulatória – não há de exercer a pretensão através da rescisão. Logo, a eficácia da sentença da ação rescisória é, preponderantemente, constitutiva negativa, ou seja, as partes voltam ao estado em que se encontravam antes da sentença rescindenda.

Assim, para que se admita a ação rescisória, é preciso que haja, além das condições da ação e dos pressupostos processuais, três itens, a saber:

> a) Uma decisão de mérito transitada em julgado;
>
> b) A configuração de um dos fundamentos de rescindibilidade (art. 966 do CPC);
>
> c) O prazo decadência de dois anos.

Não se admite ação rescisória sem que se alegue ou se demonstre a ocorrência de uma das hipóteses capituladas no art. 966 do CPC. O elenco de hipóteses do referido artigo 966 do CPC é taxativo. Em

outras palavras, Nery Jr e Nery (2006) lembra que "as hipóteses que ensejam a rescisão da sentença estão arroladas em *numerus clausus* na norma ora comentada. Este rol taxativo não admite ampliação por interpretação analógica ou extensiva".

No entanto, na objetividade e clareza de suas dissertações, Miranda (1998) destaca o conflito sobre existência e nulidade da sentença, que levou muitos, na antiguidade, a entender que a rescisão teria força declarativa, mas tal posicionamento não prosperou. A sentença declaratória, segundo Miranda (1998) tornou-se a busca tão somente por uma declaração, sem procurar proteger outra pretensão cuja sentença exija uma eficácia distinta.

> Ora, nulidade é causa de decretação de desconstituição, mas há plus em relação à rescisão. O *nullum* do direito romano não existia (=inexistente). O nulo, no pensamento jurídico posterior, existe, posto que alguns sistemas jurídicos e juristas baralhem os conceitos. Se o ato jurídico é nulo, precisa ser desconstituído, porque o nulo é; porque o nulo não produz efeitos, a relação jurídica que se entende derivar dele não existe. A ação para se decretar a nulidade é constitutiva negativa; a ação para declarar a inexistência da relação jurídica, que se pretende derivada do ato jurídico nulo, é declarativa negativa, razão para as confusões que pululam. Não há relação jurídica nula, nem direito nulo, nem pretensão nula, nem ação nula, nem pretensão anulável, nem direito anulável, nem pretensão anulável, nem ação anulável. Nulo ou anulável ou rescindível é o ato jurídico, inclusive o ato jurídico processual, como a sentença (MIRANDA, 1999; p. 110).

Vale dizer que o rol do art. 966 é taxativo. Segundo Bueno (2006), não comporta interpretação ampliativa ou analógica. Esse entendimento tranquilo e doutrina e jurisprudência afina-se a proteção da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

Há, porém, algumas ponderações. Em primeiro lugar, ainda há as hipóteses de cabimento de ação rescisória para a sentença que julga partilha (art. 475 da Lei nº **11.232 de 22 de dezembro de 2005)** que

se somam as hipóteses do art. 966. Em segundo lugar, defende Moreira (2006), é lícita a interpretação extensiva "que se limita a revelar o verdadeiro alcance da norma, quando a lei *minus dixit quam voluit*", como no caso da exegese do inciso VIII do art. 966, em que se deve compreender como nele incluída a previsão de rescisória como sentença que se basear em reconhecimento da precedência de pedido.

Enfim, o que importa verificar é que a ação rescisória somente se revela cabível se estiver configurada em uma das hipóteses previstas no art. 966 do CPC. Dentre tais hipóteses há algumas em que a ação rescisória destina-se a combater defeitos processuais, enquanto outras, objetiva a corrigir injustiças em sentenças plenamente válidas.

Um fato que se pode verificar no âmbito do sistema jurídico brasileiro é que, com a declaração da ineficácia e a inexistência, desconstitui-se o ato jurídico nulo, anulável, revogável, rescindível, reversível. Sobre isso declara Miranda (1999):

> Se se mesclam os dois conceitos, o da nulidade, que supõe invalidade e, de regra, ineficácia, e o de rescisão, que nada tem com nulidade, anulação e ineficácia, não se pode dar à ação rescisória o tratamento científico, que é de mister. A rescindibilidade concerne a sentença que vale e é eficaz; se, além de se comporem os pressupostos da pretensão à rescisão e da ação rescisória, os da nulidade ou da ineficácia se apresentarem, tem o juiz diante de situação semelhante à que se lhe oferece a cada momento: além da rescindibilidade (e. g., por vícios redibitórios da coisa), a nulidade ou a ineficácia do negócio jurídico (e. g., o comprador ou o vendedor foi menor de dezesseis anos ou o outro condômino não tomou parte nas declarações de vontade) (MIRANDA, 1999; p.129).

Logo, resta-nos apenas a objetividade de seguir a linha de raciocínio do autor quando deixa claro que a ação rescisória, em nosso ordenamento jurídico e no luso-brasileiro, optou pela natureza constitutiva negativa, uma vez que afastou a conceituação de que a sentença rescindível pudesse ser nula.

No entanto, é mister que se deixe claro que a ação rescisória se constitui num meio de impugnação excepcional, onde, por intermé-

dio de outro remédio jurídico processual – recurso, exceção de incompetência, ação anulatória – é possível obter o mesmo resultado, não há de exercer a pretensão através da rescisão. Assim, trata-se de uma ação cuja eficácia é preponderantemente constitutiva negativa, ou seja, as partes voltam ao estado em que se encontravam antes da sentença rescindenda. De onde disserta Miranda (1999):

> Rescindida somente a sentença do Tribunal de segundo grau de jurisdição, fica a sentença do primeiro grau de jurisdição. Rescindidas as duas sentenças, a do primeiro e a do segundo grau, fica tudo que não dependia do julgado, ou que não foi alcançado pela causa da rescisão. Do processo nulo por falta de citação inicial nada restará (MIRANDA, 1999; p.94).

Finalizando, podemos aqui utilizar as esclarecedoras palavras de Marcato (2005) palavras de acerca do preenchimento dos pressupostos processuais e condições da ação, na forma do art. 267, incisos IV e VI, do CPC.

> Contudo, três são os requisitos básicos indispensáveis para que seja possível sua admissibilidade: que a decisão rescindenda seja de mérito, portanto, amoldável a uma das hipóteses do art. 269, do CPC, que haja trânsito em julgado e que a causa de pedir esteja elencada em alguma das hipóteses contidas no artigo 485, do CPC. A falta dos dois primeiros pressupostos acarreta o descabimento da ação, por falta de interesse de agir (MARCATO, 2005; p.1.524).

E no fim desses procedimentos relativos ao cabimento da ação rescisória, encontra-se a sujeição ao prazo decadencial, uma vez que o direito de propositura se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da última decisão.

Quanto ao objeto da ação rescisória, afigura-se cabível para desconstituir decisão do mérito transitada em julgado. Em outras palavras, não cabe, em princípio, ação rescisória contra decisão que trate de matéria estranha ao *meritum causae*. Segundo Moreira (2006), tampouco é

possível rescindir acórdão que julgue recurso contra decisão interlocutória (art. 203, § 2º) ou final (Lei nº 11.232/2005) de primeiro grau ou de grau superior, sobre matéria estranha ao *meritum causae*.

Com efeito, é unívoco, o entendimento segundo o qual a ação rescisória, além das exigências comuns a qualquer demanda – ai incluída a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais – somente tem cabimento quando também estão presentes a existência de decisão de mérito transitada em julgado e a configuração de um dos fundamentos de rescindibilidade (pressupostos arrolados no art. 966 do CPC).

> O que importa é o trânsito em julgado. É indiferente que ele tenha ocorrido porque a parte não interpôs o recurso ou interpôs todos os recursos. Não há exigência de esgotamento das instâncias recursais para a propositura da ação rescisória. Eis o teor do enunciado n. 514 da sumula da jurisprudência predominante do STF: "Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos". Do mesmo modo, convém anotar que, ajuizada a ação rescisória antes do trânsito em julgado, precocemente, se esse acontecer, como fato superveniente, na pendência do processo rescisório, deve ser levado em conta pelo tribunal à luz do art. 462 do CPC. O Superior Tribunal de Justiça admite essa possibilidade. No REsp. 257.580/PR, rel. Min. Carlos Menezes Direito, publicado no DJ de 20.08.2001. p. 459, admitiu-se o preenchimento ulterior da condição da ação "possibilidade jurídica do pedido". E, como lembra Theotônio Negrão, "o disposto no art. 493 do CPC, tem incidência também na rescisória" (MOREIRA, 2006; p. 174).

A propósito, cumpre lembrar que o Código de Processo Civil brasileiro adotou a teoria de Eurico Tullio Liebman, segundo quem a ação é o direito a uma sentença de mérito. Para Liebman (1999), o conceito da lide coincide com o de mérito. Quanto a este – o mérito – identifica-se com o pedido formulado pelo autor, que consiste na pretensão ou no objeto litigioso do processo, em torno do qual gravita a atividade do juiz, a quem cabe sobre ele decidir.

> O pedido do autor é o objeto do processo. É ele manifestação da vontade dirigida a autoridade judiciária requerendo desta uma atividade de determinado conteúdo. Todo o desenvolvimento do processo consiste em dar a tal pedido o devido seguimento de conformidade com a lei, e o órgão público se desincumbe de sua função ao proferir os atos com que atende ao mencionado pedido (LIEBMAN, 1999; p.276).

Mérito, então, é sinônimo de objeto litigioso (composto pelo pedido e pela causa de pedir). Quando o juiz examina o pedido, está a analisar o mérito. Ao acolher ou rejeitar o pedido, o juiz estará julgando o mérito. É por isso que a hipótese contida na redação da Lei nº 11.232/2005, em razão da qual o processo é extinto com resolução do mérito, quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido, caracteriza o típico julgamento do mérito.

Ora, se a ação rescisória deve ser proposta contra decisão de mérito transitado em julgado, e se mérito é sinônimo de pedido, significa, então, que somente se afigura cabível a ação rescisória contra a decisão que examinou a pretensão, sendo certo que esta constitui o objeto litigioso, que consta da petição inicial da ação de conhecimento.

A prescrição e a decadência também constituem mérito, eis que se caracterizam por acarretar, respectivamente, a perda da pretensão ou a extinção do direito, consistindo, a bem da verdade, numa rejeição do pedido. Estão, como se pode ver, englobadas pela hipótese encartada na referida Lei nº 5.925/73. Quanto às demais hipóteses previstas por ato unilateral ou bilateral das próprias partes, cabendo ao juiz praticar, tão somente, uma atividade homologatória.

Nos casos previstos na Lei nº 11.232/2005, o juiz não emite propriamente uma decisão ou sentença. Nesses casos, segundo Shimura (2007), "substancialmente, não há sentença uma vez que a lide não foi propriamente julgada. A decisão não é propriamente fruto da análise e valoração dos fatos e do direito aplicável ao caso pelo magistrado". Ora, se há resolução do mérito, produzindo-se, consequentemente, coisa julgada material, cabível será a ação rescisória.

Significa que, em todas as hipóteses do artigo 487 do CPC (aí incluídas aquelas relacionadas com os incisos de tal dispositivo) cabe a ação rescisória, porquanto a resolução se opera com o julgamento do

mérito, produzindo-se coisa julgada material, que somente poderá ser desconstituída pela ação rescisória.

Realmente, segundo dispõe o art. 966 *caput* do CPC, "a sentença de mérito, transita em julgado, pode ser rescindida [...]". É correto o entendimento de que o termo sentença está aí utilizado como decisão que trate do mérito, seja ela sentença, decisão interlocutória ou acórdão. E, repita-se mais uma vez, mérito é o pedido formulado a petição inicial da ação originária. Significa, então, que a decisão que tratar o pedido, ou seja, a decisão de mérito, fundada e cognição exauriente, é que pode ser alvo de uma ação rescisória.

Tradicionalmente diz-se que as sentenças proferidas em procedimento de jurisdição voluntária não produzem coisa julgada material, logo não poderiam ser alvo de ação rescisória. Uma orientação predominante, embora não defendida neste estudo.

As sentenças proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntárias também se submetem a coisa material julgada, tornando-se imutáveis e indiscutíveis. No procedimento de jurisdição voluntária, há pedido, existindo, portanto, mérito. A sentença que o acolhe está a resolver o mérito, encaixando-se na hipótese do art. 487 do CPC. Desse modo, transitada em julgado uma sentença num procedimento de jurisdição voluntária, cabe ação rescisória com a finalidade de desconstituí-la em ração de algumas hipóteses previstas no art. 966 do CPC.

Nos termos do Código de Processo Civil de 1939, cabia ação rescisória tanto contra sentença de mérito como contra sentença terminativa. Para Miranda (2008), no sistema do atual diploma processual, somente se afigura cabível a ação rescisória contra decisão de mérito transitada em julgado.

Sem embargo disso - em que se desnuda o cabimento da ação rescisória apenas contra decisão de mérito transitada em julgado –, na visão de Miranda (2008), avulta respeitável entendimento doutrinário, no sentido de admitir a ação rescisória contra decisão que, embora não seja de mérito, tornou a questão preclusa, impedindo sua revisão.

> Eis o entendimento: por outro lado, pode acontecer a necessidade de recorrer-se a rescisória, quando a decisão última

> (rescindenda), embora não sendo de mérito, importou tornar preclusa a questão de mérito decidida julgamento precedente. Assim, se, por exemplo, o Tribunal recusou conhecer de recurso mediante decisão interlocutória que violou disposição literal da lei, não se pode negar a parte prejudicada o direito de propor a rescisória, sob pena de aprovar-se flagrante violação da ordem jurídica. É certo que a decisão do Tribunal não enfrentou o mérito da causa, mas dói por meio dela que se operou o trânsito em julgado da sentença de decidiu a lide e que deveria ser revista pelo Tribunal por força da apelação não conhecida. Não se pode, outrossim, dizer que se na sentença existir motivo para a rescisória esta deveria ser requerida contra a decisão de primeiro grau e não contra o acórdão do Tribunal cujo conteúdo teria sido meramente terminativo. É que nem sempre é possível fazer-se o enquadramento da sentença nos permissivos do art. 485. Mas se houve o *error in iudicando* no acórdão, o apelante sofreu violento cerceamento do direto de obter revisão da sentença de mérito, pela via normal da apelação que é muito mais ampla do que a da rescisória. Tendo-se em vista a instrumentalidade do processo e considerando que o *error in iudicando*, embora de natureza simplesmente processual, afetou diretamente uma solução de mérito, entendo que, nessa hipótese excepcional, a *mens legis* deve ser interpretada como autorização da ação rescisória, a fim de que, cassada a decisão ilegal do Tribunal, se possa completar o julgamento de mérito da apelação, cujo trancamento se deveu a flagrante negação de vigência de direito expresso (THEODORO JR, 2006; p.231).

Tal entendimento denota ser cabível a ação rescisória, mesmo quando a decisão final não for de mérito, se não houver outro meio para eliminar a ilegalidade. Imagine-se, por exemplo, uma demanda proposta contra um Município, vindo este a ser condenado por sentença com valor inferior a 60 (sessenta) salários mínios. Nesse caso, não há reexame necessário, de acordo com o § 2º do art. 475 do antigo CPC e incluído pela Lei 10.352/2001.

De todo modo, o Município interpôs recursos de apelação, o qual, distribuído ao relator, teve seu seguimento por este negado por ser deserto. Considerando que o município tenha perdido o prazo para interposição do agravo interno, o que fazer contra a ilegalidade contida na decisão que, reconhecendo deserção em seu recurso de apelação, negou-lhe seguimento? E se a sentença que condenou o município não contém qualquer vício, não sendo, portanto, rescindível? O que o município deve fazer?

Caberia assim, segundo tal entendimento, uma ação rescisória não contra a sentença condenatória, mas contra a decisão do relator que negou seguimento ao recurso de apelação.

> Ação rescisória. Apelação não conhecida por deserção. Precedentes da Corte. I. Precedentes da Corte considerando admissível a rescisória quando não conhecido o recurso por intempestividade, autorizam o mesmo entendimento em caso de não conhecimento da apelação por deserção. Ressalva do Relator. 2. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 3ª T., REsp n. 636.251/SP. Rel. Min. Caros Alberto Menezes Direito. j. 02.02.2005)

É que tal decisão, por conter violação literal a dispositivo de lei, encarta-se na hipótese do inciso V do art. 966 do CPC. Além do mais, não há outro meio para desconstituí-la, restando, apenas, a via da ação rescisória contra a decisão que, devidamente, reconheceu a intempestividade do recurso.

> "AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. PRAZO RECURSAL. SUSPENSÃO. GREVE. DEMONSTRADO QUE HOUVE ERRO NA CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL. SUSPENSO POR FORÇA DE PORTARIAS EXPEDIDAS EM RAZÃO DA GREVE DOS SERVIDORES. PROCEDE A AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, IX DO CPC. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, COM REJULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL, CONHECIDO E PROVIDO PARA AFASTAR

> A PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE (ART. 184 DO CPC)". (STJ, 2ª S., AR nº 466/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13.03.1996, publicado no DJ de 06.05.1996, p. 14.362). Em sentido contrário: "RECURSO ESPECIAL EM AÇÃO RESCISÓRIA, ARTIGO 966, V, CPC. OFENSA LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO DE MÉRITO. O recurso especial, lançado contra acórdão que julgou improcedente ação rescisória por não constatar contrariedade à literalidade da lei, deve demonstrar ofensa ao artigo 966, V, do CPC, e não apenas atacar os fundamentos da decisão rescindenda. Acórdão que não conhece de apelação diante da irregularidade no instrumento de mandato não veicula provimento jurisdicional de mérito, para o fim de ensejar ação rescisória. Recurso especial não conhecido" (STJ, 4ª T., REsp n. 489.562/SE, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 19.08.2003, publicado no DJ de 06.10.2003, p.277).

Segundo Souza (2007), de acordo com o art. 486 do CPC, as sentenças terminativas, que reconheçam a existência de coisa julgada, preempção ou litispendência (art. 485, V), impedem a repropositura da ação. Há, pois, sentenças que, embora se fundam ao art. 485, adquirem status semelhante aos daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 487 do CPC). Por isso, há quem admita a possibilidade de ação rescisória dessas sentenças, mesmo que não sejam de mérito. A ação rescisória pode impugnar toda a decisão judicial ou apenas algum ou alguns dos seus capítulos, quando então é designada de ação rescisória parcial.

Decisão que não examinou um pedido é, neste aspecto, inexistente e, portanto, não pode ser objeto de ação rescisória. Não se pode rescindir o que não existe. O que não é não fica imutável pela coisa julgada e, pois, não pode ser desconstituído. Decisão que não examinou um fundamento de ataque ou defesa, mas se o pedido existe, portanto pode ficar imutável pela coisa julgada material, porém com um defeito que autoriza a sua rescisão, em razão da violação aos arts. 141 e 492 do CPC.

É neste sentido que se deve compreender a Orientação Jurisprudencial n. 41, da SBDI-2 do Tribunal Superior do Trabalho: Ação Res-

cisória Sentença "*citra petra*". Cabimento. Revelando-se a sentença "*citra petita*", o vício processual vulnera os arts. 141 e 492 do CPC, tornando-a passível de desconstituição, ainda que não opostos embargos declaratórios. Não se admite a ação rescisória no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (art. 59 da Lei n. 9.099/1995), na ADIN e ação declaratória de inconstitucionalidade (art. 26 da Lei n. 9.868/1999) e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 12 da Lei n. 9.882/1999).

É possível, também, cogitar de coisa julgada material proveniente de *incidentes processuais*. Para Souza (2007) o incidente processual é procedimento que tem seu objetivo litigioso (mérito) e uma vez resolvido em *cognição exauriente*, pode dar ensejo a indiscutibilidade pela coisa julgada material. Assim, é preciso admitir, por exemplo, ação rescisória de decisão em conflito de competência que é incidente com mérito próprio (conflito entre órgãos jurisdicionais em torno da competência para julgar uma ou mais causas), distinto do mérito principal, mas nem por isso menos habilitado a produção da coisa julgada material.

Para Moreira (2006), não se pode esquecer que a competência, embora normalmente uma questão preliminar processual, pode também ser uma questão de mérito. Segundo Lima (2007), também se deve admitir rescisória de decisão em incidente de suspeição e impedimento, que veicula questão que, não obstante eminentemente processual, pode reaparecer em outro processo, como, por exemplo, o mesmo juiz diante da mesma parte, cuja presença levara ao reconhecimento de sua parcialidade.

Em tais situações, há mérito próprio, que acarreta a formação de coisa julgada material, não devendo mais a questão ser revista (efeito negativo da coisa julgada) e se impondo a observância do quanto decidido (efeito positivo da coisa julgada). Não sendo mais possível rever a decisão, e dela não cabendo mais qualquer recurso, revela-se admissível a ação rescisória, desde que presente uma das hipóteses previstas no art. 966 do CPC.

Enfim, cabe ação rescisória contra decisão de mérito transitada em julgado, ou contra decisão final do processo numa das hipóteses relacionadas no art. 966 do CPC, da qual não caiba mais qualquer recurso ou meio de impugnação.

LEGITIMIDADE

Tem legitimidade para propor ação rescisória que foi parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular. De igual modo, a rescisória pode ser intentada pelo terceiro juridicamente interessado (CPC, art. 967). Ainda que a parte tenha sido revel no processo originário, é-lhe conferida legitimidade para propô-la.

Demais disso, pode o Ministério Público propor a ação rescisória, seja na qualidade de parte, seja na condição de fiscal da lei. Nesta última hipótese, o Ministério Público tem legitimidade para propor a ação rescisória: a) se não foi ouvido no processo, em que era obrigatória a intervenção; b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.

O Ministério Público tem legitimidade para intentar ação rescisória, quando a sentença é o efeito, a fim de fraudar a lei. Tal legitimidade está expressamente prevista no art. 967, III, b, do CPC. Nesse caso, "o autor e o réu que contribuíram para a fraude deverão ser citados como litisconsortes passivos necessários" (CPC, ART. 115). Convém apontar o item VI do enunciado n. 100 do TST: "Na hipótese de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o Ministério Público, que não interveio no processo principal, a partir do momento em que tem ciência da fraude".

Além do Ministério Público, também tem legitimidade para ajuizar ação rescisória com fundamento em colusão para fraudar a lei e o terceiro juridicamente interessado. Realmente, vindo o terceiro a ser atingido com a fraude decorrente do conluio entre as partes, poderá, indiscutivelmente, ajuizar a rescisória.

Se, no processo originário, tiver havido pluralidade de partes, terá igualmente legitimidade para ajuizar a rescisória aquela que não havia participado do conluio. Até mesmo quem participou do conluio pode ajuizar a ação rescisória. Poderá, eventualmente, não dispor de interesse de agir, mas terá legitimidade para intentar a rescisória.

Enfim, a legitimidade para intentar a ação rescisória com fundamento em colusão para fraudar a lei é o Ministério Público. Tal legitimidade não é, contudo, exclusiva, podendo a rescisória, nesse caso,

ser intentada também por terceiro juridicamente interessado, por uma das partes que não participou do conluio, ou até mesmo por quem fez parte do conluio.

O art. 506 do CPC estabelece que a sentença faz coisa julgada as partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. O terceiro, diante disso, não teria, em princípio, legitimidade para intentar ação rescisória, eis que a coisa julgada não o atinge, não o beneficiando nem prejudicando.

Há casos, entretanto, em que a coisa julgada atinge quem não foi parte no processo. É o caso, por exemplo, do adquirente de coisa litigiosa, que, mesmo não tendo sido Parte no processo, será alcançado pela coisa julgada (CPC, art. 109, §3º). De modo igual, há quem, por também ser titular do direito discutido, seja atingido pela coisa julgada, mesmo não sendo parte no processo.

É o caso de uma ação proposta por um condômino, postulado de outrem a coisa comum. O outro condômino que não seja parte ou que não esteja na demanda será atingido pela coisa julgada. Nesse caso, e porque será atingido pela coisa julgada, poderia ingressar no processo como assistente litisconsorcial do autor. Além disso, o terceiro que intervém no processo, pelas formas de intervenção de terceiro (CPC, arts. 682 a 686) será atingido pela coisa julgada ou efeitos da decisão.

Na verdade, o terceiro juridicamente interessado é legitimado para propor ação rescisória, porque, segundo Costa (2002, p.129), "a *res iudicata*, apesar de, nos seus limites subjetivos de eficácia, só operar entre as partes, pode atingir de forma reflexa direito de estranhos que não foram parte no processo anterior (por exemplo, o substituto processual)". Para Costa (2002, p.130), só o interesse jurídico justifica a legitimação e não o meramente de fato.

No caso da legitimidade passiva, o Código de Processo Civil em seu art. 967, regula expressamente a matéria apenas no que se refere a legitimação ativa para a rescisória, não havendo qualquer disposição expressa a respeito da legitimação passiva. Em sede doutrinária, entende-se que todos os participantes da relação processual oriunda da ação matriz devem ser citados.

Como litisconsortes necessários, e já que o acórdão que será nela proferido atingirá a esfera jurídica de todos. Se o objeto da ação rescisória só disser respeito a algum ou alguns dos participantes do processo originário, somente esses devem ser citados como litisconsortes necessários, e não todos. Essa hipótese é frequente em situações em que houve litisconsórcio facultativo simples, e ação rescisória versa sobre o capítulo da sentença que envolve apenas um ou alguns dos litisconsortes.

> O litisconsórcio, na ação rescisória, é necessário em relação ao polo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou de obrigações que não adite solução díspar para os litisconsortes, em face da indivisibilidade do objeto. Já em relação ao polo ativo, o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência e não pela necessidade decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário a anuência dos demais para retomar a lide (INCISO I DO ENUNCIADO N. 406 DA SÚMULA SDO TST).

Merece consideração especial a possibilidade de que seja legitimado para integrar o polo passivo da ação rescisória, terceiro que não integrou a relação processual da ação matriz. Esta possibilidade depende diretamente do pedido deduzido no juízo rescisório.

A possibilidade acima referida relaciona-se perfeitamente com o caso de uma ação rescisória que objetiva exclusivamente a desconstituição do capítulo da sentença reservado a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios. O advogado da parte do processo originário, a época um terceiro, apresenta-se, nessa oportunidade, na posição de parte da relação jurídica material que está sendo objeto da discussão em sede de rescisória.

Assim, parece claro que essa ação rescisória trata de questão de interesse somente do advogado e não mais do seu cliente representado, o que torna imprescindível a participação daquele na relação processual estabelecida. Daí, a legitimidade passiva na ação rescisória deve

observar o capítulo da decisão que se busca rescindir, para identificar quem é o titular do direito ali certificado, que será parte legítima nessa ação autônoma de impugnação. Tudo isso está de acordo com a lição de Moreira (2006) quando trata da legitimação passiva na rescisória:

> [...] se, no outro processo, havia substituição processual, ocupando algum legitimado extraordinário a posição de autor ou de réu, e subiste a legitimação extraordinária, é da participação desse substituto que tem que se cogitar na rescisória. [...] Ressalve-se que, em se tratando de sentença objetivamente complexa, e o pedido de rescisão visar apenas um (ou alguns) dos distintos capítulos, será desnecessária a citação daquele (s) a quem, conquanto parte (s) no processo anterior, não diga (m) respeito o (s) capítulo (s) rescindidos (s). E para reforçar a ideia de que se deve observar a titularidade atual do direito litigioso (MOREIRA, 2006; p.94).

Moreira (2006) defende que, tendo havido sucessão *inter vivos* de objeto do litígio anterior, cabe ao sucessor à legitimação passiva em futura rescisória.

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória constitui demanda de competência originária de tribunal, não devendo ser ajuizada perante juízo de primeira instância, ao qual compete nem processá-la nem julgá-la. A regra de competência para processamento e julgamento de ação rescisória resume-se no seguinte postulado: os tribunais julgam as ações rescisórias de seus próprios julgados.

Assim compete ao STF processar e julgar as ações rescisórias de seus próprios julgados (CF/88, art.102, I, j). Ao Superior Tribunal de Justiça cabe processar e julgar as ações rescisórias de seus julgados (CF/88, art.105, I, e), já os Tribunais Regionais Federais processam e julgam, originariamente, as ações rescisórias de seus próprios julgados (CF/88, art. 108, I, b). Quanto aos tribunais estaduais, também detém

tal competência originária para julgar e processar as ações rescisórias de seus próprios julgados, estando, normalmente, tal competência definida em cada Constituição Estadual (CF/88, art. 125, §1º).

As decisões de mérito proferidas por juízes de primeira instância são desconsideradas, igualmente, por ação rescisória, que deve ser processada e julgada pelo tribunal ao qual está vinculado o juízo que proferiu a sentença. Assim, proferida a sentença por um juiz federal, a ação rescisória será processada e julgada pelo Tribunal Regional Federal ao qual esteja vinculado o juiz.

Por sua vez, a ação rescisória contra sentença de mero do juiz estadual será processada e julgada perante o respectivo tribunal de justiça. No caso de sentença proferida por juiz estadual investido de jurisdição federal (109, § 3º, CF/88) a competência será do Tribunal Regional Federal da respectiva região.

Proferida uma sentença de mérito, e não havendo recurso de apelação, é a própria sentença transitada em julgado, devendo a ação rescisória ser intentada junto ao tribunal ao qual o juízo está vinculado. No caso de apelação e essa não seja conhecida, não é o acórdão do tribunal que transita em julgado. É que, não conhecido o recurso, não se opera o efeito substitutivo previsto no art. 1.008 do CPC, restando incólume a sentença de mérito proferida em primeira instância. Aí, a própria sentença prolatada pelo juízo de primeira instância que transita em julgado. Para Nery Jr e Nery (2006), somente quanto à parte conhecida é que existirá o feito substitutivo do recurso.

No mais, remanesce íntegra a parte da decisão que não sofreu impugnação ou cuja parte do recurso não foi conhecida pelo tribunal. Então, a ação rescisória será intentada perante o tribunal ao qual está vinculado o juízo, objetivando desconstituir a sentença, e não o acórdão. Se, diversamente, a apelação for conhecida, há os seguintes resultados: a) não provida; b) provida, para reformar a sentença; c) provida, para anular a sentença.

Nas hipóteses a e b, opera-se o efeito substitutivo. Realmente, conhecida a apelação e, não sendo provida, o acórdão do tribunal substitui a sentença do juízo de primeira instância. De igual modo, se a apelação restou conhecida para, diante de um *error in iudicando*, refor-

mar a sentença, segundo Nery Jr e Nery (2006), será produzido efeito substitutivo, ou seja, o acórdão do tribunal passa a substituir a sentença prolatada pelo juízo de primeira instância.

Diante do efeito substitutivo, se não houver outros recursos ou se os que forem intentados não vierem a ser conhecidos, é o acórdão proferido pelo tribunal que transita em julgado. Para Moreira (2006), no geral, a decisão inferior, que vem a ser substituída, justamente porque não passará em julgado, era decisão ainda ineficaz. Como o acórdão *ad quem* conheceu do recurso, ela jamais alcançará a *auctoritas rei iudicatae*. Transitará em julgado, isso sim, a decisão do órgão *ad quem* – com ressalva da possibilidade, que acaso exista, de vir ele também por sua vez, a ser impugnada através de outro recurso.

Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça considera que o efeito substitutivo apenas estará presente nos casos de recursos conhecidos em seu mérito, sendo que, se conhecido, substituirá a decisão recorrida nos aspectos impugnados - Exceto nos casos de decretação de nulidade do *decisum* recorrido onde, a rigor, outra decisão deverá ser prolatada pelo *juízo a quo* (apenas no que respeita aos capítulos recorridos), não ocorrendo necessariamente *substituição – destaca Nery Jr. e Wambier (2002):*

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). PREMISSA FÁTICA INDICADA PELO ACÓRDÃO QUE NÃO TERIA SIDO REFUTADA PELO TRIBUNAL 'A QUO'. CAPÍTULO DA SENTENÇA REFORMADO PELO TRIBUNAL EM SEDE DE APELAÇÃO. EFEITO SUBSTITUTIVO DO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAR-SE PREMISSAS FÁTICAS CONSTANTES NA SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (AgRg no AREsp 466378 / BA – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – 3ª T – J. em 18/08/2016 – DJe de DJe 23/08/2016).
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO RESCINDENDA. AUSÊNCIA

> DE DECISÃO DE MÉRITO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 249 DO STF. APLICAÇÃO POR ANALOGIA. INCOMPETÊNCIA DO STJ. 1. A teor do art. 485, caput, do Código de Processo Civil, a apreciação do mérito é pressuposto para o ajuizamento da ação rescisória, o que não se configura quando a decisão rescindenda deixa de conhecer da matéria por ausência de requisitos de admissibilidade recursal. 2. Para o ajuizamento da ação rescisória é imprescindível que a decisão rescidenda tenha apreciado o mérito da demanda. Não apreciado o mérito recursal não se opera, por conseguinte, o efeito substitutivo do recurso, o que atrairia a competência desta Corte para a apreciação da ação rescisória. 3. Agravo regimental desprovido (AgRg na AR 5656/DF - Rel. OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) – 1ª Seção – J. em 25/02/2016 – Dje de 08/03/2016).

Positivada a hipótese, a ação rescisória deve ser ajuizada no próprio tribunal que exarou o acórdão. Já na hipótese posta sob c, não se produz o efeito substitutivo, mas sim efeito rescindente, devendo os autos retornar ao juízo de primeira instância para que ali seja proferida outra sentença. Ainda nas hipóteses a e b, se contra o acórdão proferido pelo tribunal for interposto recursos especial, e este vier a ser conhecido (e não provido ou provido para reformar o acórdão recorrido), é a decisão exarada pelo STJ que irá transitar em julgado, devendo a ação rescisória voltar-se contra tal decisão e ser ajuizada no próprio órgão.

Da mesma forma, se contra o acórdão do tribunal local for interposto recursos extraordinário, e este vier a ser conhecido (e não provido ou provido para reformar o acórdão recorrido) opera-se o efeito substitutivo, devendo a rescisória rebelar-se contra a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao qual competirá processá-la e julgá-la. Cabe, portanto, ao tribunal processar e julgar as ações rescisórias de seus próprios julgados, assim considerados quando proferidos em ações originárias ou no âmbito recursal, desde que conhecido o recurso e operado o efeito substitutivo previsto no art. 1.008 do CPC

CONCLUSÃO

Instrumento polêmico capaz de impugnação de decisões que já tenham transitado em julgado, a ação rescisória é uma ferramenta utilizada no universo jurídico cujas hipóteses de cabimento estão elencadas de forma taxativa dentro dos conteúdos dos incisos do art. 966 do CPC.

Seu objetivo maior se encontra diretamente ligado ao equilíbrio entre as parte que constituem o litígio, de forma que possa garantir a uma delas a faculdade de insurgir literalmente contra uma decisão judicial para garantir a segurança jurídica, representada então pela coisa julgada, eliminando, assim, quaisquer tipos de injustiças que possam acontecer, através do saneamento de vícios graves que não promovem a verdadeira justiça.

Entretanto, é necessário que, para que o mecanismo de ação da rescisória sejam possam ser implementados, assim como seus objetivos alcançados, é necessário que estejam os fatos previstos dentro dos incisos elencados no art. 966 do Código de Processo Civil.

É óbvio destacar que, para a utilização da ação rescisória, além da necessidade de existir um dos pressupostos taxativos contidos nos incisos do art. 966, é preciso também a confirmação da decisão transitada em julgado na qual não caiba mais recurso, bem como a observação do prazo decadencial de 02 (dois) anos para a sua propositura.

Apesar de todas as peculiaridades que possui a ação rescisória, é válido lembrar ainda que se trata de um instrumento jurídico que vem garantir à sociedade certa pacificação e a tranquilidade de que poderá se lançar mão desta ferramenta judicial nos momentos em que se caracterize uma das graves hipóteses previstas pelo legislador, garantindo assim que será realizada, não apenas uma justiça formal, mas sim uma justiça efetivamente substancial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, E. S. **Coisa julgada inconstitucional e limitação temporal para a propositura da ação rescisória**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, p. 55-98, abr/jun., 2004.

BUENO, C. S. **A nova etapa da reforma do código civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. I.

LIEBMAN, E. T. **O despacho saneador e o julgamento do mérito**. Revista dos Tribunais, 767:737-753, setembro, 1999.

LIMA, T. A R. **Exceção de suspensão de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento do incidente**. Revista Dialética do Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2007, n.48.

MARCATO, A. C. **Código de processo civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, F. C. P. **Tratado de ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 2008.

MIRANDA, F. C. P. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JR. N; NERY, R. M. A. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6 ed. São Paulo: RT, 2006.

NERY JR, N; WAMBIER, T. A. A (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5. p. 401

SHIMURA, S. **Embargos de divergência. Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo: RT, 2007.

SOUZA, B. P. **Introdução aos Recursos Cíveis e a Ação Rescisória**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. 2.

A POSSIBILIDADE DE INSTRUMENTALIZAR AS MANIFESTAÇÕES DE VONTADE PARA COMPROVAR A SOCIEDADE DE FATO NAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS

Valdeci Ataíde Cápua
Margareth Brandina Barbosa

INTRODUÇÃO

A dinâmica de uma relação monogâmica, tradicionalmente baseada em ideais filosóficos, antropológicos e teológicos de exclusividade sexual, social e conjugal entre dois indivíduos, tem sido a norma histórica estabelecida para a maioria dos relacionamentos conjugais.

A sociedade sempre conceitualizou classicamente relacionamentos românticos através do fenômeno conhecido como heterossexualidade compulsória, uma pressão exercida sobre um indivíduo na sociedade para assumir automaticamente uma identidade heterossexual, independentemente dos seus sentimentos, assim como em relação à monogamia compulsória onde os indivíduos respondem à pressão social para viver em um relacionamento monogâmico mesmo quando são orientados para outros tipos de relacionamentos.

Conceitos clássicos de família e parentesco têm sido historicamente definidos dentro dos parâmetros de ligação monogâmica reproduti-

va, traduzida pela cultura dominante através da ideia de que relações legítimas só existem dentro de uma estrutura binária em vez de uma estrutura de grupo e que a única ligação de par familiar válida existente é a de uma relação binária entre dois heterossexuais.

Dessa forma, a monogamia passou a ser considerada a norma romântica para se estabelecer uma família e o parentesco. Relacionamentos alternativos, como a poliafetividade, que denotam o envolvimento de três ou mais pessoas, ou seja, um relacionamento romântico grupal, muitas vezes enfrentam preconceitos e estigmas sociais.

As relações poliafetivas, ou poliafetividade, são essencialmente um relacionamento de grupo comprometido, de três ou mais adultos consensuais, que se diferencia do poliamor justamente pelo seu foco na família e não no indivíduo. Ao contrário de um conceito similar referido como poligamia, a poliafetividade denota um espírito igualitário e recíproco onde todos os membros se beneficiam da relação de uma maneira não exploradora.

Ao observarmos as searas do direito de família, quando se toca nos conceitos e origens da poliafetividade, a extensa fundamentação teórica que existe a esse respeito torna possível se chegar ao cerne da constitucionalização do Direito Civil e a devida aplicação dos direitos fundamentais diante das mutações que família tradicional sofreu com a pluralidade de novos e complexos arranjos, dentre os quais se destacam as uniões livres, homoafetivas, monoparentais, famílias reconstituídas, simultâneas e reproduções assistidas.

Cabe ressaltar que na investigação dos efeitos jurídicos da multiparentalidade e da poliafetividade é preciso apresentar respostas às demandas desafiantes dos fatos marcados por formações e arranjos plurais, relações interprivadas e nas famílias, captando inclusive os desenvolvimentos tecnológicos nele situados como, por exemplo, as possibilidades e os paradoxos da inseminação artificial.

Outro ponto interessante se dá pelo fato de que o Direito das Famílias sempre foi visto sob o prisma constitucional como base dos princípios e valores do seu próprio ordenamento, uma vez que a afetividade, ainda que implícita, encontra fundamento na Carta Magna por embasar-se na dignidade da pessoa humana, na solidariedade social e igualdade.

Logo, a ausência da previsão constitucional expressa acerca das uniões poliafetivas - traduzida como um silêncio eloquente da Constituição frente aos direitos e reconhecimento do amparo jurídico às relações poliafetivas - traduz o limite que as relações monogâmicas impõem à atuação do legislador na ampliação do direito fundamental a esses indivíduos, contrapondo-se de forma direta ao novo direito de família, notoriamente pautado no vínculo afetivo e não mais em dogmas sacramentais do matrimônio clássico.

Sendo assim, faz-se necessária uma análise acerca das consequências jurídicas das relações poliafetivas, calcada sobre a jurisprudência farta que fortalece toda e qualquer discussão no universo jurídico numa união esclarecedora entre a teoria com os casos práticos da vida cotidiana fortalecendo os posicionamentos adotados pelos tribunais nas suas vicissitudes. Momento em que este estudo vem buscar compreender melhor a dinâmica desse relacionamento e as múltiplas implicações para a mudança social, entendimento das famílias alternativas e vantagens e desvantagens de se engajar nessa relação.

Este estudo foi embasado sobre uma pesquisa exploratória com o intuito de tentar esgotar a temática da possibilidade jurídica da pluralidade de vínculos familiares através da multiparentalidade como **consequência da parentalidade socioafetiva em curso no meio social -** além de se analisar **as novas estruturas parentais apresentadas pela sociedade e a proteção jurídica que lhes é inerente.**

UMA VISÃO DA CLÁSSICA DA TEORIA DO DESENVOLVIMENTO HUMANO

Landridge (2008) defende que teóricos do desenvolvimento clássico como Freud, Erickson, Piaget e Kohlberg foram paradigmaticamente enraizados na crença de que uma relação monogâmica é a única forma madura ou válida de conexão romântica duradoura com os outros. Freud inclusive postula a ideia de que a sexualidade humana é essencialmente de natureza libidinal, descrita como polimorficamente perversa, na qual os seres humanos podem fixar-se em uma variedade de fontes objetivadas de prazer (FREUD, 1920).

Nessa abordagem teórica para o desenvolvimento de relacionamentos, um ego maduro é descrito como algo que passou a reconhecer o uso adequado da energia sexual por meio da ligação de pares reprodutivos (Gabrinetti e Ozler, 2014). Segundo os autores, Freud chegou a sugerir que a seleção de parceiros sexuais é altamente influenciada pelo desenvolvimento relacional da criança com seus pais. Esta teoria é tão enraizada na monogamia ou no mínimo uma relação binária primária, que não há consideração de que um indivíduo possa querer se expressar sexualmente no contexto de um grupo de outros (HALL, 2009).

Segundo Walker (2010), Freud é frequentemente criticado por sua falta de compreensão cultural relacional da diversidade nas famílias ou no parentesco. Para Sheff (2014), o legítimo vínculo sexual entre casais postula que a única orientação sexual legítima é uma conexão monogâmica entre um homem e uma mulher.

Pensar e construir um pensamento jurídico sobre a socioafetividade só é possível a partir da compreensão de que família não é um elemento da natureza. É da cultura. E nesse sentido os franceses Claude Lévi-Strauss, com sua antropologia estruturalista, e o psicanalista Jacques Lacan, já demonstraram isso ao mundo. Se a família é um fenômeno cultural, e não natural, ela pode sofrer variações no tempo e no espaço. E é por isso que a família está sempre se reinventando. Se assim não o fizesse ela talvez nem existisse mais.

A psicanálise lacaniana trouxe talvez a maior contribuição para o conceito de família de que temos atualmente, e ele é importante para o mundo jurídico a fim de se buscar e atribuir direitos, como, por exemplo, proteção do bem de família e sua impenhorabilidade. Para Langdridge (2008), família é uma estruturação psíquica, na qual cada membro ocupa um lugar, uma função. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filho, sem, entretanto estarem necessariamente ligados biologicamente.

Em contraste, lembra Langdridge (2008), a teoria de desenvolvimento cognitivo e teoria social de Piaget está enraizada em um modelo progressivo de estágio, no qual as crianças gradualmente amadurecem mentalmente através da modelagem parental e das experiências sociais ao redor. Essa abordagem transformadora da matu-

ridade está novamente enraizada no paradigma de um relacionamento adulto monogâmico.

Segundo Kimmel (2015) emerge daqui um conflito se o indivíduo é incapaz de se adaptar com sucesso aos papéis apropriados. Embora essa teoria não defina explicitamente que a monogamia é a única forma saudável de intimidade, sugere que o casamento monogâmico é talvez a forma mais bem sucedida e enriquecedora de intimidade.

Nessas etapas, a moralidade baseada na conformidade com os padrões sociais determina o comportamento de relacionamento modelado apropriado. Como o casamento monogâmico é paradigmático, as não-monogamias são frequentemente apagadas sistemicamente, assim como identidades sexuais ou de gênero não-conformes (CONLEY ET AL, 2013).

Emerge dessa linha de pensamento monogâmica o princípio da mínima intervenção do Estado nas relações familiares, traduzindo uma justificativa que obriga o reconhecimento jurídico do poliamor, uma vez que as relações familiares são qualificadas por um nível tão grande de autonomia dos seus protagonistas que ao Estado cabe apenas assegurar as condições necessárias para o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais.

Nesse sentido Santiago (2014) destaca que não há mais espaço para que o Estado intervenha de forma indevida com o objetivo de modular os efeitos da família, algo inviável uma vez que ela em si mesma representa um espaço próprio de múltiplas possibilidades.

> Os indivíduos adeptos ao chamado poliamor devem desenvolver, livremente, seus projetos de vida em família, sendo ilegítima e inconstitucional que o Estado possa intervir nas hipóteses onde a relação familiar é travada por pessoas livres e iguais. Se três ou mais sujeitos desejam desenvolver sua dignidade por intermédio do poliamorismo, o Estado não pode usar de nenhum fundamento jurídico para impedi-los. Cada pessoa, no

> âmbito do seu espaço familiar, precisa ser livre para exercer sua própria dignidade e personalidade da forma que achar mais adequada, sob pena de frustração indevida de seu projeto íntimo de felicidade. No caso de alguns entenderem que o poliamor satisfaz seus anseios existenciais enquanto membro de uma família, não há que se admitir qualquer ingerência contra esse legítimo exercício da liberdade de orientação sexual e de constituição de entidade familiar. Ninguém pode definir o modo mais adequado para se alcançar a felicidade, senão o próprio titular dessa pretensão de felicidade (SANTIAGO, 2014; p.169).

À revelia do que deveria ser, lembram Medeiros e Porto (2015), os relacionamentos entre mais de dois parceiros ainda tendem a parecer "absurdos" aos olhos das sociedades ao redor do mundo. Porém, a monogamia muitas vezes não alcança seus objetivos, embora sua "falha" como modelo de união estável e amorosa não dos outros modelos, por si só, viáveis. No entanto, o fracasso frequente da monogamia pode nos dar motivos para fazer uma pausa antes de considerar absurda a possibilidade de alternativas. E, como o poliamor não é frequentemente visto pelos olhos do público, raramente somos expostos à sua realidade.

Para Maluf e Maluf (2016) alguns indivíduos estão mudando a maneira como se unem, enquanto outros não estão satisfeitos com os pares e vem lutando para expandir a causa do casamento em favor de casais do mesmo sexo, para uma dimensão diferente trocando as preocupações com restrições de gênero para a remoção de restrições numéricas sobre o casamento monogâmico atualmente imposto pelo Estado. Essas pessoas chamam a si mesmas de polamoristas e buscam direitos para seus relacionamentos de múltiplos parceiros.

Claro que a poligamia não é novidade para a espécie humana. Na verdade a relação humana mais natural envolvendo o homem e a história está repleta de uma variedade de abordagens às relações poligâ-

micas. Nos últimos séculos a preferência da sociedade pela monogamia se desenvolveu, mas essa preferência se mostrou robusta, pois a maioria dos governos ocidentais apoia veementemente a monogamia como a única opção conjugal (MEDEIROS e PORTO, 2015).

Este comentário explora a poliafetividade e analisa os argumentos tradicionais legais, políticos e sociológicos a favor ela. Enquanto a maioria da poligamia em todo o mundo deriva de bases culturais ou religiosas, este estudo concentra-se principalmente na poligamia livremente introduzida. Os argumentos tradicionais de direitos humanos contra a poligamia cultural e religiosa não se aplicam necessariamente à poliafetividade livre de coerção, que deixa o Estado sem uma razão convincente para proibir essa relação.

Há que ser pensado o fato de que as relações poliafetivas estão se desenvolvendo não por meio de ensinamentos cultural ou religiosamente enraizados, mas sentimentos naturais de amor por várias pessoas, ou seja, calcados no amor e na afetividade, embora ainda hajam estigmas sociais e preconceitos derivados por serem relacionamento não monogâmicos, o que inclui, além da ausência de proteção legal em diversos aspectos, ter que lidar com a rejeição de amigos e familiares e gerenciar o bem-estar das crianças (McDONALD, 2010).

UMA ABORDAGEM À NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA DA AFETIVIDADE

Santiago (2014) é enfático ao defender a natureza principiológica da afetividade pelo fato de a preceituar que devem ser atingidos estados ideais de coisas vinculados à dignidade humana como, por exemplo, a liberdade, igualdade, solidariedade, autodeterminação afetiva, valorização do afeto, desenvolvimento da personalidade e a promoção de aspectos existenciais. Enfim, ressalta o autor, o princípio da afetividade estabelece absolutamente todos os fins tutelados pelo Direito de Família.

Para Santiago (2014) os laços de sangue não são fortes o suficiente para sustentar e garantir a paternidade e a maternidade, e nem mesmo um liame jurídico predeterminado. O sustento está no afeto e na estrutura psíquica que se cria a partir dele. Por isso é que se pode dizer que a verdadeira paternidade é adotiva, isto é, se não se adotar, de fato

e verdadeiramente, o filho, mesmo biológico, não haverá o laço fundamental que estrutura a relação de paternidade/maternidade.

Nessa seara é inevitável citar o parecer do Mestre Caio Mário Silva Pereira (2012) ao entender que o princípio da afetividade assinala um gênero de condutas que dependem de prescrições específicas de outras normas que dele derivem, embora não tenha a pretensão de criar uma solução específica, mas de contribuir para uma tomada de decisão:

> [...] No momento em que enfatiza o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, *ab initio*, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos de ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não por coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos da solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos assumirem suas independências. Essa é a verdadeira diretriz prelecionada pelo princípio da afetividade (PEREIRA, 2013; p.60).

Dessa forma denota-se que haja uma relação de dependência dos filhos em relação aos pais pela afetividade assim como a solidariedade entre os cônjuges, o afeto entre os membros da família, o respeito, a dignidade humana, o respeito à pluralidade no âmbito da família. Nesse sentido a afetividade, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2011) destacam que o princípio da afetividade estabelece um gênero de condutas progressistas e natureza existencial, que se encontram interligadas por prescrições específicas em outras normas. No mesmo patamar ainda a relação que possui com as normas de proteção da criança e do adolescente, quando servem de vetor de orientação de um gênero de conduta dos pais ou representantes.

Para Santiago (2014) o princípio da afetividade prescreve que seja propiciado pelos cônjuges um espaço composto por harmonia e que possibilite um bom desenvolvimento da personalidade de seus filhos num espaço de felicidade, compreensão, amor e cuidado que destine assistência material e afetiva, pontos essenciais de gênero de condutas estipuladas pela afetividade.

O destaque que deve ser dado à questão da afetividade reside pelo fato de a mesma estar no centro da "conexão" entre os integrantes da família devido aos sentimentos que os unem. Porém, afirma Calderón (2013) após sua identificação a partir do sentido estrito, não pode se traduzir num dever legal imposto aos componentes da família, uma vez que não é possível obrigar uma pessoa a desenvolver sentimentos pela outra:

> A afeição é um sentimento que se tem em relação a determinada pessoa ou a algum bem. Afeiçoar-se significa identificar-se, ter afeto, amizade ou amor. Os membros de uma família, em sua maioria, possuem laços de afeição uns com os outros. Entretanto, isso não é uma realidade absoluta. Há entidades familiares desgraçadas por inimizades capitais e por relacionamentos praticamente nulos. Ora, nenhuma pessoa pode ser compelida a afeiçoar-se a outra, pouco importando se há entre elas algum parentesco ou não (CALDERÓN, 2013, p. 48).

Dessa forma, não há que se confundir a afetividade, enquanto princípio do Direito, com o afeto, como fator psicológico ou anímico, visto que pode ser presumida quando este não mais existir na lógica fática das relações. Lôbo (2011a) entende aqui que o princípio da afetividade indica que o afeto pressupõe, também, o contrário, uma vez que amor e o ódio, sentimentos que se complementam, são tidos como os dois lados de uma moeda pela distância mínima que mantem um do outro. "[...] Na falta do afeto, a lei precisa se sobrepor para colocar limites onde não foi possível pela via do afeto", destaca Pereira (2012), que ainda afirma que deve-se sempre respeitar a dignidade e a autodeterminação afetiva dos integrantes da família.

Sendo assim, só é possível pensar e considerar a socioafetividade, e sua consequente multiparentalidade, porque a família, ao deixar de ser, essencialmente, um núcleo econômico e de reprodução, perdeu sua rígida hierarquia patriarcal e tornou-se muito mais o espaço do amor e do afeto. Ficou mais humanizada. Ganhou mais humanidade. E foi assim que o afeto tornou-se um valor jurídico (LÔBO, 2011a).

Com a Constituição da República de 1988 e a consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana, ganhou status de princípio jurídico, norma jurídica que dá o comando e paira sobre todas as regras (leis), contém mandados de otimização para todo o sistema jurídico. E, assim, o princípio da afetividade, associado aos princípios da responsabilidade, da solidariedade, da paternidade responsável, da igualdade entre os filhos, sustentados pelo princípio da dignidade humana, é que autorizam a pensar essas novas estruturas parentais em que se insere a socioafetividade (LÔBO, 2011b).

Cassetari (2017) expressa de forma brilhante que a coexistência da paternidade/maternidade biológica, registral e socioafetiva apresenta-se, muitas vezes em situações conflitantes e às vezes paradoxal, lembrando-nos que não há como esquecer que é plenamente possível a existência dessa parentalidade biológica sem afeto entre pais e filhos, embora nem por isso uma deverá prevalecer sobre a outra, pelo contrário elas devem coexistir em razão de serem distintas.

Uma das justificativas expostas por Cassetari (2017) para defesa da multiparentalidade em suas dissertações reside no fato de ser uma consequência ou um desdobramento do desenvolvimento da teoria da socioafetividade, significando que, em algumas situações, o vínculo afetivo deve prevalecer sobre o biológico; em outras, o contrário. E, ainda, não há prevalência de um sobre o outro, ou seja, ambos são igualmente significativos para o filho, que pode ter uma dupla maternidade/paternidade.

Existem casos onde o a existência de mais de um pai ou mais de uma mãe seja decorrente de uma relação de madrastia ou padrastia, como bem expressa o autor, seja de uma relação homoafetiva em que houve inseminação artificial com material genético de terceiros etc. Isto não é anormal. Apenas diferente da maioria e, provavelmente, em breve, nem será tão diferente quanto pode parecer hoje.

Para Pereira (2004), se a paternidade e a maternidade são funções exercidas, é perfeitamente possível e necessário estabelecer uma relação jurídica entre filhos e pais socioafetivos, como já se estabeleceu desde sempre, na filiação adotiva, que, aliás, entra na categoria da socioafetividade.

Com base nessas premissas Cassetari (2017) enfatiza que é preciso se trazer à luz da discussão as questões mais tormentosas dessa nova concepção jurídica de parentesco, estabelecendo posições firmes, inclusive a partir de uma leitura jurisprudencial, como, por exemplo: que a paternidade, e consequentemente toda a parentalidade, uma vez estabelecida, é irrevogável (diferentemente do apadrinhamento, um novo instituto jurídico português trazido pelo autor como direito comparado); pode ser reconhecida post mortem; pode ser em ação própria ou incidental; pode gerar direito a alimentos e sucessões. E não deixa de enfrentar a tormentosa igualdade de direitos entre a parentalidade biológica, a registral e a socioafetiva.

A RELAÇÃO DE POLIAFETIVIDADE ENTENDIDA COMO FAMÍLIA ENSEJANDO A POSSIBILIDADE DO SEU RECONHECIMENTO JURÍDICO

Na busca por uma relação jurídica o mais próximo possível do ideal de justiça nas novas concepções e estruturas parentais e conjugais, é preciso persistir no questionamento: qual vínculo de parentesco e como ele é melhor para o indivíduo? O que determina a sua felicidade?

Sabendo que a estruturação psíquica está muito além do vínculo genético dos pais, a formação da personalidade, caráter e até sua dignidade estão diretamente relacionados à medida do amor e afeto que recebeu de seus pais, biológicos ou socioafetivos – o que no fim é o que lhe fará capaz de compreender a essência de estar no mundo e que sua felicidade dependerá da compreensão do que realmente é essencial: sua capacidade de dar e receber amor.

Apesar do muito que se tem comentado a respeito da parentalidade socioafetiva, pouco se vê explorar os efeitos por ela gerados e as consequências jurídicas do seu reconhecimento, parte do foco deste trabalho. A filiação socioafetiva é uma modalidade de filiação muito aceita pela nossa jurisprudência, tanto no STJ como nos tribunais estaduais, numa luta constante da nossa doutrina desde a década de 1970, pelo reconhecimento da importância do afeto nas relações familiares.

Até o STF, após o julgamento do Recurso Extraordinário 898.060-SC e da análise da Repercussão Geral 622 de 21 de setembro de 2016,

passou-se a reconhecer a parentalidade socioafetiva como forma autônoma de parentesco, não devendo ser tratada como uma modalidade de segunda classe, sendo sobreposta pela biológica - ao contrário, em alguns casos, cumpre ressaltar que há, inclusive, uma prevalência do afeto ao vínculo biológico.

Maluf (2012) nos ensina que a afetividade é uma relação de carinho ou cuidado desenvolvida com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar seus sentimentos e emoções a outrem, sendo, numa espécie de laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada.

Do ponto de vista da psicologia e da psicanálise Maluf (2012) ainda destaca que o afeto terá diversos entendimentos, tendo em vista a existência de diversas teorias e os enfoques na compreensão da natureza psíquica do ser humano. De um modo geral, o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos.

Verifica-se, assim, que o parentesco biológico não é a única forma admitida em nosso ordenamento conforme disserta Welter (2002) ensinando-nos que a filiação afetiva que também pode ocorrer nos casos em que, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança por mera opção, denominado filho de criação, (des)velando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família, "*cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto*".

Nesse sentido são válidas as palavras de Standley (2010) ao afirmar que o direito à vida familiar não é absoluto, mas qualificado. E sendo assim, deverá o ordenamento jurídico tecer soluções para que as pessoas ligadas por um vínculo de afeto possam ter direitos garantidos.

Em consonância com essa linha de pensamento Carbonera (1998) preleciona que o aspecto socioafetivo do estabelecimento da filiação baseia-se no comportamento das pessoas que o integram, para revelar quem efetivamente são os pais. A Constituição Federal estabelece, no art. 226, que a família é a base da nossa sociedade e que goza de especial

proteção do Estado, motivo pelo qual não se pode admitir a existência de um rol taxativo entre as suas formas de constituição, tampouco uma hierarquia entre elas.

Calderón (2013) cita o referido artigo como dilatador do conceito de família ao destacar que não se pode deixar de concluir, portanto, que a Constituição restou por dilatar o conceito de família, outorgando sua proteção, tanto à sociedade conjugal de corrente do casamento, como às entidades familiares, assim consideradas as uniões estáveis e as comunidades entre qualquer dos pais e filhos.

Para Barbosa (1999) a pluralidade de formas de constituição de família se dá em razão da existência do pluralismo, que ela mesma conceitua como uma perspectiva da pluralidade de modos vivendi decorrente da negação de uma universalidade inscrita em modelos tidos como universais e singulares. Na linguagem do Direito, o pluralismo significa ter à disposição, alternativas, opções, possibilidades que atendam à diversidade das diferenças.

Nessa seara da multiparentalidade Cassettari (2017) destaca que dentro da nossa doutrina o que se vê-se na maioria dos julgados são filhos possuidores do direito da manutenção da parentalidade socioafetiva se, em uma ação negatória de paternidade ou maternidade, ficar comprovada uma filiação biológica, que não irá prevalecer se restar demonstrada a existência de laços de afeto entre pai e filho.

Em vista da importância da parentalidade socioafetiva Viana (2010) defende que por força da mesma norma e em nome do melhor interesse da criança, dúvidas não restam de que deve prevalecer a paternidade afetiva até mesmo em detrimento da biológica, sempre que a primeira se revelar o meio mais adequado de realização dos direitos constitucionais assegurados à pessoa humana.

Na visão de Annoni (2005), deve-se levar-se em conta o afeto do processo de filiação subjetivo que marca o "tratamento" e a "relevância" de uma natureza de tal importância que afeta, nada menos, que a constituição pessoal afetiva de cada sujeito em questão.

Contudo, ressalta Cassettari (2017), a questão que nos instiga investigar é se não teria o pai ou a mãe, que possuir laços afetivos com seus filhos, tem o direito de não perder a paternidade ou maternidade

no caso desse filho desejar investigar sua origem genética, descobrindo ser filho biológico de outra pessoa, mediante exame de DNA realizado no trâmite de um processo judicial, que em razão disso acaba sendo julgado procedente?

CONCLUSÃO

Muito já se foi dissertado acerca do Direito de Família e seus conceitos, no entanto, a visão esclarecedora que possibilita construir um pensamento jurídico esclarecedor sobre a socioafetividade só é possível a partir da visão da família através do pensamento da antropologia estruturalista de Lévi-Strauss (2009) que a tem como um fenômeno cultural - o que lhe impõem sofrer variações no tempo e no espaço, se reinventar, até mesmo por uma questão de sobrevivência.

É preciso pensar e considerar a socioafetividade e sua consequente multiparentalidade no momento em que a família deixou de ser, essencialmente, um núcleo econômico e reprodutor, perdendo a rígida hierarquia patriarcal e tornando-se um espaço muito mais de amor e afeto, humanizando-se bem mais por tal e, consequentemente, tornando o afeto um valor jurídico através da Constituição da República de 1988 na consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo-o pairar absoluto sobre todas as demais regras antes existentes.

Esse estudo vem trazer à luz da discussão uma **análise acerca** da possibilidade jurídica da pluralidade de vínculos familiares através da multiparentalidade e a**nalisar as novas estruturas parentais apresentadas pela sociedade e o direito à proteção jurídica que lhes é inerente.**

Some-se a isso também ter se trazido à luz da discussão pelo pensamento jurídico, a socioafetividade através da visão da família, não como um elemento da natureza, mas da cultura, de onde pode sofrer variações no tempo e no espaço às quais deve se adequar, passando a entender melhor as adaptações que sofreu e as importantes relações de afetividade que passaram a se desenvolver sem a necessidade da existência de uma ligação biológica.

Procurou-se entender aqui que o reconhecimento da parentalidade socioafetiva é uma prerrogativa jurídica que decorre da aplicação

dos direitos e garantias fundamentais e que os requisitos para a existência da parentalidade socioafetiva são somente os laços de afetividade e convivência familiar harmoniosa e voluntária, sendo, depois de formada, irrevogável, irretratável e indisponível voluntariamente.

Motivo pelo qual, este trabalho entende ser necessária a alteração na legislação em diversos aspectos para se adequar a essa nova realidade que, ao que tudo indica, veio para ficar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANNONI, G. **Filiación. Un enlace de distintos saberes. Su significado desde el concepto de sujeto en psicoanálises**. In: CÚNEO, Darío L; HERNÁNDEZ, C. U. Filiación biológica. Rosario: Editorial Librería Juris, 2005. p. 227-228.

BARBOZA, H. H. **Novas relações de filiação e paternidade**. In: PEREIRA, R. C (Coord.). Repensando o direito de família. I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Anais... Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CALDERÓN, R. L. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARBONERA, S. M. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: FACHIN, L. E (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CASSETTARI, C. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

CONLEY, T; MOORS, A; MATSICK, J; ZIEGLER, A. **The fewer the merrier? Assessing stigma surrounding consensually nonmonogamous romantic relationships**. Analyses of Social Issues and Public Policy, 13(1), 1-30, 2013.

FREUD, S. **The psychogenesis of a case of homosexuality in a woman**. Standard Edition, 18, 155–72, 1920.

GABRINETTI, P; OZLER, S. **Defenses and morality: Adam Smith, Sigmund Freud, and contemporary psychoanalysis**. Psychoanalytic Review, 101(5), 735-765, 2014.

GAGLIANO, P. S; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

HALL, D. **Reading sexualities: Hermeneutic theory and the future of queer studies**. New York, NY: Routledge Press, 2009.

KIMMEL, D. Theories of aging applied to LGBT older adults and their families. In N. A. Orel & C. A. Fruhauf (Eds.), The lives of LGBT older adults: Understanding challenges and resilience. Washington, DC: American Psychological Association. doi:10.1037/14436-004, 2015.

LANGDRIDGE, D. **Phenomenology and critical social psychology: Directions and debates in theory and research**. Social and Personality Psychology Compass, 2(3), 1126-1142, 2008.

LÉVI-STRAUSS, C. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução de Mariano Ferreira. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

LÔBO, P. **Direito civil:** famílias. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. **Socioafetividade em família e a orientação do Superior Tribunal de Justiça**. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

McDONALD, D. **Swinging: pushing the boundaries of monogamy?** In: BARKER, Meg; DARREN, Langdridge (orgs.). Understanding non-monogamies. London, New York: Routledge, 2010.

MALUF, A. C. R. F. D. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MALUF, C. A. D; MALUF, A. C. D. **Curso de direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil:** direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MEDEIROS, R. A; PORTO, D. **Qual o alcance da humanização do Direito Civil no âmbito das relações familiares? Breve análise dos relacionamentos afetivos não tradicionais, sob as perspectivas da liberdade e da cidadania**. In: SOUZA, José Fernando Vidal de; GARCÍA, Julio González (Orgs.). III Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Universidad Complutense de Madrid. 1ed. Madrid: Ediciones Laborum, v. 12, p. 218-240, 2015.

PEREIRA, R. C. **Princípios Fundamentais e Norteadores Para a Organização Jurídica da Família**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2004.

SANTIAGO, R. S. **O mito da monogamia à luz do direito civil constitucional**: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014. Disponível em: <https://www.repositorio.unb.br>. Acesso em 2020.

SHEFF, E. **The polyamorists next door: inside multiple-partner relationships and families.** Boulder, CO: Rowman and Littlefield Publishers, 2014.

STANDLEY, Kate. **Family law**. 7. ed. United Kingdom: Palgrave Macmillan, 2010.

VIANA, R. G. C. **Da relatividade do exame de DNA para reconhecimento de filiação**. In: CHINELATO, Silmara Juny de Abreu et al. (Org.). Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

WALKER, M. **How therapy helps when the culture hurts**. In J. Jordan (Ed.), The power of connection: Recent developments in relational-cultural theory. New York, NY: Routledge Press, 2010.

WELTER, B. P. **Filiação biológica e socioafetiva: igualdade**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, n. 14, 2002.

A "CAÇA ÀS BRUXAS" DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL: INEFICIÊNCIA DA LEI OU DO JUDICIÁRIO?

Fabiana de Souza
Lucas Consoli Silva
Eduardo Rand B. Silva

1 INTRODUÇÃO

Somente a partir do século XX, as comunidades internacionais bem como a legislação brasileira reconheceram que a criança e o adolescente necessitavam de tratamento diferenciado e especial, notadamente em relação às garantias de seus direitos, tendo em vista sua condição frágil de pessoa em desenvolvimento físico e intelectual (DUARTE, 2013, p. 69).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi o grande divisor de águas na luta pelo reconhecimento da dignidade dos seres humanos em escala global. A base de um mundo mais justo foi estabelecida e sofrimento humano foi evitado, tendo como norte seus princípios. Serviu também como alicerce principiológico aos direitos da criança e do adolescente e, a partir daí, foram conferidos à população infantojuvenil direitos especiais, reconhecendo sua vulnerabilidade, recebendo, desta forma, tratamento integral e prioritário.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inseriu no ordenamento jurídico pátrio a Doutrina da Proteção Integral, que nada mais é do que um conjunto de direitos atribuídos aos infantes, com ampla garantia de proteção e prioridade absoluta.

Após o reconhecimento dos direitos da criança e adolescente pela Carta Maior, foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/1990, um verdadeiro microssistema, que buscou dar

efetividade às determinações trazidas pela Constituição de 1988. Desta forma, a população infantojuvenil passou de objeto de tutela para sujeito de direito, detentores de todos os direitos fundamentais, atribuindo-se ao Estado, família e sociedade o dever de proteção e defesa desses direitos.

Nesta esteira, com o mesmo propósito, a Lei de Alienação Parental – Lei 12.318/2010 – ingressou em nosso ordenamento jurídico com a intenção de garantir o direito fundamental da criança e do adolescente a convivência familiar saudável, sem prejuízo à realização de afeto na relação de membros do mesmo grupo familiar.

Por algum tempo a Lei de Alienação Parental foi festejada no meio jurídico como meio de proteção à criança e ao adolescente, bem como a proteção das relações familiares. Atualmente é tema em destaque no direito de família, suscitando vários debates das autoridades e juristas sobre a revogação ou não da lei. De fato, deu-se início a uma verdadeira "caça às bruxas" da Lei 12.318/2010.

Este trabalho tem por objetivo registrar e comentar as questões jurídicas que envolvem a Lei de Alienação Parental e os Projetos de Lei que propõem sua revogação, bem como, fomentar o debate junto aos profissionais que atuam em processos envolvendo a matéria, buscando melhores soluções para as demandas que envolvem a garantia do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar.

2 A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Os conflitos que envolvem a família são complexos, a ruptura do vínculo conjugal é um evento que afeta a todos, principalmente as crianças e adolescentes que precisam participar de um processo doloroso que envolve, além da questão financeira como a divisão de bens, questões de afetividade como a guarda e visitação dos filhos menores.

Neste cenário, não raramente nos deparamos com um fenômeno que não é novo, de fato sempre existiu, todavia vem sendo identificado de várias formas: implantação de falsas memórias; síndrome de alienação parental (SAP) e alienação parental (DIAS, 2017, p.572).

Além da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, guardiões dos direitos das crianças e dos adolescentes, o ordenamento jurídico pátrio dispõe de lei específica que garante a proteção do direito a convivência familiar saudável à população infantojuvenil, a Lei de Alienação Parental.

2.1 Definição jurídica, caracterização dos atos de alienação parental

A Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010 dispõe sobre a alienação parental, o dispositivo permitiu definir atos que caracterizam a alienação, bem como previu formas de punição ao genitor alienador. As normas da lei foram direcionadas para um duplo sentido de preocupação. Primeiramente, a da criança que se encontra em situação de alienação e corre risco, sendo assim necessária a intervenção para proteção e, a do alienador que interfere na relação de afeto, devendo por isso ser sancionado (LEITE, 2015, p. 253).

A prática de alienação parental na dicção do artigo 3º da lei em estudo, estabelece que aquele que o cometer fere o direito fundamental da criança e do adolescente de convivência familiar saudável, pratica um abuso moral e um descumprimento dos deveres decorrentes da tutela ou guarda. Também prejudica a realização do afeto com as pessoas do grupo familiar, o que interfere na formação e desenvolvimento psicológico da criança e do adolescente.

O artigo 2º da Lei de Alienação Parental conjuga o conceito e exemplos da figura jurídica, a fim de evitar distorções sobre os atos de alienação parental. Assim, assevera o art. 2º que:

> Art. 2º 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.

> Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:
>
> I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
>
> II - dificultar o exercício da autoridade parental;
>
> III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
>
> IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
>
> V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
>
> VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
>
> VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Merece destaque a preocupação do legislador ao considerar que além dos genitores, avós ou qualquer outra pessoa que detenha a guarda ou vigilância da criança e do adolescente podem cometer atos de alienação parental, não raras vezes os menores estão diretamente vinculados aos cuidados de avós, tios, padrinhos, irmãos ou qualquer outro parente. Muitas vezes ocorre quando o casal ainda não se separou. Sendo assim, todas as pessoas que detém autoridade afetiva ou parental podem figurar como parte legítima na demanda, no pólo passivo ou ativo, e serem sujeitadas às medidas sancionatórias da lei em comento.

No que diz respeito aos exemplos de atos de alienação parental descritos na Lei 12.318/2010, trata-se de *numerusapertus,* ou seja, um rol exemplificativo. O legislador apresentou condutas típicas desviantes que podem vir a se tornar diversas outras condutas ilícitas, interferindo na formação psicológica da criança ou adolescente com maior ou menor grau de lesividade (LEITE, 2015, p. 267).

O alienador utiliza várias armas para manipulação, inclusive a falsa denúncia de abuso sexual. As crianças são convencidas da existência de fatos e induzidas a repetir o que lhe é afirmado chegando ao ponto de acreditar naquilo como sendo verdadeiro. Essa notícia ao ser levada ao Poder Judiciário gera situações delicadas, muitas vezes o magistrado toma atitudes que podem traumatizar a criança se a notícia não for verdadeira (DIAS, 2017, p. 575).

Uma vez identificados indícios da prática de atos de alienação parental, seja em ação autônoma ou de forma incidental, por exemplo, em um processo que discuta guarda, nos termos do artigo 5º da Lei 12.318/2010, o magistrado, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial, que deverá ser realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, a fim de constatar a ocorrência da alienação parental. Ainda, consigne que a tramitação do processo será prioritária e o juiz determinará com urgência as medidas protetivas necessárias para a preservação da integridade do menor, é o que estabelece o artigo 4º da lei em voga.

É importante consignar que a Lei de Alienação Parental prestigiou a interdisciplinaridade. Pela primeira vez foi invocada como fundamental e determinadora para uma boa solução, haja vista que pela complexidade do assunto, não seria possível somente no terreno legal verificar a interferência do alienador nos casos de abuso psicológico contra os menores (LEITE, 2015, p. 197).

2.2 Medidas de proteção

Caracterizada a prática de alienação parental – sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal do alienador – além de declarar a ocorrência de alienação parental, o juiz adotará medidas de proteção, instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar os seus efeitos, nos termos do artigo 6º incisos de I a VII e parágrafo único, como segue:

> Art. 6º [...]
>
> 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.
>
> Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Mais uma vez estamos diante de um rol exemplificativo, com medidas de proteção à criança e ao adolescente, bem como, medidas punitivas aos alienadores. É permitido ao magistrado, além das determinações supracitadas, aplicar outras medidas que possam diminuir ou colocar fim a alienação parental. Frise-se que não se trata de uma ordem fixa de aplicação, podendo o juiz aplicar ao caso aquela que melhor atender as necessidades da criança, bem como, conjugar as determinações, para garantir os interesses das vítimas (LEITE, 2015, p. 374-375).

De fato, o que se busca com as medidas da Lei 12.318/2010 é a garantia de proteção aos direitos fundamentais da população infantojuvenil, tendo como escopo a doutrina da proteção integral e a prioridade de tratamento.

3 PROJETOS DE LEI: ARGUMENTOS PARA JUSTIFICAR OU NÃO A NECESSIDADE DE REVOGAÇÃO DA LEI 12.318/2010

As propostas de revogação da lei susodita suscitaram inúmeros e calorosos debates no meio jurídico – principalmente nas audiências

públicas promovidas pelo Senado Federal na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Assim como diversos dispositivos dentro do ordenamento jurídico, a Lei 12.318/10 foi questionada em inúmeros pontos, buscando invalidar sua contribuição na garantia dos direitos de crianças e adolescentes a uma convivência familiar saudável para seu pleno desenvolvimento.

A revogação da Lei de Alienação Parental começou a ser aventada em 2017, prevista no Projeto de Lei do Senado 498/18, de autoria do então senador Magno Malta, através da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos Maus-tratos. A justificativa para revogação seria o desvirtuamento do propósito protetivo da população infantojuvenil que são submetidos a abusadores. A situação atual do PL 498/2018[2]: Último local: 17/04/2020 - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania); Último estado: 17/04/2020 - Aguardando designação do relator.

Outra proposta de revogação da Lei 12.318/2010 é da deputada federal Iracema Portella, através do Projeto de Lei 6371/2019, alegando que a lei em comento serve como instrumento para pais que abusam sexualmente dos filhos possam exigir a manutenção da convivência com as vítimas, retirando-as do convívio das mães. Última ação legislativa do PL 6371/2019[3]: 17/12/2019 – Recebimento pela Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF).

Ainda, Associação de Advogadas pela Igualdade de Gênero (AAIG) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6273 contra a Lei de Alienação Parental, com o argumento de banalização do uso da referida lei, sendo usada para enquadrar todo tipo de divergência envolvendo filhos e genitores[4].

A senadora Leila Barros propôs um substituto através do Projeto de Lei 5030/2019 que altera o PL 498/2018, sugerindo que ao invés

2 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134835>. Acesso em: 25 jun. 2020.

3 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2233358>. Acesso em: 25 jun. 2020.

4 Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432397>. Acesso em: 25 jun. 2020.

da revogação da Lei de Alienação Parental sejam corrigidas as falhas apresentadas pelo mau uso da lei, adotando critérios mais rigorosos na apuração das denúncias. A situação atual do PL 5030/2019[5]: Último local: 12/09/2019 - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania). Último estado: 12/09/2019 - Matéria com a relatoria.

Feitas essas breves considerações acerca dos projetos de lei que tratam da matéria, vejamos alguns argumentos utilizados pelas autoridades, juristas e meio acadêmico sobre a necessidade de revogação ou não da Lei 12.318/2010, sem a intenção de esgotar o assunto.

3.1 Motivos para a revogação da lei

O Projeto de Lei 498/18 cita que há um uso deturpado do dispositivo legal ao afirmar que:

> Vimos, ao longo dos trabalhos da CPI, relatos de casos nos quais genitores acusados de cometer abusos ou outras formas de violência contra os próprios filhos teriam induzido ou incitado o outro genitor a formular denúncia falsa ou precária, como subterfúgio para que seja determinada a guarda compartilhada ou a inversão da guarda em seu favor. Seria uma forma ardilosa pela qual um genitor violento manipularia o outro de modo a obter o duplo benefício de acesso à vítima e afastamento do protetor. (BRASIL, 2018).

É válido também trazer o posicionamento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) que foi apresentada através de um manifesto público em seus veículos oficiais. Este órgão afirma que "o conceito de 'alienação parental' não está funda-

5 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138739>. Acesso em: 26 jun. 2020.

mentado em estudos científicos, bem como não há registro de outros países que tenham e mantenham legislação semelhante sobre o assunto" (CONANDA, 2018), além de afirmar também que:

> Já existem previsões legais protetivas e suficientes no que tange aos direitos de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, merecendo destaque a garantia de guarda compartilhada, o que, no entender deste Conselho, já é suficiente para assegurar o convívio com ambos os genitores. (CONANDA, 2018).

Durante os debates promovidos foi possível verificar também que a rapidez com que a lei tramitou em ambas as casas do legislativo e a falta de consulta a órgãos como CONANDA e até mesmo à população fez com que o real intuito dessa lei fosse questionado.

Foi possível observar na fala de basicamente todas as painelistas que, infelizmente, pais abusadores usavam a lei de alienação para, quando denunciados por seus abusos, usarem o dispositivo de forma deturpada conquistando assim a guarda total do menor abusado e afastando o outro genitor da criança, o que facilitaria os abusos (BRASIL, 2019).

Nos debates ocorridos foi possível observar que várias vezes as painelistas presentes alegaram de que a Lei 12.318/10 é misógina e que esta estaria prejudicando a vivência das mães com sua prole.

Outro ponto que foi diversas vezes referenciado é que a lei protege pedófilos, permitindo que estes tenham contato com suas vítimas – principalmente em situações onde há inversão de guarda como punição por uma denúncia que não foi possível ser comprovada e acaba sendo considerada como falsa e não subsume ao art. 2º, inciso VI, da Lei de Alienação Parental.

3.2 Motivos para a manutenção da lei

Para membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) entre outros operadores do direito, a revogação da lei seria um enorme retrocesso no ordenamento jurídico.

Ao analisarmos as falas que sugerem que a inversão da guarda é instantânea em casos assim, é válido lembrar que há todo um aparato

jurídico de avaliação de vítimas. Um grande exemplo de que o nosso judiciário busca estar pronto para situações como essa é a recente publicação do *Guia prático para implementação da política de atendimentos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência* (BRASIL, 2019), entre outras medidas tomadas pelos tribunais estaduais que buscam aprimorar o atendimento a criança em situações onde há investigação de abusos sejam eles de cunho sexual, psicológico ou físico.

Nota-se uma grande preocupação com as crianças que sofrerão abusos sexuais, o que é muito válido, entretanto vale ressaltar que a alienação parental em si é também um abuso psicológico.

Alegar que a lei tem caráter misógino é um ato que acaba por afastar o debate do nível acadêmico deixando-o anuviado por emoções e vivências particulares que não podem e nem devem ser tomadas como verdades absolutas. Infelizmente é possível observar que há um discurso onde a imagem do genitor do sexo masculino acaba sendo "demonizada" nas falas sobre a necessidade da revogação da lei, o que claramente ignora o fato de tanto a mãe quanto o pai serem capazes de cometer crimes contra o infante e abusos dos mais diversos tipos.

Igualmente, alegar que não há legislação de igual peso em outros países para tentar diminuir a importância deste dispositivo jurídico não deve ser tomado como um argumento sólido, afinal o Brasil foi pioneiro em legislar de forma mais incisiva a respeito da violência doméstica através da lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) o que o faz uma referência mundial nesse aspecto.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Tendo em vista as análises a respeito dos conceitos de alienação parental e pareceres sobre a revogação ou manutenção da lei, se faz necessário um olhar com mais cautela para nosso sistema judiciário no intuito de entender as mazelas que afetam o pleno exercício do direito e a celeridade processual, bem como a real necessidade de uma equipe composta de diversos profissionais para que as decisões dos magistrados em processos relacionados à alienação parental sejam precisas dentro da necessidade de atendimento aos interesses do menor.

O sistema judiciário brasileiro é, por diversas vezes, acusado de ser deveras vagaroso em proferir suas decisões, o que faz com que haja um descrédito acerca das decisões judiciais proferidas por nossos tribunais.

É mister a necessidade de um sistema jurídico competente e que haja com presteza em casos onde o menor pode estar exposto a riscos, principalmente em situações onde de um lado há acusação de abuso frente a outra parte que alega alienação. Casos como esse exigem decisões certeiras, pois os danos decorrentes de um erro judicial podem ser irreparáveis e trazer graves consequências ao menor. Deixando claro que o intuito não é questionar a competência de magistrados que tomam essas decisões e sim os fatos que motivam as sentenças, pois assim como há a necessidade de um juiz para arbitrar em questões deste tipo, também é de suma importância a participação de profissionais com conhecimento técnico e científico, com a devida capacitação para atuar em processos dessa espécie, garantindo assim que a lei seja cumprida de forma plena mantendo o interesse e a integridade física e emocional da criança e do adolescente.

4.1 Morosidade no judiciário

Nossa constituição prevê a razoabilidade na duração do processo e meios que garantam a celeridade na tramitação deste (Art. 5º inciso LXXVIII), entretanto é notável que infelizmente não há plenitude na execução deste dispositivo de nossa Carta Magna por inúmeras causas que buscaremos entender dentro do prisma acadêmico.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a morosidade processual é a causa da reclamação de quase 50% dos cidadãos que buscam a ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2014).

Para Oliveira (2008, p.41 *apud* Costa, 2018, p.41) "o maior gargalo da morosidade do Judiciário não está na tramitação dos processos, mas na incapacidade humana em atender à descomunal proporção do número de processos por Juiz". Esse posicionamento demonstra a necessidade de o judiciário ter um número maior de servidores para que a demanda de ações seja analisada com o esmero necessário para evitar possíveis equívocos nas decisões.

A informatização dos processos é importante, mas se não há mão de obra o suficiente para lidar com a enorme quantidade de pleitos que chegam diariamente aos magistrados essa medida torna-se ineficaz.

Feitosa (2007, p. 31-39) nos traz dez razões de causas da morosidade no poder judiciário, sendo elas: crescimento da demanda, falta de recursos materiais, carência de recursos humanos, legislação inadequada, inoperância do legislativo e do executivo, formalismo, procedimentos arcaicos e barreiras burocráticas, excesso de recursos e o duplo grau de jurisdição, prazos especiais para o Poder Público e o despreparo dos profissionais do Direito.

É válido citar também outras causas como o juiz e a omissão na gestão das unidades jurisdicionais além do espaço físico e dificuldades orçamentárias (STUMPF, 2009, p. 17-72).

Para Pedrosa "O poder judiciário no Brasil deixou de ser órgão de exceção, mas tem sido utilizado como primeira e única instância de mediação e solução de conflitos entre o cidadão e o poder público" (PEDROSA, 2005), logo é dedutível que ao buscar – de maneira justificável – a garantia do que acredita ser seu direito, o cidadão se depara com um sistema sobrecarregado e lento e com seu litígio levado ao judiciário, na hipótese de que não haja uma possível conciliação, o sistema torna-se mais inchado e dificulta a celeridade aos processos que se acumulam nas mesas dos magistrados.

No que tange aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, a morosidade processual pode causar danos irreparáveis, principalmente em casos que envolva alienação parental, especificamente nas denúncias de abuso sexual.

O magistrado tem o dever de assegurar a proteção integral do menor, assim, frequentemente reverte a guarda ou suspende as visitas, determinando a realização de estudos sociais e psicológicos. O problema é que o resultado de uma série de testes, avaliações, entrevistas, que se sucedem, pode demorar anos, e, ao final, não ser conclusivo (DIAS, 2017, p. 575). É extremamente difícil a identificação da existência ou não da alienação parental, principalmente tendo o sistema judiciário todos os problemas já mencionados acima.

Estabelecer quais os males causados pela demora da tutela é praticamente impossível. Porém, é cediço que o prejuízo é enorme e é aceitável admitir que a intempestividade da prestação jurisdicional acarreta consequências prejudiciais aos integrantes do processo (TUCCI, 1997, p. 110).

Nesta esteira, é possível afirmar que crianças e adolescentes são os mais atingidos quando o processo não é célere, haja vista sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, e, por dependerem de atenção diferenciada e especializada.

4.1.1 Formas de solucionar morosidade no judiciário

Nossa literatura possui diversas propostas de resolução para o problema da morosidade processual em nosso judiciário, sugeridas por vários autores. Algumas são inviáveis ou com o passar do tempo se tornaram defasadas, entretanto há ainda algumas propostas que merecem destaque pelo seu potencial colaborativo. Vale ressaltar que não temos a intenção de esgotar o assunto, tão somente fomentar o debate.

Valladão (2001, p. 63-77) descreve projetos implantados no judiciário do estado de Espírito Santo como referência de melhorias tangíveis adotados pelo Tribunal de Justiça daquele estado. Dentre os projetos citados é válido ressaltar iniciativas como o gerenciador de mandados, audiências pela internet, justiça sobre rodas, justiça volante e juiz eletrônico.

Feitosa (2007 p.40-48) traz como algumas sugestões a proposta de enxugamento da legislação processual, reformulação do sistema de recursos, o uso da tecnologia da informação e comunicação, criação de juizados de instruções, a eliminação de privilégios do poder público, a prática de atos processuais pelas partes e utilização de súmulas vinculantes.

Ainda, Terra Júnior (2005, p.53-60) sugere uma série de alterações como maiores investimentos na informatização do sistema de dados do Judiciário; aumento do número de magistrados e servidores, principalmente nos Estados que ostentam exorbitante taxa de litigiosidade, como São Paulo; política clara de administração judiciária, com o corte das despesas supérfluas e o emprego racional das verbas públi-

cas; diminuição de uma esfera da jurisdição; aumento da implantação de julgamentos coletivos; dentre outras alterações que, a seu ver, colaborariam para um sistema judiciário mais eficiente.

Para nós, na seara dos processos que envolvam os direitos da criança e do adolescente, o sistema precisa se estruturar e contar com apoio de mão de obra especializada: psicólogos, assistentes sociais, médicos, entre outros, que forneçam subsídio adequado para necessidades da população infantojuvenil. A linguagem infantil não é a mesma dos adultos, a especialização neste caso é fundamental.

4.2 A transdisciplinaridade e sua importância nos litígios relacionados à alienação parental

A legislação nomeia como perícia multidisciplinar o conjunto genérico de procedimentos periciais que poderão ser realizados em conjunto ou separadamente na ação judicial. Entretanto, para essa pesquisa demos preferência ao termo transdisciplinaridade por entender que é necessário um diálogo real entre os diversos campos do saber ao invés de cada ciência buscar se sobressair acima das demais durante o processo, conforme assevera Freitas: "A interdisciplinaridade controla as disciplinas como a ONU controla as nações. Cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer a sua soberania territorial, e, à custa de algumas magras trocas, as fronteiras se confirmam, em vez de se desmoronarem" (Petraglia, 2000, p.74 *apud* Freitas, 2015, p.59).

Por entender que a necessidade de um diálogo entre as áreas do conhecimento seja primordial para que uma execução plena da lei com a menor margem de erros possíveis e, por entender que tal visão está em consonância com o artigo 475 do Código de Processo Civil (CPC), escolhemos essa nomenclatura para tratar essa pauta de suma importância.

Observa-se também que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) reconhece que a proximidade entre os serviços interdisciplinares facilita a coleta e troca de informações que posteriormente podem compor as evidências que auxiliarão na proteção do direito da criança e adolescente (BRASIL, 2019, p.19).

É válido verificar que a confecção de um corpo formado por diversos profissionais, capacitados para atuar perante o tribunal é *sine qua non*

para que o magistrado possa proferir uma decisão que contemple o melhor interesse das partes – nesse caso do menor – com o embasamento teórico necessário para corroborar a sentença, desta feita, o artigo 149 do CPC traz um rol de profissionais dentre os quais está o perito.

Nesta esteira, é imperioso mencionar a inovação do Código de Processo Civil de 2015, que em seu artigo 699 destacou a necessidade de um especialista em processos que envolvam alienação parental: "Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista".

Para nós não restam dúvidas de que o legislador prestigiou a necessidade e um profissional especialista, que atenda às necessidades especiais de crianças e adolescentes em processos envolvendo abusos ou alienação parental. É um começo, todavia, muito ainda há de ser feito para efetivação dos direitos da população infantojuvenil.

4.2.1 A perícia e o perito

O artigo 156 do CPC determina que "O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico", essa determinação visa garantir ao juiz o respaldo necessário em suas decisões mediante auxílio de peritos. Logo, é dele a responsabilidade de analisar as provas juntadas ao processo dentro de seu campo de conhecimento e respeitando os limites de seu conhecimento técnico científico.

Conforme já mencionado no decorrer deste trabalho, a Lei de Alienação Parental prestigiou a interdisciplinaridade. Destacou em seu artigo 5º e parágrafos, a participação de peritos habilitados, com comprovação de aptidão através de histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

Desta feita, preocupou-se o legislador em garantir uma equipe de profissionais competentes para averiguação dos abusos sofridos pelas crianças e adolescentes. Porém, é cediço que o sistema judiciário não os possui, necessitando de aprimoramento com relação a estes profissionais que são indispensáveis em casos de alienação parental.

5 CONCLUSÃO

Do que fora brevemente exposto neste trabalho, constatou-se que a legislação pátria possui diversos dispositivos que visam à proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Sob a influência de dispositivos internacionais, notadamente da Convenção Internacional dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988garantiu que a doutrina da proteção integral fosse implantada no nosso ordenamento jurídico, garantindo o tratamento especializado a toda população infantojuvenil, visando à proteção dos direitos fundamentais e garantia de uma vida digna.

É válido evocar também o fato da lei que nos serviu como objeto de estudo ser baseada em conceitos modernos, o que mostra que nosso ordenamento jurídico se predispõe a manter-se atualizado dentro das necessidades sociais numa sociedade que está em constante evolução e transformação. Destarte, é válido sim o debate de referido dispositivo jurídico nas casas legislativas, entretanto, este debate deve ter como foco principal o aprimoramento da lei para melhor atender os interesses de nossas crianças e adolescentes e não a revogação pautada em discursos que pouco contribuem para o debate da questão, por se basearem em experiências pessoais que acabam atrapalhando o certame em busca das melhorias no que tange a proteção de nossos menores.

A Lei de Alienação Parental pode ter pontos que necessitam de aprimoramento, todavia, a principal falha não está nela e sim na estrutura judiciária que muitas vezes enfrenta a falta de profissionais capacitados para atuar em situações de embates por alienação, além de todas as burocracias presentes em nosso sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

Associação questiona Lei da Alienação Parental. Notícias STF, Brasília, 11 de dez. de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=432397>. Acesso em: 25 de jun. 2020.

BRASIL, Senado Federal. (15 de Jul de 2019). 1 Vídeo (189 min). CDH - audiência pública sobre a Lei da Alienação Parental - TV Senado ao vivo - 15/07/2019. Disponível em Publicado pelo canal TV Senado:<https://www.youtube.com/watch?v=6i4nVKb-Tb88&t=10020s>Acesso em: 30 de mai. de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Guia prático para implementação da política de atendimento de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência / Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2019. Disponível em:<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/12388-guia-pratico-para-implementacao-da-politica-de-atendimento-de-criancas-e-adolescentes-vitimas-ou-testemunhas-de-violencia#:~:text=O%20Guia%20Pr%C3%A1tico%20para%20Implementa%C3%A7%C3%A3o,crian%C3%A7as%20e%20adolescentes%20v%C3%ADtimas%20ou>. Acesso em: 30 de mai. 2020.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 6371/2019. Revoga a Lei no 12.318, de 26 de agosto de 2010 - Lei de Alienação Parental. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2233358>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASÍLIA. Senado Federal. Projeto de Lei PL 498/2018. Revoga a Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010), por considerar que tem propiciado o desvirtuamento do propósito protetivo da criança ou adolescente, submetendo-os a abusadores. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134835>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASÍLIA. Senado Federal. Projeto de Lei PL 5030/2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e o Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1940, para elevar penas e aumentar as proteções penais dos crimes que envolvam vítimas menores de 14 (catorze) anos. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138739>. Acesso em: 25 jun. 2020.

CONANDA. Página institucional. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/documentos/notas-publicas-dos-conanda/nota-publica-do-conanda-sobre-a-lei-da-alienacao-parental--lei-ndeg-12-318-de-2010-30-08-2018/view>Acesso em: 30 de mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Morosidade da Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ, out.2014. Disponível em:<https://www.cnj.jus.br/morosidade-da-justica--e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj/>. Acesso em: 27 jun.2020.

COSTA, Anderson Yagi.Análise sobre a morosidade do Poder Judiciário brasileiro e propostas de intervenção [manuscrito]– 2018. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/8632/5/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Anderson%20Yagi%20Costa%20-%202018.pdf>. Acesso em 27 jun. 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DUARTE, Marcos. A lei de alienação parental em auxílio aos diplomas internacionais de proteção da criança e do adolescente. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Incesto e alienação parental. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FEITOSA, AntonioAlcy Cordeiro. Do Poder Judiciário: A morosidade no âmbito da Justiça Estadual. 2007. 58 f. Monografia (Especialização em Administração Pública)-Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Universidade Estadual Vale do Acaraú, Fortaleza, 2007. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Antonio-Alcy-Cordeiro-Feitosa.pdf>. Acesso em 27 jun. 2020.

FREITAS, Douglas Phillips. Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Alienação parental: do mito à realidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PEDROSA, Valtércio. A lentidão do Judiciário brasileiro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 749, jul. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7039/a-lentidao-do-judiciario-brasileiro>. Acesso em 27 jun. 2020.

STUMPF, Juliano da Costa. Poder Judiciário: morosidade e inovação. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <https://tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ02.pdf>. Acesso em 27 jun. 2020.

TERRA JÚNIOR, João Santa. A Morosidade da Prestação Jurisdicional Brasileira e a Emenda Constitucional nº 45/2004. Pensar o Direito, p. 53, 2005. Disponível em: . Acesso em: 21 fev.2018. Disponível em: <http://unilago.com.br/publicacoes/pensar_direito02.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VALLADÃO, Sandra Marcello. Poder judiciário do estado do Espírito Santo: modelo de gestão, inovação tecnológica e as barreiras culturais diante das mudanças. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace;/bitstream/handle/10438/3983/000303897.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 27 jun. 2020.

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM TEMPOS DE PANDEMIA E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa
Rodrigo Almeida Magalhães
Washington Luiz Sudré Silva Junior

1. INTRODUÇÃO

As medidas de contenção à pandemia, causada pela Covid-19, estão impactando a rotina de grande parte da população mundial. Muitos empresários fecharam seus empreendimentos por tempo indeterminado e aguardam o controle do vírus para retomarem suas atividades. Como consequência, muitos cidadãos perderam seus empregos e não sabem o que farão para quitarem suas despesas com a aquisição de produtos básicas e dívidas.

Sabe-se que ao impor às empresas o dever de cumprir uma função social, o Estado angariou um novo aliado para a construção de uma sociedade mais justa, no entanto, não significa que houve uma terceirização das obrigações típicas do Estado. Diante de sua responsabilidade, algumas medidas foram tomadas com o fim de diminuir o impacto do fechamento do comércio, dentre elas pode-se citar a criação do auxílio emergencial.

Este artigo analisará como tem ocorrido o cumprimento da função social das empresas em tempos de pandemia e como estas con-

tribuem para a manutenção dos direitos humanos. Acredita-se que a colaboração realizada pelas empresas possua papel importante no combate à pandemia e que em muito auxilia a atuação estatal. Como metodologia, utilizou-se o método teórico exploratório, que recaiu sobre doutrinas, livros e artigos, principalmente.

Este artigo está dividido em três importantes tópicos. O primeiro deles trata da função social de forma ampla, apresentando conceito e características, cuja aplicação se dá em diferentes situações. O segundo trata da função social das empresas. O terceiro tópico aborda o cumprimento da função social pelas empresas em tempos de pandemia, e sua subdivisão trata da manutenção dos direitos humanos por meio das atividades desenvolvidas pelas empresas.

2. FUNÇÃO SOCIAL

A função social desempenha papel de extrema importância em nossa sociedade. Sua aplicação apresenta diretrizes e limites para proprietários de imóveis no meio urbano e rural; ao confeccionar contratos; para atuação de empresas, além de várias outras situações. Acredita-se que o primeiro autor a tratar do instituto da função social tenha sido São Tomás de Aquino, "quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar" (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 33).

Para melhor compreensão do termo, faz-se importante dividi-lo em fragmentos e analisá-los de forma individualizada. Fábio Comparato define o termo função da seguinte forma: "o substantivo *functio*, na língua matriz, é derivado do verbo depoente *fungor* (*functus sun*, *fungi*) cujo significado primigênio é de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou uma tarefa" (COMPARATO, 1996, p. 40). Nesse mesmo sentido, afirma Humberto Theodoro Júnior: "com efeito, função quer dizer 'papel a desempenhar', 'obrigação a cumprir, pelo indivíduo ou por uma instituição'. E social qualifica o que é 'concernente à sociedade', 'relativo à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país' (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 23).

Importante observar que o caráter social do termo função social, não se refere ao particular assumir o lugar do Estado no suporte à população. Não consiste, ainda, na necessidade da pessoa natural (física) ou jurídica distribuir à população seu patrimônio ou parcela dos lucros, e nem mesmo de que terá que transformar a atividade comumente desempenhada, em uma atividade beneficente. A palavra social refere-se, unicamente, à submissão da atividade desenvolvida; espaço do qual se é proprietário ou pacto que se está firmando ao interesse social.

Assim, afirma Amaral Neto que a função social consiste em atingir os interesses sociais, que convergem para o bem comum e a justiça social. Observa, ainda, que atingir essas finalidades não requer ignorar os interesses individuais, ambos existirão de forma simultânea:

> Emprestar ao Direito uma função social significa, portanto, considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos interesses do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de se acabar com as injustiças sociais. Função social significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades de ordem econômica. Seu objetivo é o bem comum, o bem-estar econômico coletivo. A idéia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve, abrindo a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais sem desconsiderar ou eliminar os do indivíduo. [...] E ainda, historicamente, o recurso à função social demonstra a consciência político-jurídica de se realizarem os interesses públicos de modo diverso do até então proposto pela ciência tradicional do direito privado, liberal e capitalista. [...] A função social é por tudo isso, um princípio geral, um verdadeiro *standard* jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação progmática que não colide nem torna ineficazes os direitos subjetivos, orientando-lhes o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem comum e a justiça social" (AMARAL NETO, 2003, p. 367 e 368).

Nesse mesmo sentindo afirma Henrique Viana Pereira:

> [...] pode-se dizer que cumprir uma função social é atingir uma finalidade útil para a coletividade, e não apenas para as pessoas diretamente envolvidas. Ela determina uma limitação interna, no sentido de que legítimo será o interesse individual quando realizar o direito social, e, não apenas quando não o exercer em prejuízo da coletividade.
>
> O princípio da função social, dessa forma, impõe ao proprietário (ou a quem for exercer o direito de usar, gozar e dispor da propriedade), bem como ao empresário – conforme será visto adiante – a prática de comportamentos em benefício da sociedade (PEREIRA, 2014, p. 62 e 63).

Das palavras de PEREIRA, é possível perceber que, ao colocar o interesse social a frente do interesse individual, o Estado ganha um importante aliado no combate em favor do bem-estar social.

3. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Sabe-se que as empresas possuem um importante papel na sociedade. O exercício regular destas dinamiza o mercado, haja vista garantir a circulação de riquezas, gerar empregos, solucionar a exigência da população por bens e serviços a serem consumidos, contribuir para a arrecadação fiscal do Estado, por meio dos impostos e, por fim, reduzir o âmbito de atuação assistencial do Estado. Todas as contribuições citadas são alcançadas por meio do simples funcionamento das empresas, desse modo, não podem ser consideradas para se verificar o cumprimento da função social da empresa, conforme defende MAGALHÃES (2007, p. 345): "considerando a função econômica da empresa como fonte geradora de riquezas, impostos, emprego e lucro, não é certo dizer que, só por funcionar, a empresa cumpre sua função social".

Diante do exposto, LOPES contribui com exemplos do que considera cumprimento da função social por parte das empresas. Estes exemplos podem ser resumidos à forma com que a empresa, por meio

do emprego e do pagamento do salário, impacta positivamente a vida do empregado e dos que estão ao seu redor:

> A empresa é vista como instituição cuja importância transcende à esfera econômica e passa a abarcar interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o bem-estar dos trabalhadores que para ela prestam seus serviços e dos demais cidadãos que dividem com ela o mesmo espaço social (LOPES, 2006, p. 119).

Assim, diante da importância desempenhada pela empresa e o impacto do seu exercício transcender o relacionamento direto com seus funcionários, não se pode resumir a empresa a uma simples produtora de riquezas, bens e serviços. É preciso compreender que sua atuação representa um poder para a sociedade e que, em razão disso, possui direitos e deveres a cumprir. Nesse mesmo sentido:

> A função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo os interesses da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40).

Além do mais, é importante observar que o empresário exerce domínio sobre os bens de produção. Nesse sentido, afirma LOPES (2006, p. 124) que, enquanto proprietário, esse possui o poder/dever de garantir que o interesse coletivo seja alcançado por meio do uso da coisa sob sua propriedade. No entanto, quando se trata de bens de produção submetidos à exploração empresarial, defende a autora que o citado poder/dever sofre alteração, deixando de atuar na propriedade em si para recair sobre o controle e a organização dos bens de produção e funcionários. Ou seja, a função social transfere-se da propriedade para o controle e organização dos bens de produção e funcionários.

Ainda sobre os bens de produção, afirma GRAU:

> O princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob o compromisso com a sua destinação. A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa (GRAU, 2008, p. 238).

Lopes afirma que a função social da empresa corresponde a um desdobramento da função social exigida tanto na propriedade quanto nos contratos, afinal, desde sua constituição, a empresa está intimamente conectada com a propriedade e com os contratos:

> Decorrência necessária do reconhecimento da função social da propriedade e da função social do contrato foi a posterior discussão sobre a função social da empresa, como instituição cuja importância só aumentara no século XIX, não só no âmbito econômico, mas também no político e no social. Com efeito, a empresa assumira o papel de célula social catalisadora de aspirações, de anseios de prosperidade; de credora e, ao mesmo tempo, devedora da comunidade, o que evidenciava a sua natureza como comunidade de trabalho e de capital. Se toda atividade da empresa partia da utilização da propriedade e do contrato, é inequívoco que as transformações sobre estes institutos teriam reflexos diretos na própria empresa. Por outro lado, a sua crescente importância fez com que uma atenção especial fosse conferida aos bens de produção (LOPES, 2006, p. 113 -114).

Diante da influência exercida pela empresa sobre a sociedade como um todo, o seu objetivo não pode resumir-se à busca pelo lucro, é preciso utilizar a citada influência para o exercício de sua função social. Entretanto, não se pode perder de vista que a busca pelo lucro é imprescindível para a manutenção da empresa em si e que sem ele a mesma estará fadada ao fracasso, causando prejuízos incalculáveis para

a economia, vez que estão diretamente relacionadas. Assim, PEREIRA esclarece:

> [...] a empresa deixa de ser vista como instrumento de satisfação egoística dos sócios e administradores da sociedade empresária, e passa a ser analisada dentro de um contexto social, eis que, sob o contexto de um Estado Democrático de Direito, as atividades devem ser voltadas para a realização de valores como a liberdade e a dignidade e, por isso, não se pode permitir que autonomia se confunda com alvedrio.
>
> Apesar disso, não se pode esquecer a função primordial da empresa – busca por lucros – e nem que o empresário, da mesma forma que todo ser humano, é um maximizador de seus próprios interesses (PEREIRA, 2010, p. 70).

Nesse mesmo sentido, afirma MAGALHÃES:

> [...] a função social não tira a liberdade do indivíduo de agir de acordo com os próprios interesses, mas terá deveres com a sociedade determinados pelos princípios e normas jurídicas, positivadas ou não, limitando a autonomia privada em razão do bem comum. Diante do exposto, a sociedade só poderá exigir das empresas a função social das atividades que constituem objeto dela, ou seja, ligado a sua atividade econômica exercida. Não é possível exigir, com fundamento na função social, deveres para os quais as empresas não foram criadas, porque senão só teria deveres e não direitos. (MAGALHÃES, 2007, p. 343).

Assim, é possível perceber que para conciliar os interesses individuais do empresário com a função social que a empresa precisa exercer, sem que haja uma obstrução à busca por lucro, deverão ser utilizados critérios razoáveis de proporcionalidade e ponderação, conforme defende PEREIRA:

> Diante disso, pode-se afirmar que se trata da busca pelo interesse público de forma menos onerosa para o empresário. En-

> tão, as atividades econômicas devem visar benefícios para a coletividade, observados critérios razoáveis de proporcionalidade e ponderação, sendo certo que a busca pelo lucro – durante o exercício de atividade econômica – é perfeitamente conciliável com a imposição do exercício da função social (PEREIRA, 2010, p. 73).

É indiscutível que as empresas desempenham importante função na sociedade, além da movimentação do mercado por meio da circulação de riquezas, bens e serviços, o cumprimento da função social pelas empresas contribui de forma significativa para melhora na condição social de toda a população. Além do mais, percebe-se que o exercício da função social não pode tornar inviável a busca de interesses individuais por parte da empresa, caso contrário causaria o encerramento da mesma. As empresas assumiram papel importante na sociedade, diante disso, precisam dar continuidade em suas atividades mesmo em períodos de crise, como o enfrentado pelo Brasil nos presentes dias.

4. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA EM TEMPOS DE PANDEMIA

No final do ano de 2019, na cidade de Wuhan, na China, um perigoso vírus foi descoberto. A Organização Mundial da Saúde (OMS) deu ao vírus o nome de Sars-Cov-2 e é este o causador da doença conhecida por Covid-19. O vírus surgiu de uma variação ocorrida na família do coronavírus, cujo surgimento data de meados da década de 60. A infecção causada pelo vírus, em casos mais graves, pode causar a morte do paciente (ZHANG, 2020, p. 13), além da grande quantidade de internações, causando o colapso do sistema de saúde.

O vírus transmite-se por meio da exposição a gotículas expelidas pelo contaminado e também pelo contato (ZHANG, 2020, p. 13), desse modo, para diminuir o número de contaminados e evitar, ou no mínimo adiar, o colapso do sistema de saúde do país, a principal medida adotada foi o isolamento social. Com a imposição dessa medida, a circulação de pessoas diminuiu drasticamente, haja vista ter fechado bares, restaurantes, lojas, escolas, enfim, locais de inevitável aglomeração.

O impacto das medidas adotadas para combater a proliferação do Covid-19 na lucratividade das empresas, foi inevitável. Muitos empreendimentos tiveram que demitir funcionários e suspender a atividade desempenhada, outros, por sua vez, conseguiram se adaptar para manter o fornecimento de produtos e serviços à população, mesmo que em quantidade reduzida. Exemplo do exposto pode ser verificado nos empreendimentos que intensificaram o atendimento por *delivery* (REINVENTE-SE, 2020, s.p.).

Em razão da depressão econômica enfrentada, que se agravou com a pandemia, muitos empresários se solidarizaram com as dificuldades enfrentadas pelo povo brasileiro, que em grande parte perdeu o emprego e sua respectiva renda, e uma campanha de arrecadação financeira se iniciou. As doações ocorreram em valores diversos, mas com uma finalidade comum: contribuir para a superação da pandemia.

Para monitorar as doações realizadas, a Associação Brasileira de Captadores de Recursos (ABCR) desenvolveu um site em que divulga, principalmente, o valor doado, a quantidade de doadores e o nome dos doadores. Além de proporcionar transparência às doações em razão do combate à pandemia, o site funciona como um meio de divulgação de pessoas e empresas que contribuem para essa belíssima causa. Em consulta realizada no site criado pela ABCR, em 01 de julho de 2020, percebeu-se que R$ 5.776.554.585 (cinco bilhões, setecentos e setenta e seis milhões, quinhentos e cinquenta e quatro mil, quinhentos e oitenta e cinco reais) haviam sido doados como resposta à Covid-19 (MONITOR DAS DOAÇÕES, 2020, s.p.).

Além do mais, com a rápida propagação do vírus no Brasil, a população deu início a uma busca por dois principais produtos capazes de diminuir as chances de contaminação e promover a proteção individual: a máscara e o álcool gel. Em razão do baixo estoque, logo esses produtos começaram a faltar nas prateleiras. Para suprir a necessidade da população, grandes empresas, dentre elas produtoras de cosméticos e bebidas, modificaram suas linhas de produção para reabastecer o mercado e também doar tais produtos a hospitais e comunidades carentes (REIS, 2020, s.p.).

Não é só com a doação de recursos financeiros e produtos, que as instituições privadas atuam no combate à pandemia. Algumas instituições disponibilizaram seu próprio espaço físico para que se construísse hospitais de campanha. É o caso da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais que, em razão da pandemia, precisou alterar o regime de suas aulas de presencial para remoto, deixando livre seus diversos campus e, em seguida, decidiu por disponibilizar às autoridades seu complexo esportivo para a construção de hospitais de campanha (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS, 2020, s.p.).

A pandemia trouxe à tona a importância que as empresas possuem no cenário econômico. A função social da empresa, cuja visualização requeria certo esforço do observador, hoje faz-se clara. É inquestionável o cumprimento da função social da empresa com a verificação das atitudes citadas acima, se bem observado, as empresas fazem mais do que seria delas exigido.

4.1 A Manutenção dos Direitos Humanos por Meio do Protagonismo das Empresas

A recessão financeira, causada pelas necessárias medidas aplicadas no combate à pandemia de Covid-19, impactou diretamente na renda de parte da população. Apesar do esforço governamental para suprir as necessidades básicas das famílias de baixa renda, o valor concedido pelo governo não é suficiente para pagar todas as despesas de uma família.

O DataPoder360 realizou uma pesquisa analisando esse impacto entre 13 e 15 de abril, que posteriormente foi divulgada pelo jornal Deutsche Welle (2019, s.p.). Durante a entrevista foi perguntado se o coronavírus havia prejudicado a renda ou emprego, entre os sem renda fixa ou desempregados 77% responderam de forma afirmativa; entre os que ganham até dois salários mínimos o índice caiu para 57%; para quem recebe mais de dez salários mínimos o índice reduziu-se a 26%.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu vigésimo quinto artigo, apresenta os seguintes dizeres:

> 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 04).

A manutenção do direito apresentado pela DUDH em seu vigésimo quinto artigo, não seria possível apenas com o esforço realizado pelo Estado. Desse modo, cita-se a importante participação das empresas, já abordada acima, como uma forma de manutenção dos Direitos Humanos. Verifica-se a manutenção dos Direitos Humanos pelas empresas de duas formas.

A primeira delas ocorre em razão da continuidade dos serviços prestados, seja pela adaptação ou reinvenção do empreendimento, que garante a constância na aquisição da mão de obra pelo empregador e consequente pagamento de salário aos empregados. A segunda é marcada por ações solidárias, que levam à população produtos de primeira necessidade, como alimentos, produtos de higiene pessoal, álcool gel e máscaras. Ambas influenciam diretamente a manutenção dos Direitos Humanos e sem elas a população estaria em uma situação pior do que a verificada atualmente.

5. CONCLUSÃO

É inquestionável a importância que as empresas possuem no comércio, seu exercício é o que mantem o equilíbrio no mercado e na sociedade, cuja manutenção ocorre por sua simples execução. Não bastasse sua relevância inata, optou o legislador por conceder a elas mais uma responsabilidade, exercer sua atividade respeitando a função social.

A função social da empresa estabelece limites e deveres para os empreendedores no exercício de sua atividade e fornece ao Estado uma

ajuda no cumprimento das obrigações desse. Para o Estado e para a população tal ajuda representa grande importância, vez que beneficia a população diretamente e ao fazê-lo, encerra a necessidade de que o Estado execute a referida tarefa.

Em tempos de pandemia muita coisa mudou, com a consequente diminuição da renda de grande parte da população, a simples ação de doar produtos de higiene pessoal a uma família pela empresa produtora desses, representa uma grande e importante ação. As grandes empresas, que continuam desenvolvendo suas atividades e sua função social, em alguns casos, vão além do que seria exigido, ao realizarem doações por meio de produtos, serviços e recursos financeiros.

Por fim, apesar das variadas formas de exercício da função social da empresa durante a pandemia, não é razoável que se exija o cumprimento da mesma por instituições que estejam enfrentando dificuldades em razão da pandemia, parcela majoritária do comércio nacional. A função social da empresa precisa ser flexibilizada diante da eventualidade enfrentada por todos e não é razoável que o seu descumprimento justificado desencadeie sanções.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito Civil: introdução**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LUPION, Bruno. **Como o novo coronavírus acentua as desigualdades no Brasil**. Deutsche Welle. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/como-o-novo-coronav%C3%ADrus-acentua-as-desigualdades-no-brasil/a-53256164. Acesso em: 05 maio 2020.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 339- 348.

MONITOR DAS DOAÇÕES. **Associação Brasileira de Captadores de Recursos**, 2020. Disponível em: https://www.monitordasdoacoes.org.br/. Acesso em: 01 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNICRIO, 2000.

PEREIRA, Henrique Viana. **A Função Social da Empresa e as Repercussões Sobre a Responsabilidade Civil e Penal dos Empresários**. 2014. Dissertação (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

PEREIRA, Henrique Viana. **A Função Social da Empresa**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Complexo Esportivo oferecido como hospital de campanha. PUC Minas: Belo horizonte, 2020. Disponível em: **https://www.pucminas.br/CoronaVirus/noticias/Paginas/Complexo-Esportivo-oferecido-como-hospital-de-campanha.aspx. Acesso em: 29 jun. 2020**

REINVENTE-SE. Restaurante implementa sistema delivery para manter o negócio durante a pandemia. G1: 22 jun. 2020. Disponível em: **https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/especial-publicitario/reinventese/noticia/2020/06/22/restaurante-implementa-sistema-delivery-para-manter-o-negocio-durante-a-pandemia.ghtml. Acesso em: 27 jun. 2020.**

REIS, Giovanna. **Em falta e inflacionado, grandes empresas doam álcool em gel para hospitais e comunidades**. Folha de S. Paulo: São Paulo, 15 abr. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/2020/04/em-falta-e-inflacionado-grandes-empresas-doam-alcool-em-gel-para-hospitais--e-comunidades.shtml. Acesso em: 29 jun. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. **Revista dos Tribunais** n. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZHANG, Wenhong. **Manual de Prevenção e Controle da Covid-19: segundo o doutor Wenhong Zhang**. São Paulo: PoloBooks, 2020.

ESTUDO DA VIABILIDADE DE ADEQUAÇÃO DOS CONTRATOS DE TELEFONIA MÓVEL A LUZ DO CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Vanessa Marques Teles

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que o consumidor de serviços de telefonia faz parte do polo vulnerável da relação de consumo, tendo em vista a imensa dificuldade em que este encontra para resolver problemas oriundos desta relação[6]. Dentro de uma variedade de ocorrências que tem se apontado como motivo de descontentamento nas relações contratuais entre o cliente de telefonia móvel e a prestadora de serviços destaca-se a indução involuntária à contratação de combos, pacotes e serviços; propaganda enganosa, e a excessiva morosidade no atendimento e à informação ao cliente entre outros (GONDIM, 2020); refletindo a deficiência de qualidade na prestação de serviço, normalmente empecilhados pelas diversas barreiras impostas por o fornecedor, sujeito que deveria preservar não tão somente seu maior provedor financeiro como também a excelência na execução e prestação de serviços.

6 O Art. n. º 29 do CDC, reconheceu como consumidor, todo sujeito vulnerável da relação de consumo, independentemente da finalidade a qual se destina o bem adquirido (GONÇALVES, 2017, p.1).

Em especial, no que tange a indução involuntária à contratação de combos, conhecidos também por venda casada, evidencia-se de forma concomitante a excessiva morosidade na resolução das distintas situações, havendo inclusive ocorrência de cancelamento de todo o pacote em função de que o cliente não apresente interesse no conjunto de serviços, mas em um ou até dois dos serviços, com frequência interessando-se pôr o serviço de fornecimento de internet e telefonia móvel. Ocorre que os pacotes têm inserido fornecimento de TV a cabo e também de telefonia fixa. Contudo na maioria das atividades comerciais, os profissionais necessitam de acesso à internet e telefone móvel para o exercício de suas atividades, e destes serviços depende a produtividade do consumidor, que refere muitas vezes a seu sustento e, portanto, capacidade de cumprir com compromissos financeiros até mesmo respectivos a telefonia.

Diante do exposto tem-se por hipótese que há necessidade de que ocorram adequações nos contratos de prestação de serviço de telefonia de onde se configure a boa-fé, concomitantemente que este traga ao conhecimento do usuário a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, com promessa de qualificar o atendimento ao consumidor sob esta perspectiva a título de desqualificar a prestadora de serviço, impedindo a continuidade do fornecimento dos seus serviços, ou seja, o seu funcionamento.

Considerando-se que no ano de dois mil e dezenove, registra-se 2,98 milhões de reclamações contra prestadoras de telecomunicações (TRIBUNA, 2020); a verdade que se constatada é que existe, uma indústria de desrespeito ao consumidor, refletidas na busca pelo lucro fácil por parte dos fornecedores, no descaso no trato das demandas de consumo (ROLLO, 2012).

Defende-se que este quadro deve ser mudado, acredita-se ser insuficiente a aplicação de multa rigorosa às empresas que de forma culposa descumprem seus deveres nesta relação. Do outro caso não há como se deduzir a aplicabilidade de justas indenizações visto que a morosidade no atendimento ao consumidor pode gerar prejuízos imensuráveis (SANTOS e FIRMEZA, 2019), assim considera-se importante a análise do contrato das prestadoras de serviço e a ade-

quação destes às Leis admitindo por base legal o Direto do Civil, e o Direito do Consumidor.

Assim, neste contexto, o presente artigo tem por objetivo basilar verificar a necessidade de adequação dos contratos de telefonia móvel admitindo nestes configuração de Lei, tendo por base os princípios instituídos no código civil e no código de defesa do consumidor; para alcançar o proposto verifica-se se nos contratos atuais de telefonia móvel a) há esclarecimento sobre o que venha a ser responsabilidade civil, e compromisso com o instituto; b) identificar nos contratos se há preocupação em defender o consumidor de dano moral, mero aborrecimento ou dissabor; c) verificar a existência de cláusulas contratuais em que se defenda a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor; e por fim investigar se pode-se contemplar nos mesmos contratos o princípio da boa-fé objetiva. Os objetivos devem promover uma reflexão sobre a eficácia das leis de consumo de telefonia, com foco em proteger a parte mais vulnerável, o cliente.

Há relevância neste estudo em decorrência da recorrente violação dos Direitos Fundamentais, contudo frente a teoria do desvio produtivo do consumidor concorda-se que o tempo que o cliente vem perdendo, com reclamações e ações é entrave ao desenvolvimento. A adequação do contrato às leis iria forçar um posicionamento correto, transparente e justo das empresas de telefonia.

Ocorre que o vício de diferentes empresas ou prestadores de serviço de tratamento com pouco caso dirigido ao consumidor só pode ser combatido diante do amparo da lei elegido do início ao fim, via contrato. Em geral, os contratos de telefonia, definidos como contratos de adesão caracterizam-se como unilaterais, estando à disposição do cliente. Assim há relevância de que o consumidor busque conhecer os contratos que legalizam estes serviços, compreendendo que este trata-se de instrumento probatório.

Neste cenário emerge o problema de pesquisa, qual seja: há demanda de adequação dos contratos de telefonia móvel, absorvendo os moldes de Lei, tendo por base os princípios constitucionais que regem o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor? Poderia com isto ser evitada a morosidade das causas e, portanto, o desvio produtivo do consumidor?

Assim a temática justifica-se, pois, estes casos são recorrentes no Judiciário brasileiro, constituindo-se barreiras ao desenvolvimento. Estimulando-se que se se investigue se a determinação de que os contratos de telefonia móvel sejam adequados às normas da Lei, poderiam ter de pôr fim a minimização da violação de direitos aos consumidores. Diante disto, pretende-se demonstrar que sendo a telefonia móvel um setor que movimenta todo um sistema econômico, o tempo perdido do consumidor com reclamações é um entrave ao desenvolvimento do país; também a unilateralidade dos contratos de adesão, demonstram a má-fé do setor, visto que não cumprem os quesitos da do CDC.

Para tanto, fora realizada pesquisa bibliográfica com abordagem do tipo dedutivo-hipotético com o uso de doutrinas, artigos científicos, jurisprudências que parte de uma ideia geral de que a transparência nos contratos de telefonia móvel, e a adequação aos moldes da lei, admitindo o estabelecimento do que venha a ser responsabilidade civil no âmbito desta relação jurídica, bem como instituindo o que entende-se por dano moral, dissabor ou aborrecimento e desvio produtivo do consumidor para tal, observa-se o princípio da dignidade da pessoa humana e a responsabilidade civil no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, abrangendo ao estudo da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, a configuração da boa-fé nos contratos de prestação de serviço e as peculiaridades do ônus da prova.

1 O DIREITO DO CONSUMIDOR: RELAÇÕES DE CONSUMO DE TELEFONIA

O Direito do Consumidor trata de princípio formado originário da Constituição Federal do Brasil/88, regendo as relações de consumo entre fornecedores (de bens e serviços) e clientes. Aduz Silva (2015) que a proteção do consumidor é "direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXII, bem como princípio da ordem econômica, no artigo 170, inciso V, ambos da CF/1988". É instrumento do instituto, o Código de Defesa do Consumidor – CDC, promulgado em 11 de setembro de 1990 através da Lei n. º 8.078/90. Dessa forma o CDC, é:

> [...] uma legislação fundamental para regulamentar no Brasil as relações de consumo, alterando regras tradicionais do direito civil e adequando-as para uma sociedade de consumo. Com isso, novas regras a orientar os contratos, o comércio e a prestação de serviços foram criadas, de maneira a se proteger o consumidor de eventuais abusos dos fornecedores. Também se regulamentou a oferta de produtos e serviços e a publicidade dos mesmos, oferecendo um limiar ético para essas atividades (BRASIL, 1990).

Dentro da concepção do instituto, o consumidor é naturalmente a parte mais vulnerável no negócio, necessitando da tutela, do amparo do Direito, o que é feito de forma sistematizada, normatizada, ou ainda codificada em especifico, que a defesa do consumidor é um princípio geral da atividade econômica. O ramo foi instituído no sentido de assegurar acesso a informações, transparência, proteção contra vícios de consentimento ou sócias (fraudes, erro, dolo, coação, lesão entre outros gravames), ou seja, contra qualquer ato considerado ilícito[7] (SILVA, 2015).

Para a perspectiva, o Direito do Consumidor identifica possíveis máculas contratuais; busca a resolução de conflitos no sentido de harmonizar relações jurídicas entre as partes (de uma variedade de tipos negociações comerciais); intervindo na garantia dos direitos humanos, e fundamentais especialmente do consumidor (NUNES, 2018). Em especifico o CDC, estabelece "regras a orientar os contratos, o comércio e a prestação de serviços [...], de maneira a se proteger o consumidor de eventuais abusos dos fornecedores. [...] regulamentou a oferta de produtos e serviços e a publicidade dos mesmos [...]" (BRASIL, 1990).

O Direito do Consumidor tendo por base de sua formulação a Constituição Brasileira de 1988 admite em seu escopo a aplicação da responsabilidade civil, que por sua vez determina a obrigação de

7 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

indenizar daquele que causar dano a outrem, por ato próprio, de pessoas, bem como de coisas ou objetos que estejam sob sua guarda. Estabelece, portanto que as empresas e os empresários respondam "independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação" conforme o Título XIX, Art. 927, Art. 931 (BRASIL, 2002, p.101).

A saber, a palavra responsabilidade tem origem "no verbo latino *respondere* = [...] a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade [...] raiz latina *espondeo*, [...] o devedor nos contratos" (GAGLIANO e PAMPLONA_FILHO; 2006, p.2-3).

Aduz Nader (2013) que a expressão responsabilidade civil refere ao descumprimento de dever jurídico, tratando-se de um termo de abordagem técnica, que resulta em dano a outro que pode se tratar de ou de um ano moral ou de dano físico, contudo nela está implícita a obrigação de reparo, ao que a parte que se designa ao devedor deve suportar os efeitos jurídicos oriundos do ato danoso.

O termo, ou a expressão jurídica, como o próprio ramo do Direito admite adequação à evolução das práticas advindos dos novos usos e costumes, e também dos novos formatos de relacionamentos ou negociações. Há nesta flexibilidade e dinamismo, que ocorrem em função das transformações sociais. Desta forma, os fatos jurídicos (fatos jurígenos), ou seja, todos os acontecimentos que geram direitos subjetivos, em sentido amplo (*lato sensu*) resultam em obrigação ou dever jurídico sucessivo. (SANTOS, 2012). Esta obrigação observa respaldo jurídico, "no princípio fundamental da proibição de ofender, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar, a máxima *neminem laedere*, de *Ulpiano*, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada" (GAGLIANO e PAMPLONA_FILHO; 2009, p.2),

Como já se observou, o Código de Defesa do Consumidor – CDC trata de instrumento regulador das relações de consumo, utilizado para garantir os direitos do consumidor (BRANDÃO, 2008). A saber

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o

> respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995).
>
> I - Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
>
> II - Ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
>
> a) por iniciativa direta;
>
> b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
>
> c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
>
> d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.
>
> III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;
>
> IV – Educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; (BRASIL, 1990, p.1).

No exposto compreende-se que o CDC, é instituído com o propósito de proteger o consumidor, tomando-o pôr a parte mais vulnerável do negócio; considerando que os fornecedores devem desenvolver produtos para atendimento as necessidades do consumidor, desenvolvendo produtos de forma a observar o respeito a seus direitos fundamentais respectivos a dignidade humana, interesses econômicos entre outros. Entende-se que os produtos devem proporcional melhor

qualidade de vida, e os contratos de aquisição devem ser laborados de forma transparente, harmônica e no uso do princípio da boa-fé[8], em que se estabelece o equilíbrio das relações.

A boa-fé também é observada no contexto em que o CDC aponta cláusulas abusivas em contratos de fornecimento de produtos e serviços; neste sentido em seu Art. 51 seções II, o instrumento estabelece que:

> [...] São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> I - Impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
>
> II – Subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
>
> III - transfiram responsabilidades a terceiros;
>
> IV - Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
>
> VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
>
> VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

8 O princípio da boa-fé tem origem romana, sendo conhecido por '*fides bona*' – "a fidelidade a palavra dada, com o dever de cumprimento da promessa, o que fazia com que surgisse efeitos jurídicos e fosse possível a ação no caso de certos contratos que não eram reconhecidos [...]". (DANTAS_JUNIOR, 2007, p. 42). Agir com boa-fé é dever de todos envolvidos em determinado processo. Em contexto gramatical a palavra boa-fé significa "1. Certeza de agir com amparo da lei, ou sem ofensa a ela. 2. Ausência de intenção dolosa. 3. Sinceridade, lisura" (FERREIRA, 1986, p.265). A boa-fé é manifestação da ética e da moral, e estabelece "limites fixados pelas regras de lealdade, probidade e correções processuais regulando a atividade dos sujeitos em conflito" (BORGES, 2014, p.11)

> IX - Deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
>
> X - Permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
>
> XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
>
> XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
>
> XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
>
> XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
>
> XV - Estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
>
> § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
>
> I - Ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
>
> II - Restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
>
> III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. (BRASIL, 1990, p.1).

Assim sendo observa-se a o CDC centra os dispositivos regulatórios no estabelecimento de normas regulatórias voltadas diretamente ao estabelecimento de contratos, ou seja, o contrato é tomado por elemento essencial na confirmação de negociação comercial. De outra forma, vale destacar que o Novo Código Civil de 2002, Lei n.º: 10.406/2002 estabelece normas "que atendem ao cumprimento da

boa-fé objetiva[9] que deve nortear os contratos, em que os negócios jurídicos necessitam ser interpretados conforme a boa-fé" (SANTOS, 2012, p.1).

Diante do exposto vale complementar que a instituição do CDC, ainda que surgindo para defesa do consumidor, defende sobretudo a justiça, o equilíbrio, a harmonia das relações do entre fornecedor e consumidor, considerando sobretudo, a existência da má-fé[10] tanto por parte do consumidor como do fornecedor, de outra forma o instituto poderia ser referido como o desencadeador da "indústria da indenização um passaporte para a riqueza de pessoas que simulam situações que supostamente trariam danos, mesmo não provados, ante a inversão do ônus da prova" como refere o estudo de Brandão (2008, p.1).

Entretanto, no que refere à prestação de serviços de telefonia, discorre-se que as empresas do ramo, não se sujeitam ao CDC, e assim há numerosas ações contra estas. Todavia debate-se que as cláusulas do CDC diferenciam-se entre os Estados, de acordo com a CF [11] nestes termos, cabe a União à responsabilidade de "legislar sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias dos referidos serviços, os direitos dos usuários, as políticas tarifárias e a obrigação de manter o serviço adequado" (MENDES, 2020, p.1).

Para Miranda (2017, p.1) o CDC, sendo "As concessionárias de telefonia [...] fornecedoras, e as suas prestações de serviço aos assinantes-usuários (*rectius,* consumidores) caracterizam relação jurídica de consumo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor – CDC" é necessário que se aplique o determinado no dispositivo jurídico, o que

9 A boa-fé é um princípio "jurídico fundamental que devemos admitir como premissa de todo o ordenamento jurídico" (CUSTÓDIO, 2018, p.16).

10 A expressão "má-fé" deriva do latim malefatius (mau destino, ou má-sorte), e é utilizada pelos juristas para exprimir tudo que se faz com maldade, com o total conhecimento do mal contido no ato executado ou do vício que pretende esconder. É enganar, fingir, passar a ideia de que certa coisa é legítima e perfeita sendo que não o é, e a parte tendo total conhecimento disso, leva a diante a mentira com essa chamada "má-fé" (MAIURI_CRUZ, 2014, p.1).

11 Constituição da República Federativa do Brasil - CF, confere à União a competência para explorar os serviços de telecomunicações e, em paralelo, a competência privativa para legislar sobre eles.

ocorre é que não há registro de reclamações por parte dos consumidores relacionadas à aplicabilidade especifica as normativas do instituto.

Em contrapartida, para fins de defesa do consumidor no contexto de telefonia, a Lei Federal 9.472/97[12] define como órgão regulador do setor de telefonia a Anatel, desta forma a seguir apresentam-se alguns pontos da legislação Anatel de forma sucinta e objetiva, a fim de responder aos objetivos do estudo, sem a presunção de explanar sobre esta de forma meticulosa visto a modalidade do presente estudo (BRASIL, 1997).

Os contratos de telefonia caracterizam-se como de adesão[13], também denominados unilaterais, apresentando, portanto direitos e obrigações dos consumidores (RODRIGUES, 2017). Conforme estudo,

> Nestes contratos, as cláusulas são estipuladas apenas por uma das partes e, no caso da telefonia, as cláusulas são estipuladas pelas operadoras e não tem o consumidor o direito de discuti-las. Cabe ao consumidor aceitar ou rejeitar o contrato: aceitando, se sujeita às cláusulas abusivas que são práticas recorrentes em contratos telefônicos. Caracteriza-se, assim, a sua unilateralidade, ou seja, há a determinação de seu conteúdo apenas pela prestadora (RODRIGUES, 2017, p.1).

A unilateralidade se instaura em negócios em que há uma grande demanda de produto ou serviço, e estes são digamos que produtos e serviços essenciais, locados em massa, este tipo de contrato apresenta por benefício a agilidade no fechamento do negócio "significam uma restrição ao princípio da autonomia da vontade, consagrado pelo Código Civil Francês, já que a vontade de uma das partes não pode se manifestar-se livremente na estruturação do contrato" (PRETTI, 2002, p.1).

12 Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico.

13 Tipo de contrato no qual a parte a quem a proposta é dirigida não pode se manifestar acerca das cláusulas contratuais. Nessa modalidade, é apresentado um contrato com cláusulas fixas e imutáveis, com uniformidade de cláusulas para todos os contratantes, não restando a eles a oportunidade de discutir as cláusulas que lhe são impostas (RODRIGUES, 2017, p.1).

Convém ressaltar que o CDC reconhece o contrato de adesão, em seu Art. n. º 54, de onde reza:

> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
>
> § 1° A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.
>
> § 2° Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2° do artigo anterior.
>
> § 3o Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008)
>
> § 4° As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. (BRASIL, 1990).

A Anatel, legaliza esta prática através da Resolução n. º 632/2014, entretanto esta unilateralidade pode ser rompida para casos em que se considere o enriquecimento ilícito de quaisquer das partes do contrato (BRASIL, 2014).

2- Análise da Legislação Anatel versus Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor

Nas distintas relações consumeristas tem se evidenciado grande incidência de ocorrências de danos morais contra o consumidor, e dentro deste contexto há destaque a empresas de telefonia, sendo estas as mais acionadas nos Juizados Especiais Cíveis (apontando em

torno de 235.704 ações só no estado do Rio). Assim, mesmo que esta modalidade de serviço tenha sistema legislativo próprio, instituído pela a Anatel, verifica-se a reincidência na violação dos direitos dos consumidores brasileiros, não sendo suficientes as punições indenizatórias para cessar este comportamento de forma que se cogita sobre a necessidade de reformas e adequações para alcançar a finalidade que refere a conscientização e responsabilidade respectiva a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços para com o consumidor, parte mais vulnerável da negociação (SANTOS, 2015).

As ações levantadas contra as telefonias, arrastam-se percorrendo todas as instâncias do Judiciário. Todavia, "As empresas de telefonia todos os dias rasgam as normas do Código de Defesa do Consumidor sem que a agência reguladora tome efetivas providências que estanquem os abusos" (SANTOS, 2015, p.3). A atitude, destas empresas resulta em dano moral[14] aos consumidores. Diante desta afirmativa importa compreender que o dano moral trata daquele que fere a integridade psicofísica. Refere Pasqual e Xavier (2016, p.4) que "estamos diante de danos a pessoas e assim a tutela é da dignidade"; algo a que de forma determinante, não se pode por um preço. Diante desta premissa, nasce a certeza de que "não há parâmetros objetivos para constituir o *quantum* indenizatório" (MEIRELES e LIMA, 2018), deste tipo de dano.

Todavia a indenização tem sido adotada uniformemente (padronizada) de forma ineficaz sendo insuficiente como elemento que impute responsabilidade civil (PERRI e CASLCADI, 2016), ou seja, que venha a fazer com que as prestadoras de serviços de telefonia venham a considerar de nenhum proveito no cometer a conduta danosa ocorre que não há como visualize os resultados risco-benefício desta

14 Etimologicamente dano vem de demere, que significa tirar, apoucar, diminuir. Portanto, a ideia de dano surge das modificações do estado de bem-estar da pessoa, que vem em seguida à diminuição ou perda de qualquer dos seus bens originários ou derivados extrapatrimoniais ou patrimoniais. O conceito clássico de dano, aquele que se encontra na maioria dos autores que tratam do assunto, sendo por isso o mais divulgado, é o que entende o dano como uma diminuição do patrimônio tanto material quanto moral. (FARIAS, 2013, p. 179 apud SANTOS, 2015, p.3).

prática, ainda por que estas modalidades de indenizações, são fixadas em patamares elevados (SOUSA, 2014).

Em busca de definir as relações respectivas ao dano moral e a perca de tempo do cliente[15], observa-se que a grande morosidade na resolução de conflitos decorrentes da prestação de serviço de operadoras de telefonia, na maioria dos casos afeta a produção do cliente (SANTOS e FIRMEZA, 2019). Ocorre que os mercados demandam agilidade, maior capacidade responsiva, e dedicação dos trabalhadores. Assim, há um aumento contínuo de profissionais liberais, e os que são empregados tem a necessidade de uma postura, dinâmica, proativa com bom desempenho, exercendo, sobretudo a ética. Neste sentido nasce no campo jurídico, especifico a proteção do consumidor a teoria do desvio produtivo do consumidor que se refere à defesa do tempo do cliente, perda do tempo útil, "franca violação ao princípio da boa-fé objetiva" (MARTINS, 2018, p.216).

Como refere o dito popular "tempo é dinheiro", compreende-se que o tempo útil de um determinado profissional pode prejudicar este no alcance de metas, ou cumprimento de prazos ou ainda no fornecimento de um trabalho com baixa qualidade entre outras perspectivas que resultariam em maior produtividade. Assim, há um valor jurídico no tempo em que se percebe a "configuração da perca do tempo útil do consumidor" (SANTOS e FIRMEZA, 2019, p.2), a Teoria do Desvio Produtivo - TDP nas relações de consumo surge com o propósito de não somente valorizar este tempo, mas sobretudo de indenizar os consumidores pelos danos ocasionados pelos fornecedores que refletem perda de produção.

A teoria TDP, desenvolve-se tendo a CF, por base jurídica, assegurando, portanto os princípios fundamentais[16] dos consumidores, e imputando responsabilidade civil aos fornecedores de produtos e serviços (NUNES, 2018). Todavia a responsabilidade civil, não está

15 Entendia-se até então a perca de tempo do cliente (vivenciada pelo consumidor nas relações de consumo) como mero aborrecimento (SANTOS e FIRMEZA, 2019).

16 Os princípios são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico (NUNES, 2018, p.9).

nitidamente observada no contexto do CDC, ao que se observa ao ler que:

> [...] é necessário abordar sobre a Responsabilidade Civil no Código de Defesa dos Consumidores para analisar a responsabilização do fornecedor sobre a prestação do produto e serviço nas relações de consumo, com o intuito de tentar coibir essas ações reiteradas causadas no dia a dia do consumidor e para melhor entender quando ocorre o desvio produtivo (SANTOS e FIRMEZA, 2012).

Ocorre que o tempo das pessoas, tornou-se "um bem precioso [...], um bem que, uma vez perdido, não pode ser reavido. E toda violação a esse direito (bem da vida) deve ser indenizado e punido" (IAMAMOTO, 2016, p.1), inicialmente esta concepção resultou na conclusão de que quando se faz um cliente, perder tempo, ocorre naturalmente um dano moral[17].

Aduz estudo de Bergstein e Marques (2019, p.1):

> [...] o máximo aproveitamento do tempo" é um interesse coletivo tutelado pelo ordenamento jurídico e que "a perda injusta e intolerável do tempo do consumidor", que ocorre "pelo desrespeito voluntário das garantias legais [...] com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço" constitui "ofensa aos deveres anexos ao princípio da boa-fé" e enseja a condenação em danos morais coletivos [...].

Na TDP, toma-se por consideração que os prejuízos que se tem na aquisição de determinados produtos ou na prestação de serviços não encerram-se em má funcionamento ou qualidade eles alongam-se nas perdas financeiras diretas e indiretas, respectivas a ser logrado em seu

17 Aduz Tartuce (2014) que o dano moral é uma lesão aos direitos da personalidade e que não tendo um preço para a dor, ou o sofrimento é preciso se garantir um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, uma compensação pelos males sofridos.

tempo livre, seu direito ao descanso, e sobre tudo a incapacidade do cliente de produzir no tempo em que enfrenta uma fila demorada para atendimento das prestadoras de serviços; no tempo perdido na reclamação ou no retorno de uma reclamação (por morosidade, cobrança indevida, má funcionamento) seja via telefone ou presencialmente; o tempo perdido quando se é encaminhado as empresas autorizadas na garantia de um produto, oficinas e outros; o tempo perdido no atendimento presencial quando após uma ou duas horas se consegue ser atendido por um atendente, e este é chamado a sala da gerencia, a outro atendimento ou ainda toma um bom café a frente do cliente (IAMAMOTO, 2016).

Nestes tipos situações, exemplifica-se a negligencia das empresas com relação ao tempo do cliente, de forma que este é sujeito a prestadora de serviços ou aos fornecedores, muitas das vezes no intuito de fazer o cliente desistir de reclamar, ou ainda criar o hábito de trocar produtos e serviços de forma rápida pagando mais, com a ilusão de obter um atendimento diferenciado, ou um produto de maior qualidade (IAMAMOTO, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de competência da União, e dos poderes Executivos e Legislativos, o estabelecimento de Políticas Públicas para a organização dos serviços de telefonia, contudo a Anatel é responsável direta pôr a regulamentação destes serviços (de telecomunicações). Todos os instrumentos regulatórios dos serviços de telefonia devem ter por base em seu escopo, os princípios instituídos na Constituição Federativa do Brasil, no Código Civil, preservando os princípios fundamentais dos seres humanos, ou seja, os princípios constitucionais da soberania nacional (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político).

Conclui-se que o CDC se tratando de um organismo de defesa do consumidor, apresenta variação em seu escopo conforme os diferentes Estados. Ainda que este seja o gozo do princípio da soberania, de onde ao Estado cabe a liberdade de legislar sobre o seus, este é um fator em

que se percebe que o instrumento vem perdendo seu poder normativo (por esta característica ou propriedade de ser mutável) ao que se sobrepõe o poder da Anatel.

Diante destes conhecimentos compreende-se que a Anatel não tem sido suficientemente eficaz quanto instrumento regulatório das relações entre fornecedores e consumidores dos serviços de telefonia e há necessidade de adequação dos contratos dos serviços de telecomunicações, pois não se contemplam nestas se quer esclarecimentos, nem tampouco os compromissos atrelados à responsabilidade civil, boa-fé, ou menciona-se a teoria do desvio produtivo do cliente, sendo que este é comprovadamente um fator de entrave ao desenvolvimento como um todo.

Os contratos de serviço das empresas de telefonia caracterizam-se como de adesão ou unilaterais, rompem com o princípio da autonomia da vontade, verificado no CDC. Em geral estes contratos apresentam clausulas em letras minúsculas deixando clara a má-fé das empresas fornecedoras. Todavia, a massificação de fornecimento destes serviços (demanda alta) muito raramente estimula ao consumidor a leitura ou conhecimento do contrato. Assim são estes passiveis de causarem aborrecimento ou dissabor, e até mesmo danos ao mesmo.

Sugere-se, portanto que se venha a desenvolver pesquisas no sentido de provocar debates, reflexões, sobre o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC, estabelecido pela Anatel a fim de que este órgão venha repensar sua legislação, pois sua função social deve ser exercida em sua plenitude, seu papel é fundamental para que as empresas de telefonia enquadrem-se nas demandas contemporâneas apresentando serviços mais transparentes, justos, eficazes, dinâmicos e proativos, ou seja, mais responsivos, visto que o tempo do consumidor vale ouro, para ele, para o desenvolvimento dos Estados, do país e inclusive das empresas fornecedoras destes serviços.

Por outro lado, acredita-se que os consumidores devem ser alertados sobre estes aspectos e estimulados a aprender a ler os contratos, o tempo perdido na leitura do mesmo, pode ser compensado com o tempo que o cliente não perderá cobrando o que ele próprio denota como abuso. Independentemente de se obter uma mudança de atitude

do consumidor, o que se digna a admitir como utopia, cabe ao Direito, a preocupação em legislar com justiça, defendendo o consumidor no rompimento de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BERGSTEIN, Laís Gomes e MARQUES, Claudia Lima. **O dano pelo tempo perdido pelo consumidor: caracterização, critérios de reparação e as posições do STJ**. Migalhas. Postagem em 15 mar. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/298044/o-dano-pelo-tempo-perdido-pelo-consumidor-caracterizacao-criterios-de-reparacao-e-as-posicoes-do-stj Acesso em 26 jun. 2020.

BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. **O abuso de direito frente à finalidade do Código de Defesa do Consumidor.** Boletim jurídico. Publicado em 14/07/2008. Disponível em: http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1954 Acesso em: 14 de Mai 2010.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 10 Ab. 2010.

BRASIL, Lei **nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm Acesso em: 20 Abr. 2010.

BRASIL. **Lei N.º 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro. Código Civil. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 167.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA_FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito: contratos**. V.4 Tomo 01, ed. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA_ FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade Civil**. 7 ed. 2 tiragens. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONDIM, Abnor**. Teles mantêm em 2019 liderança nas reclamações de consumidores**. Terra e Tecnologia. Postagem em 10 de março de 2020. Disponível em: http://www.telesintese.com.br/teles-mantem-em-2019-lideranca-nas-reclamacoes-de-consumidores/ Acesso em 26 jun. 2020.

GONÇALVES, Fábio Antunes Gonçalves. **A evolução do conceito de consumidor e o princípio da vulnerabilidade**. Âmbito Jurídico. 01/09/2017; Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/a-evolucao-do-conceito-de-consumidor-e-o-principio-da-vulnerabilidade/. Acesso em 26 jun. 2020.

IAMAMOTO, Luiz Cláudio. **A aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor ou da perda do tempo útil**. Âmbito Jurídico. Publicado em 01/11/2016. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-154/a-aplicabilidade-da-teoria-do-desvio-produtivo-do-consumidor-ou-da-perda-do-tempo-util/ Acesso em 26 jun. 2020.

MAIURI_CRUZ, Débora. **Má-fé e Boa-fé Processual.** Site Jus Brasil, publicado a 6 anos atrás, 2014. Disponível em: https://deboramaiuri.jusbrasil.com.br/artigos/141855278/ma-fe-e-boa-fe-processual? Acesso em 02 jun. 2020.

MARTINS, Relator: Des. Mauro Pereira. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. **Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000.** Acordão. 17/12/2018. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004117693CB361415B208422427FAD4C384C5093903234F&USER= Acesso em: 05 jun. 2020.

MEIRELES, Ediltom; e LIMA, Kaique Martine Caldas de. Um Estudo sobre a Problemática dos Danos Morais no Brasil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil** nº 77 - Mar/Abr de 2017.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Direitos do consumidor e a telefonia celular**. Postagem em Estado de Direito, 10 de out.

2017. Disponível em: http://estadodedireito.com.br/direitos-consumidor-e-telefonia-celular/#:~:text=Segundo%20o%20Ministro%20do%20Superior,do%20C%C3%B3digo%20de%20Defesa%20do Acesso em: 20 mai. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** responsabilidade civil. v. 7. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUNES, Rizatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 12ª ed: Saraiva, 2018.

PASQUAL, Cristina Stringari; e XAVIER, José Tadeu Neves. O Valor da Causa nas Ações de Indenização por Danos Morais e o Novo Código de Processo Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil** nº 75 - nov./Dez de 2016

PERRI, Cláudia Haidamus; e CASCALDI, Luís de Carvalho. Os Desafios da Responsabilidade Civil frente às Novas Espécies ou Exemplos de Dano. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil** nº 73 - Jul/Ago de 2016

RODRIGUES, Andreza. **A legalidade da cláusula de fidelidade nos contratos de telefonia.** Jus.Com.br. Publicado em 12/2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/62828/a-legalidade-da-clausula-de-fidelidade-nos-contratos-de-telefonia/2 Acesso em: 26 mai. 2020.

ROLLO, Arthur. **A indústria do desrespeito ao consumidor**. Site Migalhas. Postagem em 22/11/2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/168040/a-industria-do-desrespeito-ao-consumidor Acesso em 26 jun. 2020.

SANTOS, Izaul Lopes dos. O Dano Moral Decorrente das Relações Consumeristas e o Condão Punitivo das Indenizações. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil** nº 64 - Jan/Fev de 2015.

SANTOS, Sâmia Gabrielle Lopes; e FIRMEZA, Rochele Juliane Lima. **Aplicabilidade Atual do Desvio Produtivo do Con-**

sumidor Nas Relações de Consumo. Âmbito Jurídico. Publicado em 06/12/2019 Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-consumidor/aplicabilidade-atual-do-desvio-produtivo-do-consumidor-nas-relacoes-de-consumo/ Acesso em 26 jun. 2020.

SILVA, Altino Conceição da. **A proteção constitucional do consumidor e sua densificação normativa.** Direito do Consumidor. Postagem em 01 abr. 2015. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43677/a-protecao-constitucional-do-consumidor-e-sua-densificacao-normativa Acesso em 20 mai. 2020.

SOUSA, Alice Ribeiro de. Arbitramento de Reparação de Danos Morais e Condições Econômicas das Partes. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil** nº 60 - maio/jun. de 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

TRIBUNA, Site Tribunademinas, s/a **Anatel registra 2,98 milhões de reclamações contra serviços de telecomunicação.** Veja quais são as principais regras que protegem o consumidor nos serviços de telefonia, internet e TV por assinatura 2020.

Disponível em: https://tribunademinas.com.br/noticias/defesa-consumidor/08-03-2020/anatel-registra-quase-tres-milhoes-de-reclamacoes-contra-servicos-de-telecomunicacao.html Acesso em 26 jun. 2020.

AS DIVERSAS MODALIDADES DE GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO E AS DIFERENÇAS ENTRE A GUARDA COMPARTILHADA E A GUARDA ALTERNADA

Antonia Deine Pinheiro Magalhães
Cláudia de Moraes Martins Pereira

INTRODUÇÃO

Quando ocorre a dissolução de uma sociedade conjugal, e as pessoas envolvidas possuem filhos, é necessário decidir como procederão sobre o sustento, a proteção e o contato do menor com os seus genitores. Nesse sentido, a lei dispõe de diversas espécies de guarda, para regulamentar a questão.

Pode ser decidido que o filho fique sob a guarda somente de um dos genitores, ou sob a guarda dos dois e, para tanto, é necessário conhecer as modalidades previstas na lei, sendo elas: guarda unilateral e guarda compartilhada. Além dessas espécies a doutrina menciona, ainda, a guarda alternada e o aninhamento ou nidação, as quais, na verdade, são confundidas com a guarda compartilhada, causando uma confusão na forma de sua aplicação. Há ainda a guarda fática, que é exercida sem prévia decisão judicial.

Em casos onde não existem a presença dos pais, seja pelo falecimento, abandono ou destituição do poder familiar destes, há a possibilidade da guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente,

que será deferida quando a criança ou o adolescente estiver em uma situação de risco.

O presente trabalho pretende explicitar os tipos de guarda vigentes e dirimir as dúvidas existentes sobre esse instituto que é amplamente usado no Brasil, tornando mais simples a convivência do infante com os pais separados.

CAPÍTULO I – CONCEITO E O OBJETIVO DA GUARDA

A guarda de menores está inserida no Código Civil, que reservou um capítulo para tratar sobre a proteção da pessoa dos filhos. A definição da guarda tem o objetivo de promover a proteção do menor diante da dissolução da sociedade conjugal, ou quando o mesmo estiver em situação de risco, conforme prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Legislação atual leva em consideração sempre o melhor interesse da criança, avaliando quais dos genitores apresentam as melhores condições para exercer a guarda dos filhos. Esse entendimento superou a idéia ultrapassada em que a guarda dos filhos menores ficava com o cônjuge inocente ou era, preferencialmente, destinada à mãe, em caso de separação, mesmo se esse detentor não era o mais adequado para exercer o múnus.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 279) ensina que, "não se indaga, portanto, quem deu causa à separação e quem é o cônjuge inocente, mas qual deles revela melhores condições para exercer a guarda dos filhos menores, cujos interesses foram colocados em primeiro plano".

Conceituar o instituto da guarda não é algo simples. A guarda é um poder-dever exercido pelos pais ou responsáveis, com o intuito de oferecer ao menor toda a assistência necessária para o seu desenvolvimento físico, mental e emocional.

Cláudia de Moraes Martins Pereira conceitua da seguinte maneira:

> Define-se a guarda como a autoridade parental, também denominada de poder parental, pátrio poder e mais recentemente, após entrar em vigor o Código Civil de 2002, de poder fami-

> liar, constituída de um poder-dever de que são investidos os pais, caracterizados como co-titulares.
>
> A guarda é assim um conjunto de deveres que são estabelecidos pela ordem jurídica aos pais para que estes exerçam, certas prerrogativas no interesse da criança visando a sua integridade física, moral, sua saúde, educação, bem-estar, condições de desenvolvimento equilibrado, vigilância. (PEREIRA, 2004, p.89)

Quando os genitores do filho convivem maritalmente a guarda é exercida por ambos, e esse poder-dever é exercido pelos dois pais com o objetivo de que sejam supridas todas as necessidades do infante, como alimentação, vestuário, educação, saúde e qualquer outro tipo de assistência necessária.

No entanto, quando há a dissolução da sociedade conjugal esse poder-dever não se extingue, podendo ser acordado entres os envolvidos como se procederá a guarda.Segundo Maria Berenice Dias:

> Quando existem filhos, a dissolução dos vínculos afetivos dos pais não se resolve simplesmente indo um para cada lado. O fim da conjugalidade não afeta nem os direitos e nem os deveres de ambos com relação à prole. O rompimento do casamento ou da união estável dos genitores não pode comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado. (DIAS, 2016, p.877)

A guarda dos filhos menores está sujeita aos genitores, sendo um dos direitos principais no seio do poder familiar, regulamentado no Código Civil (art. 1.630).Nesse sentido Fabíola Santos de Albuquerque pontua o seguinte:

> A guarda é um dos atributos, quiçá o mais relevante, do poder familiar. Quem é titular deste poder-dever detém a guarda, mas a recíproca não se verifica, ou seja, é juridicamente possível a guarda ser deslocada do poder familiar, a exemplo do que ocorre nas famílias substitutas.(2006, p.24)

No que diz respeito à guarda ser deslocada do poder familiar, isso ocorre quando os genitores não são capazes de cuidar de seu filho menor, sendo necessário deferir a guarda deste a uma família substituta.

Paulo Lobô(2008, p.168) defende que "*o melhor interesse da criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre o interesse dos pais em conflito*". Nesse entendimento, ao decidir sobre a guarda do filho menor, os pais devem considerar o que for melhor para o interesse do infante.

A guarda tem o objetivo de resguardar a criança ou o adolescente, enquanto menor, o seu direito de ter um lar, alguém para lhe oferecer sustento, proteção e afeto, até que atinja a maioridade e se torne independente.

CAPÍTULO II - DAS ESPÉCIES DE GUARDA

No Código Civil Brasileiro existem dois tipos de guarda: a guarda compartilhada e a guarda unilateral. A fixação de uma das espécies se faz necessária quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal e os componentes desta possuem filhos menores de idade.

Há ainda a guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que pode ser concedida a terceiros, quando o infante estiver em situação de risco.

A doutrina apresenta, ainda, duas outras modalidades não previstas na legislação brasileira, sendo elas: a guarda alternada e o aninhamento (ou nidação).

Como antedito, quando se fala de guarda de menores é importante que sempre seja levado em consideração o melhor interesse do menor. De acordo com o disposto no art. 1.584, da Lei Civil, os genitores podem decidir qual o melhor tipo e como será exercida. No entanto, o juiz deverá verificar se o que foi acordado entre os genitores realmente é o melhor para a criança ou o adolescente.

A seguir será explanado sobre cada uma dessas modalidades.

II.1 – GUARDA UNILATERAL

Como já mencionado, será necessário discutir a respeito das modalidades de guarda após a dissolução de um casamento ou de uma

união estável na qual o casal possui filhos. O Código Civil, em seu artigo 1.583, §1º, traz o conceito de duas modalidades de guarda, a guarda unilateral e a guarda compartilhada, que são as mais conhecidas e utilizadas pela sociedade e o Poder Judiciário.

No entanto, vamos discorrer primeiramente sobre a guarda unilateral. Vejamos o seu conceito previsto na primeira parte do §1º, do artigo 1.583 do Código Civil, com redação dada pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008:

> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
>
> §1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (...).

Na guarda unilateral o menor ficará sob a responsabilidade de apenas um dos genitores ou alguém que o substitua, diferentemente da outra modalidade na qual o infante fica sob a tutela de ambos os genitores.

Apesar de apenas um dos pais deter a guarda física da criança ou do adolescente e não haver o compartilhamento de direitos e deveres, o Código Civil obriga o outro genitor a monitorar os interesses do filho, podendo, para tanto, solicitar informações e/ou prestações de contas ao genitor que detiver a guarda física, de acordo com o previsto no§5º do artigo supracitado, acrescentado pela Lei nº 12.058, de 22 de dezembro de 2014:

> Art. 1.583 (...)
>
> §5º. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Paulo Lôbo se posiciona a respeito da fiscalização e manutenção por parte do genitor que não detém a guarda do filho:

> A Fiscalização do exercício da guarda, por parte do não guardião, é direito e dever, no superior interesse do filho. A manutenção diz respeito a tudo o que envolve as necessidades vitais do filho, como nutrição adequada, cuidados com a saúde física e mental, lazer, brinquedos. A fiscalização abrange não apenas o efetivo emprego dos valores correspondentes aos alimentos, cuja obrigação assumiu o não guardião, mas o que compete ao guardião, de acordo com os rendimentos deste. (LOBÔ, 2008, p.174)

Sobre a mesma temática, Maria Berenice Dias pontua:

> Ainda que a guarda seja unilateral o não guardião pode ter os filhos em sua **companhia**, em períodos estabelecidos por consenso ou fixados pelo juiz.
>
> Igualmente tem ele o dever de supervisionar os interesses dos filhos. Para isso, tem **legitimidade** para solicitar **informações** e até **prestação de contas**, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos (CC 1.583 § 5.º). (DIAS, 2016, p.881)

A guarda unilateral é um conjunto de direitos e deveres que é atribuído a apenas um dos genitores, porém, não desobriga o outro de supervisionar o filho, ou a prestar-lhe qualquer assistência necessária.

Quando a guarda unilateral não é decidida por meio de consenso entre os genitores, cabe ao juiz decidir qual deles é o mais adequado para exercê-la. Nesse sentido, devem ser levados em consideração diversos fatores como, a melhor condição para o desenvolvimento moral, educacional e psicológico do menor, e as circunstâncias sociais, econômicas e afetivas de cada um dos genitores.

Ainda, segundo Paulo Lôbo:

> Melhores condições, para fins legais, não se confundem, necessariamente, com melhores situações financeiras. O juiz levará em conta o conjunto de fatores que apontem para a escolha do

> genitor cujas situações existências sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional, psicológico do filho, dada as circunstancias afetivas, sociais e econômicas de cada um. Nenhum fator é aprioristicamente decisivo para determinar a escolha, mas certamente consulta o melhor interesse do filho menor a permanência com o genitor que lhe assegure a manutenção de seu cotidiano e de sua estrutura atual de vida, em relação aos meios de convivência familiar, social, de seus laços de amizade e de acesso ao lazer.
>
> (...)
>
> O conjunto de fatores, portanto, deve ter por finalidade a investigação do melhor interesse do filho. (LOBÔ, 2008, p.171-172)

Então, não basta apenas ter uma boa situação econômica, que não é o essencial para o exercício da guarda de filhos, é necessário um conjunto de fatores e circunstâncias que são imprescindíveis para o melhor desenvolvimento do menor.

Embora com a guarda unilateral o menor esteja sob a guarda de apenas um de seus pais, isso não lhe tira o direito de poder conviver como outro. Para que essa convivência seja possível, é necessário regulamentar as visitas, que é um direito do genitor que não detém a guarda do infante. As visitas podem ser acordadas entres os genitores, ou fixada judicialmente, conforme dispõe o artigo 1.589 do Código Civil:

> Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção educação.

Maria Berenice Dias se manifesta a respeito do direito de convivência de pais e filhos, que estejam sob o regime da guarda unilateral:

> O fato de o filho estar sob a guarda unilateral de um não subtrai do outro o direito de convivência. Mesmo que o filho não es-

> teja na sua companhia, está sob sua autoridade. Nem o divórcio dos pais modifica seus direitos e deveres com relação à prole (CC 1.579). (DIAS, 2016, p. 790)

Como mencionado alhures, o direito de visitas é um direito do genitor que não detém a guarda do filho, porém, é mais ainda um direito do menor de conviver com ambos os pais, podendo ter acesso à cultura, à origem e à religião dos mesmos. Logo, para uma melhor convivência e desenvolvimento da criança e do adolescente é importante que haja um consenso entre os genitores, embora nem sempre isso seja possível, principalmente quando ambos estão em litígio e esquecem-se de que deve prevalecer o melhor para os filhos e a convivência pacífica entre os genitores é fator importante para um pleno desenvolvimento deles.

II.2 – GUARDA COMPARTILHADA

A modalidade de guarda mais usada é a compartilhada, que está conceituada juntamente com a guarda unilateral no artigo 1.583, §1º do Código Civil. Vejamos o que diz a segunda parte do §1º do mencionado dispositivo:

> Compreende-se (...) por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, alteração dada pela Lei nº 12.058/2014)

Diferentemente da guarda unilateral, na qual as responsabilidades e deveres para com o filho menor ficam quase que exclusivamente a cargo de apenas um dos genitores, a guarda compartilhada é aquela em que todas as responsabilidades e deveres em relação ao filho são partilhados entre os dois genitores.

Segundo Maria Berenice Dias (2016, p.883) a guarda compartilhada

> é a modalidade de convivência que garante, de forma efetiva, a **corresponsabilidade parental**, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que a simples visitação não dá espaço. (O grifo é alheio ao original).

Na guarda compartilhada será definida uma residência onde o infante viverá, podendo ser a casa na qual já vivia com ambos os pais, ou o novo lar de um deles, optando sempre pelo melhor interesse do filho. Essa definição se faz necessária para que o menor tenha um lar como referência, podendo/devendo frequentar a residência do outro genitor.

A guarda compartilhada é um compartilhamento de deveres e obrigações de ambos os pais para com o menor. As obrigações são aquelas que os genitores já tinham antes do rompimento da sociedade conjugal. O compartilhamento desse poder-dever deve ser feito da forma mais natural possível, a fim de priorizar o bem-estar do filho. O ideal é a que a mesma rotina antes existente seja mantida após a dissolução da sociedade conjugal, ou que haja uma divisão o mais igualitária possível de tempo de convivência entre ambos os pais e os filhos.

Nesse sentindo, Paulo Lôbo aponta:

> A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho. (LOBÔ, 2008, p.176)

Ambos os genitores devem participar ativamente da vida do filho, partilhando de acordo com as suas disponibilidades a respectiva participação em eventos escolares, esportivos e de lazer do menor, bem como acompanhar a educação e o desenvolvimento geral do mesmo. Os pais devem fazer com que o filho se sinta bem no lar em que habita, ainda que os genitores já tenham constituído nova família.

A guarda compartilhada, atualmente, é tida como regra no ordenamento jurídico brasileiro, e quando não há consenso entre os genitores sobre com qual deles ficará a guarda do filho menor, dispõe o §2º do artigo 1.584 do Código Civil:

> Art. 1584. (...)
>
> §2º. Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja que não deseja a guarda do menor. (BRASIL, alteração dada pela Lei nº 12.058/2014)

Nesse mesmo sentido, segundo Maria Berenice Dias (2016, p.78), "a guarda compartilhada é a regra, sem a necessidade de consenso dos pais, dividindo-se o tempo de convívio de forma equilibrada entre os genitores".

Sendo esta a melhor modalidade para o menor, para fazer 'dar certo, os genitores precisam superar seus conflitos e terem uma boa relação entre si e com o menor. A guarda compartilhada permite que ambos os genitores possam decidir sobre o que é melhor para o interesse de seu filho, e participar ativamente de maneira igual, devendo oferecer todo afeto necessário. E o menor poderá usufruir da presença de ambos os pais, podendo conhecer suas origens, culturas, e participação dos dois em seu caráter e moral.

II.3 – GUARDA ALTERNADA

Outra modalidade de guarda existente, e que constantemente é confundida com a guarda compartilhada, é a chamada guarda alternada. Esta não possui previsão legal, e não é bem aceita no Judiciário. Na guarda alternada, o menor fica por um determinado período de tempo com um dos genitores, e em outro período com o outro, ou seja, ambos os pais terão a integralidade da guarda do filho, porém, de forma alternada.

Paulo Lôbo diz:

> Uma modalidade que se aproxima da guarda compartilhada é a guarda alternada. Nesta, o tempo de convivência com o filho é dividido entre os pais, passando a viver alternadamente, de acordo com o que ajustarem os pais ou o que for decidido pelo juiz, na residência de um e de outro. (LOBÔ, 2008, p.177)

Maria Berenice Dias também se manifesta em relação a esta modalidade:

> Apesar da celeuma que se instalou, principalmente entre os profissionais da área psicossocial, não houve a consagração da **guarda alternada**: modalidade de guarda unilateral e monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, por período predeterminado, anual, semestral, mensal ou semanal. (DIAS, 2016, p.886)

Flávio Tartuce conceitua essa modalidade:

> *Guarda alternada:* o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, pode-se dizer que essa é a *guarda pingue-pongue*, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interruptos. Alguns a denominam como a *guarda do mochileiro*, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa. (TARTUCE, 2017, p.170)

Por exemplo, cada pai detém a guarda do filho durante 15 dias do mês.Nesse período de tempo a criança estará sob a guarda apenas de um dos genitores, como na guarda unilateral, podendo o outro apenas fiscalizar o interesse do infante. Em cada período de tempo, a criança

ficará na residência do genitor que detiver a guarda. Outro exemplo pode ocorrer quando o filho mora com determinado genitor durante todo o período escolar, em uma determinada cidade, sob a guarda desse genitor, e durante o período de férias escolares, ele passa a ficar sob os cuidados do outro genitor, em outra cidade.

Paulo Lobô ensina que:

> A doutrina especializada recomenda que sua utilização deve ser feita em situação excepcional, porque não preenche os requisitos essenciais da guarda compartilhada, a saber, a convivência simultânea com os pais, a co-responsabilidade pelo exercício do poder familiar, a definição da residência preferencial do filho. (LOBÔ, 2008, p.177 e 178)

Esta modalidade de guarda não é recomendada por sua inconstância, pois o menor não possui uma moradia fixa, além da dificuldade para manter seus valores, padrão de vida e ainda prejudica o julgamento do menor, pois vive em constante mudança o deixando sem uma base fixa para se nortear.

Alguns dos malefícios desta guarda são a inconstância de um lar e o prejuízo na formação, porque o filho fica indeciso em que orientação sobre valores morais e éticos deve seguir. E, no caso de o filho ser muito novo, é prejudicial à sua saúde mental, pois este fica confuso com os referenciais mais importantes para sua formação, como não saber identificar sua moradia fixa, ou a dificuldade na interação com as pessoas próximas a sua casa, como vizinhos e amigos.

II.4 – ANINHAMENTO OU NIDAÇÃO

Esta é uma modalidade de guarda pouco conhecida e usada no Brasil. O aninhamento ou nidação surgiu análoga à guarda alternada, porém, nesta modalidade a criança permanece no lar no qual vivia com seus genitores, e estes exercem a guarda residindo neste lar alternadamente, ou seja, a criança permanece no lar e somente os pais revezam a estadia.

Maria Berenice Dias descreve essa espécie de guarda:

> Há uma modalidade de guarda compartilhada que, além de perfeita harmonia entre os genitores, exige certo padrão econômico. É a que se chama de **aninhamento**. O filho permanece na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa em que o filho permanece. Só que, nesta hipótese, há necessidade da mantença de três residências. (DIAS, 2016, p.886)

O nome aninhamento vem da palavra "ninho", que nesse caso seria o lar do menor, uma residência fixa e estável para a sua criação.

No Brasil essa modalidade é praticamente inviável, levando em consideração os grandes custos de manutenção de três casas, sendo uma em que reside o filho para recepcionar os pais, uma para a mãe e outra para o pai do menor.

Vale ressaltar que tal modalidade não existe previsão legal, tornando bem mais difícil a sua concessão por um juiz. Esta modalidade é mais comum em países Europeus.

II.5 – GUARDA PREVISTA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (E.C.A.)

A Constituição Federal prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar a criança e ao adolescente, seus direitos e assistência essencial, bem como a convivência com a família e a comunidade.

Uma das formas de assegurar esses direitos ao menor é por meio da guarda. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA dispõe sobre a guarda em família substituta, ou guarda estatutária, em seus artigos 33 a 35.

Segundo Guilherme Freire de Melo Barros,

> a guarda a que se refere o Estatuto não é a mesma do direito de família, que surge quando os pais se separam. Aqui a guarda é concedida a terceiro, como uma das modalidades de colocação em família substituta, à que poderá inclusive opor-se vontade dos pais (art. 33, caput).(2016, p.60).

A colocação em família substituta se fará necessária quando o menor se encontrar em situação de risco, tem ambos os pais dependentes químicos, os genitores do infante tiverem falecido. Como exemplo, ainda, pode ocorrer quando um ou ambos os genitores estiverem cumprindo pena restritiva de liberdade acima de dois anos e tiverem suspensos do poder familiar (art. 1.637 e seu parágrafo único, do CC).

Quem detém a guarda deve prestar toda a assistência necessária a criança ou ao adolescente e, se necessário, poderá se opor, inclusive, aos genitores do menor, de acordo com o artigo 33 do ECA:

> Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

A guarda da criança ou do adolescente em situação de risco será dada, de preferência, para que os parentes mais próximos do infante a exerça. Na falta destes é que se procurará uma família substituta e sempre será levado em consideração o melhor interesse do menor.

Essa guarda poderá ser definitiva ou temporária. Será definitiva quando a família substituta ou o parente que a exerça tiver a intenção de ter a criança ou o adolescente como membro de sua família. Será temporária quando for deferida apenas por determinada situação e tem um tempo certo para terminar, como uma condição ou um termo.

Conforme o artigo 35 do ECA, a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público. Portanto, caso o detentor da guarda não cumpra com suas obrigações para com a criança o adolescente, a guarda poderá ser revogada pelo juiz e, se necessário, por o menor sob a guarda de outra pessoa, ou devolvê-la para os genitores, o que for melhor para o infante. A guarda dos menores em situação de risco é considerada a forma mais precária de colocação em família substituta – além da tutela e da adoção -, justamente em decorrência da sua transitoriedade.

CAPÍTULO III - PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE A GUARDA COMPARTILHADA E ALTERNADA

Embora sejam semelhantes por ter ambos os genitores a convivência com o menor, a guarda compartilhada e a guarda alternada têm conceitos e objetivos bem diferentes.

A principal diferença entre essas modalidades de guarda se dá pela residência fixa, que é a base para o menor. Essa residência fixa está presente na guarda compartilhada, que como já mencionado, oferece ao menor um lar de referência, que é a casa do genitor que detém a guarda física. Na guarda alternada o menor não tem um lar como referência, pois vive de forma alternada na casa de ambos os pais por certo período pré-estabelecido.

Outro ponto divergente diz respeito ao compartilhamento do poder-dever exercido pelo detentor da guarda do menor. Na guarda compartilhada, esse poder-dever pertence a ambos os genitores simultaneamente, pois eles partilham todas as obrigações, direitos e a convivência do filho. Enquanto na guarda alternada, o poder-dever também é exercido por ambos os pais, porém, de forma alternada, ou seja, cada um deles é totalmente responsável por toda assistência do infante pelo período em que detiver a guarda física.

A guarda compartilhada permite que o menor tenha uma boa relação de convivência com ambos os pais, usufruindo de suas participações em sua formação de forma simultânea, sem ser prejudicado pela separação. A guarda alternada também permite esse convívio e essa participação dos genitores, no entanto, de forma alternada, o que pode causar muita confusão na mente da criança, prejudicando seu julgamento e sua formação, como menciona Flávio Tartuce:

> Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. (...) O presente autor entende que é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna. (2017, p.170)

Para saber qual dessas duas modalidades de guarda a mais benéfica para o menor é preciso que seja analisada de acordo com o caso concreto, atendendo sempre o melhor interesse do infante.

CONCLUSÃO

A guarda é o principal instituto do poder familiar porque dela decorrem todos os demais direitos e deveres dos pais em relação aos filhos enquanto menores. Este instituto se apresenta de diversas modalidades, podendo ser exercido separadamente ou em conjunto, de forma simultânea ou compartilhada.

O presente trabalho apresentou as principais modalidades de guarda, seus conceitos, diferenças e seus possíveis malefícios quando não for corretamente aplicada, a fim de dirimir as dúvidas existentes sobre esse instituto que a cada dia é mais utilizado em decorrência da dissolução da sociedade conjugal com filhos menores.

É importante frisar que se deve sempre priorizar o bem-estar e os interesses do menor ao decidir qual a modalidade que será exercida pelos genitores. O Poder Judiciário, atento ao constante na lei, demonstra preferência pela modalidade compartilhada, pois geralmente esta é a que melhor se enquadra nos casos concretos. Isso não significa, no entanto, que as outras modalidades não são adequadas.

Para que qualquer modalidade de guarda funcione para o menor, é necessário que os genitores superem seus desentendimentos e diferenças, e tenham uma relação amigável para que, desta forma, possam proporcionar ao menor uma formação adequada e sem qualquer transtorno decorrente da separação de seus pais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada na separação consensual e litigiosa. *In:* **DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO E OS NOVOS DIREITOS**: Estudos em homenagem Professor José Russo. DEL'OLMO (Coord.), Florisbal de Souza; ARAÚJO (Coord.), Luís Ivani de Amorim. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23-34.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BARROS, G. F. D. M. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.089/1990. 10. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**: De acordo com o Novo CPC. 4. ed. em e-book baseado na 11. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 13. ed. [S.l.]: Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htmAcesso em: 17 abr. 2020.

LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

PEREIRA,Cláudia de Moraes Martins. Definição e conceitos sobre a guarda. *In:***Revista de Doutrina e Jurisprudência**. Nº 4. Fev/Jun. Manaus: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, 2004, p. 89-113.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

O CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NAS HIPÓTESES DE ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR

Adhara Luisi Siqueira Bezerra
Denison Melo de Aguiar

1. INTRODUÇÃO

1 O abandono parental, que na considerável maioria dos casos é feito pelo genitor, materializa-se na negligência material ou afetiva deste com o(s) filho(s). O ordenamento jurídico brasileiro garante meios de ser efetivada a assistência material através do direito a alimentos oferecendo ainda os meios de execução da obrigação no caso do inadimplemento da obrigação (prisão civil e penhora de bens). Porém, ainda não há especificamente um instituto capaz de efetivar a assistência afetiva que é, ou pelo menos deveria ser, inerente às relações familiares. No entanto, as ações de natureza indenizatória têm ganhado lugar nos tribunais com o objetivo de fazer com que o Estado reconheça o dano causado pela ausência afetiva do genitor.

1 É indispensável para o bom desenvolvimento humano, no âmbito psicológico, social, cognitivo etc, que haja uma relação entre pais e filhos pautada não somente na prestação material, mas a afeto, cuidado e proteção. Em consequência, a ausência de afeto pode causar danos capazes de comprometer o crescimento e desenvolvimento da criança/adolescente.

Segundo Rosa (2017), a responsabilidade civil deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo ao causador do dano, a consequente obrigação de indenizar a vítima, e se decompõe em três elementos fundamentais: a) conduta humana (ação ou omissão); b) dano; e c) nexo de causalidade. Portanto, o fato de o genitor abandonar afetivamente o filho (omissão) causando-lhe danos em decorrência desse abandono, poderá gerar a responsabilidade civil daquele, portanto, a obrigação de indenizar.

Portanto, o presente trabalho terá como finalidade social descrever através da pesquisa teórica, jurisprudencial e doutrinária os fundamentos que possibilita o suporte ao cabimento da indenização por dano moral nos casos em que se comprova o efetivo dano causado pelo abandono afetivo do genitor

A divergência entre a doutrina e a jurisprudência acerca da aplicação do instituto civil da indenização nos problemas decorrentes das questões familiares que diretamente não são tuteladas pelo direito, como é o caso do afeto entre pai e filho(s), a fim de não dar "preço" aos relacionamentos familiares.

Portanto, o questionamento que será abordado na presente pesquisa é: é possível a caracterização do dano moral decorrente do abandono afetivo do genitor resultando na possibilidade de indenização?

Sendo o abandono afetivo comprovadamente causador de danos, muitas vezes irreparáveis à criança/adolescente durante o seu crescimento, a indenização encontra no cenário jurídico atual espaço para promover a minimização dos impactos negativos da negligência afetiva do genitor.

Conforme a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 227 (BRASIL, 1988), 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. Sendo assim, o Estado tem legitimidade para proteger a criança ou adolescente das privações afetivas causadas pela negligência

paterna. Ainda, em seu art. 5°, inciso V e X, a Constituição (BRASIL, 1988), assegura a todos o direito de indenização decorrente de dano moral causado pela violação de direitos.

Portanto, no cenário atual onde o abandono afetivo atormenta parte das crianças, adolescentes e jovens em seu núcleo familiar, causando-lhes danos por vezes irreparáveis, faz-se mister buscar mecanismos capazes de minimizar os danos causados pela omissão de seus genitores.

Neste sentido, o objetivo geral deste artigo foi descrever o cabimento da indenização por dano moral nos casos de abandono afetivo pelo genitor à luz do atual cenário jurídico brasileiro. Inicialmente, houve uma descrição sobre indenização por Danos Morais; num segundo momento, se dissertou sobre as hipóteses de abandono afetivo pelo genitor, na responsabilidade afetiva incumbida aos genitores na relação familiar através do ordenamento jurídico brasileiro e a consequências jurídicas decorrentes do abandono afetivo e por fim, se relacionou o dano moral decorrente do abandono afetivo e a possibilidade da reparação civil do dano pelo genitor, nas caracterizações da responsabilidade civil e a possibilidade da sua aplicação no âmbito do Direito de Família; e a mudança jurisprudencial ocorrida na presente década que possibilitou a tutela do dano moral decorrente do abandono afetivo através dos mecanismos de reparação do Direito Civil.

O presente trabalho terá como método de pesquisa principal a pesquisa bibliográfica e teórica. Neste, serão analisadas os fundamentos e teses defendidas pelos autores consultados e os dados coletados através da leitura de artigos, livros, leis, jurisprudências e revistas científicas que tratam sobre o tema abordado. A finalidade é abordar o instituto da reparação civil nas relações de família.

Como métodos de procedimento serão utilizados os métodos histórico e comparativo. Assim será feito, uma vez que será feita uma breve abordagem acerca da mudança histórica do entendimento dos Tribunais acerca do cabimento da indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo do genitor e, ainda, a aplicação da reparação civil no âmbito do Direito de Família.

Ainda, o método de abordagem utilizado será o dedutivo, uma vez que partir-se-á da premissa de que o dano moral é passível de indenização, portanto, sendo o abandono afetivo um causador de dano moral na esfera familiar, logo este deve ser indenizável.

2. A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

O direito a indenização por danos morais passou a ser garantido pela Constituição da República de 1988, no art. 5º, em seus incisos V e X, que dizem, respectivamente: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem" e "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.". Portanto, o direito à indenização é considerado pela constituição como uma garantia fundamental, sendo uma ferramenta para o exercício da dignidade da pessoa humana.

O dever de indenizar está previsto no Código Civil no art. 927, e diz que aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, ou seja, a indenizar a vítima pelo dano causado. O que seria esse ato ilícito é descrito no art. 186 do mesmo código: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Sobre este, Diniz (2009) diz que: "o ato ilícito, insculpido nos artigos supracitados, compreende a conduta humana contrária às normas jurídicas e que viola direito subjetivo de outrem, causando dano patrimonial e/ou moral, estabelecendo-se o dever de repará-lo, nos termos dos arts. 927 e 944 do Código Civil". A obrigação de indenizar, portanto, nasce da responsabilidade civil adquirida pelo cometimento de um ato ilícito (ação ou omissão) por alguém que gerou um dano material (patrimonial) ou moral (extrapatrimonial) a outrem.

A responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual. A contratual surge pela inexecução de um acordo por uma das partes que o compõe. A extracontratual, também denominada aquiliana, ocorre quando há violação ao direito subjetivo de alguém através de um

ato ilícito que gera um dano patrimonial ou moral à vítima. Portanto, nesta última, não há necessidade de uma obrigação preexistente para que haja o dever de indenizar pelos danos causados, basta a violação ao direito subjetivo de outrem.

Sobre a intencionalidade ou não do agente ao causar o dano, a responsabilidade civil decorrente desse ato ilícito pode ser: objetiva ou subjetiva. Naquela, o dever de indenizar independe do exame da culpa (*latu sensu*) do agente causador do dano, sendo necessário que estejam presentes os seguintes elementos: a) conduta humana (ação ou omissão), b) dano; e c) nexo de causalidade. Na responsabilidade subjetiva adiciona-se mais um elemento àqueles acima mencionados: a culpa *latu sensu* do agente ao causar o dano, ou seja, dolo ou culpa na ação que gerou o ilícito civil.

Em relação a diferenciação entre dolo e culpa, Nery e Nery (2014) explicam que:

> [...] a volição deliberada, por ação ou omissão, destinada à violação de direito e à causação de dano a outrem, constitui o ato ilícito doloso. Distingue-se do ato ilícito culposo, que se dá em decorrência de imprudência, negligência ou imperícia do agente, que, nesses casos de culpa, tem intenção do ato, mas não do resultado.

Ainda, o dano causado pelo ato ilícito pode ser material (patrimonial) ou moral (extrapatrimonial). Aquele diz respeito aos prejuízos causados aos bens da vítima, ou seja, esta tem o seu patrimônio lesado ou reduzido e o valor da indenização é medido pela extensão do dano sofrido (art. 944 do Código Civil). Já esta se refere aos danos causados na esfera subjetiva (psíquica, moral, no íntimo da vítima) e que não se pode medir a extensão do dano causado.

Discorrendo sobre a função da indenização por danos morais, ULHOA (2012) afirma que:

> [...] A indenização por danos morais é uma compensação pecuniária por sofrimentos de grande intensidade, pela *tormentosa dor* experimentada pela vítima em alguns eventos danosos.

> [...] Não são sofrimentos irrelevantes, desprezíveis, facilmente absorvíveis, mesmo pelas pessoas mais amadurecidas e experimentadas. Agride os valores de justiça cultivados pela civilização do nosso tempo deixar de atender a esses doídos desdobramentos dos eventos danosos. (grifo do autor).

A indenização por danos morais, diferentemente dos casos de dano patrimonial onde o valor da indenização tem caráter de ressarcimento e não deve enriquecer a vítima, possui caráter compensatório e tem como objetivo acrescentar patrimônio a vítima como uma forma de compensar a dor sofrida, uma vez que esta não pode ser anulada. Como afirma ULHOA (2012):

> A dor não pode ser desfeita. Mesmo sensações posteriores de vingança ou de alívio financeiro não a desfazem. O único instrumento, na sociedade democrática dos nossos tempos, que pode servir como resposta ao anseio da vítima de ver também este aspecto do evento danoso equacionado é o dinheiro. O devedor da obrigação de indenizar paga ao credor certa quantia com o objetivo específico de *compensar* a dor. [...] Não há ressarcimento, mas enriquecimento patrimonial. O aumento do patrimônio da vítima é a única forma, atualmente desenvolvida pelo Direito, para que sua indenização seja a mais justa possível. (grifo do autor).

Sobre a indenização como forma de compensar os danos causados a vítima, explica COSTA (2020):

> Ocorre que alguns danos não podem ser ressarcidos de forma que se obtenha o *statu quo ante*, pois não possuem uma valoração exata. É o caso do dano à intimidade, à privacidade, à imagem e à honra do indivíduo. Nesses casos, a reparação civil exerce sua função compensatória indenizando a vítima do prejuízo sofrido, isto é, busca-se um valor pecuniário que propicie à vítima a sensação de justiça, minimizando a sua tristeza e a sua dor.

Ainda, menciona-se uma segunda função da mencionada reparação, qual seja a de punir o ofensor, buscando inibir assim a prática de novos ilícitos. Nesse sentido, COSTA (2020) afirma que "a reparação civil ter por função secundária a punição do ofensor e objetiva a conscientização de seu comportamento danoso por meio de uma punição, a qual também visa persuadir o ofensor a ter cautela na pratica de suas condutas". Portanto, tem-se duas funções para a indenização: uma primária, a de compensar o dano causado a vítima; e uma secundária: punir o agente ofensor.

Vale ressaltar que, nas hipóteses tratadas no presente artigo, fala-se de uma responsabilidade civil extracontratual (aquiliana), uma vez que há violação ao direito subjetivo do filho de receber afeto do seu genitor; e subjetiva, já que há o cometimento de um ato ilícito dotado de culpa pelo genitor, qual seja a sua omissão em dar afeto ao filho. Ainda se observa que na presente hipótese o dano causado a vítima é imaterial ou extrapatrimonial, uma vez que os prejuízos são na esfera psíquica, sendo impossível mensurar com exatidão a extensão do dano causado pela omissão do genitor.

Nesse sentido, feita a abordagem acerca da responsabilidade civil e da indenização por danos morais, prossegue-se com mais ênfase ao estudo do abandono afetivo pelo genitor e as suas consequências.

3. ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR

É comum pensar que abandonar um filho se resume apenas a deixar de oferecer prestação material. Porém, no cenário jurídico, jurisprudencial e doutrinário também se considera abandono o ato de negligenciar as necessidades psíquicas e morais do filho, necessárias para o seu desenvolvimento. Para compreender em que incide o abandono afetivo, explica COSTA (2020):

> O abandono afetivo consiste na omissão de cuidado, de criação, de educação, de companhia e de assistência moral, psíquica, social e afetiva que o pai e a mãe devem ao filho, quando criança ou adolescente, causando, assim, lesão a um bem juridicamente tutelado, extrapatrimonial, uma vez que este filho se encontra em fase de desenvolvimento de sua personalidade.

Nesse sentido, é bem comum que o pai "abandônico" acredite que participa da criação do filho por prestar alguma ajuda financeira, ou que por não possuir a guarda do filho não tem obrigação de dar-lhe amor e carinho. Portanto, ignora as demais necessidades deste, as quais são tão importantes quanto o vestir e o comer.

Ressaltando a importância do afeto nas relações familiares e o quanto isso reflete no desenvolvimento pessoal do indivíduo explica DIAS (2010): "[...]Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento [...]". Por isso, o abandono afetivo, assim como o material, gera grande impacto na vida e no desenvolvimento do indivíduo, isso porque se enxerga nos pais o modelo de amor, de proteção e de cuidado que se deve ter consigo e com os demais.

Ainda, afirma Santos (2004), acerca das consequências psicológicas e jurídicas causadas pelo abandono afetivo:

> (...) a ausência injustificada do pai origina evidente dor psíquica e consequente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. (...) E, além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar.

No cenário jurídico, o direito ao afeto familiar é considerado um direito de personalidade, portanto é protegido pela Constituição da República e, ainda, pelo Código Civil Brasileiro. Trata-se de um direito de personalidade pelo fato de que as relações de afeto entre pais e filhos são fundamentais para um sadio crescimento do indivíduo e do desenvolvimento das suas relações interpessoais, contribuindo para sua integridade moral, psíquica e física, portanto, não pode ser renunciado e tem entre suas características a extrapatrimonialidade.

No cenário contemporâneo, a família, modificada pelas mudanças na sociedade ao longo dos anos, não mais possui um objetivo meramente patrimonial, onde o genitor é somente um provedor material, mas sim afetivo, onde as relações são pautadas pela afetividade entre os indivíduos que a compõem, a fim de garantir o bem-estar físico e moral dos mesmos, como explica COSTA (2020):

> Em observância a tais princípios, a família modifica a sua função social, isto é, afasta o interesse das relações patrimoniais e torna-se meio para a realização pessoal do ser, ou seja, a família que antes era transpessoal passa a ser denominada eudemonista, isto é, os seus integrantes buscam a própria realização pessoal e profissional e colaboram para a realização dos demais membros mediante relação de afeto, solidariedade e cooperação.

Na pratica ressaltam-se alguns cenários comuns do abandono afetivo pelo genitor: a) o não reconhecimento da paternidade com o fim de esquivar-se dos encargos da criação; b) o acreditar que somente a ajuda financeira que oferece basta, ignorando as necessidades psíquicas do seu descendente; e c) o descaso total para com o filho já que não o tem sob sua guarda ou, ainda, porque constituiu nova família, negligenciando, além da assistência material, a atenção, o afeto, o carinho, os quais deveriam ser inerentes as relações entre pais e filhos, colocando todos os encargos da criação, inclusive o afetivo, sobre os ombros da genitora. Nesse sentido, assevera DIAS (2016) acerca do comportamento aqui atribuído ao pai abandônico:

> [...] A **responsabilidade parental** não decorre da guarda, mas do poder familiar, que é exercido por ambos. [...] O fim da conjugalidade dos genitores não livra qualquer deles dos encargos decorrentes do **poder familiar**. Não se alteram as relações entre pais e filhos (CC 1.632). [...]. Ora, o distanciamento físico do filho com um dos pais, não configura impedimento que alije o pai dos deveres que lhe são inerentes. Sequer as novas núpcias ou a constituição de união estável o faz perder o poder familiar (CC 1.636). (grifo do autor).

Visando a assistência material e afetiva dos pais para os filhos, a Constituição da República, buscou proteger as crianças e os adolescentes, garantindo-lhes direitos (educação, lazer, proteção etc) e incumbindo aos genitores uma série de deveres, como elenca COSTA (2020, pg. 17):

> Além do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), a Carta Magna brasileira estabeleceu como princípios constitucionais os princípios da igualdade (artigos 5º, I, e 226, § 5º), da solidariedade (artigo 3º, I), da paternidade responsável (artigo 226, § 7º), do pluralismo das entidades familiares (artigo 226, §§ 3º e 4º), da tutela especial à família (artigo 226, caput), do dever de convivência familiar (artigo 227, caput), da proteção integral da criança e do adolescente (artigo 227, caput), da proteção integral da criança e do adolescente (artigo 227, caput) e da isonomia entre os filhos (artigo 227, 6º).

Posteriormente, o Código Civil em seu art. 1634, que trata sobre o Poder Familiar, também trouxe uma série de direitos e deveres dos pais para com os filhos. Diniz (2014), em comentário ao dispositivo em questão afirma: "[...] Os pais deverão dirigir a criação e educação dos filhos menores, proporcionando-lhes meios materiais para sua subsistência e instrução, de acordo com suas posses econômicas e condição social, amoldando sua personalidade e dando-lhe boa formação moral e intelectual". Além do Código Civil, o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente também possuem dispositivos com a finalidade de proteger a criança e o adolescente em suas relações de parentesco.

Ainda existem mecanismos processuais para inibir a ação omissa do genitor em prestar assistência material ao filho, tal como a ação de alimentos ou a ação de alimentos gravídicos, a qual o obriga a fazê-lo mediante sentença ou decisão de um magistrado, passíveis de execução pelo seu não cumprimento. Também há as ações de averiguação de paternidade nos casos de recusa do pai em reconhecer o filho. Todos estes são mecanismos que tem por objetivo evitar que o filho continue passando por constrangimentos causados pela má vontade do genitor.

Portanto, é manifesto que o aparato jurídico visa proteger o bem-estar da criança e o seu pleno desenvolvimento social e familiar, uma vez que se sabe que isso contribuirá para o seu desenvolvimento como adulto. O ordenamento jurídico brasileiro preocupa-se em positivar o direito do filho como sujeito da relação familiar e ainda em oferecer mecanismos processuais para garantir que tais direitos sejam de fato efetivados.

Porém, só há mecanismos capazes de dirimir o abandono material, não havendo ainda um dispositivo onde expressamente o abandono afetivo seja caracterizado como ilícito e, assim, possua formas de ser penalizado civilmente e penalmente. Nesse sentido, critica Dias (2016): "Elenca o Código uma série de obrigações dos genitores quanto à pessoa dos filhos menores (CC 1.634). Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o de lhes dar amor, afeto e carinho."

Para buscar suprir essa lacuna, em 2007 foi proposto pelo Senado o Projeto de Lei nº 700, de autoria do então senador Marcelo Crivella, com a finalidade de modificar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. No entanto, até o momento o projeto ainda está em tramitação, aguardando desde 2018 na Câmara dos Deputados.

Diante disso, é na jurisprudência que atualmente se encontra amparo para a configuração do dano moral pelo abandono afetivo passível de indenização, como será abordado a seguir.

4. RELAÇÃO ENTRE DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO E A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO CIVIL DO DANO PELO GENITOR

Até o início dos anos dois mil, não haviam jurisprudências favoráveis acerca do cabimento da indenização por danos morais a causa do abandono afetivo no Brasil. A justificativa, que prevalece ainda hoje nessa linha jurisprudencial, era da impossibilidade de valorar em dinheiro o afeto. Portanto, aqueles filhos que haviam sido prejudicados e tantas vezes constrangidos pelo abandono afetivo do genitor não encontravam amparo judicialmente pelos danos sofridos.

Foi o caso do Recurso Especial 757.411/MG, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2005. A 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais havia dado provimento ao pleito indenizatório, condenando o pai abandônico a ressarcir os danos causados ao filho com o valor de 200 salários mínimos. Porém, em sede de recurso ao STJ interposto pelo genitor, o qual foi provido, o filho não teve mais o seu direito a receber indenização reconhecido. Segue a ementa do recurso em questão:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.
>
> (STJ - REsp: 757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA)

No entanto, em 2012 no julgamento do REsp nº 1.159.242/SP, houve uma mudança no entendimento jurisprudencial por parte do STJ, sendo enfim reconhecida a responsabilidade civil do pai abandônico para indenizar a filha. O recurso foi parcialmente provido pelo fato de haver sido reduzido o valor do quantum indenizatório.

Dentre vários argumentos utilizados pela relatora do recurso, a ministra Nancy Andrighi, em seu voto para dar provimento ao pleito, o principal foi o de caracterizar a omissão de afeto por parte do pai como ilícito civil, uma vez que tal omissão atingia bens juridicamente tutelados como o dever de criação, educação e companhia. Ainda, sobre o nexo causal e o dano, afirmou que o prejuízo causado pela omissão do genitor nem sempre poderá vir acompanhado de um laudo médico atestando uma patologia, mas que o tratamento diferenciado que o genitor tinha constantemente com a filha em detrimento dos demais descendentes configurava dano *in re ipsa* (dano presumido), logo passível de indenização.

Portanto, o julgado supramencionado, seguindo o entendimento que alguns Tribunais de Justiça Estaduais já vinham adotando em seus julgamentos favoráveis à indenização, fortaleceu a linha jurisprudencial que já defendia tal possibilidade, criando uma forma de punição ao pai abandônico, como comenta Dias (2016):

> Profunda a reviravolta que produziu nas próprias relações entre pais e filhos o reconhecimento judicial da obrigação do pai de pagar indenização, a título de **danos morais**, ao filho pela falta de convívio, mesmo que venha atendendo ao pagamento da pensão alimentícia. [...] A afetividade, como **dever jurídico**, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações [...].
>
> [...]Daí a tendência jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por **abandono afetivo**, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo [...] (grifo do autor).

Nesse sentido, utilizando-se do precedente criado pelo STJ, o TJ-MG na Apelação Civel nº 1.0145.07.411698-2/001 reconheceu o direito de indenização ao filho pela recusa do pai em estabelecer relação de afeto com ele, conforme consta na ementa a seguir:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - **GENITOR QUE SE RECUSA A CONHECER E ESTABELECER CONVÍVIO COM FILHO - REPERCUSSÃO PSICOLÓGICA - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR** - INTELIGÊNCIA DO ART. 227, DA CR/88 **- DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - REPARAÇÃO DEVIDA - PRECEDENTES** - 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO - RATIFICAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA. - A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício

> da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores.
>
> (TJ-MG - AC: 10145074116982001 MG, Relator: Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 16/01/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/01/2014). (grifo nosso).

Com essa importante mudança jurisprudencial a doutrina também se inclina cada vez mais a reconhecer a responsabilidade civil do pai abandônico. Nas palavras de Dias (2016):

> O dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar.

Ainda que exista certa resistência acerca da caracterização do dano moral indenizável no caso em estudo sob o argumento de que não se deve monetizar as relações familiares ou que o ilícito deve estar expressamente na lei, há uma tendência de ruptura desse pensamento, como afirma GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2017): "Esta pioneira linha de tendência jurisprudencial, todavia, negatória do direito à reparação por abandono afetivo, parece passar por um processo de desconstrução". Isso porque, como explica o autor, a responsabilidade civil possui um viés social, que acompanhado de um olhar mais humano do direito, vem se posicionando favoravelmente em relação as vítimas de abandono afetivo.

No entanto, pelas relações familiares serem complexas por natureza é importante que a aplicabilidade da responsabilidade civil seja observada atentamente em cada caso concreto, para que o instituto não seja banalizado ou utilizado como meio de vingança entre pais e filhos.

Ressalta-se que a indenização nos casos de abandono afetivo não tem como intuito dar preço ao amor, atenção e ao carinho não ofer-

tado pelo genitor ao filho, porque é logico que tal falta é irreparável. Porém, como explica GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2017), "é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil." Porque, como afirma o autor, nos casos de pais abandônicos a perda do poder familiar pela sua omissão de cuidado em vez de uma sanção seria um verdadeiro favor. Por isso, o instituto da indenização nos casos de abandono afetivo não é considerado um meio de cobrar o afeto, mas sim de buscar compensar o filho que sofreu tamanha negligencia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que seja considerado o dever de indenizar através da responsabilidade civil é necessário que se façam presentes alguns requisitos, quais sejam: conduta, dano e nexo de causalidade. Tal conduta, seja uma ação ou omissão do agente, deve gerar um dano. Essa conduta danosa é considerada um ilícito civil.

Ainda que não haja no ordenamento jurídico brasileiro a menção expressa do abandono afetivo como ilícito, tal pressuposto extrai-se de uma análise sistemática de todo o aparato jurídico que protege a criança e o adolescente em suas relações familiares, com o intuito de garantir-lhe um bom desenvolvimento como pessoa. Sendo assim, qualquer conduta que de fira diretamente esses direitos deve ser considerada uma conduta ilícita, portanto passível de indenização.

Nesse sentido, é evidente que a omissão do pai em oferecer ao filho o afeto, cuidado, proteção, atenção, entre outras necessidades psíquicas do ser humano, resguardadas tanto pelo princípio da dignidade humana como pelo ordenamento jurídico, atinge de maneira danosa o desenvolvimento do seu filho. E tal dano, nem sempre será aparente, muitas vezes ficam em marcas ocultas e dolorosas que são refletidas quase de maneira imperceptível em determinados aspectos da personalidade do indivíduo, não cabendo ao direito o julgamento do tamanho da dor que é carregada, considerando-se o dano presumido.

Sendo assim, é importante ressaltar que no abandono afetivo do genitor encontram-se presentes os requisitos da responsabilidade civil: a conduta, materializada na omissão de dar afeto; o dano psicológico ou moral, causado pela ausência do pai ou das situações vexatórias causadas pela omissão do genitor; e, ainda, o nexo causal, uma vez que é claro que o tratamento negligente do pai afeta diretamente o desenvolvimento saudável do filho.

Por isso, na aplicabilidade do instituto o julgador deverá cuidadosamente analisar o caso concreto, verificando que estejam presentes os requisitos necessários da responsabilidade.

Portanto, já demonstrada a importância que o afeto possui nas relações familiares, principalmente nas relações entre pais e filhos, e na construção do indivíduo, é que se entende o quanto o abandono afetivo do genitor, objeto do presente estudo, gera consequências muito além do mensurado. A falta de afeto e dos demais componentes para uma psique saudável, além de ferir um bem jurídico, causa marcas dolorosas que se estendem por toda a vida do indivíduo, refletindo diretamente em como a pessoa se enxerga diante do mundo e como ela enxerga os demais. Não basta apenas ter o nome do pai do registro ou a pensão em dia, nas palavras de DIAS (2016) a verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado.

Sendo assim, enquanto não há um mecanismo judicial de fato eficaz para garantir a relação de afeto entre pai e filho, evitando todo o dano que a ausência paterna causa, uma vez que a conduta omissiva do genitor se traduz em um ilícito civil, não se deve afastar a indenização por dano moral sob o argumento de que assim se estará colocando preço nas relações familiares. Mas antes, deve-se ver o presente instituto como uma maneira de compensar, nem que seja minimamente, os danos causados por anos de abandono e como uma maneira de ensinar aos pais abandônicos que a omissão do afeto não passará impune diante do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Congresso Nacional, Brasília, 1988. [10 de Abril de 2020] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. [24 de Junho de 2020] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

COSTA, Grace Regina. **Abandono afetivo: indenização por dano moral** [em linha]. 1ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanc, 2020. [24 de Junho de 2020]. Disponível em: https://editorial.tirant.com/br/libro/9788568972229

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito das Famílias** [em linha]. 4ª ed. Edição baseada na 11ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. [27 de junho de 2020]. Disponível em: https://docero.com.br/doc/n1vssc-

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código Civil Anotado.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família** [em linha]. Vol. 6. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [28 de junho de 2020]. Disponível em: https://docero.com.br/doc/sn5xvv-

NERY JUNIOR, *Nelson*; *NERY*, *Rosa Maria* de Andrade. **Código Civil Comentado** [em linha]. 11ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 2ª ed. Salvador: Jus PODVIM, 2016.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Pais, filhos e danos**. IBDFAM. 2004. [15 de Abril de 2020] Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/141/Pais%2C+filhos+e+danos.

O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE INFORMAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO: PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa
Rodrigo Almeida Magalhães
Washington Luiz Sudré Silva Junior

1. INTRODUÇÃO

Com vestígios no Código de Hamurabi, há tempos que os direitos da personalidade são lesados e carecem de instrumentos que garantam sua aplicação. Porém, com avanço da *cybercultura* e o crescimento da internet, tais direitos têm sido cada vez mais ofendidos, fatores diretamente relacionados ao imediatismo da propagação de conteúdos que a internet propicia e a facilidade de acesso à informação, principalmente por meio das ferramentas de pesquisa virtual.

O direito de informação é um instrumento essencial para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, e não está submetido a nenhum tipo de censura. Entretanto, a manipulação e difusão de certos materiais têm causado constrangimento à terceiros, ferindo a privacidade dos indivíduos.

Não raramente, fatos ocorridos no passado voltam à tona, e por vezes, causam constrangimento ao indivíduo. Neste contexto, o direito ao esquecimento emprega-se na função de tutelar o princípio da dignidade humana, impedindo que fatos passados sejam lembrados no-

vamente, constituindo ferramenta imprescindível para a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Há, ainda, a problemática dos casos que envolvem o conflito de normas fundamentais. Para estes, não há normativo que embase o julgamento, tornando a ponderação de interesses em conjunto com a razoabilidade aplicada ao caso concreto, maneiras promissoras para a ideal resolução do caso.

Este artigo foi desenvolvido sobre quatro importantes tópicos. O primeiro deles trata sobre os direitos da personalidade, apresentando o desenvolvimento destes no decorrer da história, bem como a legislação vigente acerca do tema. Em seguida, tratou sobre o direito ao esquecimento e a sua fundamental existência no ordenamento jurídico, relacionando-o ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O terceiro tópico trata do direito de informação, um direito fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito, discorrendo acerca dos fundamentos legais pertinentes e da proteção constitucional conferida a esse direito. Por fim, de forma breve, o estudo trata dos casos em que há conflito entre direitos fundamentais e qual deve ser o posicionamento ideal da autoridade julgadora frente a tais acontecimentos.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Datado de séculos atrás, responsável por apresentar os primeiros vestígios de preocupação com a integridade humana, o Código de Hamurabi é pioneiro nas previsões legais acerca dos direitos da personalidade. Nos artigos 195 a 214, previa penas para atentados contra integridade física e moral das pessoas. Posteriormente, foi elaborada a Magna Carta (1215), o 54 *Bill of Rights* (1689), a Declaração Americana (1776), a Declaração Francesa (1789), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), dentre outros, com dispositivos pertinentes aos direitos da personalidade. Entretanto, somente veio a ser reconhecido como categoria do Direito recentemente, com o advento das doutrinas alemã e francesa, enfatizando a questão humanista e a existência de direitos inerentes ao homem.

No ordenamento jurídico brasileiro, há fundamentação legal expressa de forma sintetizada no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), e de forma específica nos artigos 11 ao 21 do Código Civil (CC) (BRASIL, 2002). Com base nesses instrumentos legais, todo indivíduo brasileiro tem assegurado os direitos da personalidade.

De acordo com o professor Cesar Fiuza, o direito da personalidade pertence à esfera privada e também à pública, tendo, porém, denominação na esfera pública de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais (FIUZA, 2015).

De forma pontual, o conceito formulado por Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato, são os que mais se adequam ao ordenamento jurídico pátrio. Estes ensinam que "os direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna" (NAVES; SÁ, 2017).

Noutras palavras, são os direitos que dizem respeito à tutela da pessoa humana, voltados para os aspectos extrapatrimoniais, e inerentes ao homem. Trata-se de proposição jurídica instituída por norma de direito fundamental que visa assegurar e proteger o homem em suas relações.

No campo das doutrinas estrangeiras que buscaram classificar os direitos da personalidade, destaca-se a de Adriano de Cupis, que tratou de dividir os direitos da personalidade em seis espécies: i) direito à vida e à integridade física; ii) direito sobre as partes separadas do corpo e o direito sobre o cadáver; iii) direito à liberdade; iv) direito à honra, ao resguardo pessoal e ao segredo; v) direito à identidade pessoal, incluídos o direito ao nome, ao título e ao sinal figurativo; vi) direito moral do autor (CUPIS, 2004).

O CC estabelece que o indivíduo é dotado de personalidade desde seu nascimento com vida e vem a se findar com sua morte, seja real ou presumida. Não obstante, os direitos inerentes à personalidade estão protegidos desde a concepção, como por exemplo o direito à vida conferida ao nascituro, e se estendem além da morte, podendo ser destacado aqui o direito à honra (BRASIL, 2002).

Os artigos 11 e 12 do CC, tratam de estabelecer que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, bem como não podem sofrer limitação voluntária. Somente em caso de ameaça ou lesão, é possível requerer a cessação, podendo inclusive protestar eventuais perdas e danos (BRASIL, 2002). Apesar disso, os direitos de personalidade podem ser cedidos, de forma mais específica, os direitos autorais, conforme artigo 28 da Lei de Direitos Autorais (BRASIL, 1998).

A partir das duas características apontadas acima, CASSETARI ensina que delas decorrem ainda outras: a indisponibilidade, não podendo mudar de titular; a incomunicabilidade, não integrando comunhão e sendo, portanto, individuais; a impenhorabilidade; a imprescritibilidade, podendo ser defendidos a qualquer tempo em juízo ou fora dele; a perpetuidade, permanece durante toda vida; e a oponibilidade *erga omnes,* podendo ser defendidos contra qualquer pessoa (CASSETTARI, 2018).

A CRFB é a sede principal dos direitos da personalidade. É por meio dela que o legislador elenca vários direitos da personalidade, denominando-os como fundamentais. Prevê ainda, para os casos de lesões a esses direitos, o direito de resposta do prejudicado (BRASIL, 1988).

Dessa forma, percebe-se que o CC não adota, de forma clara, uma cláusula geral de tutela da personalidade, mas propõe uma leitura do direito privado à luz dos princípios constitucionais, o que recebeu o nome de Constitucionalização do Direito Privado (FIUZA, 2011).

Pelo expresso no caput do artigo 12 do CC, "é possível que o indivíduo exija a cessação da ameaça, ou a lesão, a direitos da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei" (BRASIL, 2002). Nesse liame, o ordenamento admite dois tipos de instrumentos para garantir a proteção dos direitos da personalidade: a tutela inibitória e a tutela indenizatória.

A tutela inibitória, preventiva ou acautelatória, é aquela que visa evitar que determinada conduta seja praticada e ainda impedir sua continuidade ou repetição por meio da remoção do ilícito. Trata-se de tutela específica, que objetiva prevenir o acontecimento de ato ilícito que acarrete em atordoamento ao indivíduo. A tutela indenizatória ou reparatória, visa à reparação dos danos causados. Emprega-se na res-

ponsabilização civil daquele que violou a situação subjetiva da personalidade de outrem, lhe causando prejuízo, retroagindo ao *status quo ante* (NAVES; SÁ, 2017).

Em uma sociedade democrática, o conceito de dignidade depende de questões culturais, religiosas e éticas, não podendo ser analisada de maneira unívoca. "A ausência de um *ethos* comum impede que um único conteúdo de dignidade seja verdadeiro" (NAVES; SÁ, 2017).

Como princípio, depende do caso concreto; como valor, das experiências e valores que traz consigo. A dignidade se manifesta em três pilares: os direitos humanos, os quais recorrem à Filosofia do Direito e ao Direito Internacional; os direitos fundamentais, a que se dedicam o Direito Constitucional e a Ciência Política, e os Direitos da Personalidade, objeto próprio das leis civis (ALMEIDA, 2019).

Verifica-se que é a dignidade humana quem legitima a proteção da personalidade humana, razão pela qual se pode invocar o direito ao esquecimento.

Pelo que dispõe o artigo 21 do CC, o instituto assegura a todo indivíduo o direito de ser e viver a vida da forma como deseja, optando pela divulgação ou não de informações que lhe dizem respeito. Dessa forma, apesar de os institutos serem similares e complementares, admitem diferenças e são essenciais na personalidade humana e, consequentemente, na garantia de sua dignidade.

Posto isso, julga-se mais adequado considerar os direitos da personalidade como "bem jurídico necessário à manutenção da dignidade humana, que pode situar-se no mundo fático-jurídico por meio de várias situações subjetivas e não apenas de direito subjetivo" (NAVES; SÁ, 2017).

Quanto à tipificação, expõe-se, de acordo com os ensinamentos de FIUZA, que o direito da personalidade é tipificado em duas maneiras distintas: Teoria Monista e Teoria Pluralista. A Teoria Monista, também chamada de Unitária, defende que o direito da personalidade é uno, entendendo ser ineficaz a proteção de cada atributo de maneira independente (FIUZA, 2015).

A Teoria Pluralista, por outro lado, defende que os direitos da personalidade são vários e, portanto, distintos, "podendo corresponder

cada um a uma necessidade ou exigência distinta" (FIUZA, 2015). Assim, entende que, embora a pessoa seja essa unidade, tem necessidades diferentes, como a de viver com honra, de viver com saúde, de ter um nome, entre outros.

3. DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A expressão foi criada em 1980, desde então é tema de grande discussão. Com o passar dos anos, vem ganhando cada vez mais espaço, podendo ser associado tal crescimento à *cybercultura* e a expansão da internet, ferramenta dotada de imediatismo e publicidade, acessível à quase totalidade da população mundial.

Apesar de ser um instituto que não possui fundamentação jurídica específica que o regulamente, o direito ao esquecimento é considerado um direito essencial, sendo inclusive amparado de forma indireta pela CRFB, ao realizar uma analogia com a proteção à dignidade da pessoa humana, e também o disposto no art. 5º, inciso X, que trata do direito à honra, à vida privada e à intimidade da pessoa e sua família (BRASIL, 1988). Além disso, está relacionado com o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da qual o Brasil é signatário.

Além desses dispositivos, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil tratou de prever o direito ao esquecimento como matéria fundamental em um contexto democrático e que faz parte do ordenamento jurídico brasileiro. No enunciado, foi posta a seguinte justificativa:

> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (VI JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2013).

O tema pertinente ao ramo das Ciências Criminais a que o enunciado fez referência, são os dispostos nos artigos 63 do Código Penal (BRASIL, 1940) e 202 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). Nestes dispositivos, vislumbra-se a importância que o legislador reserva à questão da ressocialização do indivíduo, empregando serventia ao uso do Direito ao Esquecimento para minimizar o efeito de uma condenação na vida futura do apenado em razão também da passagem do tempo. Nesse mesmo contexto, é mister salientar que o problema da pena perpétua é afastado, ou seja, o ex-detento não levará consigo, pelo resto de sua vida o peso de ser relacionado à um fato pelo qual já cumpriu pena e não tem mais relação.

Renata Abrão conceitua o direito ao esquecimento como:

> Direito independente, tutela da memória individual e da memória coletiva. Trata-se também de direito fundamental e essencial ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade humana, consistente no direito de não ter sua intimidade e memória pessoal revividas e relembradas a todo instante por força da vontade de terceiros (ABRÃO, 2020).

Em seus ensinamentos, Bruno Paiva conceitua o direito ao esquecimento como sendo o "direito inerente ao ser humano de não permitir que um fato ocorrido em dado momento de sua vida, ainda que verídico, seja exposto ao público eternamente, causando-lhe transtornos ou sofrimento" (PAIVA, 2014).

Fato de relevância impar nessa temática, o *Streisand Effect* não pode deixar de ser mencionado por aqui. Criado por Mike Masnick, o termo faz referência a um incidente que teve origem no ano de 2003, quando Barbra Streisand , figura pública norte-americana, alegando preocupações com sua privacidade, processou o fotógrafo Kenneth Adelman e o website Pictopia, em uma tentativa de ter uma foto aérea de sua mansão removida da coleção de fotos da costa da Califórnia disponíveis no site. Como resultado do caso a foto se tornou popular na Internet, obtendo mais acesso que antes (JANSEN, 2015).

Dessa forma, é cristalina a possibilidade de que, ao ser invocado o direito ao esquecimento, o resultado seja contrário à expectativa do

requerente. Pelo fato de ser algo restrito, o caso tende a instigar a curiosidade do público. Foi o que aconteceu no caso da atriz Xuxa Meneghel que, ao tentar apagar um fato passado de sua vida que lhe causa contínuo constrangimento, impulsionou sua divulgação (SANTANA; SILVA, 2018).

Para consolidar o entendimento acerca do tema, faz-se importante analisar um caso concreto.

No ano de 1993, o caso "Chacina da Candelária" ganhou repercussão nacional, diante da morte de 8 pessoas que dormiam nas proximidades da Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro/RJ. Jurandir Gomes da França foi indiciado como coautor do crime, e, posteriormente, teve absolvição unânime do júri ao qual esteve submetido (CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2015).

No ano de 2006, passados treze anos do julgamento, o programa Linha Direta, da Rede Globo, o qual dedicava-se a apresentar crimes que aconteceram no Brasil e cujos autores estariam foragidos da justiça, decidiu fazer a reconstituição do crime. Tentou gravar uma entrevista com Jurandir, porém teve o pedido recusado, visto que ele não queria ser associado novamente a tal acontecimento. Mesmo assim, o programa foi para o ar, inclusive divulgando o nome de Jurandir. Diante disso, o autor alegou que passou a sofrer com a desconfiança das pessoas ao seu redor, não conseguia ter oportunidade de emprego e ainda mais, teve de se mudar imediatamente do local onde vivia, por ter sua vida ameaçada por justiceiros (CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2015).

Neste cenário, por meio do Recurso Especial nº1334097, o autor expõe todo sofrimento causado pelo programa e pleiteia o valor de trezentos salários mínimos, a título de indenização por danos morais, pelos fortes abalos que sofreu. O pedido foi julgado improcedente na Primeira Instância e, sendo reformada a sentença em segundo grau, a emissora foi condenada a pagar o valor de R$50.000,00, além de ser reconhecida a existência do direito ao esquecimento (CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2015).

O ponto basilar da decisão foi que, a emissora poderia ter transmitido o programa sem que houvesse a identificação de Jurandir, pois a figura deste não é uma característica imprescindível para o interesse público. Dessa forma, não houve censura ao meio de imprensa, tam-

pouco do direito de informação, temas que serão tratados logo a frente (CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2015).

Entrando na seara da aplicabilidade e julgamento do direito ao esquecimento, destaca-se que não existem critérios objetivos para o julgamento de pedidos que objetivam tal direito, dessa forma, o julgamento deve ser embasado na análise feita a partir de um estudo subjetivo do caso. Atentando a isso, os Tribunais pátrios, vêm utilizando como precedentes para seus julgamentos, a análise de julgados anteriores que atingiram grande repercussão e estudos consolidados em doutrinas relacionadas ao tema.

De maneira pontual, Sérgio Branco estabelece os critérios pelos quais o julgador deve se atentar para analisar a aplicabilidade do direito ao esquecimento. São eles: i) o direito ao esquecimento como aspecto da privacidade; ii) o interesse público; iii) o decurso temporal; iv) a veracidade da informação; v) o potencial dano; vi) a tutela da liberdade de expressão; vii) os eventos históricos e o dever de memória; viii) os destinatários do pedido; ix) o que não é direito ao esquecimento; x) alternativas (BRANCO, 2017).

Para os casos de descumprimento do direito ao esquecimento, a Lei 13.188/2015 serve de embasamento para o ofendido exercer seu direto de resposta ou retificação (BRASIL, 2015). Ademais, o art. 42 da Lei 13.709/2018, denominada Lei de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), e o artigo 7º da Lei 12.965/2014, intitulada de Marco Regulatório da Internet no Brasil, estabelecem o pagamento de indenização pelo autor do ilícito às vítimas que tiverem seus direitos lesados (BRASIL, 2014).

4. DIREITO DE INFORMAÇÃO

Considerado um direito essencial para a existência de uma sociedade democrática, o direito de informação consiste no direito que um indivíduo tem de informar e também de ser informado. Dada sua importância, a CRFB o aborda por meio do artigo 5º, inciso XIV e XXXIII; artigo 37, § 3º, inciso II e artigo 216, § 2º (BRASIL, 1988).

No ano de 2011, os referidos artigos sofreram uma regulamentação, dando origem à Lei 12.527, denominada Lei de Acesso à Informação, criada através da necessidade de regulamentar o exercício do Direito de informação. Além disso, ainda se presta a estabelecer os requisitos mínimos para a divulgação de informações públicas e dispõe sobre os procedimentos que garantem o acesso por qualquer pessoa (BRASIL, 2011).

Não há dúvidas sobre a importância do assunto. É necessário salientar que, a Lei transmite com clareza o seu objetivo: levar a informação a toda e qualquer pessoa, e que essa se preste de forma acessível (BRASIL, 2011).

A CRFB, por meio do art. 5º, inciso IX, e artigo 220, traz expressamente que, a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, devem ter veiculação livre, não sendo essas dependentes de censura ou licença (BRASIL, 1988). Além dos dispositivos referidos, ainda há o disposto no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da qual o Brasil é signatário, que discorre em concordância com o princípio da liberdade de expressão e da livre imprensa (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Na visão de Luiz Flávio Borges D'Urso, presidente da OAB/SP na época:

> A imprensa não pode sofrer intimidações ou pressões, uma vez que isso atenta contra os elementos fundamentais do jornalismo, ou seja, o compromisso com a busca pela verdade, com o interesse público, a pluralidade de opiniões e a responsabilidade social, afinal, sem liberdade de informação, de pensamento e de opinião, o jornalismo fica fragilizado e se afasta de sua missão e imperativo ético. A imprensa requer autonomia para apurar, investigar e difundir fatos, visando o interesse público e os limites legais (BORGES D'URSO, 2006).

Em seus ensinamentos, Alexandre de Moraes afirma que a proteção constitucional à informação é relativa, havendo a necessidade de distinguir-se as informações de fatos de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à

vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante (MORAES, 1998).

Dessa forma, é perceptível a existência de um campo de interseção considerável entre a liberdade de expressão e a lesão à vida privada de terceiro. A opinião é livre e a expressão do pensamento também, desde que não constranja terceiro, sob punições cíveis e penais.

Como exemplos de contribuição do direito de informação, cita-se o portal da transparência, onde os cidadãos, partindo das informações recebidas, conseguem acompanhar os gastos da administração pública, influenciando nos atos dos agentes públicos. A Lei da Ficha Limpa é outro exemplo, que propicia ao indivíduo conhecer a lisura do candidato concorrente ao Poder Público.

Como meio de exercer o direito de acesso à informações pessoais, pode ser utilizado o *Habeas Data*, que é um dos diversos remédios jurídicos previstos na CRFB. Incluído ao ordenamento em 1988, tem previsão legal no art. 5º, LXXII, da CRFB e na Lei 9507/1997.

Segundo José Afonso da Silva (2001), o *Habeas data*:

> É um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra:
>
> - usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos;
> - introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.);
> - conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei (SILVA, 2001).

Somente há a possibilidade de se impetrar um *Habeas Data* se a tentativa por obtenção de informações pelas vias administrativas estiverem se esgotado, tendo qualquer pessoa legitimidade para peticionar o *Habeas Data* em favor de informações próprias, desde que com prévia constituição de advogado para que seja impetrado.

5. COMO SOLUCIONAR O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

Os casos em que há controvérsia entre princípios constitucionais, são temas de discussão inevitável no ordenamento jurídico. Um exemplo é o embate entre o direito ao esquecimento, intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e à inviolabilidade da vida privada *versus* liberdade de imprensa, de expressão e de informação.

Inevitavelmente, para cumprir sua missão, a imprensa precisa ser livre. A liberdade de informação, expressão e imprensa, por mais que sejam assegurados pela CRFB, não são direitos absolutos, tanto que, o próprio texto constitucional estabelece limitações para o seu exercício, com a finalística de proteger os direitos da personalidade de outrem. Assim, define-se que, o meio de comunicação não pode usufruir da liberdade conferida a si para ferir os direitos de outrem.

Nessa esteira, Marcelo Novelino (2010) discorre sobre pontos para nortear o julgador na análise da publicação. São eles:

> I – veracidade: a velocidade de transmissão das informações nos dias de hoje exige uma investigação proporcional, no sentido de que seja feito todo o esforço 'possível' para se averiguar a veracidade da informação ('constitucionalmente veraz'). Como os equívocos não serão raridade, o direito de retificação, em contrapartida, também deve ser assegurado de maneira rápida; II – relevância pública: o que se protege é a informação necessária à formação da opinião pública, em razão da sua importância dentro do sistema político. Por isso, a informação deve ser de 'interesse geral' ou 'relevante para a formação da opinião pública', eixo em torno do qual gira este direito; III – forma adequada de transmissão: a informação deve ser transmitida de maneira adequada para a formação da opinião pública, sem se estender a aspectos que não interessam a este ponto de vista e sem conter expressões injuriosas ou insultantes às pessoas sobre cuja conduta se informa (NOVELINO, 2010).

Não podendo afirmar que a notícia realmente foi gravosa, a primeira atitude da parte do magistrado deve ser a tentativa de firmar um consenso entre as partes, colocando em prática o princípio da concordância prática ou da harmonização, garantindo a proteção do indivíduo. Entretanto, se no caso não for possível estabelecer um acordo, o julgador deverá analisar de forma subjetiva o caso, almejando estabelecer a ponderação de princípios. Como não há hierarquia entre as normas constitucionais, esse é o ideal a se fazer, ensinamento que é endossado na expressão de George Marmelstein:

> A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores (MARMELSTEIN, 2018).

Destarte, o julgador não conta com dispositivos específicos para julgar os casos de conflito entre direitos fundamentais. Porém, conta com instruções doutrinárias acerca da análise e julgamento dos limites da liberdade de imprensa e livre expressão. Se, ultrapassada essa hipótese, prevalecendo o direito no caso, o julgador deve buscar estabelecer um ponto de harmonia entre as partes do litígio. Se ainda assim, não houver tal ponto de consenso, aplicar-se-á o princípio da ponderação entre normas fundamentais.

6. CONCLUSÃO

Os direitos da personalidade são as raízes do direito ao esquecimento, pois estes dizem respeito à tutela da pessoa humana no que tange aos direitos extrapatrimoniais, e, no caso do direito ao esquecimento, este está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana. Os direitos da personalidade são aqueles direitos que acompanham o indivíduo desde o nascimento até a morte, tendo como características a

intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, e ainda, decorrente dessas: a indisponibilidade, a incomunicabilidade, a impenhorabilidade; a imprescritibilidade, a perpetuidade, e a oponibilidade *erga omnes*.

Frente ao exposto no artigo, também é evidente que o direito ao esquecimento constitui uma ferramenta eficaz para proteger o indivíduo da exposição pretérita exagerada que lhe cause constrangimento no mundo virtual. Tal direito tem como objetivo principal garantir que o indivíduo não sofra nova violação pelos mesmos fatos e informações pessoais, desprovidas de interesse público e atualidade.

A liberdade de expressão e a imprensa sem censura são essenciais para o bom funcionamento do estado democrático de Direito. Para tanto, esses direitos devem ter autonomia, para que possam propagar as notícias de interesse público, difundir a pluralidade de opiniões e o compromisso com a busca pela verdade e responsabilidade social. Entretanto, as informações devem ser difundias respeitando a integridade de terceiro, não podendo de forma alguma lesar direito fundamental de terceiro, sob pena de pagamento de indenização pelos danos causados.

Ultrapassados todos os pontos, vislumbra-se a situação conflitante de dois direitos fundamentais. Neste cenário, o julgador irá analisar se a notícia de fato extrapolou os limites e feriu o direito a honra de terceiro, bem como analisará o cabimento do direito ao esquecimento no caso. A par disso, o presente trabalho endossa a impossibilidade de se atribuir uma hierarquização prévia aos direitos da personalidade e à liberdade de informação e expressão. Dessa forma, o julgador deverá buscar a harmonia entre as partes. Não logrando êxito, a melhor técnica para solucionar divergências entre os direitos será a aplicação do método da ponderação do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Renata Lourenço Pereira. **DIREITO AO ESQUECIMENTO: Análise do conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa; e a responsabilidade civil decorrente de sua violação.** Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2020.

ARAÚJO, Sammara Costa Pinheiro Guerra de. **O direito à informação na legislação brasileira**. Jus.Navigandi. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/36315/o-direito-a-informacao-na-legislacao-brasileira. Acesso em: 27 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A viagem redonda: *Habeas Data*, Direitos Constitucionais e as provas ilícitas.** 1998. Rio de Janeiro. p 149- 163.

BLUME, Bruno André. **O que é e como usar o Habeas Data.** Politize! 2017. Disponível em: https://www.politize.com.br/habeas-data-o-que-e/. Acesso em: 21 jun. 2020.

BORGES D'URSO, Luiz Flávio. **OAB SP defende liberdade de imprensa**. 2006. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/05/03/3606. Acesso em 02 jul.2020.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet** / Sérgio Branco. – Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n 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/l10406.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº12.527 de novembro de 2011.** Lei de Acesso à Informação Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº12.965 de 23 de abril de 2014**. Marco regulatório da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2014] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº13.709 de 14 de agosto de 2018.** Lei geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº5.250 de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF: Presidência da República, [1967].Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em 29. jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. **Lei º9.507 de 12 de novembro de 1997**. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Brasília, DF: Presidência da República, [1984].Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9507.htm. Acesso em: 28 jun.2020.

BRASIL. **Lei º9.610 de 19 de fevereiro de 1998.** Lei dos Direitos Autorais. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Boletim de jurisprudência Internacional**. 5ª edição. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJI5DIREITOAOESQUECIMENTO.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

CABRERA, Pierina Andrea Aimone. **Direito ao esquecimento na Internet: Uma comparação entre as legislações do Brasil e Chile.** Universidad Alberto Hurtado. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Trabalhocorrigido100.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

Canal Ciências Criminais. **Chacina da Candelária. É possível esquecê-la?** Jus Brasil. 2015. Disponível em: https://canalciencias-criminais.jusbrasil.com.br/artigos/201240781/chacina-da-candelaria-e-possivel-esquece-la. Acesso em: 23 jun. 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil.** 6ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Conselho da Justiça Federal. **Enunciados aprovados na VI jornada de Direito Civil.** 2013. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view. Acesso em: 22 jun. 2020.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

JANSEN, Sue Curry*;* MARTIN, Brian ***The Streisand effect and censorship backfire.*** 2015. Disponível em: https://ro.uow.edu.au/lhapapers/1884/. Acesso em: 01 jul. 2020.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Direito à liberdade de imprensa**. Disponível em: http://www.revistajustitia.com.br/artigos/c44y59.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** Volume 3. 2ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 1998.

NORAT, Ygor Villas. **O direito ao esquecimento**. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF, 1 mar. 2014. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br?artigos&ver=2.47218&seo=1. Acesso em: 18 jun. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Ciro Jônatas de Souza. **Garantia do direito à informação no Brasil: Contribuições da Lei de Acesso à In-**

formação. Âmbito jurídico. 2013. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/garantia-do-direito-a-informacao-no-brasil-contribuicoes-da-lei-de-acesso-a-informacao/. Acesso em: 20 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 23 jun. 2020.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. **O direito ao esquecimento frente à liberdade de expressão e de informação.** 2014. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1202/O%20DIREIT O%20AO%20ESQUECIMENTO.pdf?sequence=1. Acesso: 20 jun. 2020.

PERUZZO, Cicilia Maria Krohling. **Ética, liberdade de imprensa, democracia e cidadania.** INTERCOM. V. 25, n. 2. 2002. Disponível em: http://www.portcom.intercom.org.br/revistas/index.php/revistaintercom/article/view/420. Acesso em: 19 jun. 2020.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SANTANA, Patrícia Mylla do Nascimento; SILVA, Wladimir Correa e. **Direito ao esquecimento: uma análise do caso Xuxa Meneghel vs. Google Search sob a perspectiva dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade.** Cadernos de Graduação. 2018. v. 5. n. 1. P 123-138. Aracaju. Disponível em: https://periodicos.set.edu.br/index.php/cadernohumanas/article/view/5709/2985. Acesso em: 08 jul. 2020.

Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

A PROTEÇÃO AOS DIREITOS INERENTES A PESSOA: NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDARIA

Bruna Christine de Souza Ribeiro
Marcelo Trindade Rosa Machado

INTRODUÇÃO

Os rompimento recorrente de barragens de minério no estado de Minas Gerais devem ser encaradas com seriedade, visto que sua repetição ocasiona cada vez mais danos ao meio ambiente e a população. O que se faz questionar se a forma como as mineradoras são responsabilizadas se mostram tão brandas a ponto de não compreender a importância de se atentar a cuidados a fim de evitar incidentes como os da Samarco e Vale S.A no ano de 2015 e 2019, respectivamente, bem como, a possibilidade do Estado ser responsabilizado, uma vez que é o responsável pela fiscalização das barragens através da ANM – Agencia Nacional de Mineração.

Tendo em vista o Instituto da Responsabilidade Civil regulado pelo Código Civil Brasileiro de 2002, conjuntamente com dispositivos da Constituição Federal de 1988, faz se importante analisar a fundamentação jurídica da responsabilidade solidaria tanto do Estado, como das empresas mineradoras frente á sociedade pelos prejuízos causados, tendo em vista o reiterado histórico de rompimento que ocorreram no estado de Minas Gerais, envolvendo indústrias mineradoras, de forma

a buscar maior responsabilização, uma reparação que possua alem de um caráter compensatório, uma viés também punitivo, uma vez que tais danos causam prejuízo à qualidade de vidas da comunidade atingida, violando direitos coletivos e difusos.

Destarte, deve se entender, primeiramente, o histórico de rompimentos ocorridos no estado de Minas Gerais, bem como a violação de alguns direitos fundamentais, Posteriormente elucidar a respeito da conceituação do instituto da responsabilidade civil e seu pressuposto dano e também, expor dispositivos legais que fundamentam a responsabilidade do mesmo de forma solidaria uma vez tendo em vista o papel do Estado como fiscalizador da atividade mineradora.

Objetiva-se, portanto, demonstrar a responsabilidade civil frente aos prejuízos causados no desenvolvimento de suas atividades, como também, apresentar alternativas que possam ser aplicadas pelo poder publico pra inibir praticas que contribuam para tais ocorrências, através de uma perspectiva doutrinaria do Direito Civil e Ambiental. A pergunta norteadora é: Qual a responsabilidade do Estado frente aos acontecimentos no estado de MG, tendo em vista as graves violações aos direitos inerentes a pessoa humana de acordo com o instituto da responsabilidade civil? Para tal analise, será utilizado o método hipotético-dedutivo através de fontes bibliográficas e legislativas.

1. CONTEXTUALIZANDO: HISTORICO DE ROMPIMENTOS E VIOLAÇÃO A DIREITOS.

Esse tópico será destinado à exposição de alguns acontecimentos danosos para a sociedade e o meio ambiente, estas ligadas ao processo de mineração, especialmente o rompimento de barragens de minério, ocorridas no estado de Minas Gerais.

1.1. Histórico de rompimento e violação a direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 aumentou o campo dos direitos fundamentais, além de ser tratada com uma das constituições mais avançadas do mundo em relação a essa matéria. Dentre os fundamen-

tos que alicerçam o Estado Democrático de Direito destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana, demonstrando que direitos fundamentais são elementos básicos para a realização do princípio democrático, além de ser a primeira constituição a esclarecer especificamente objetivos ao Estado brasileiro, sendo certo que uns valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica , cultural e social visando preservar a dignidade e a qualidade de vida da pessoa humana. (PIOVESAN, 2018)

O texto de 1988 apresenta a avançada Carta de direitos e garantias, além de alargar a dimensão do que se entende por direitos e garantias fundamentas, incluindo além dos direitos civis e políticos, os direitos sociais, conjugando desta forma o direito de liberdade e igualdade, bem como garantindo os direitos individuais e coletivos, no que são inclusos também o direito ao meio ambiente equilibro o que contribui para que seja possível a qualidade de vida, conforme dispõe seu art. 255:

> Art. 255. Todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder publico e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL/1988)

Importante lembrar que alem das ultimas duas tragédias ocorridas em Mariana e Brumadinho, respectivamente 2015 e 2019, minas já enfrentou outros rompimentos de barragens nos últimos 18 anos. A seguir serão apresentados alguns dos casos de rompimentos divulgados pela imprensa brasileira como O Tempo, e o Globo, bem como o Jornal G1 e Estadão:

Rompimento ocorrido na barragem da Rio Verde em Macacos distrito de Nova Lima: Em 22 de junho de 2001, uma barragem de rejeitos de minério de ferro da empresa Rio Verde rompeu. A lama desceu por uma encosta levando a óbito cinco funcionários da companhia, provocando a degradação de cursos hídricos, além de destruição de mata ciliar.

Seis anos após a barragem da Rio Pomba Cataguases Ltda. em Mirai: Em dez de Janeiro de 2007 ocorreu o rompimento de um dique

da mineradora Rio Pomba Cataguases Ltda. em Mirai – MG. Onde ocorreu a liberação de elementos poluentes em um dos afluentes do Paraíba do Sul, atingindo também vários municípios em seu trajeto, a danificação a população local causando prejuízo em lavouras e agropecuária, levando a aproximadamente quatro mil pessoas ficarem desabrigadas, bem como o extenso impacto ecológico atingindo de forma parcial a fauna, e a flora causando danos irreparáveis.

Em 2014 foi a vez da Barragem B1 da Herculano Mineração Ltda. em Itabirito: A barragem b1 em 2010 alcançou seu limite de armazenamento de rejeitos, e apresentou problemas técnicos, mas em 2014 voltou a ser utilizada de forma irregular sem licenças, onde devido a negligencia e ate mesmo imprudência tanto da empresa e quanto do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) no que diz respeito a fiscalização de sua estrutura, esta veio a romper, trazendo consigo uma série de consequencias entre elas: O óbitos de três pessoas, a afetação direta de seis cursos d'água e a degradação parcial da fauna e definitiva da flora.

Um ano depois a Barragem Fundão do Vale S.A administrada pela Samarco em Mariana: Em novembro de 2015, outra barragem se rompeu e levou óbito 19 pessoas e deixou milhares desalojadas na região de Mariana. A barragem de Fundão liberou 34 milhões de metros cúbicos de rejeito de minério provocando a poluição do rio São Francisco e do mar no ES, interrupção da atividade pesqueira e afetação ao Turismo em Regência/ES. A lama percorreu 663 km de cursos d'água e atingiu 39 municípios em Minas Gerais e no Espírito Santo - o maior desastre ambiental do país e impossibilitando o abastecimento de muitos municípios.

A mais recente ate o momento o rompimento da Barragem Córrego do Feijão da Vale S.A na região de Brumadinho: ocorreu no dia 25 de janeiro de 2019, devido a negligencia tanto do Departamento Nacional de Produção de Minério e da Agência Nacional de Mineração, quanto da própria mineradora, deixando um extenso rastro de destruição em toda a região, aonde se chegou a aproximadamente**166 óbitos e140 desaparecidos**. Além das mortes causadas, o *tsunami* de rejeitos de minério de ferro soterrou diversas construções, atingiu o rio

Paraopeba (um dos afluentes do rio São Francisco), e provocou danos ambientais ainda não totalmente contabilizados ate o momento.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2018) elucida que o a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, é condição essencial para manutenção da vida humana e que além de tratar se de um direito social, é também um direito difuso. Sendo direito tanto da geração atual, como também das gerações posteriores, através da concepção ecológica do "mínimo existencial ambiental", uma vez que sem o mesmo a dignidade da pessoa humana seria violada em seu núcleo.

Além deste e ainda existindo outros, é possível citar o direito a moradia, previsto no artigo 23, IX da Constituição Federal, também elencado como um direito social, que garante a pessoa um abrigo seja sozinho ou para sua família, independente da forma pela qual essa residência assuma (FERNANDES, 2018)

Portanto tendo em vista todos esses acontecimentos ocorridos no estado de Minas Gerais que geraram impactos descomunal tanto diretos como os apresentados, quanto indiretos, sendo alguns deles: centenas de mortos, desaparecidos e desabrigados, interrupção do abastecimento de água de milhares de pessoas, conseqüências na questão da agropecuária em razão dessa mesma interrupção alem poluição de rios, interrupção da atividade pesqueira etc., percebe se violação aos direitos sociais protegidos pela Constituição da Republica.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E DANOS: O DEVER DE REPARAÇÃO

Define-se responsabilidade como o dever de **responder** tanto por atos próprios como alheios. A palavra responsabilidade vem do latim, onde havia a ligação solene do devedor nos contratos orais do direito romano. Quando se fala de responsabilidade no âmbito do judiciário, refere se, portanto, ao instituto da responsabilidade civil, no qual comete ato ilícito passível de indenização segundo o Código Civil, artigo.186 aquele que "(...) por ação ou omissão voluntaria, negligencia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002).

Complementarmente através do art. 927 caput dispõe que todo aquele que comete algum tipo de ato ilícito, que cause prejuízo a outrem, tem o dever de repará-lo, da mesma forma em seu parágrafo único dispõe: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (BRASIL, 2002).

Segundo Tartuce (2020) a responsabilidade civil aparece quando há um inadimplemento obrigacional ou o descumprimento de uma determinação normativa, no caso dos rompimentos de barragens é possível observar uma responsabilidade advinda de culpa extracontratual ou aquiliana, tendo em vista o abuso de direito das indústrias mineradoras que em face do seu poder econômico e social em relação à sociedade comete, portanto, onde comete ato ilícito segundo o "art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes." (BRASIL, 2002)

No que tange aos dano seja contratual ou aquiliano, desde que resulte de ato ilícito deve ser reparado, tem de corresponder a uma efetiva diminuição do patrimônio ou na ofensa de um bem juridicamente protegido, por culpa ou dolo do agente. Sendo os danos classificados tendo em consideração o bem jurídico lesado. Tais danos, por sua vez são separados em categorias, podendo ser eles danos materiais, morais, coletivos, sociais ou difusos (TARTUCE, 2020).

Segundo Tartuce (2020) Os danos materiais ou patrimoniais constituem prejuízos que atingem o patrimônio de uma pessoa jurídica, natural ou ate mesmo de um ente despersonalizado, enquanto o dano moral é aquele referente à conseqüência de uma lesão causada a um bem juridicamente tutelado que continua gerando a afetação do estado psicológico, sentimental, afetivo de determinada pessoa, de forma que esta sinta angustia traumas e aflição entre outros. O Código Civil institui pelo seu art. 12 que:

> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

> Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (BRASIL, 2002)

Ainda sobre de acordo com o mesmo autor, o conceito de dano coletivo é uma espécie do gênero dano moral, podendo ele ser conceituado como o dano que atinge simultaneamente variados direitos de pessoas determinadas ou determináveis no que tange ao seu direito de personalidade, este em seus direitos individuais" encontrando amparo no artigo 6º do Código do Consumidor, ao tratar do direito de prevenção e reparação de danos.

Analisa-se também entre os danos aquele referente à qualidade de vida perdida em face do prejuízo, considerando que a qualidade antes proporcionada á aquela determinada comunidade agora já não se faz presente devido à lesão causada. Os danos contra a sociedade atingem tanto a segurança e o patrimônio quanto a qualidade de vida da coletividade. O dano social ou difuso se diferencia do dano coletivo no sentido de que suas vitimas, envolvidas em direitos dessa natureza, são indeterminadas ou indetermináveis(TARTUCE, 2020).

3 RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDARIA ENTRE ESTADO E MINERADORAS

Considerando os desastres ocorridos no Estado de Minas Gerais, é interessante entender esse instituto da responsabilidade civil, com ótica nos danos ecológicos. Referente aos danos causados ao ecossistema é correto buscar uma apresentação de artifícios legislativos, que tem por função tornar possível a aplicação do processo, que devem buscar as devidas medidas, no quais devem ser praticadas pelas empresas - indústrias mineradoras- causadoras dos danos para que estes sejam ressarcidos, através da teoria do risco integral, no qual possui a responsabilidade objetiva de reparação aos danos causados a outrem em razão da exploração da natureza, a Lei nº 6.938/81 dispõe

> Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
>
> § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 1981).

De acordo, tal justificação tem como pilar a Lei n°6.938/81 "Lei de Política Nacional do Meio Ambiente". De forma similar compreende-se que o Estado, através da teoria do risco administrativo, deve se responsabilizar objetivamente pelos atos praticados pelos seus agentes e pelas pessoas de Direito Publico Interno. A teoria do risco pode ser encontrada na Constituição Federal, art. 37 caput. "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência

Importante levar em conta o papel fiscalizador que o Estado tem o dever de realizar, sendo o mesmo exercido de acordo com a Secretaria de Geologia, Mineração e Transformação Mineral, pela A Agência Nacional de Mineração - ANM que substituiu o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, sendo a mesma uma autarquia federal sob regime especial, instituída pela Lei número 13.575/2017, dotada de personalidade jurídica de direito público e com circunscrição em todo o território nacional. Ademais a ANM, tem como objetivo dentro outras atribuições, assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional.

Também, ao seguinte no art. 43 do Código Civil: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado

direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo." (BRASIL, 2002), portanto, pode ser responsabilizado tendo em vista as omissões praticados pelo Departamento Nacional de Produção de Minério (DNPM), bem como pela Agência Nacional de Mineração (ANM) quanto á fiscalização das barragens de mineiro.

Tendo em vista que, é prerrogativa do Poder Público regular a prática de ação ou omissão em questões de interesses públicos referentes à conservação dos ecossistemas, sendo necessária a autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam resultar em poluição ou agressão a natureza. A responsabilidade civil do Estado no que se refere aos danos ambientais esta disposta na Constituição Republicana Federativa do Brasil de 1988. Segundo Fiorillo (2013) através do principio do poluidor pagador, este que possui o objetivo tanto de prevenir a ocorrência de danos ambientais, quanto de garantir sua reparação tal principio se resguarda também no instituto da responsabilidade civil objetiva, da prioridade a reparação dos danos ambientais e esta definido pelo § 3 do art. 225 da CR/88:

> Art. 255. § 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL/1988)

Portanto, de acordo com a legislação, tanto a Constituição Federal de 1988, quanto o código civil - prevê responsabilidade civil objetiva do Estado perante os atos comissivo/omissivos pelos seus agentes, tendo em vista que determinadas atividades criam riscos de eventual prejuízo- o Estado, se mostra responsável objetivamente pela reparação dos danos causados por seus funcionários.

A responsabilidade solidariedade, e como explica PEREIRA, 2012 (apud CARVALHO, 2018) no caso da responsabilidade solidária passiva, caberá ao credor o direito de eleger entre os co-responsáveis aquele que possua uma economia maior para que possa ser reparado o dano causado, uma vez que no direito brasileiro não há uma distinção de qual devedor principal ou secundário nos casos de responsabilidade civil solidária.

Carvalho (2018) explica que podemos extrair da Lei. n° 6.938/81 a responsabilidade solidária dos infratores e poluidores em casos de infrações que levem ao dano ambiental, no seu artigo 14, parágrafo 1° e artigo 3°, IV, afirmando que o poluidor será obrigado a responder pelo dano causado independentemente da existência de culpa, através de indenização ou reparação do dano aos afetados de forma direta ou indireta e ao meio ambiente, podendo o poluidor ser pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, que esteja ligado a atividade causadora do dono ao meio ambiente.

O Superior Tribunal de Justiça por decisão proferida pela 2° Turma em 2017, através do AgInt no AREsp 277.167/MG, pelo Ministro relator Og Fernandes afirma a possibilidade do dano ambiental objetiva e solidária através da aplicação a teoria do risco integral do poluidor, tal decisão se justifica pelo artigo 14, parágrafo 1° da Lei. n° 6.938/81 e do artigo 942 do Código Civil.

Conceituando também por decisão do mesmo tribunal superior, pela 2° turma em 2009, que será equiparado ao causador de dano ambiental "quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem" (STJ, 2ª Turma, REsp 650.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23/10/2007, DJe 02/12/2009).

Desta forma, de acordo com o Código Civil de 2002, em seu artigo 264, que elucida que haverá responsabilização solidaria para todo aquele que concorre como devedor em uma mesma obrigação, bem como de acordo com os fundamentos acima apresentados, tanto o Estado em seu papel fiscalizador, bem como as mineradores devem responder solidariamente pelos danos causados a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

È possível observar que há um grande histórico de rompimentos de barragens de resíduos de minério existentes no Brasil, em especial como citado, no estado de Minas Gerais. Muitas outras ainda continuam sendo utilizadas, mesmo sendo consideras de alto risco de estrago. O que leva a crer na falta de fiscalização e também o descaso do

poder publico e das indústrias de mineração. Observa se prejuízos morais, patrimoniais e ambientais, derivados de tragédias cada vez maiores e sem nenhuma punição realmente eficaz. Leva se em conta, portanto, a importância do exercício fiscalizador quando direcionado na prevenção de atividades lesivas ao ambiente como um todo, bem como a necessidade de atuação em sua repressão.

Apesar de muitas dessa as barragens serem consideradas de alto risco, bem como a desativação das mesmas levarem ate mesmo anos, é necessário levar em conta que os danos sofridos são devastadores, uma vez que com o rompimento de barragens que ocasionam a liberação de rejeitos da mineração no meio ambiente, tornando impróprio tanto o solo, quanto as águas, além de causarem cada vez mais danos ao bem estar público, à fauna e à flora. È de extrema importância considerar infração ambiental gravíssima, visto que houve afetação de todo um ecossistema.

De acordo com o conteúdo apresentado neste artigo, chega se a conclusão da existência de uma responsabilidade civil solidaria do Estado e das mineradoras em razão tanto das atividades exercidas pelas indústrias mineradoras, tendo em vista a omissão dos órgãos estatais responsáveis e os danos causados a sociedade, através da afetação do meio ambiente, bem como as pessoas que ficaram desabrigadas em virtude dos acontecimentos.

Portanto, faz-se necessário a aplicação de sanções que vão alem do valor dos danos ocasionados, deixando de ser apenas indenizatória e passando a apresentar caráter punitivo, com objetivo trazer uma sensação de justiça a essas pessoas prejudicadas e criar uma preocupação por parte das empresas, tendo em vista a tomada de atitudes que visem eliminar atos sejam eles imprudentes, negligentes ou de imperícias, sendo essa preocupação também repassada ao Poder Estatal, para que cumpra suas obrigações para com a população, fiscalizando e controlando as atividades que oferecem risco a sociedade frente aos desastres ocorridos pelas barragens de minérios existentes em Minas Gerais, onde essa responsabilidade tem amparo tanto na legislação quanto em doutrinas, onde são apresentados os mecanismos que justificam tal análise afirmativa frente aos atos ocorridos.

REFERENCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, VadeMecum Saraiva. 25. Ed. Atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, Ricardo C. T. A questão da responsabilidade solidária no Direito Ambiental. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2018-set-22/ambiente-juridico-questao-responsabilidade-solidaria-direito-ambiental> acesso em: 10 de julho de 2020

ESTADAO – PORTAL DO ESTADO DE S. PAULO. Noticias. **Acidentes 14 anos atrás ainda deixa marcas**. Disponível em: https://www.estadao.com.br/noticias/geral,acidente--14-anos-atras--ainda-deixa-marcas,10000002572 . Acesso em 23 de fevereiro de 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco**. Curso de direito ambiental brasileiro** – 14 ed.- São Paulo: Saraiva, 2013. 960p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. –Salvador- Ed. JusPODIVM, 2018

G1- O PORTAL DE NOTICIAS. Noticias. **MInisterio de Minas e Energia abre processo para investigar rompimento de barragem em Brumadinho**. Disponível em: https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/02/11/ministerio-de-minas-e-energia-abre-processo-para-investigar-rompimento-da-barragem-de-brumadinho.ghtml. Acesso em 25 de fevereiro de 2020.

MINISTERIO DE MINAS E ENERGIA. Secretaria de Geologia, Mineração e Transformação Mineral. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/geologia-mineracao--e-transformacao-mineral/entidades-vinculadas/dnpm > Acesso em : 10 de junho de 2020.

O GLOBO. **Memória há oito anos: vazamento de lama tóxica**. Disponível em:https://oglobo.globo.com/brasil/memoria-ha-oito-anos-vazamento-de-lama-toxica-17979226: Acesso em 24 de fevereiro de 2019.

O TEMPO. **Omissão de Mineradora causou rompimento em itabirito**. Disponível em<:https://www.otempo.com.br/cidades/omissão-de-mineradora-causou-rompimento-de-barragem-em-itabirito-1.1193280.>Acesso em : 23 de fevereiro de 2019

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18 e.d.São Paulo: SaraivaJus, 2018

SILVA PEREIRA, Caio Mario da; atualizador Gustavo Tepedino. *Responsabilidade civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012, p. 115.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** Volume único. 10 e.d. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020

O TESTAMENTO VITAL EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: A MITIGAÇÃO DA VONTADE EM PROL DA SAÚDE PÚBLICA

João Carlos Sobral Dos Santos

INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, a clássica distinção entre direito público e privado tem se tornado obsoleta. Isso porque a irradiação dos direitos fundamentais, tais como a dignidade, liberdade, respeito a autonomia e demais regras desse caráter, irradiam-se por todo o ordenamento, propiciando a releitura de normas de ambas as categorias. Hodiernamente não se observa, salvo em casos didáticos, uma separação tão ampla como se via antes, ao contrário, pode-se notar uma convergência de normas no sentido a efetivarem tais valores. Esse movimento se denomina horizontalidade dos direitos fundamentais, e traz consigo o caráter relevante de aproximar as relações particulares e públicas de princípios de extremo valor para a sociedade.

A horizontalidade encabeça um norteamento causado pelas normas de natureza principiológica que banham a postura jurídica e política da nação no sentido de convergência a um direito pensado para efetivar a dignidade da pessoa humana e atento aos direitos humanos legislados no Brasil e fora dele. Com isso, os ramos do direito passam a cobrar uma interpretação pautada nos valores de direitos humanos, colocando a pessoa humana como fim do direito. Em síntese, inde-

pendentemente da classificação doutrinária atribuída a um ramo das Ciências Jurídicas, tão forte é a influência dos direitos fundamentais que não se pode fugir de sua influência. Nessa senda, apontam Reckiziegel e Duarte:

> "A teoria da Horizontalidade dos Direitos Fundamentais, surgida a partir do cenário pós-Segunda Guerra, é de inegável importância no plano jusfundamental. Responsável pela nova leitura das relações entre particulares, tal teoria confere aplicabilidade aos direitos fundamentais entre os particulares, deixando de restringir tal construção de garantias constitucionais apenas ao plano vertical, mormente expresso pela relação entre Estado e indivíduo." (Reckiziegel e Duarte, 2015)

A discussão a respeito da horizontalidade dos direitos fundamentais encontra arcabouço na própria Constituição Federal que ao longo de todo o seu texto elenca valores principiológicos como a dignidade humana que devem ser observadas em todas as situações. O caráter desse superprincípio paira sobre todo o ordenamento, levando as diversas áreas do direito a observar a pessoa como um agente, e não somente como um objeto do estudo.

A horizontalidade dos direitos fundamentais causa importantes impactos na ceara das relações individuais, na medida que as norteiam e dirigem em prol da observância principiológica. Assim, tais relações passam a ser encaradas com o compromisso de efetivar os direitos fundamentais. Com isso, a individualidade e a subjetividade do indivíduo passam a ser importantes nortes dignos de respeito e proteção jurídica; a forma de compreender a vida, englobando questões morais, de crença, de posicionamento político e de exposição de opiniões deixam de ser questão meramente individual e passam a compor as noções de dignidade, autonomia e demais direitos dessa natureza.

Dentro do ramo do Direito Civil a liberdade como direito indisponível sempre gerou grandes debates acadêmicos. Notadamente, a doutrina divergia quanto à possibilidade efetiva de disposição de direitos dessa natureza no que concerne ao direito privado. No escopo do exercício da liberdade que assiste todas as pessoas, no seio das re-

lações privadas, se encontram as possibilidades de escolha do hospital, do profissional que assiste entre outras decisões a cargo da família ou do próprio enfermo.

Com isso, novo debate se estabeleceu a respeito da autonomia individual em estabelecer limites ou mesmo impedimentos a determinados procedimentos médicos que violassem as crenças e os valores individuais. Nesse cenário surge a análise das diretivas prévias de vontade.

O testamento vital se caracteriza como uma manifestação prévia de vontade da pessoa, exteriorizada de forma autônoma, que fornece um direcionamento quanto a superveniência de uma enfermidade ou acidente, norteando o que deve ser feito. Trata-se, da opção da pessoa pela melhor forma de dispor da própria liberdade e de exercer seu direito constitucional de crença ou de ausência dessa. Noutros termos, consubstancia-se no exercício da dignidade humana e impõe ao terceiro o respeito pela opção de seu titular. Nesse mesmo sentido apontam Oliveira e Junior:

> "Define-se o instituto ora analisado como uma declaração de vontade emitida por pessoa capaz, em pleno gozo de suas capacidades mentais, cujo conteúdo trata-se de autorizar ou restringir sua submissão perante determinados cuidados, tratamentos e procedimentos médicos, quando encontrar-se impedido de manifestar sua vontade – ou seja, incapaz –, devido a uma doença grave que acometeu ferozmente seu estado de saúde, deixando-o no vim de sua vida, sem perspectiva de melhora ou cura." (OLIVEIRA e JUNIOR, 2017).

DESENVOLVIMENTO:

Em primeira instância urge esclarecer que o nome atribuído ao instrumento analisado como 'testamento vital'' vem sofrendo importantes críticas doutrinárias na medida em que não pode ser vislumbrado como um estamento propriamente dito por diversos motivos. Inicialmente, é equívoco confundir tal instrumento com um testamento uma vez que sua observância se dá ainda com o autor vivo, diferentemente do segundo que passa a vigorar com a morte do testador. Outro

motivo para o discordar doutrinário quanto ao nome do instrumento se dá na impossibilidade de tal documento transferir bens ou valores a testamentários, na medida em que não trata de bens ou heranças, mas de diretrizes que amparadas na liberdade de crença, estabelecem parâmetros e limites à atuação médica em caso de impossibilidade superveniente de consciência.

O testamento biológico, como também é chamado, não tem como escopo antecipar a morte do paciente como ocorre nos casos de eutanásia, prática vedada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Penal. Sua função primordial é expor a vontade do autor no que concerne aos tratamentos a serem observados ou não no caso de incapacidade superveniente, sendo motivada por suas crenças e valores pessoais. Não há legislação específica no sentido de regulamentar ou instituir o instrumento jurídico no seio das leis brasileiras, no entanto, na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, foi editado o enunciado 528 que expõe: "É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado "testamento vital", em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade." (CNJ, 2017).

Assim, malgrado sua ausência de regulamentação, o instrumento ora estudado é amplamente aceito pela doutrina e reconhecido por meio do enunciado 528. Trata-se, portanto, de método de reconhecimento formal pelo direito da vontade do seu confeccionador, legitimando-o a traçar determinadas diretrizes e limites a tratamentos com base em valores e crenças. Diante disso pode-se vislumbrar a dimensão massiva dos Direitos Humanos dentro de determinado instrumento, seja pela via do reconhecimento do Estado pela legitimidade da crença e pelo seu cuidado, blindando-a constitucionalmente e, à posteriori, estendendo tal reconhecimento à instrumento particular. Assim como manifesta-se no sentido de autonomia, na medida que a pessoa pode de forma consciente e voluntária dispor da forma como a qual deve viver.

A possibilidade de um instrumento elaborado de forma unilateral tendo como base a crença individual só é possível num Estado comprometido com a laicidade, bem como com a efetividade da dignidade da

pessoa humana, na medida que o direito a crença é parte fundamental do direito à vida. Assim, ao assegurar o direito a uma vida digna, o Estado, ainda que tacitamente, deve garantir que todos os atributos concernentes à dignidade sejam efetivados, sejam de caráter público ou privado. Nesse último se encaixa o direito à crença.

Quanto à legitimidade do instrumento ora analisado, pode ser observada por dois prismas, a material e a forma. A legitimidade material do negócio jurídico está relacionada com a sua razão de existir, sobre os princípios que o permeiam. Se encontra por todo o ordenamento jurídico do Brasil, na medida que os princípios que o guiam, quais sejam a autonomia, a dignidade humana e o respeito pela crença, encontram-se por todo o ordenamento jurídico.

No que diz respeito à legitimidade formal do negócio jurídico, vale a ressalva de que no Brasil não existe legislação específica para ditar-lhe a maneira como esse deve ser confeccionado. Entretanto, a doutrina argumenta que a formalização do instrumento pode ser feita de algumas formas, entre as quais, a mais comum é sua apresentação em cartório de notas. Apesar disso, tratando-se de negócio jurídico atípico, não há um modelo ou um método único para tornar tal instrumento válido para o direito. Nesse sentido descreve Bellon: "O registro pode ser feito em cartório, na ficha médica ou no prontuário do paciente. Não são exigidas testemunhas ou assinaturas. A manifestação de vontade não pode ser considerada por familiares. O único que pode alterá-la é o próprio paciente." (BELLON, 2015).

Entretanto, mais do que observar a essência do testamento vital e sua legitimidade formal e material, urge analisar com afinco os desenhos traçados para esse por meio da legislação em vigor, com o intuito de observar os limites traçados por essa a tão importante negócio jurídico. Como dito, a Constituição não traçou margens explícitas quanto a autonomia de forma a delimitá-la, sendo responsável apenas por assegurá-la. Ademais, não há na legislação infraconstitucional o tratamento específico para o testamento vital, com isso, a doutrina tem se esforçado para dar-lhe corpo e traçar seus limites e, no caso concreto, caberá ao magistrado a análise do instrumento. Ainda com a ausência da legislação específica, pode-se contar com princípios e diretrizes que

dizem respeito a todos os institutos do direito brasileiro, traçados pela Constituição.

A necessidade de regulamentação, ou de pelo menos confecção de limites, que podem, como no caso do testamento vital, serem apresentados pelos estudiosos do direito, permite que ocasiões ora não enfrentadas pelo texto constitucional sejam apreciadas por meio da legislação inferior. No artigo 5º inciso II da Carta Política se pode ler "II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;" (BRASIL, 1988). Por meio da leitura dessa norma constitucional, a autonomia privada ganha seus desenhos, possibilitando, com isso a criação de novos institutos como o que agora se estuda. A simples leitura do enunciado constitucional não observa com a autonomia da vontade no que tange à disposição da saúde, no entanto, a indisponibilidade do direito atingido no caso concreto impossibilita por si só que tal vontade seja absoluta. Nesse liame, a legislação civilista demonstra importante limite entre o direito de autonomia e a possibilidade de recusa a tratamento médico. Assim, o Código Civil de 2002 em seu artigo 15 declara "Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica." (BRASIL, 2002).

Diante do posicionamento da legislação pode-se inferir que, mesmo com a garantia constitucional no sentido de criar os princípios que criam o testamento vital, existe na legislação infraconstitucional, limites que desenham como tal instrumento deve ser encarado diante do ordenamento jurídico como um todo. A própria legislação civilista vem a traçar parâmetros que se aplicam ao testamento vital. Assim, o código aponta que em casos específicos, a recusa a tratamento médico é válida. Especificamente, diante do risco de vida. Entretanto, em que pese a confecção do artigo 15, existe na prática médica e, inclusive é reconhecida na jurisprudência dos tribunais superiores, a recusa motivada por motivos de crença como meio impeditivo ou limitativo do tratamento.

Em síntese, em respeito à liberdade de crença e à autonomia de cada indivíduo, podem os tratamentos sofrer alguns tipos de limitação. Aponta o Código de Ética Médica em seu artigo XXI: "XXI - No

processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas." Apontando ainda como uma das vedações aplicáveis ao médico "Art.31.Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte." (CFM, 2018).

Incontestavelmente há de se observar que existe a possibilidade de que o paciente delimite o tipo de tratamento mais condizente com suas crenças e valores. E sua transgressão pode ensejar danos morais. Observado o cabimento do testamento vital como parâmetro estipulado unilateralmente pelo autor no sentido de direcionar o seu tratamento, encaminha-se agora para a sua análise no contexto da pandemia de coronavírus que assola o mundo desde o final do ano de 2019.

No mundo atual, a pandemia de coronavírus que assolou o mundo e vitimou milhões de pessoas, entre as quais muitas conheceram a morte e outras obtiveram a cura, as relações interpessoais foram modificadas abruptamente. Diante da facilidade de transmissão do vírus, muitos pacientes levados a UTI não puderam contar com visitas de familiares ou de amigos. O isolamento social vedou que a família dispusesse a respeito do tratamento que deveria ser encaminhado no caso da impossibilidade de salvamento, isso é da ortotanásia. Com isso, milhares de enfermos não puderam ter assistidas suas últimas vontades pela impossibilidade real de comunicação entre o paciente e a equipe médica.

A pandemia colocou sobre análise a possibilidade do traçar de tratamentos pelo paciente, sobretudo diante do alto contágio da doença no país. Diante do crescimento dos casos e da multiplicidade de crenças, um debate muito relevante ganha corpo com a crise de saúde, pois, movido por razões pessoais, poderia uma pessoa escrever um testamento vital impedindo que os médicos lhe deem tratamento? De acordo com as propostas do testamento, tal ato, sendo fruto da vontade consciente e sendo elaborado de forma legítima, poderia ser decretado

válido, na medida em que a unilateralidade é característica inerente e fundamental nesse negócio jurídico.

Como dito anteriormente nesse mesmo trabalho, a legitimidade do presente instrumento deve ser observada de dois prismas, o formal e o material. Formalmente falando não há impedimento à confecção do testamento vital, mesmo no meio de uma pandemia de contágio alto e de incontestável letalidade. Isso porque a maneira como o testamento vital ganha corpo no mundo fático e jurídico, qual seja sua confecção no cartório de notas ou por meio do prontuário médico, não sofre alterações. Portanto, do ponto de vista formal é plenamente possível que exista um testamento vital no sentido de impedir ou limitar o tratamento médico a paciente que por motivos de crença ou de consciência, se oponha a tal.

Entretanto, em que pese sua possibilidade quanto ao prisma formal, a discussão da possibilidade da confecção nesses moldes passa a ter um importante contrapeso quando avaliado pela face da legitimidade material, seria possível uma mitigação da autonomia da vontade em prol do bem coletivo e, mais especificamente, em prol da saúde pública, no entanto, tal tarefa não é tão fácil de ser observada na prática.

O direito à saúde consiste em direito fundamental de segunda geração, portanto, exige prestação estatal no sentido de fazer e não pode ser por esse negado. Com a chegada do Coronavírus ao Brasil, e com a análise do crescimento consistente dos casos da COVID-19 em países como China, Itália e Espanha, o Brasil adotou importantes medidas no sentido de dar uma resposta efetiva e rápida para barrar o assolamento do vírus no território brasileiro.

Assim, em fevereiro surge a lei 13.979/2020, com o escopo de traçar diretrizes gerais para o tratamento do vírus. Dispõe o artigo 3º:

> Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; IV - estudo ou investigação

> epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos; (...) (BRASIL, 2020)

Como pode se observar, a referida lei confere a doença o tratamento de emergência de saúde pública de importância internacional, em consonância com o status conferido pela Organização Mundial de Saúde – OMS, com o aumento dos números de casos. Além da terminação escolhida na confecção da legislação, vários tratamentos são postos pelo Estado aos indivíduos de forma a serem efetivados inclusive de forma compulsória.

A possibilidade do tratamento compulsório para tratar da pandemia determina uma limitação direta e consistente na autonomia, sobretudo porque por impossibilitar ao indivíduo que se oponha ao tratamento. As razões pela adoção legislativa por tais medos consistem em: I – Desconhecimento por parte das autoridades sanitárias dos efeitos secundários da doença. II – Possibilidade alta de contágio; III – Letalidade considerável da COVID-19 e necessidade de preservação das vidas. IV – Manifestação da doença de forma assintomática o que possibilita a transmissão do vírus mesmo sem o conhecimento de que o paciente está infectado.

O combate ao Coronavírus quebra a barreira do problema de saúde individual, que diz respeito somente ao paciente e o médico, tornando-se problema de âmbito internacional. Diante disso, sob risco de responsabilidade internacional, o Brasil deve adotar meios que pelo menos reduzam o alto índice de contágio, e permita que os indivíduos tenham o acesso à saúde conforme prega o artigo 6º da Constituição brasileira.

Diante da indisponibilidade da saúde e da possibilidade de responsabilização internacional no caso de ausência estatal no sentido de combater o avanço da pandemia, a via material da legitimidade do testamento vital se encontra travada por força de princípios caros a sociedade assim como ocorre com a autonomia da vontade ou mesmo com a liberdade de crença, quais sejam a dignidade da coletividade, a garantia de saúde pública e a supremacia do interesse público. Tais princípios

por se estenderem por toda a sociedade de uma forma muito clara, impõe ao Estado uma função importante, assegurar os direitos coletivos, enquanto preza pelas garantias individuais, não podendo excluir uma em prioridade da outra.

Diante da situação que se delineia com a pandemia que força o Poder Público tomar medidas protetivas contra a ameaça viral e muitas vezes invisível que a cada dia cerceia mais vidas, bem como pela necessidade de assegurar a todos os indivíduos a condição de tratamento digno à vida, observando-lhes suas individualidades e protegendo seus valores, a contraposição entre direitos de caráter coletivos e individuais começa a ser formada. Considera Gabardo:

> "Do resultado de um conflito entre o princípio da supremacia e outro princípio protegido pelo Direito (como a própria autonomia privada - em casos resolvidos fora do Direito público) pode ser que duas situações ocorram: 1) a supremacia prevaleça; e 2) a supremacia não prevaleça e neste caso a questão resolve-se com base na igualdade de interesses, ou seja, são admissíveis duas sub-hipóteses: 2.a) a de que ocorra a prevalência do interesse público, no caso concreto (não por uma questão de princípio, mas de resolução pragmática da controvérsia - *a posteriori*); 2.b) a de que ocorra a prevalência do interesse privado no caso concreto (também não porque se admita qualquer precedência em abstrato da autonomia privada, mas porque seria adequada a adoção desta precedência de forma tópica). A resolução do conflito de primeira ordem se resolve pela ponderação; no de segunda ordem, pela proporcionalidade. (...)" (GABARDO, 2017).

Diante da importante consideração feita pelo jurista, o que se tem é que para a resolução entre uma contraposição dos princípios entre indivíduo e Poder Público o que se tem não é uma resposta concreta e cabal. Assim, o que delimita a possibilidade de resolução do confronto de interesses é o caráter que a situação ensejadora confere a dicotomia. Nesse contexto, seria o problema que gera a incerteza um indiscutível norteador da sua resolução.

Nesse sentido, urge observar se é viável tratar da Pandemia como um interesse de igual páreo a autonomia da vontade. Em que pese a impossibilidade de atribuir um peso, um valor calculado a determinado direito, no caso específico, proporcionalmente não se pode falar em equiparação de interesses, na medida que se está diante da necessidade de cuidado coletivo. Não se trata somente de permitir que a pessoa tenha um direito reconhecido em abster-se de tratar-se, com base em suas crenças e valores, mas sim observar as consequências reais que tal atitude pode ensejar na coletividade.

Sendo a sociedade a junção de cidadãos diferentes entre si que coexistem e cabendo ao direito regular as situações de forma que a coexistência não seja abalada, não se pode falar na autonomia absoluta da vontade. Assim, o testamento vital se caracteriza como um negócio jurídico de caráter unilateral, que impõe aos outros o tratamento digno consoante a vontade de seu autor. Entretanto, as consequências da criação desse instrumento alcançam principalmente o autor, motivo pelo qual o direito o resguarda como válido.

Entretanto, ao se falar em pandemia, na qual toda a coletividade é alcançada e, da impossibilidade do Sistema Único de Saúde em assegurar a assistência à saúde de forma qualitativa e quantitativa, as ações de abstenção criadas por força de testamento vital ensejariam consequências significativas a outras pessoas que, inclusive, não o elaboraram, dado o contágio significativo. Além disso, os reflexos da abstenção de tratamento a doença contagiosa, efetivamente pode colocar outras pessoas em risco significativo de vida, assim, não cabe ao direito privado, nesse caso em específico, aventurar-se em ditar normas de caráter tão abrangente, em razão da divergência entre tantos interesses.

A pacificação de interesses, vindas do Poder Público, com o fito de proteger à sociedade do contágio, bem como de evitar o colapso no sistema público de saúde, mitiga, ao nosso ver, a autonomia da vontade constituída por meio de testamento vital que venha a surgir nesse sentido. No entanto, vale a ressalva que isso não significa a total incapacidade de confecção desse instrumento por parte do autor, motivado por crenças religiosas. Isso significa que o núcleo essencial, qual seja o tratamento compulsória, não pode, dada a situação de calamidade pública

de caráter internacional, ser afastada, no entanto, questões tangentes podem ainda ser direcionadas pelo autor, já que não se pode falar em detrimento de um direito fundamental em função de outro.

Diante da situação atual de pandemia, na qual os países do mundo inteiro unem esforços no combate à pandemia, não parece razoável conceber que um testamento vital tenha o escopo de impossibilitar o tratamento médico. Isso porque seria possível que por meio da abstenção do tratamento, mais pessoas fossem acometidas e quiçá chegassem a óbito em virtude da vontade de outra pessoa, já que se fala de doença altamente contagiosa. A esse respeito observa-se que a base do instituto é a autonomia da vontade de disposição do próprio corpo, nessa senda, o testador deve ser o maior acometido pelas escolhas feitas em seu testamento, sobretudo no que tange à proibição de determinados métodos, assim, não podendo outros indivíduos serem acometidos em razão de uma escolha que não fizeram.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais trazidos no seio da Constituição Federal, alastram-se pelo ordenamento jurídico como um todo, forçando o Poder Público em todas as suas esferas, do nascedouro da lei até sua aplicação no caso concreto, ser coeso com a individualidade. Nesse contexto, importantes avanços na legislação, inclusive a que é responsável por estabelecer relações privadas são efetivadas tomando por base tais direitos. Dessa forma, a convergência dos ramos das ciências jurídicas em observar em sua atuação específica tais normas, tornam a antiga dicotomia entre direito público e privado meramente pedagógica e ensejam importantes consequências jurídicas antes não observadas.

O testamento vital com todos os seus méritos possibilita um atentar a individualidade, forçando sob risco de perdas e danos a observância aos limites traçados pelo autor, de forma a proteger sua crença e seus valores. Os valores fundantes de tal instrumento são imensuráveis, sobretudo àqueles que não os professam, dada a natureza metafísica que dá sentido à vida de quem nelas crê, motivo pelo qual o Estado não pode se furtar o observar.

Em contrapartida, mesmo com tão importantes aspectos a serem observados, deve-se lembrar que cabe ao Poder Público tomar as garantias necessárias à manutenção da ordem pública, bem como efetivar os direitos, sobretudo os que por natureza lhe geram uma obrigação positiva. Assim, sob risco de negligência e de responder internacionalmente por isso, o Brasil não pode permitir o alastramento do contágio da COVID-19 pautado em princípios individuais como o da crença.

Tal proibição consiste na força da laicidade do Estado. Assim, permitir que determinada pessoa possa se opor a tratamento médico, ainda que compulsório, como maneira de resguardar a sua crença, teriam consequências significativas, como o alastramento de casos e, inclusive, o aumento do número de mortes causadas pelo vírus.

Diante disso, em que pese a existência da autonomia da vontade, da dignidade humana e do direito à crença, o testamento vital no caso de impedir o tratamento contra o contágio da doença gera efeitos significativos para o restante da sociedade. Com isso, surge para o Estado o Poder-dever de observar a Supremacia do interesse público, pelo qual encontra legitimidade para mitigar a autonomia particular em favor de um bem coletivo maior.

Nesse caso, não se fala na exclusão da autonomia da vontade, mas sim de sua mitigação tendo como fundamento a necessidade de conter o avanço do Coronavírus e de preservar a vida digna da população como um todo. Dessa forma, mitiga-se o direito à crença para garantir o direito à vida aos que necessitarem do sistema de saúde, seja público, seja privado.

No caso da pandemia, um testamento que diga expressamente que, se acometido, por motivos de crença, o paciente não autoriza ser tratado, ultrapassa a barreira do privado, na medida que os esforços estão concentrados no combate a um vírus de projeção mundial e que é concebido como problema de saúde pública. Dessa forma, mesmo que determinado instrumento seja caracterizado como manifestação da dignidade humana por meio do direito de escolha, não se pode afirmar ser esse absoluto e irrestrito, devendo, portanto, ser analisado de forma ponderada.

REFERÊNCIAS:

BELLON, Gabriel. Trabalho sobre testamento vital. Jusbrasil. [2015]. Disponível em: https://belaogabriel.jusbrasil.com.br/artigos/248087822/trabalho-sobre-testamento-vital. Acesso em 15 ago. 2018.

BRASIL. Lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasil: Diário Oficial da União, [2020]. Disponível em: http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasil: Diário Oficial da União, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Dos princípios Fundamentais. Brasil: Diário Oficial da União, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 528. Brasília [2017]. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597. Acesso em 10 jul. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Brasília: CFM, [2018]. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf. Acesso em 08 mar. 2020.

DUARTE, Jhonatan Felipe Laurindo Gomes; RECKZIEGEL, Janaína. Horizontalidade dos Direitos Fundamentais e Reprodução Humana Assistida Um Novo Paradigma Contratual. **Revista Direitos Humanos e Democracia.** Santa Catarina, n. 6, 93-116, jul/dez 2015.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais.** Curitiba, v. 4, n. 2, mai/ago 2019.

JUNIOR, João Batista Araujo; OLIVEIRA, Gabriela. Testamento vital em face do ordenamento jurídico brasileiro. Jus.com.br. [2017]. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/61698/testamento-vital-em-face-do-ordenamento-juridico-brasileiro#:~:text=Define%2Dse%20o%20instituto%20ora,se%20impedido%20de%20manifestar%20sua Acesso em 25 mai. 2019.

SÍNDROME DE BURNOUT E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Lucilene Rodrigues do Nascimento da Silva
Natália Goreti Barros Tomás Zefiro

INTRODUÇÃO

É preciso elaborar uma proposta de política pública com o objetivo de promover a ideia da prevenção. Mudar o sistema de trabalho é uma das formas de prevenir o desenvolvimento da síndrome de *Burnout* e evitar que o empregador incorra em responsabilidade civil.

O sistema de trabalho tende a adoecer o trabalhador, com o advento da Revolução Industrial, o uso das máquinas no local de trabalho, a concentração de várias pessoas e a divisão de tarefas percebeu-se que os riscos de acidentes e doenças relacionados ao trabalho multiplicaram-se. A Síndrome *Burnout* trata-se de um esgotamento ou cansaço emocional profundo.

A abordagem da problemática desenvolver-se-á pelo método dedutivo, sempre nos limites dos objetivos propostos, demonstrando que existe a tendência de não notificar CAT para evitar um ônus pecuniário, a saber: indenização por danos morais, indenização por danos existenciais, sendo possível o empregado pleitear estabilidade no emprego e até pensar em uma pensão mensal vitalícia dependendo da consequência.

Este artigo científico tem a finalidade de promover o debate dos principais aspectos relacionados ao Direito Civil e ao Direito do Tra-

balho, com o objetivo de enfatizar que a medida de prevenção é necessária para evitar a ocorrência dessa terrível síndrome no trabalhador e os riscos da responsabilidade civil do empregador.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Narraremos a responsabilidade do empregador nas hipóteses desde a ocorrência da síndrome de *burnout* até a emissão da CAT, bem com suas consequências no contrato de trabalho.

Nesse ínterim, é relevante destacar e salientar a importância da emissão da Comunicação do Acidente de Trabalho (CAT) pelo empregador, possibilitando, desta forma, que o empregado receba a partir do décimo sexto dia de afastamento o auxílio doença acidentário. Há uma grande diferença entre o auxílio doença acidentário e o auxílio doença, seja em relação ao percentual de pagamento, seja quanto às consequências no contrato de emprego.

Visto isso, observa-se que a mera omissão do empregador quanto a emissão deste documento causa inúmeros e irreparáveis prejuízos ao empregado subordinado na relação, sendo certo que abordaremos a partir de então a importância do CAT e sua entrega ao trabalhador.

A IMPORTÂNCIA DA EMISSÃO DA CAT

Insta salientar, que a Comunicação de Acidente de Trabalho é um documento que habilita o trabalhador a percepção do benefício previdenciário de auxílio doença acidentário (código 91) junto ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

Desta forma, sem que haja a expedição do CAT e a sua consequente entrega ao trabalhador subordinado, não há como se caracterizar que aquela situação é acidente de trabalho, e, consequentemente a Previdência Social não irá caracterizar a incapacidade como acidentária.

Em termos práticos somente a não concessão do auxílio doença acidentário pela ausência do CAT irá acarretar a concessão do auxílio doença que prejudicará o trabalhador em pelo menos três aspectos, quais sejam:

> 1.O valor do benefício previdenciário de auxílio doença obedece a um percentual menor, observando-se o salário contribuição.
>
> 2. Durante o período de afastamento, a concessão do auxílio doença, não gera ao empregador a obrigação de recolher o FGTS.
>
> 3. No retorno do auxílio doença não há que se falar em nenhuma estabilidade provisória, tendo em vista que tal direito somente é assegurado na hipótese de auxílio doença acidentário, segundo o artigo 118, Lei 8213/91.

Portanto, o empregador ao emitir a CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho) estará ratificando e reconhecendo a Síndrome de *Burnout* como uma doença ocupacional, ou seja, relacionada ao trabalho, gerando, portanto direitos ao empregado, tais como:

Estabilidade no emprego

O empregado afastado pela Síndrome de *Burnout* precisará de um laudo médico atestando a sua incapacidade, sintomas e qual o período que necessitará para tratamento médico. Em vista do fato, será recomendado seu afastamento do trabalho. Se este afastamento perdurar por 15 dias, será caracterizada a interrupção do contrato de trabalho e no retorno não haverá que se falar em estabilidade no emprego.

Acontece que esta síndrome causa reflexos pessoais e profissionais severos na vida do trabalhador, e em regra, o período de afastamento supera os quinze dias. A partir do décimo sexto dia o INSS será o órgão pagador e começará a ser percebido o benefício de auxílio doença acidentário. No retorno deste benefício, ou seja, após a alta médica através da perícia do INSS, o empregado terá direito à estabilidade de 12 meses no emprego, em consonância com o que dispõe o artigo 118, Lei 8213/91.

Indenização por danos morais:

Os danos morais são conceituados como lesão a direitos da personalidade, seria um meio para atenuar as consequências do prejuízo material que a pessoa teve. Sendo assim, entende-se que a finalidade desse dano é compensar pelos males que foram suportados.

Em 2014 teve uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho sobre responsabilidade civil do empregador, AIRR: 13161120125030037-TST, *in verbis*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. DOENÇA OCUPACIONAL. -SÍNDROME DE BURNOUT- OU -SÍNDROME DE ESGOTAMENTO PROFISSIONAL-. GESTÃO POR ESTRESSE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. 2. DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO.
>
> O pleito de indenização por dano moral, estético e material resultante de acidente do trabalho e/ou doença profissional ou ocupacional supõe a presença de três requisitos:
>
> a. ocorrência do fato deflagrador do dano ou do próprio dano, que se constata pelo fato da doença ou do acidente, os quais, por si sós, agridem o patrimônio moral e emocional da pessoa trabalhadora (nesse sentido, o dano moral, em tais casos, verifica-se pela própria circunstância da ocorrência do malefício físico ou psíquico);
>
> b. nexo causal ou concausal, que se evidencia pelo fato de o malefício ter ocorrido em face das condições laborativas;
>
> c. culpa empresarial, excetuadas as circunstâncias ensejadoras de responsabilidade objetiva. Embora não se possa presumir a culpa em diversos casos de dano moral - em que a culpa tem de ser provada pelo autor da ação -, tratando-se de doença ocupacional, profissional ou de acidente do trabalho, essa culpa é

presumida, em virtude de o empregador ter o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o malefício. Registre-se que tanto a higidez física como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Constituição da República, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, CF/88). É do empregador, evidentemente, a responsabilidade pelas indenizações por dano moral, material ou estético decorrentes de lesões vinculadas à infortunística do trabalho, sem prejuízo do pagamento pelo INSS do seguro social. No caso em tela , o acórdão recorrido consignou que o perito do juízo constatou que os sintomas apresentados pelo Autor são característicos da -Síndrome de Burnout- ou -Síndrome de Esgotamento Profissional-, bem como registrou que, para o aparecimento de tal patologia, não concorrem outros fatores além de estressores de natureza laboral, estando citada síndrome catalogada entre as doenças mentais relacionadas ao trabalho, segundo o Decreto 3.048 de 06.05.1999, do Ministério da Previdência Social. Consta, ainda, do laudo pericial que o Reclamante foi afastado do trabalho, estando, até os dias atuais, em gozo de benefício previdenciário e que fatores de ordem organizacional da Reclamada contribuíram para o aparecimento da sua doença. Ressaltou a Corte de origem que ficou demonstrada a efetiva ocorrência de tratamento humilhante ao Reclamante pela forma como eram feitas as cobranças excessivas da empregadora em relação às metas estipuladas. Destacou o Órgão a quo que a Reclamada não comprovou, em nenhum momento da instrução processual, que sua cobrança por metas era adequada, escorreita e que buscava motivar seu empregado. Desse modo, diante do quadro fático relatado pelo Tribunal Regional, desponta o dever de indenizar o Reclamante pela

> patologia adquirida. Outrossim, para que se pudesse chegar, se fosse o caso, a conclusão fática diversa, seria necessário o revolvimento do conteúdo fático-probatório, o que fica inviabilizado nesta instância recursal (Súmula 126/TST). Assim sendo, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.
>
> (TST - AIRR: 13161120125030037, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 01/10/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014)

No caso acima, a reclamante alegou que o tratamento que recebia era humilhante e que isso era refletido pela forma como as cobranças eram feitas, sempre de forma excessivas com relação às metas estipuladas. Conforme consta na decisão, o perito do juízo constatou que os sintomas apresentados pelo autor são característicos de uma pessoa que sofre da síndrome de *Burnout*.

Indenização por danos existenciais:

Ocorre o dano existencial quando há a comprovação de prejuízos no que tange à vida pessoal do ser humano. Para que o trabalhador tenha direito a indenização o dano precisa de ser comprovado. Correspondente a isso em alguns casos é possível se pensar até em uma pensão mensal vitalícia dependendo da consequência.

Os fatores estressantes, quando vinculados ao trabalho, fazem com que ocorra a síndrome de *burnout*. Esses fatores são inerentes à atividade desempenhada referente ao próprio ambiente laboral e da organização do trabalho.

Quando os sintomas cessam, o ser humano consegue ficar contente com a vida e disposto a retornar ao convívio social. Isso porque o descontentamento faz com que a pessoa acabe desenvolvendo um quadro depressivo. Investir na reabilitação do paciente faz com que ele volte a se sentir suficiente.

Sendo uma doença decorrente do risco da atividade laboral, a responsabilidade pelo infortúnio do trabalhador não pode ser subjetiva, mas objetiva decorrente da teoria do risco, (VÁLIO, 2018,p.99).

A responsabilidade objetiva independe de que se configure dolo e culpa, basta que haja o nexo causal. Essa responsabilidade é fundada pela teoria do risco, que estará presente quando o agente cria o risco. Por isso que no caso da síndrome de *burnout* entende-se que a responsabilidade civil do empregador será objetiva.

Dessa forma, a responsabilidade do empregador em relação ao trabalhador da vítima da Síndrome de *Burnout* é legal, objetiva e presumida, (VÁLIO, 2018, p.102).

No que concerne à responsabilidade civil geral, a pessoa que causa lesão ou ofensa a outra está obrigada a indenizar o dano que foi proporcionado ao ofendido, segundo os artigos 186 e 187 da Lei 10.406/2002, *in verbis:*

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O ato ilícito decorre de ações omissas oriundas da falta de cuidado ou de procedimentos feitos sem precauções. A forma mais adequada para garantir o dever de cuidado e evitar a responsabilidade civil da empresa é a prevenção, pois quanto mais se investe em medidas de proteção à saúde do trabalhador se evita obrigação do empregador responder.

Em 2008 teve uma decisão sobre a responsabilidade objetiva do empregador em razão do seu dever de fiscalização e segurança do ambiente de trabalho, *in verbis*:

> Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região TRT-14 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA: RO 50620070411400 RO 00506.2007.041.14.00 EMENTA:

> DOENÇA OCUPACIONAL. DIMINUIÇAO DA CAPACIDADE FUNCIONAL. NORMAS DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO. DESCUMPRIMENTO. CULPA CONTRA A LEGALIDADE. CONCAUSA. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÕES. DANO MORAL. MATERIAL.
>
> Havendo demonstração cabal de que o trabalhador está acometido de doença que importou em limitação de sua capacidade funcional, bem como existindo prova de que, no trabalho que lhe era exigido, a empregadora descumpria normas de segurança e medicina do trabalho, atraindo para o contexto a chamada culpa contra a legalidade, de modo que o labor figura como uma concausa para o surgimento e/ou agravamento de doença ocupacional, deve ser reconhecida a responsabilidade civil no contexto, deferindo, para tanto, indenizações por danos moral e material, suportados pelo empregado.
>
> (TRT-14 - RO: 50620070411400 RO 00506.2007.041.14.00, Relator: JUIZA SOCORRO MIRANDA, Data de Julgamento: 03/12/2008, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.230, de 10/12/2008)

Vale asseverar que os trabalhadores ao longo do contrato de trabalho são contribuintes obrigatórios da Previdência Social, e dentre os benefícios que podem e devem ser pagos estão o auxílio doença acidentário.

Este benefício não se resume a ocorrência de um acidente de trabalho ligado ao labor, mas também as doenças ocupacionais. A prevalência da síndrome de *burnout* faz com que alguns direitos sejam adquiridos pelo trabalhador

A caracterização da doença ocupacional como acidente de trabalho se deu, justamente, pelo tratamento em nível constitucional do respeito ao Princípio da Dignidade de Pessoa Humana que valora o indivíduo.

Nesse diapasão, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 menciona que a relação contratual deve ser pautada nos moldes em que a dignidade humana não seja violada.

A Lei 8.212 de 1991, estabelece que o trabalhador, por ser contribuinte obrigatório da Previdência Social, alcança o patamar de segurado para a recepção de benefícios, seja em nome próprio ou para seus dependentes.

O artigo 12 da Lei 8.212 de 1991, estabelece que o empregado é contribuinte obrigatório da Previdência Social, verbis:

> Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:
>
> I - como empregado:
>
> a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;
>
> b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas;
>
> c) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior.
>
> d) aquele que presta serviço no Brasil a missão diplomática ou a repartição consular de carreira estrangeira e a órgãos a elas subordinados, ou a membros dessas missões e repartições, excluídos o não-brasileiro sem residência permanente no Brasil e o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da respectiva missão diplomática ou repartição consular;
>
> e) o brasileiro civil que trabalha para a União, no exterior, em organismos oficiais brasileiros ou internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se segurado na forma da legislação vigente do país do domicílio;
>
> f) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no

> exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional;
>
> g) o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais. (Incluído pela Lei nº 8.647, de 1993).
>
> II - como empregado doméstico: aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos;
>
> III- como empresário: o titular de firma individual urbana ou rural, o diretor não empregado, o membro de conselho de administração de sociedade anônima, o sócio solidário, o sócio de indústria e o sócio cotista que participe da gestão ou receba remuneração decorrente de seu trabalho em empresa urbana ou rural;...(grifos nossos)

Ser contribuinte obrigatório quanto ao empregado é prestar serviço à empresa tendo os requisitos de relação preenchidos, tais como: não eventualidade, pessoalidade, pessoa física, subordinação, onerosidade e alteridade.

Além disso, o artigo 118 da Lei 8213/91 estabelece em seu artigo 118 ,*in verbis*:

> **Art. 118.** O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

Restou claro, portanto, que a não emissão da CAT causa inúmeros reflexos negativos na vida do trabalhador, culminando, por vezes, com a não percepção do benefício previdenciário, razão pela qual é possível a responsabilização civil do empregador.

Caso a empresa não queira abrir a Comunicação de Acidente de Trabalho, é possível que o próprio trabalhador faça pela internet. Isso

porque em caso de omissão da empresa, a pessoa pode fazer o registro pela internet e será válido perante o INSS.

Ocorre, todavia, que muitos empregadores furtam-se do fato de emitirem a CAT, tentando com isso, evitar ônus para a empresa. Além do mais, quando as empresas demoram ou se recusam abrir a CAT, tem a finalidade de fazer com que o auxílio doença seja do tipo previdenciário, pois assim o trabalhador não terá direito a doze meses de estabilidade.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NAS HIPÓTESES DE NÃO EMISSÃO DA CAT

A responsabilidade civil surge quando ocorre o descumprimento de uma obrigação que tinha sido preestabelecida. Entende-se que havia uma regra que tinha sido estabelecida em um contrato, porém, pela falta de obediência a essa norma, surge o dever de responsabilizar a outra parte.

Uma das formas de diferenciar a responsabilidade civil subjetiva da responsabilidade civil objetiva, deve-se ao fato de que a subjetiva decorre da teoria da culpa. Sendo assim, para que gere o dever de indenizar ou de responder civilmente é importante que se comprove a culpa. Já quando se trata da responsabilidade civil objetiva não há a necessidade de aferir o elemento culpa, pois basta que exista a relação de causalidade entre a atividade e o dano que a pessoa sofreu. Essa responsabilidade fundamenta-se na teoria do risco administrativo.

Conforme Válio (2018), quando a vítima for diagnosticada com *Burnout* deverá demonstrar o nexo causal com o trabalho e a existência da doença. Assim o empregador será responsabilizado e deverá indenizar o empregado.

A saúde é um bem fundamental e por isso merece ser protegido. Vale ressaltar que uma pessoa é saudável quando possui uma saúde física, mental e emocional em equilíbrio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O presente artigo científico teve como finalidade expor o que se tem em relação à responsabilidade civil do empregador nas hipóteses

desde a ocorrência da síndrome de *burnout,* bem como nas hipóteses de não emissão da comunicação de acidente de trabalho.

Constatamos que a prevenção é a forma mais eficiente de evitar danos ao empregado e responsabilidade civil ao empregador, visto que o sistema de trabalho, com altas metas e jornadas excessivas de trabalho tendem a adoecer o trabalhador.

Ante ao limite deste artigo científico, deve-se mencionar que não teve a finalidade de esgotar todo o conteúdo, buscou-se promover o debate nos principais temas e demonstrar que a medida de prevenção é necessária para evitar danos ao trabalhador e responsabilidade civil ao empregador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Fernanda Gehr. **Síndrome de *Burnout*: Manual de medidas preventivas e identifi cativas para aplicação pelo engenheiro de segurança do trabalho**. 2014. 11 f. Monografia de especialização–Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Paraná,2014. Disponível em:< http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/3546/1/CT_CEEST_XXVIII_2014_10.pd f >. Acesso em: 22 de maio de 2020.

BRASIL. Lei 8212, de 24 julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/leis/L8212compilado.htm >. Acesso em: 22 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm > . Acesso em: 22 de maio de 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:< http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm >. Acesso em: 22 de maio de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Síndrome de Burnout: o que é, quais as causas, sintomas e como tratar.** Brasília, 2019.

BRASIL. Organização Pan-Americana da Saúde. **CID: burnout é um fenômeno ocupacional.** Brasília, 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região TRT-14 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA /Rondônia e Acre. Relator: MIRANDA, Socorro. Publicado DETRT14 n.230 10/12/2008. Disponível em:< https://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18931870/recurso- ordinario-trabalhista-ro--50620070411400-ro-0050620070411400 >. Acesso em 22 de maio de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho- RR: 327001120065010246, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 18/03/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015. Disponivel em:< https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178792552/recurso- de-revista-rr-327001120065010246/inteiro-teor-178792572 >. Acesso em: 22 de maio de 2020.

BRASIL. TST - AIRR: 13161120125030037, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 01/10/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014. Disponível em:<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/143459992/agravo-de-instrumento-em-recurso-de- revista-airr-13161120125030037 >. Acesso em 22 de maio de 2020.

BRASIL. TST - RR: 1922-31.2011.5.18.0013, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 23/042014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02.05.2014. Disponívelem:<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121589706/agravo-de-instrumento-em-recurso-de- revista-airr-19223120115180013>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

FERREIRA, Naiza do Nascimento and LUCCA, Sergio Roberto de. **Síndrome de *burnout* em técnicos de enfermagem de um hospital público do Estado de São Paulo**. Rev. bras. epi-

demiol. [online]. 2015, vol.18, n.1, pp.68-79. ISSN 1980-5497, https://dx.doi.org/10.1590/1980-5497 201500010006. Disponível em:< https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1 415-790X2015000100068&lng=pt&tlng=pt >. Acesso em: 22 de maio de 2020.

LIMA, Amanda de Souza et al. **Análise da prevalência da Síndrome de Burnout em profissionais da atenção primária em saúde**. Trab. educ. saúde vol.16 no.1 Rio de Janeiro Jan./A pr.2018 Epub Dec 11, 2017, http://dx.doi.org/10.1590/1981-7746-sol00099. Disponível em:< https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462018000100283&lng=p t&tlng=pt >. Acesso em: 22 de maio de 2020.

TRIGO, Telma Ramos et al. **Síndrome de *burnout* ou estafa profissional e os transtornos p siquiátricos.** Rev. psiquiatr. clín. vol.34 no.5 São Paulo 2007, https://doi.org/10.1590/S0101- 60832007000500004. Disponível em:< https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext& pid=S0101-60832007000500004&lng=pt&nrm=iso&tlng=en >. Acesso em: 22 de maio de 2020.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. Síndrome de Burnout e a responsabilidade do empregador. São Paulo: LTR, 2018.

VIEIRA, Isabela. *Burnout* na clínica psiquiátrica: relato de um caso. In: VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. **Síndrome de *Burnout* e a responsabilidade do empregador**. São Paulo: LTR, 2018. pág.87 e 89.

VIEIRA, Isabela et al. ***Burnout* na clínica psiquiátrica: relato de um caso**. Rev. psiquiatr. Rio Gd. Sul [online]. 2006, vol.28, n.3, pp.352-356. ISSN 0101 8108, http://dx.doi.org/10.15 90/S0101-81082006000300015. Disponível em:<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-81082006000300015&lng=pt&tlng=pt >. Acesso em: 20 de maio de 2020.

MULTIPROPRIEDADE OU TIME-SHARING: A EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE

Eliane Blaskesi

INTRODUÇÃO

O direito de propriedade, garantido constitucionalmente, vem sofrendo alterações e adequações de forma célere, instando ao legislador que dê respostas, através da aprovação de leis que venham a se adequar à realidade da sociedade. Tal ocorreu com o reconhecimento do direito real de laje, do condomínio de lotes e, mais recentemente, com o reconhecimento do instituto da multipropriedade, com a inclusão do Capítulo VII-A e os artigo s 1.358-B a 1.358-U, do Código Civil, tratando expressamente desta nova espécie de condomínio.

O Código Civil trata a propriedade como o direito real mais completo, onde estão presentes os poderes de usar, gozar, dispor e reaver a coisa, como dono e senhor. Dentro deste direito matriz, além da propriedade exclusiva, existe a chamada copropriedade, propriedade comum ou condomínio, que pode ser o ordinário ou edilício. No primeiro, existe a propriedade múltipla de um bem só, com quotas partes de cada um, que exercem de forma simultânea este direito. No condomínio edilício, há propriedade exclusiva sobre unidade autônoma e propriedade comum, com atribuição de um percentual, sobre as coisas de uso comum e indivisíveis, que são de utilização de todos.

Porém, há situações em que os condôminos não têm interesse ou não têm condições de usar e desfrutar do bem de forma simultânea. Em outras, este uso e gozo se dá por um tempo limitado, ficando o imóvel, grande parte do ano fechado e sem nenhuma utilização prática e racional. Diante disto, o mercado imobiliário, atento às necessidades e possibilidades dos clientes, passou a oferecer imóveis em multipropriedade condominial, especialmente em regiões turísticas, onde as pessoas podem desfrutar de um bem imóvel próprio, porém limitado no tempo, isto é, é seu durante determinado período, estabelecido contratualmente, pelo qual poderá utilizá-lo com exclusividade.

Embora sem regramento específico, contratos foram feitos e registrados, uma vez que, mesmo não havendo previsão na lei, não havia impedimento para a lavratura de instrumento jurídico e transferência da propriedade múltipla no ordenamento jurídico, estabelecendo as partes, no próprio contrato e/ou em convenção de condomínio, as regras que deveriam ser observadas para a forma de utilização do tempo e espaço do imóvel, bem como os demais direitos e obrigações a ele atinentes.

Existem vários contratos registrados, com multiproprietários, anteriormente à vigência da atual lei. Analisando alguns exemplos, verifica-se que estes contratos trazem previsão diversa da lei, porém foram registrados como contratos de instituição de condomínio em multipropriedade, o que leva-se a questionar se eles valerão como tal, em face de direito adquirido ou terão que se adequar à lei vigente.

Como tema novo que é, a pesquisa será analítica, verificando o que se encontra na doutrina, jurisprudência e legislação pátria, incluindo os artigos publicados na rede mundial de computadores.

Iniciar-se-á com breve explanação sobre propriedade, condomínios comuns e edilícios, previstos no Código Civil, para deter-se mais amplamente sobre o condomínio em multipropriedade, objetivo principal deste artigo.

1 PROPRIEDADE

O artigo 5º da Constituição Federal, diz que é garantido o direito de propriedade e que esta atenderá a sua função social (Incisos XXII e XXIII).

O Código Civil não conceitua a propriedade, trazendo, no artigo 1.228 os direitos do proprietário, dizendo que este "tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

Monteiro (2003, p.83) preconiza que

> O direito de usar compreende exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância. O direito de gozar consiste em fazer frutificar a coisa e auferir-lhe os produtos. O direito de dispor, o mais importante dos três, consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem.

A propriedade poderá pertencer exclusivamente a uma pessoa. Mas, nada impede que um mesmo bem tenha vários proprietários. Decorre daí, o condomínio geral, também chamado de condomínio ordinário ou comum, previsto a partir do artigo 1.314 do Código Civil.

2 CONDOMINIO GERAL

O artigo 1.314 do Código Civil traz que cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

A existência desta espécie de condomínio pode ser pro divisa ou pro indivisa. Nesta última, pode se dar em razão da natureza do bem, por vontade ou em decorrência da lei.

A lei civil disciplina o condomínio geral, bem como os direitos e deveres dos condôminos, incluindo o direito de preferência na aquisição do bem, em caso de indivisibilidade do mesmo.

3 CONDOMÍNIO EDILÍCIO

O condomínio edilício ocorre quando, em uma construção, existem unidades autônomas, de propriedade exclusiva e propriedades de uso comum, das quais a propriedade é de uma fração ideal do imóvel.

O Código Civil estabelece que pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos (artigo 1.331). Estas (partes comuns dos condôminos) são, exemplificativamente, o solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.

Determina a lei, que o condomínio edilício será regido por uma convenção, realizada entre os condôminos e registrada no Ofício de Registro de Imóveis e que o condomínio será representado por um síndico, que poderá ser pessoa física ou jurídica.

Cada unidade autônoma do condomínio edilício terá uma matrícula própria, no Registro de Imóveis, bem como no cadastro municipal, para fins de IPTU e recolherá a contribuição condominial conforme estipulado na convenção.

Ressalta-se que no condomínio edilício, não existe direito de preferência legal, em razão das unidades autônomas serem propriedades exclusivas.

Este apanhado de explicações sobre a propriedade e as espécies de condomínio se faz necessário, para uma melhor compreensão do condomínio em multipropriedade, que houve por bem o legislador regulamentar de forma diferente do que vinha-se fazendo, contratualmente até a entrada em vigor da lei.

4 CONDOMINIO EM MULTIPROPRIEDADE

O condomínio em multipropriedade , juridicamente regulamentado, ingressou no ordenamento jurídico, através da lei número 13.777, de 20 de dezembro de 2018. Antes da vigência da lei, esta figura jurídica existia só doutrinariamente, o que levava a tentativas de solucionar, de forma contratual e registral, a vontade das partes que quisessem realizar o negócio jurídico.

Cacheiro (2017), traz um conceito anterior à vigência da lei:

> a multipropriedade ou “”time sharing””, conceitua-se por haver multiplicidade de sujeitos, para aquisição de apenas um objeto, a peculiaridade está em que todos os titulares gozam de idêntico direito de uso, gozo e disposição sobre o mesmo bem, porém em períodos diversos onde os titulares exercem o domínio sobre o bem, em determinado período do ano, sem que um atinja o direito de fruição do outro.

Prossegue Cacheiro (2017), explicando que

> A multipropriedade constitui uma visão moderna e audaciosa de aquisição de propriedade imóvel, e vem sendo muito utilizada aqui no Brasil, esta modalidade foi criada nos Estados Unidos da América na década de 60, com característica muito singular no que tange ao aspecto “tempo”, é o que diferencia da propriedade tradicional, pelo fato de um dos titulares poder exercer exclusivamente durante um período pelo qual adquiriu o exercício temporário.

Por não haver previsão legal, até então, ocorria que os interessados em contratar a multipropriedade valiam-se da analogia com outros institutos para aplicar o instituto.

É o caso de Gomes (apud Doval) que defendia que era

> propriedade temporária (ad tempus), quando adquirida para durar certo tempo mas se apresenta potencialmente temporária, podendo seu titular perdê-la por força de certos acontecimentos. O fato extintivo produz efeitos para o futuro, ou seja, há a transmissão do domínio no estado em que se encontra: diminuído, modificado etc.. Ex: revogação da doação por ingratidão do donatário.

Tepedino (1993) aduzia que “da análise do conteúdo dos poderes do multiproprietário decorre, para esta doutrina, a classificação do respectivo direito subjetivo como um direito de propriedade pleno, absoluto e perpétuo, cujo exercício se expressa em períodos anuais, limitados e recorrentes”.

Diniz (2013, p. 282) explica que

> O sistema *time sharing* ou multipropriedade imobiliária é uma espécie condominial relativa aos locais de lazer, pela qual há um aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento), repartido, como ensina Gustavo Tepedino, em unidades fixas de tempo, assegurando a cada cotitular o seu uso exclusivo e perpétuo durante certo período anual (mensal, quinzenal ou semanal)".

Como não havia regramento próprio, a doutrina preocupava-se em discussões sobre a multipropriedade, como, por exemplo, o Enunciado número 89, da Jornada de Direito Civil de 2002, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou: "o disposto nos artigos 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo". (DINIZ, 2013, p. 283)

A Lei Federal 13.777 de 20 de dezembro de 2018, veio dissipar todas as dúvidas e dar tratamento jurídico para o condomínio em multipropriedade. Com efeito, a Lei "Altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), para dispor sobre o regime jurídico da multipropriedade e seu registro". Acrescentando o Capítulo VII-A e nele, os artigos 1.358- B a 1.358-U, a multipropriedade tem seus contornos definidos, passando, a partir de então, integrar o ordenamento, como instituto regulamentado, com remissão expressa às disposições Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), além do próprrio Código Civil (artigo 1.358-B).

De acordo com o artigo 1.358-C, do Código Civil, o conceito legal de multipropriedade é "o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada".E que a multipropriedade não se extinguirá automaticamente se todas as frações de tempo forem do mesmo multiproprietário.

O imóvel objeto da multipropriedade é indivisível, não se sujeitando a ação de divisão ou de extinção de condomínio. Trata-se de indivisibilidade estabelecida em lei, pois mesmo que fosse possível promover a individualização do mesmo, uma vez contratada a multipropriedade, os proprietários não terão mais esta alternativa. Além disto, inclui as instalações, os equipamentos e o mobiliário destinados a seu uso e gozo.

Os condôminos terão uma fração de tempo de, no mínimo sete dias, seguidos ou intercalados, que poderá ser: fixo e determinado, no mesmo período de cada ano; flutuante, caso em que a determinação do período será realizada de forma periódica, mediante procedimento objetivo que respeite, em relação a todos os multiproprietários, o princípio da isonomia, devendo ser previamente divulgado; ou misto, combinando os sistemas fixo e flutuante. Cada fração de tempo é indivisível.

Todos os multiproprietários terão direito a uma mesma quantidade mínima de dias seguidos durante o ano, podendo haver a aquisição de frações maiores que a mínima, com o correspondente direito ao uso por períodos também maiores.

Desta forma, conforme a convenção, além das cláusulas contratuais que os multiproprietários estabelecerem ainda conterá: os poderes e deveres dos multiproprietários, especialmente em matéria de instalações, equipamentos e mobiliário do imóvel, de manutenção ordinária e extraordinária, de conservação e limpeza e de pagamento da contribuição condominial; o número máximo de pessoas que podem ocupar simultaneamente o imóvel no período correspondente a cada fração de tempo; as regras de acesso do administrador condominial ao imóvel para cumprimento do dever de manutenção, conservação e limpeza; a criação de fundo de reserva para reposição e manutenção dos equipamentos, instalações e mobiliário; o regime aplicável em caso de perda ou destruição parcial ou total do imóvel, inclusive para efeitos de participação no risco ou no valor do seguro, da indenização ou da parte restante e as multas aplicáveis ao multiproprietário nas hipóteses de descumprimento de deveres.

O instrumento de instituição da multipropriedade ou a convenção de condomínio em multipropriedade poderá estabelecer o limite má-

ximo de frações de tempo no mesmo imóvel que poderão ser detidas pela mesma pessoa natural ou jurídica. Em caso de instituição da multipropriedade para posterior venda das frações de tempo a terceiros, o atendimento a eventual limite de frações de tempo por titular estabelecido no instrumento de instituição será obrigatório somente após a venda das frações.

A Lei traz os limites mínimos de repartição de direitos e deveres dos condôminos, podendo a convenção regular as demais situações de interesse destes. Da mesma forma que nas demais formas de condomínio, em especial no edilício, a convenção faz lei entre as partes e regula a forma de convivência entre as partes contratantes.

Da mesma forma que no condomínio edilício, por exemplo, institui-se a multipropriedade por ato entre vivos ou testamento, registrado no competente cartório de registro de imóveis, devendo constar daquele ato a duração dos períodos correspondentes a cada fração de tempo.

Como se trata de propriedade, somente haverá a efetiva transmissão, como oponibilidade erga omnes após o registro do contrato no Ofício de Registro de Imóveis, em atenção ao ordenamento jurídico nacional que impõe, no artigo 1.245 do Código Civil que "transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis".

O coproprietário poderá transferir, a título gratuito ou oneroso o seu quinhão de tempo sobre o bem objeto da multipropriedade. No teor do artigo 1.358-L do Código Civil "a transferência do direito de multipropriedade e a sua produção de efeitos perante terceiros dar-se-ão na forma da lei civil e não dependerão da anuência ou cientificação dos demais multiproprietários". Da mesma forma que no condomínio edilício, a Lei estabeleceu que não há direito de preferência entre os condôminos, a menos que seja expressamente previsto no instrumento de instituição ou na convenção de condomínio, excepcionando este direito previsto com relação ao condomínio comum, visto que se trata de bem indivisível por determinação legal.

Na dicção do citado artigo "a transferência do direito de multipropriedade e a sua produção de efeitos perante terceiros dar-se-ão na forma da lei civil" deixa entrever a dúvida: a forma do instrumento de

transmissão desta copropriedade se dará por instrumento público ou, como no caso deste instituto, a lei não determinou a forma específica, dar-se-á também por instrumento particular?

O artigo 109 do Código Civil preconiza que "o negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato".

A previsão da exigibilidade da forma pública é encontrada no artigo 108, ao rezar que "não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País".

Entretanto, a dúvida se instala, no momento em que o legislador, na própria Lei do Condomínio em Multipropriedade, optou por determinar, expressamente, quando tratou do regimento interno, que "o regimento interno poderá ser instituído por escritura pública ou por instrumento particular (Parágrafo Único, XI, artigo 1.358-Q)". O fato de ter facultado a forma (particular ou pública) em um dos instrumentos que integrarão o condomínio em multipropriedade, leva a presumir que, não tendo exigido ou estipulado para os demais, será à escolha dos contratantes.

Equipara, ainda, aos multiproprietários os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos a cada fração de tempo, conforme o artigo 1.358-K do Código Civil.

3.1 Dos Direitos e das Obrigações do Multiproprietário

Uma vez contratado e registrado o condomínio em multipropriedade, os condôminos estabelecerão os limites, tempo e forma de utilização de suas frações de tempo, com previsão na instituição, convenção e no regulamento interno. Além dos direitos e deveres previstos nestes instrumentos, dentre outros, conforme estabelece a Lei, os multiproprietários poderão usar e gozar, durante o período correspondente à sua fração de tempo, do imóvel e de suas instalações, equipamentos e mobiliário; ceder a fração de tempo em locação ou comodato; alienar

a fração de tempo, por ato entre vivos ou por causa de morte, a título oneroso ou gratuito, ou onerá-la, devendo a alienação e a qualificação do sucessor, ou a oneração, serem informadas ao administrador; participar e votar, pessoalmente ou por intermédio de representante ou procurador, desde que esteja quite com as obrigações condominiais.

Dentre as obrigações, devem pagar a contribuição condominial do condomínio em multipropriedade e, quando for o caso, do condomínio edilício, ainda que renuncie ao uso e gozo, total ou parcial, do imóvel, das áreas comuns ou das respectivas instalações, equipamentos e mobiliário; responder por danos causados ao imóvel, às instalações, aos equipamentos e ao mobiliário por si, por qualquer de seus acompanhantes, convidados ou prepostos ou por pessoas por ele autorizadas; comunicar imediatamente ao administrador os defeitos, avarias e vícios no imóvel dos quais tiver ciência durante a utilização; não modificar, alterar ou substituir o mobiliário, os equipamentos e as instalações do imóvel; manter o imóvel em estado de conservação e limpeza condizente com os fins a que se destina e com a natureza da respectiva construção; usar o imóvel, bem como suas instalações, equipamentos e mobiliário, conforme seu destino e natureza; usar o imóvel exclusivamente durante o período correspondente à sua fração de tempo; desocupar o imóvel, impreterivelmente, até o dia e hora fixados no instrumento de instituição ou na convenção de condomínio em multipropriedade, sob pena de multa diária, conforme convencionado no instrumento pertinente; permitir a realização de obras ou reparos urgentes.

Na convenção de condomínio em multipropriedade deverá constar às sanções a que estará sujeito o condômino infrator, dentre elas, multa, que poderá ser progressiva; perda temporária do direito de utilização do imóvel no período correspondente à sua fração de tempo, no caso de descumprimento reiterado de deveres.

Trata a Lei também da responsabilidade pelas despesas referentes a reparos no imóvel, bem como suas instalações, equipamentos e mobiliário, que será de todos os multiproprietários, quando decorrentes do uso normal e do desgaste natural do imóvel ou exclusivamente do multiproprietário responsável pelo uso anormal, sem prejuízo de multa, quando decorrentes de uso anormal do imóvel.

3.2 Da Administração da Multipropriedade

Para administrar o imóvel e suas instalações, equipamentos e mobiliário, os multiproprietários indicarão a pessoa responsável no instrumento de instituição ou na convenção de condomínio em multipropriedade, ou, na falta de indicação, de pessoa escolhida em assembleia geral dos condôminos e o administrador, exercerá todas as atribuições estabelecidas e coordenará a utilização do imóvel, conforme as frações de tempo respectivas, o direito de uso e gozo, promoverá a manutenção, conservação e limpeza do imóvel, elaborará o orçamento anual, e tomará todas as demais providências necessárias para o funcionamento do condomínio.

O condomínio edilício poderá adotar o sistema de multipropriedade em parte ou na totalidade de suas unidades autônomas, se estiver previsto no instrumento de de instituição ou mediante a deliberação da maioria absoluta dos condôminos. No caso de instituição do regime de multipropriedade em condomínio edilício há a obrigatoriedade de um administrador profissional.

3.3 Outras disposições importantes

Na hipótese de inadimplemento, por parte do multiproprietário, da obrigação de custeio das despesas ordinárias ou extraordinárias, é cabível, na forma da lei processual civil, a adjudicação ao condomínio edilício da fração de tempo correspondente (art. 1.358-S, Código Civil).

O multiproprietário somente poderá renunciar de forma translativa a seu direito de multipropriedade em favor do condomínio edilício, sendo que a renúncia só será admitida se o multiproprietário estiver em dia com as contribuições condominiais, com os tributos imobiliários e, se houver, com o foro ou a taxa de ocupação.

Ainda em se tratando de condomínio edilício, os instrumentos de instituição ou convenção poderão limitar ou impedir a instituição da multipropriedade nos respectivos imóveis, vedação que somente poderá ser alterada no mínimo pela maioria absoluta dos condôminos.

3.4 Do registro e abertura de matrículas

Como se trata de direito de propriedade, sujeito a registro no ofício registral competente, a Lei 13.777/18 alterou alguns artigos da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, estabelecendo, por exemplo que tratando-se de imóvel em regime de multipropriedade, a indicação da existência de matrículas.

O imóvel objeto da multipropriedade terá, além de sua matrícula própria, uma matrícula para cada fração de tempo, onde se registrarão e averbarão os atos referentes à respectiva fração de tempo.

A fração de tempo destinada à realização de reparos, não terá matrícula própria, devendo estar prevista e registrada na fração de tempo principal.

O município poderá lotar cada fração de tempo, para fins de recolhimento de IPTU, conforme a legislação tributária municipal, individualizando a inscrição de cada multiproprietário.

Por fim, conforme mencionam Farias e Rosenvald (2012, p. 276) " a noção de casas das pessoas, que sempre foi fundada na identificação espacial, está cedendo lugar a uma nova noção de uma forma de vida como algo transitório, de curto prazo".

Continuam, dizendo que " como é cada vez mais comum em outras áreas da economia emergente em rede, o relacionamento vendedor-comprador está sendo lentamente substituído pelo relacionamento fornecedor-usuário, fazendo uma passagem de uma era de bens materiais para a era do acesso".

Com a edição da nova Lei, este novo direito real ingressa no ordenamento, pondo fim às possibilidades especulativas anteriormente existentes e trazendo segurança jurídica, uma vez que o contrato entre as partes terá ingresso no ofício registral.

Os contratos de condomínio em multipropriedade anteriormente realizados e registrados, em razão da atual previsão legal, deverão ser objeto de analise caso a caso, para se adequar ao direito real ora estabelecido. Por certo, como ato jurídico perfeito, uma vez que está registrado, valerá entre as partes conforme estabelecido, porém, no que não se encaixar na atual legislação, poderá ser revisto pelas partes, em suas minúcias, até mesmo para maior garantia entre elas.

CONCLUSÃO

A dinâmica do mundo moderno, traz, consigo, a mudança de valores e paradigmas em todas as esferas das relações interpessoais. Não é diferente quando se trata de reinterpretar o conceito clássico de propriedade. As adequações aos novos estilos de vida, de necessidades de morar, mesmo que temporariamente, de aproveitamento de tempo e espaço, faz surgir novas modalidades de aquisição de novos direitos, como no dizer de Farias e Rosenvald "há uma passagem de uma era de bens materiais para a era do acesso".

Para atender às necessidades jurídicas de um público cada vez maior, o legislador aprovou a Lei 13.777, no apagar das luzes do ano de 2018, regulamentando o que já vinha sendo feito, de forma precária, principalmente pelo mercado imobiliário, surgindo, de forma expressa na lei, o condomínio em multipropriedade. Neste, várias pessoas são coproprietários de frações específicas de tempo, sobre um determinado imóvel, com todos direitos e obrigações previamente estabelecidos, seja na convenção de condomínio, seja no regulamento interno e no próprio Código Civil, que reservou uma seção específica, incluindo os artigos 1.358-B a 1.358-U, para regulamentar esta espécie de contrato.

Uma vez registrado na matrícula-mãe, abrem-se matrículas individuais para cada fração de tempo, deste novo direito real, onde consta, de forma específica, quando e como pode ser usado. O coproprietário pode livremente dispor de sua fração, sem direito de preferência exercível pelos demais multiproprietários, bem como pode adquirir as demais frações, caso haja interesse.

Esta forma de contrato já existia de fato no ordenamento, com registro nos ofícios registrais, porém, de forma não devidamente regulamentada, onde as partes estabeleciam as condições de sua implantação. Notadamente, em áreas turísticas, ou em cidades com vocação universitária, se fazia mais comum este mercado.

Cada condômino em multipropriedade pode livremente usar e gozar, bem como dispor e reaver, direitos estes inerentes à propriedade tradicional, dentro das suas limitações respectivas, arcando com as despesas necessárias para a conservação, manutenção, reformas e todas as demais que porventura se fizerem obrigatórias, bem como, caso haja

previsão tributária, recolher o IPTU correspondente ao seu tempo sobre o imóvel.

Embora seja possível a instituição da multipropriedade sobre bens móveis e imóveis, o ordenamento brasileiro só traz a previsão sobre a propriedade imobiliária, por ser tradição em nosso direito a maior preocupação jurídica com a proteção a esta espécie de bens, que também são chamados de bens de raiz.

Quanto aos contratos já existentes e registrados, no que for possível, deverá haver adequação e negociação entre as partes, para que possam se adequar a legislação, mesmo porque, os que hoje se encontram registrados, não tem matrículas individualizadas, em face da não existência de previsão legal na Lei dos Registros Públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, Acesso em 26 dez 2018

BRASIL. Lei número 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 27 dez 2018

BRASIL. Lei número 13.777 de 20 de dezembro de 2018. **Altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), para dispor sobre o regime jurídico da multipropriedade e seu registro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm. Acesso em 23 dez 2018

CACHEIRO, Wanessa Carolina Marques. **Você sabe o que é Multipropriedade ou time-sharing?** 2017. Disponível em: https://blogmarianagoncalves.jusbrasil.com.br/artigos/520959330/voce-sabe-o-que-e-multipropriedade-ou-time-sharing. Acesso em 22 dez 2018

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

DOVAL, Cláudia Uzêda. A **Multipropriedade no direito civil brasileiro.** 2001. Disponível https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_abril2001/corpodiscente/graduacao/multipropriedade.htm. Acesso em 22 dez 2018

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Reais. Volume 5.** 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, vol. 3: Direito das Coisas.** 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade Imobiliária**, São Paulo: Saraiva, 1993

DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA NOVA MODALIDADE DE CENSURA?

Iamille Maruoka Vieira
Rúbia Hanna Silva Belém

INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo a sociedade têm se modificado bastante, não apenas em seus métodos de comunicação, tecnologias cada vez mais sofisticadas surgem todo dia, modos de viver são aprimorados, desta forma é necessário que o direito sofra modificações para que não se torne estagnado e tenha sua aplicação prejudicada. Um dos reflexos desta adaptação às mudanças é justamente o surgimento de novos direitos, como é o caso do direito ao Esquecimento.

Nesse contexto, frisa-se que mudanças no âmbito jurídico aconteceram durante toda a história da raça humana, dentre elas é fundamental o destaque daquelas surgidas logo após a derrocada de regimes totalitários ao redor do mundo, que acarretaram assim a ascensão das garantias de proteção do ser humano, a chamada "dignidade da pessoa humana". Dentre estas se sobressaem o Direito à Privacidade, à Informação e a Liberdade de informação, e, em contraponto a estes direitos está a censura, caracterizado como um fator marcante dos regimes autoritários passados, sendo abolida mais tarde, em detrimento à proteção aos direitos conquistados para que fosse garantida a dignidade humana.

O artigo em questão propõe a análise do novo direito citado, o direito ao esquecimento, que garante ao indivíduo a permissão para

que "apague" certo fato de seu passado, que viesse a lhe gerar prejuízo, da divulgação ao meio público. Ao estabelecer esta ocultação de fatos, é de extrema importância que sejam estudados seus limites, no intuito de aferir a configuração ou não de censura ao Direito e Liberdade de Informação, que seriam diretamente atingidos. Para a obtenção da resposta ao questionamento citado, faz-se a análise do direito questionado, passando então a um retrocesso ao desenvolvimento do conceito de censura e seus marcos históricos, e, por último através do exame de casos concretos, aferir como o conflito citado vêm sendo julgado.

DIREITO AO ESQUECIMENTO

Com o advento da globalização, a disseminação de informações tem sido cada vez mais facilitada, através principalmente do uso da internet, ferramenta essa, na qual são mantidas desde notícias até dados pessoais, que circulam na rede vinte e quatro horas por dia.

No intuito de solucionar conflitos advindos desse fluxo intenso de dados como é apontado pelo autor Sílvio de Salvo Venosa ao dizer que "deve haver sempre uma proteção firme do jurista no sentido de defender a preservação da intimidade, tantos são os ataques que sofrem modernamente" (VENOSA,2017), e, ainda zelar pela proteção da vida privada, honra e intimidade[18] (BRASIL, Art. 5°, X), conforme é prezado pela Constituição Federal, surge o chamado direito ao esquecimento.

"The Right to be let Alone", como é conhecido nos Estados Unidos, ou direito ao esquecimento consiste na permissão concedida para que fatos ocorridos sejam omitidos da divulgação a sociedade, a fim de que os envolvidos sejam não somente poupados do sofrimento ao lembrarem do ocorrido, mas também em se tratando do âmbito criminal, a omissão em questão, permitiria a ressocialização do indivíduo sem que estivesse vinculado a situações passadas de sua vida.

A origem desse "novo direito" é tida no continente europeu, tendo diversos indícios pelo continente, destaca-se um ocorrido na Ale-

18 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,Art. 5,X- São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

manha, o litígio em questão ficou conhecido como "Caso Lebach", no qual tinha como seu objeto principal a condenação de um partícipe no assassinato de quatro soldados enquanto estavam dormindo, e quando este se encontrava próximo da concessão do livramento condicional, soube que um documentário narrando o acontecido estaria em produção, ademais tinha seu nome explicitamente citado, tal situação o fez buscar uma solução no meio judicial para que a divulgação daquele material fosse devidamente impedida.

Ao julgar o pedido, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, entendeu que por se tratarem de fatos antigos, considerando que a condenação foi proferida no ano de 1973, o interesse público já havia se esvaído, sobrepondo-se desta forma o direito à privacidade, pautada na ideia de ressocialização, proibindo assim que o documentário fosse ao ar e criando um dos precedentes mais conhecidos do direito ao esquecimento.

No cenário brasileiro, a questão foi abordada hodiernamente e consolidou-se por meio do enunciado de número 531 da VI Jornada de Direito Civil no qual é dito que "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade a informação inclui o direito ao esquecimento".

Vale ressaltar ainda que ao se analisar a legislação do ordenamento pátrio, o direito ao esquecimento encontra-se em acordo com não somente com a Constituição Federal em seu artigo 5°, que já havia sido mencionado, mas também com o Código Civil em seus artigos 20 e 21[19], que tratam respectivamente do gerenciamento de imagem e vida privada do cidadão, inseridos no código como direitos da personalidade.

Os casos que obtiveram maior visibilidade para o direito ao esquecimento no país, foram o caso da "Chacina da Candelária" e o de "Aida Curi", que serão analisados mais profundamente em momento

19 Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, ARTIGO 20- Salvo se autorizadas, ou necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que lhe couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. ARTIGO 21- A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

posterior, ao se tratar da colisão entre o direito ao esquecimento e o direito à informação.

ASPECTOS DA CENSURA E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS

Na história mundial, na maioria dos casos, em formas de governos totalitários pode-se observar um frequente uso da censura, chegando a ser uma marca desses. De acordo com o dicionário Aurélio de Português, censura significa "Restrição, alteração ou proibição imposta às obras que são submetidas a um exame oficial, sendo este definido por preceitos morais, religiosos ou políticos" (CENSURA, 01 jul. 2020). Ou seja, é qualquer forma de restrição direta ao conteúdo ou expressão de opinião baseados nesses critérios listados.

Um pequeno exemplo de como a censura pode se manifestar, foi na tentativa de retirada de circulação da obra "Vingadores: a cruzada das crianças", disponível na Bienal do Livro no Rio de Janeiro em 2019. Segundo o jornal A Crítica[20], tal medida foi indicada pelo prefeito do Rio, Marcelo Crivella. No caso em questão podemos observar uma manifestação artística, e consequentemente de pensamento, recebendo uma velada oposição por parte do governo público.

A censura política é a modalidade mais conhecida, como já citado, muito comum também em governos totalitários, sendo a restrição nos meios de comunicação e não permitindo a publicação de notícias que desacreditem o poder vigente. No Brasil, durante o período conhecido como Ditadura Militar, O Decreto-Lei n. 1.077, de 26 de janeiro de 1970, regulamentou o art. 153 da Constituição de 1969, determinando como um dos parâmetros as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes (BRASIL, 1970). Tal conceito dos bons costumes fora utilizado para censurar diversos veículos artísticos, como o cinema, música, livros e outros, se o Ministério da Justiça ou o Departamento de Polícia Federal assim entendessem necessário a intervenção.

20 Rebeca Beatriz, "Sociedade está atenta aos sinais de censura," *Acrítica*, setembro 10, 2019.

Outra modalidade de censura é a judicial, também denominada "censura posterior". Consiste em ser vedada a publicação de determinada informação pelo Poder Judiciário. Nas palavras de Alexandre Coura e Cláudio Colnago:

> "Tratamos aqui como "censura judicial" qualquer determinação advinda do Judiciário que determine a apreensão de exemplares (de livros, jornais, revistas, periódicos ou panfletos) ou a remoção de conteúdo (em caso de sítios de Internet ou perfis em mídias sociais)". (CASTRO, Oliveira, 2015, p.9).

A censura pelos Tribunais normalmente é fundamentada no direito à privacidade, o dever de proteger a intimidade do indivíduo, expondo assim um conflito entre direitos constitucionais, quais sejam o direito à livre manifestação de pensamento e direito à inviolabilidade da intimidade, vida privada e honra. É de suma importância aprofundar um pouco mais a respeito desse encontro entre direitos fundamentais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu art.13,2 expõe que:

> "O exercício do direito previsto no inciso precedente [Liberdade de expressão e pensamento] não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) O respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) A proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública". (Pacto de São José da Costa Rica, 1969)

Logo, é abrangente o escopo de atuação da liberdade, não obstante as situações que a limitam, e sendo estas expressas em lei.

Não apenas na Convenção, mas na Carta Magna de 88 fez-se perceptível a preocupação em garantir que o direito à manifestação de pensamento fosse listado como direito fundamental, presente na redação do art.5º, inciso IX, no qual diz: "é livre a expressão da atividade

intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Porém, é possível ver no inciso seguinte a redação do dispositivo que resguarda os direitos da personalidade do indivíduo, apresentando que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988)". Dessa forma, inicia-se um conflito entre esses dois, uma vez que em um Estado democrático é de suma importância a atuação jornalística para fins de fiscalização pública, e não menos relevante, a primazia pela individualidade de seus cidadãos, como possível ver pela sujeição a indenização aquele que a infringir.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130 aponta a impossibilidade de manejar a livre manifestação do pensamento com o direito de expressão lato sensu, senão em plenitude. Por consequência disso, coloca-se em estado de paralisia temporária a inviolabilidade de determinadas classes de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, à intimidade, à vida privada, à imagem e a honra de terceiros (rel.min. BRITTO, 2009, p.47). Portanto, o direito à manifestação de pensamento é recorrentemente favorecido em casos concretos.

Isso ocorre principalmente ao se tratar de informações de cunho público ou com pessoas pertencentes a essa esfera da sociedade. Como antes falado, o exercício da imprensa é essencial para uma fiscalização competente dos agentes, recursos e instituições públicas, os quais compõem um Estado democrático de Direito. Não significando que os lesionados em sua privacidade não detenham direitos também. Retomando o inciso X do art.5º da Constituição, ao ferir tal limite, existem consequências e penalidades, como também, requisitos para uma boa atuação midiática e veiculação de informações, como por exemplo a proibição do anonimato.

Sendo assim, a censura judicial faz emergir um conflito principiológico na Constituição. Um confronto entre dois indispensáveis direitos fundamentais que se chocam quando informações de cunho público ou em algum nível relevante para o desenvolvimento da sociedade são, ao mesmo tempo, entrelaçados com a vida privada do cidadão.

DIREITO AO ESQUECIMENTO X DIREITO À INFORMAÇÃO

Tem-se que uma das questões mais polêmicas que envolvem o direito ao esquecimento é o conflito gerado com o direito à informação, uma vez que o primeiro possibilita ao interessado a supressão de fatos para que sejam retirados do meio público, afetando diretamente o segundo que assegura a divulgação de informações, desta forma faz surgir o questionamento dos limites que demarcaram até onde este direito estaria protegendo a intimidade da parte e quando poderia ser caracterizado como censura.

No que tange o Direito à informação, faz- se necessária primeiramente uma distinção de conceitos entre este e a liberdade de informação. É ressaltado por José Afonso da Silva que esta corresponderia a "procura, acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer."(SILVA, José Afonso da. 2005, p.246), consistindo assim na garantia de poder informar, sendo executada majoritariamente pela ação dos jornalistas; já no caso do direito à informação em si, trata-se da garantia coletiva de ser informado. Vale ressaltar que ambas têm suporte na Constituição Federal.

A fim de explorar mais a fundo o conflito mencionado, passa-se então à análise de casos concretos em território brasileiro, averiguando desta forma a maneira com a qual os tribunais vêm tratando a questão em destaque.

CASO "CHACINA DA CANDELÁRIA"

Trata-se do Recurso Especial n 1.334.097- RJ, no qual Jurandir Gomes de França ajuizou uma ação judicial contra a Rede Globo de televisão. Nesta constata-se que o autor já havia passado por investigação quanto a sua participação nos homicídios múltiplos ocorridos no Rio de Janeiro no dia 23 de julho de 1993, situação que ficou denominada na história do país como "Chacina da Candelária", foi quali-

ficado como partícipe, e, ao fim da persecução penal foi absolvido de forma unânime pelo Tribunal do Júri.

A Ré em questão, anos depois procurou o autor para que uma entrevista sobre o caso fosse realizada e exibida no programa "Linha Direta" em rede nacional, o autor após a proposta, não demonstrou interesse em fazer parte. No entanto em junho de 2006 o programa foi ao ar e Jurandir Gomes de França foi citado como envolvido no ocorrido.

Com a divulgação do programa de televisão, o autor alegou que seu direito a paz, privacidade e anonimato teriam sido violados, além disso ao ser vinculado novamente a imagem de "Chacinador", prejuízos foram gerados não apenas ao autor através da raiva da população que vivia ao seu redor, sendo necessária mudança de endereço para que não fosse morto, mas também à seus familiares. A vida profissional de Jurandir também foi arruinada, não conseguindo oferta de emprego alguma após o programa.

Por outro lado, a emissora Rede Globo, alegou que não haveria indenização devida, nem sequer direitos violados, uma vez que o fato relatado no programa já se encontrava em domínio público, e devido a ampla repercussão na época que ocorrera, era parte da história do povo brasileiro. Ademais o alegou ainda que o programa em questão foi produzido em forma de documentário, e se limitou apenas a narrar o caso, não tendo atingido o autor diretamente em nenhum momento, chegando a deixar claro que havia sido absolvido.

Ao ser julgado em primeira instância, o autor teve seu pedido negado, o argumento principal para tal desfecho pautou-se na falta de dolo por parte da Emissora, que teria apenas retratado o fato ocorrido de maneira condizente com a realidade, sem que violasse a imagem do autor. No entanto em fase de apelação, a sentença foi revista e sua conclusão foi a concessão do pedido do autor.

Logo depois, a emissora recorreu a decisão do STJ a fim de que uma nova decisão fosse tomada em seu favor, no entanto, ao contrário do que esperava a sentença foi ao fim apenas confirmada.

Destaca-se parte do voto vencedor do Ministro Luís Felipe Salomão ao dizer:

> "[...] penso que a historicidade do crime não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato –, pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado". (SALOMÃO, Ministro Luís Felipe. RE 1.334.097- RJ.STJ).

O trecho em destaque, retrata o posicionamento do ministro em consonância ao direito de ser esquecido se sobrepondo ao direito à informação, pautado na premissa de defesa a dignidade humana, plenamente defendido no Estado Democrático de Direito, e do não cabimento de uma punição perpétua a ser vivida pelo indivíduo que cometeu crimes em seu passado.

CASO AIDA CURI

Na mesma esteira do anteriormente citado, podemos destacar o caso de Aida Curi, cujas características serão discorridas agora juntamente com a resolução dada pelo STJ.

Trata-se do Recurso Especial n 1.335.153 – RJ, sendo os autores da ação Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Curi e Maurício Curi, irmãos de Aida Curi; e no polo oposto a TV Globo Ltda. (Globo Comunicações e Participações S/A).

O homicídio de Aida Curi ocorreu em 1958, e por conta da época, existem versões diferentes do que de fato aconteceu. Independente da motivação que a levou até o local, o corpo da jovem de 18 anos foi atirado por dois rapazes do 12º andar do Edifício Rio Nobre, localizado no Bairro de Copacabana, na cidade do Rio de Janeiro. Refutando algumas versões, os resultados das perícias mostraram claros sinais de agressão, descartando, portanto, a possibilidade de suicídio.

Os irmãos de Aida foram comunicados da intenção do programa televisivo de compartilhar sua história, porém responderam de forma

negativa, e manifestaram-se contra a exposição pelo programa chamado "Linha Direta-Justiça", pois recontar o fato poderia abrir feridas antigas. Independente da expressa recusa, o programa foi ao ar.

Os irmãos Curi alegaram exploração ilícita da imagem da vítima tanto em vida, quanto de sua morte e pós-morte no "Linha – Direta". A demanda tinha como objetivo reparação de danos morais, materiais e à imagem em decorrência da exposição do caso de homicídio em 1958 de Aida Curi pela referida emissora.

Por fim, o ministro relator não considerou caso favorável a aplicação do direito ao esquecimento no referido caso quando ele aponta:

> Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem AÍda Curi. (SALOMÃO, Ministro Luís Felipe. RE 1.335.153 - RJ.STJ).

Pode-se perceber o embate entre o legítimo interesse de "querer ocultar-se" e, de outro não menos relevante, qual seja o interesse de se "fazer revelar". A tese da família Curi se baseou no direito ao esquecimento, o qual impediria reviver a dor e constrangimento passados na época do crime, sendo contraposto ao estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e o Estado democrático.

O ministro relator Luís Felipe Salomão elenca alguns argumentos pelos quais pode-se compreender como a prevalência dos direitos da personalidade sobre a liberdade de informação é considerado censura, podendo ser compreendido ao expor que:

> Com efeito, no conflito entre a liberdade de informação e direitos da personalidade - aos quais subjaz a proteção legal e constitucional da pessoa humana -, eventual prevalência pelos segundos, após realizada a necessária ponderação para o caso concreto, encontra amparo no ordenamento jurídico, não consubstanciando, em si, a apontada censura vedada pela Cons-

> tituição Federal de 1988 (SALOMÃO, Ministro Luís Felipe. RE 1.335.153 - RJ.STJ).

Em concordância com o posicionamento do ministro, a doutrina de Luis Barroso e Ana Barcellos testificam que a liberdade de expressão, em sentido amplo, compreende a liberdade de imprensa: trata-se do direito fundamental à manifestação de mensagens de toda e qualquer natureza, por qualquer forma não violenta (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p.22).

Suma importância ressaltar que no caso tratado também se destaca a presença do interesse público, uma vez que é uma ação penal pública, sendo, portanto, um crime. Devendo-se, claro, restrição à publicidade do processo[21], mas se tornando públicas as respostas estatais aos conflitos.

CONCLUSÃO

O século XXI é marcado por um superinformacionismo. O acesso a todo tipo de informação é facilitado e muito mais rápido com a internet e a globalização. Em meio a isso, o direito ao esquecimento encontra promissor campo ao proteger a pessoa humana contra abusivas propagações de fatos e notícias ligados a si, encontrando guarida na Constituição Federal e no Código Civil.

Não obstante a atuação benéfica desse direito, principalmente em casos no âmbito criminal, no qual facilita a ressocialização do indivíduo, como por exemplo no caso "Chacina da Candelária", em que a melhor resolução é a continuidade da vida em anonimato, o conflito se instaura uma vez que o Esquecimento não implica no dever de abster da informação. Existem fatos que estão enraizados no desenvolver e na história de uma sociedade, prendendo-se, muitas vezes, ao próprio processo de formação da identidade cultural de um povo. Não possibilitando sua anulação, por consequência, nem seu esquecimento (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p.235).

21 "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (CF/88, artigo 5º, LX)

Uma vez que há restrição da veiculação dessas informações, pode-se enquadrar tal ato como censura. Ter conhecimento de determinado caso ou situação é essencial para uma boa fiscalização dos agentes e órgãos públicos. A exemplificar, o caso relatado de Aida Curi, que após décadas do ocorrido e sendo considerado domínio público, até os dias atuais não possui uma narração concreta dos fatos. A consciência disso pode estimular uma cobrança mais eficaz no sistema.

Sendo assim, caracteriza-se como censura a aplicação do direito ao esquecimento quando o assunto principal do caso for de interesse público, sendo, por outro lado, consoante com a legislação brasileira quando for para salvaguardar a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, podendo então ser proibida a utilização e exposição de uma pessoa.[22]

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Diego Moura de. **Direito ao Esquecimento e sua interpretação na Jurisprudência Europeia e Brasileira**. Barcelona. Human Rights and Universal Legal, v.2, May 2017.

BARBOZA, M. A. G; SANTOS, J. A. S. **DIREITO AO ESQUECIMENTO: Caso Chacina da Candelária e Aída Curi.** Revista Matiz Online. 2017

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

22 Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, ARTIGO 20- Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

BRASIL. **Código Civil.** Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 06/07/2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 05 de outubro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06/07/2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: 130. DJ: 06/11/2009. **JusBrasil,** 2009. Disponível em <redir.stf.jus.br>. Acesso em 03/07/2020.

BRASIL. VI JORNADA DE DIREITO CIVIL. **Enunciado 142.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 06/07/2020.

COURA, Alexandre; COLNAGO, Cláudio. **CENSURA JUDICIAL, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E MORALIDADE**. Revista General de Derecho Constitucional 20. 2015.

DALL'ASTTA, Jade Coelho. Estudo de casos **Direito ao esquecimento x Direito a informação**. Brasília. 2017. Disponível em : <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11296/1/21235926.pdf>. Acesso em: 09/07/2020.

FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB.** 17º. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FERNANDES, Katia. **Direito ao esquecimento**. Disponível em:<https://katianafernades.jusbrasil.com.br/noticias/395456412/direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 06/07/2020.

GÊNOVA, Jairo José. **A Imprensa e a Censura**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. 2012. Disponível em <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/16>. Acesso em 03/07/2020.

GOUVEIA, Leo Junio dos Santos. **Breves linhas sobre o Direito ao Esquecimento**. Disponível.em:<https://jus.com.br/ar-

tigos/68554/breves-linhas-sobre-o-direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 06/07/2020.

II SALIBA, José Carlos Maia. **O Direito de ser esquecido**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/31705/o-direito-de-ser-esquecido>. Acesso em 06/07/2020.

LOPES, Lucas Guglielmelli e LOPES, Matheus Guglielmelli. **Direito ao Esquecimento**. Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior. Ano VII, Ed. 1, Mar.2015. ISSN 2176-1035. Disponível em: <https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/361/341>. Acesso em: 09/07/2020.

MARTINS, Sandra. **Censura.** 2017. Tese - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

MOREIRA, Rodrigo Pereira e MEDEIROS, Jaquelaine Souza. **Direito de Personalidade**. Revista de Direito Privado, RDPRIV, v.70, out.2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.70.04.PDF.>. Acesso em: 06/07/2020.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (**"Pacto de San José de Costa Rica"**), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 03/07/2020.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do. **O direito a ser esquecido**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n.53, dez. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/download/11367/6965>. Acesso em: 06/07/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Do Caso Lebach ao caso Google vs Agência Espanhola de proteção de dados.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em : 06/07/2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. Ago 2005.

Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7) Relatório: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acesso em: 09/07/2020.

Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ** (2012/0144910-7) Relatório: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>

VENOSA, Sílvio de Salvo**. Direito civil : parte geral / Sílvio de Salvo Venosa**. – 17. ed. – São Paulo :Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 1)

VIEIRA, Laísa Fernanda Alves. **Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação**. Anais da XVIII Jornada de Iniciação Científica, Curitiba, v. 1, n. 7, p. 47-70, 2016. Disponívelem:<http://www.petdireito.ufpr.br/wp-content/uploads/2016/12/Anais-da-XVIII-Jornada-de-Inicia%C3%A7%C3%A3o-Cient%C3%ADfica-Curitiba-v.-1-n.-7-p.-47-70-2016.pdf.> Acesso em : 06/07/2020.

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO VIAS DE ACESSO À JUSTIÇA E À PACIFICAÇÃO SOCIAL

Gustavo Almeida Ferreira

INTRODUÇÃO

As diferentes posições acerca de situações do cotidiano quando não solucionadas de forma consensual geram frustração de expectativas e interesses, assim como convergem para a manutenção do método convencional de resolução de interesses antagônicos. O conflito é algo inerente às relações interpessoais e decorre de pensamentos, ações e posicionamentos divergentes. O Manual de Mediação Judicial, 2012, p. 27, define-o "[...] como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis".

Ao poder judiciário cabe a prestação da tutela jurisdicional e a adoção de medidas que visem a efetividade dos serviços prestados, podendo, para tanto, valer-se de meios alternativos de solução e prevenção de litígios que podem viabilizar o acesso à justiça de forma célere, transparente e pacífica, evitando, dessa forma, o aumento das demandas judiciais e o acionamento desnecessário da justiça.

A conciliação e a mediação de conflitos figuram atualmente como instrumentos efetivos para pacificação e celeridade na resolução de litígios de natureza familiar, trabalhista, dentre outras. Esses mecanismos legitimados via ordenamento jurídico, tornam-se essenciais na reso-

lução de disputas, visto que essas alterações objetivam fazer com que os procedimentos autocompositivos sirvam para desafogar o sistema judiciário, ou seja, que de médio a longo prazo institua-se um costume de conciliar, de evitar mais demandas judiciais, fazendo com que o judiciário deixe de ser o único ou principal meio de se dirimir conflitos.

Os métodos alternativos da mediação e da conciliação são vias para a redução do congestionamento processual no judiciário, já que promovem a pacificação de contendas de forma mais célere e menos onerosa, o que viabiliza a solução de conflitos envolvendo as partes por meio da conversa conciliatória, cujo desfecho deve convergir para o bem comum.

Desse modo, o presente estudo tem como objetivo demonstrar a importância dos métodos consensuais de resolução de conflitos na vivência democrática do acesso à justiça, tendo em vista que são meios elucidativos que garantem economia e isonomia, além de terem um caráter educativo e romperem as barreiras da animosidade e do litígio, contribuindo, assim, com a pacificação social.

1 Acesso à justiça

Acesso à justiça remete à compreensão de que é assegurado ao cidadão a possibilidade de adentrar na esfera jurídica para reivindicar direitos ou dirimir litígios, constituindo-se uma forma de democratizar a justiça, visto que essa acessibilidade é facultada a todos, sem discriminação de classe social, tanto para o alcance de benefícios individuais como coletivos.

Nesse sentido, o acesso à justiça deve ser eficaz e efetivo, comungando com a ideia de que os meios extrajudiciais de pacificação de litígios são facilitadores e contribuem para a desburocratização, flexibilização e celeridade dos processos, em consonância com o que assinala Cappelletti e Garth (1988, p.12), sobre a necessidade de abertura a novas alternativas para as demandas judiciais.

> [...] a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva - com que frequência ela é executada, em

> benefício de quem e com que impacto social [...] (CAPPELLETTI e GARTH 1988, p.12)

O acesso à justiça é um direito fundamental do cidadão previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, que assegura aos indivíduos o direito de pleitear a tutela jurisdicional ou reparatória relativa a suas demandas jurídicas.

> Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (Artigo 8º, Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos).

Assegurar esse acesso é, pois, garantir o exercício pleno da cidadania aos indivíduos que necessitam reivindicar seus direitos, dando-lhes a opção de resolver seus pleitos pelas instâncias judiciais ou buscando um acordo que seja benéfico para as partes, acessando os meios alternativos de pacificação de conflitos, ou seja, de forma consensual.

Em âmbito nacional, o acesso à justiça é um direito assegurado no artigo 5º, XXXV da Carta Magna, que postula: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito", princípio que abarca direitos pessoais e coletivos, o que pressupõe não somente a jurisdição atrelada ao Poder Judiciário, mas também a intermediação para que as pessoas assumam o protagonismo e negociem suas demandas com vistas a dirimi-las em conformidade com a lei e com o ideal de justiça pleiteado. Em consonância com este princípio constitucional, Ada Pellegrini aponta os fundamentos da justiça conciliativa:

> [...] o fundamento social, qual seja, a verdadeira pacificação social, que não se consegue por intermédio do processo jurisdicional, que se limita a solucionar a parcela do conflito levado aos autos, sem se preocupar com o conflito sociológico que está

> em sua base; o fundamento político, pela participação dos cidadãos que solucionam diretamente suas próprias controvérsias, contando com a colaboração de outro cidadão (o conciliador e mediador) no papel de facilitador dessa mesma solução; e o fundamento funcional, objetivando diminuir a crise da justiça, pela instituição de instrumentos (ditos alternativos) capazes de desafogá-la (PELLEGRINI 2012, p.95-96)

Outrossim, ter acesso à Justiça não deve ser entendido apenas como a possibilidade de usar mecanismos processuais na busca da resolução de contendas, pois a aplicação do ordenamento jurídico pode ser feita por meio de institutos alternativos como a mediação e a conciliação. Dessa forma, aos sujeitos é dado algo que lhe pertence, a partir da interação e da negociação, o que configura como um acesso equitativo e flexível.

A acessibilidade à justiça não é apenas uma abertura para reivindicar direitos, é a possibilidade de alcançá-los com ou sem a intercessão de terceiros na tomada de decisão, tendo em vista que os instrumentos alternativos de pacificação de conflitos constituem-se uma nova realidade do ordenamento jurídico, cujas bases estão assentadas no consenso e na decisão dialogada.

De acordo com Pellegrini (2012, p.96), "[...] embora lentamente, a cultura do consenso começa a avançar [...]. E a justiça conciliativa passa a ser vista como elemento integrante da própria política judiciária". Nesta ótica, os meios alternativos de solução de conflitos são instrumentos fundamentais no fomento à cultura da paz, na transposição de barreiras atitudinais e burocráticas, no restabelecimento das relações interpessoais, assim como na superação da dicotomia entre quem vence e quem perde, uma vez que o controle do resultado pertence às partes envolvidas.

Para Cappelletti e Garth (1988, p.15), são muitos os obstáculos a serem vencidos para que o acesso à justiça seja efetivo, figurando, entre eles, as altas custas processuais, a capacidade financeira, intelectual e jurídica das partes, a morosidade e a desigualdade social na prestação jurisdicional, sendo que estes são mais acentuados quando se trata das pequenas causas e autores individuais pertencentes a classes economicamente menos favorecidas.

Com efeito, os referidos autores apontam soluções práticas para a falta ou a dificuldade em acessar a justiça, tecendo um histórico das iniciativas para a implementação desse acesso, dividido em três momentos, denominados como "ondas" sendo elas: a assistência jurídica aos pobres, a representação jurídica para os interesses difusos e a criação de métodos alternativos de solução de conflitos, o que inaugura um novo pensar sobre a efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

> Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso — a primeira "onda" desse movimento novo — foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro — e mais recente — é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de acesso à justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (Cappelletti e Garth 1988, p. 31)

Nessa seara, a flexibilidade de acesso à justiça por meio dos mecanismos conciliatórios constitui um importante avanço no sentido de transpor os entraves burocráticos e financeiros, como também a desinformação e a excessiva tendência a judicialização de conflitos que impera na sociedade. A busca de solução pacífica de contraditórios contribui para a efetivação de um sistema judiciário que seja equalizador e acessível a todos. Por outro lado, esgotadas as possibilidades de negociação como forma de restabelecer a comunicação e pacificação entre as partes, o cidadão ainda tem a oportunidade de ir à juízo pleitear seus direitos pelas vias convencionais.

> [...] A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a "justiça social", isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns. Embora as implicações dessa mudança sejam dramáticas —por exemplo, com relação ao papel de quem julga — é bom enfa-

> tizar, desde logo, que os valores centrais do processo judiciário mais tradicional devem ser mantidos. O "acesso à justiça" precisa englobar ambas as formas de processo. (Cappelletti e Garth 1988, p. 93)

Assim, o acesso pleno à justiça perpassa pelo entendimento de que é possível o desfecho de imbróglios por vias não adversarias de composição, sem a excessiva burocratização e morosidade ou pelas vias tradicionais, já que a escolha do meio pelo qual os cidadãos acionam a justiça para pleitear seus direitos é baseada no livre-arbítrio.

2 Meios extrajudiciais de resolução de conflitos

A crescente e excessiva demanda de judicialização de conflitos no Brasil ocasionou uma sobrecarga no sistema judiciário, tendo em vista que a agilidade e a eficiência na prestação dos serviços na esfera judicial são comprometidas e provocam um desgaste naqueles que pleiteiam nessa esfera a resolução de suas contendas, indo de encontro ao que determina o art. 5º do inciso LXXVIII, da CF 1988, "a todos no âmbito judicial e administrativo, são asseguradas a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Dessa forma, a tutela de conflitos sociais deve se desenvolver dentro de um prazo razoável que garanta uma resposta adequada e efetiva ao cidadão sobre o direito pleiteado, estando, pois, ligada à noção de acesso à justiça, ao romper a rigidez do ordenamento jurídico e ceder espaço à flexibilização dos meios de pacificação de conflitos, na tentativa de harmonizar o ordenamento jurídico com os anseios da sociedade.

Apesar de serem meios alternativos de autocomposição e seus objetivos estejam alinhados, pela simplificação dos procedimentos, a mediação e a conciliação possuem características e especificidades que as distinguem, sendo uma delas a atuação do mediador ou conciliador.

Mediação e conciliação são mecanismos distintos de resolução de conflitos, conforme preconizado nos parágrafos 2° e 3° do artigo 165 do CPC, que fazem distinção entre esses conceitos acerca do grau de poder de decisão conferida ao mediador e ao conciliador.

> § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
>
> § 3º O mediador, que atuará 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. (CPC, Art.165)

Destarte, nos termos previstos na legislação brasileira, a principal diferença entre a mediação e a conciliação reside na possibilidade de sugerir, às partes, soluções para o conflito. Na conciliação, o terceiro que atua como facilitador do diálogo, interfere de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opções de solução para a controvérsia, enquanto na mediação, o mediador facilita o diálogo, sem intervenção persuasiva, entre as pessoas para que estas proponham soluções.

> [...] as diferenças entre mediação e conciliação são significativas e importantes. Elas se dão quanto à conceituação propriamente dita, mas também operam de modo expressivo no papel desempenhado pelos profissionais que administram as sessões, pelo tipo de conflito nelas tratados, pelos objetivos perseguidos e pelos resultados almejados. (SPENGLER 2016, p.74)

O instituto da mediação é centrado na visão positiva do litígio, buscando solucioná-lo, sem ater-se às suas origens. É um método consensual de pacificação de conflitos em que uma terceira pessoa, neutra e imparcial, viabiliza o encontro entre as partes litigantes, priorizando o diálogo e a busca de solução compartilhada.

> A mediação consiste num meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar

> a comunicação entre os envolvidos para propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da atuação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem. (TARTUCE, 2015, p.174)

Nesse sentido, a mediação permite que as partes, de forma livre e autônoma, assumam a responsabilidade por suas demandas e, por meio da comunicação, busquem uma solução consensual, convergindo para que haja uma decisão satisfatória para os sujeitos envolvidos em conflitos interpessoais.

> [...] por ser uma medida ajustada e acordada por meio das discussões e ponderações das próprias partes – auxiliadas pela interveniência orientadora do mediador – trazendo a possibilidade de esclarecimento das origens e razões do conflito até então existente pelo diálogo entre elas e, ao final, da retomada ou manutenção do relacionamento existente antes do surgimento do conflito, diferentemente do processo convencional, que fomenta e litigiosidade e a contraposição entre os envolvidos (autor e réu). GONZALEZ, 2017, P. 186

Nessa perspectiva, a mediação como instrumento de apoio aos agentes conflitantes para alcançarem a solução que satisfaça seus interesses, exige a atuação de profissionais qualificados, tendo uma formação acadêmica e a capacitação para mediadores, ofertada pelos tribunais de justiça, que os instrumentalizem para que atuem em consonância com as diretrizes do cargo e com as necessidades específicas de cada caso.

A mediação se revela pertinente como um dos caminhos para a abordagem e a resolução de conflitos, já que nessa seara os indivíduos em conflito podem contar com a colaboração do mediador para promover o diálogo e o reencontro entre as partes, constituindo-se, essa promoção, a sua principal vantagem. Desse modo, constitui-se uma vivência democrática do direito por garantir o protagonismo às partes, já que a proatividade e o protagonismo na negociação são prerrogativas dos litigantes, para que decidam de forma pacífica e livremente suas controvérsias, visando ganhos mútuos.

A flexibilidade é uma das características da mediação, uma vez que sua execução pode ser feita com uso de recursos tecnológicos e comunicacionais, de acordo com o artigo 46 da Lei de Mediação: "A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo." Evidencia-se, desse modo, que um dos objetivos da mediação além de tentar pacificar contendas é, também, reaproximar os indivíduos em disputa por meio do diálogo, tendo estes autonomia para tomar decisões de forma amigável, mediados por um facilitador desse diálogo.

Juridicamente, conciliar significa buscar a solução de litígios por meio de um processo consensual e voluntário, em que as partes buscam solucionar suas contendas, intermediadas e orientadas por uma terceira pessoa, o conciliador.

> A conciliação, portanto, permite a resolução amigável do conflito peças próprias partes, com o apoio e a intermediação do conciliador, que conduz a negociação entre as partes, cooperando para o atingimento do objetivo maior, que é a pacificação entre os envolvidos e a formalização de um acordo, colocando fim à controvérsia. (Gonzalez, 2017, p182)

O fundamento basilar da conciliação é o consenso, alcançado por meio da negociação que irá abrandar ou dirimir as divergências. Esse mecanismo revela-se eficaz por se desenvolver em bases democráticas, tendo em vista que não há a imposição do conciliador, que apenas sugere alternativas, já que o poder de decisão é inerente às partes em litígio. Nessa perspectiva, a atuação do conciliador deve ser imparcial e neutra, como assevera Scavone Junior (2017, p. 20): "Para tanto, exige-se profissional habilitado que tenha a capacidade de encaminhar a solução do pano de fundo do conflito, muitas vezes de caráter emocional".

A conciliação é, ainda, uma forma de concretizar o acesso à justiça balizado na autonomia, ao mesmo tempo que comporta a participação de uma terceira pessoa, não para impor uma decisão, mas para auxiliar na incorporação do elemento consensual nas demandas de interesses adversariais, prevalecendo assim, a vontade das partes. Essa autonomia

se concretiza a partir da escolha do mecanismo alternativo de resolução de litígios, estendendo-se às regras procedimentais e à decisão sobre os condutores da sessão autocompositiva como disposto no artigo 168, § 2º do CPC: "Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação."

Nessa ótica, a conciliação facilita o acesso à justiça e à harmonização de interesses das partes envolvidas na situação conflituosa, convergindo para que haja a conscientização de que, por meio da composição amigável é possível o alcance do bem comum e, consequentemente, da paz social.

> [...] a aposta do legislador – e principalmente, dos jurisdicionados – é a de que as medidas de estímulo ao uso desses meios alternativos de solução de conflitos se tornem efetivas, deixando para outorga de sentença apenas aqueles casos onde as questões, de fato e de direito, sejam tão intricadas que necessitem do pronunciamento jurisdicional, com a adjudicação de uma decisão judicial. (GONZALEZ, 2017, p.172)

Dessa forma, os critérios de diferenciação entre mediação e conciliação residem na base conceitual desses institutos, na atuação do terceiro imparcial envolvido e no tipo de conflito a ser pacificado, havendo, na prática, uma linha tênue que define quando um ou outro será aplicado, tendo em vista que os contornos do procedimento conciliatório vão se desenhando no transcorrer deste.

3 O papel dos Centros de Conciliação e Mediação

O instrumento da conciliação e da mediação tem suporte legal na Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) e na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que institui a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, além das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015, com destaque à incorporação dos centros de conciliação e mediação no modelo processual de justiça, bem como a formação e qualificação e formação de mediadores e conciliadores.

Com o advento da resolução nº 125/2010 e do novo CPC que instituíram e instigam a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos, inaugura-se uma ótica positiva em relação a esses mecanismos por garantirem rapidez nos trâmites judiciais e economia processual, princípios assegurados constitucionalmente, como também contribuírem para uma mudança de paradigma quanto ao papel social do poder judiciário.

Nesse contexto, a conciliação e a mediação figuram como alternativas que contribuem para desafogar o Poder Judiciário que há décadas sofre com o excesso de demandas a julgar, algo que se inicia com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consequente instauração do Estado Democrático de Direito, o que viabilizou crescente busca pela judicialização de conflitos no Brasil.

> Essa é a premissa que se deve ter em mente quando se pensa em meios consensuais de solução de conflitos: adequação da solução à natureza dos conflitos e às peculiaridades e condições especiais das pessoas envolvidas. A redução do número de processos a serem julgados pelos juízes, resultado que certamente ocorrerá com a adoção deles, será merca consequência. E, sendo esses meios utilizados também na solução dos conflitos ainda não judicializados, haverá até mesmo a redução do número de processos, não apenas da quantidade de sentenças a serem proferidas. (KAZUO WATANABE. 2012 p. 89)

Diante destes novos contornos, a Mediação e a Conciliação são importantes meios de pacificação de litígios, seja para demandas processuais ou extraprocessuais, seja no âmbito trabalhista ou familiar, buscando de forma célere e econômica, dirimir conflitos que poderiam ser debatidos na esfera processual, de forma mais onerosa para o Estado e para os litigantes que, por vezes, não têm condição de arcar com os custos de uma demanda judicial.

> [...] talvez o principal ganho a partir da conciliação/mediação seja a prevenção de novos conflitos que se dará pelo tratamento adequado do litígio atual, evitando que este retorne ao Judiciá-

> rio ou à Central de Mediação na forma de um novo conflito. (SPLENGER 2016, p.71)

Frente a esse crescente movimento de busca ao jurisdicionado, os legisladores criaram a Lei 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis, assegurando que, em ações no valor de até 40 salários mínimos, fosse dispensada a presença de advogados, além de não haver recolhimento de custas e encargos processuais. Apesar de apresentar uma solução mais célere e uma alternativa à Justiça Comum, a primeira tentativa, por meio dos Juizados Especiais Cíveis, de reduzir o contingente de demandas processuais não obteve o sucesso esperado, o que deu ensejo à busca por outros métodos de acesso à justiça, de modo a afastar a complexidade e a morosidade do judiciário, objetivando alcançar uma justiça rápida e econômica.

A Resolução n° 125, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), regulamentou a conciliação e a mediação no Brasil estabelecendo as diretrizes a serem adotadas nos tribunais. Por meio dessa Resolução efetivou-se como política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses a utilização de métodos não convencionais na solução dos conflitos, estabelecendo-se como compromisso do Estado a promoção da solução consensual dos litígios, facilitando, assim, a pacificação social por meio de um acesso à justiça que seja efetivo, dinâmico, menos formal e oneroso para os litigantes, como também para o Poder Judiciário.

A chamada Lei da Mediação, Lei n°13.140/2015 dispõe sobre a autocomposição de conflitos e da conciliação e mediação entre particulares como meio de solução de litígios, bem como as alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (2015), que institui o conciliador e o mediador como auxiliares na prestação de serviço jurisdicional, assumindo estes o compromisso de favorecem a comunicação e a decisão negociada entre as partes envolvidas em um conflito.

Assim, o Poder Judiciário adotou medidas que viabilizem a acessibilidade, visando a qualidade, a eficiência e a eficácia na prestação dos serviços por meio de mecanismos que contribuam não só para satisfazer as partes litigantes, mas também para promover a harmonização das relações e, consequentemente, a pacificação social, o que se deu

por meio da implantação dos Centros de Conciliação, arbitragem e Mediação seguindo as diretrizes do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) que estabelece como compromisso do Estado a promoção da solução consensual dos conflitos, tornam-se referenciais para a solução pacífica de conflitos. Desse modo, os referidos centros dão uma conotação real à ideia de acesso à justiça por meio da resolução consensual e espontânea de litígios, evitando, assim, a alta demanda de processos judiciais.

Os centros de mediação e conciliação figuram como vias de redução do congestionamento processual por evitarem a judicialização e viabilizarem a solução de conflitos por meio de conversa conciliatória por meio do mediador, cuja atuação é doutrinada pelo artigo 4º § 1º da Lei de Mediação: "O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito." Assim, há a garantia da independência das partes para decidirem acerca do que considerarem ser pertinente como solução para suas controvérsias.

A prática da conciliação ou mediação dá-se por meio da aplicação das técnicas e protocolos determinados pelo CNJ, o que atesta confiabilidade ao procedimento autocompositivo, garantido, desse modo, que este cumpra sua função de promover a desjudicialização, o que requer alguns cuidados que abrangem a ambiência, a acolhida e a alocação dos indivíduos envolvidos no litígio, que devem ocupar lugares estratégicos, no sentido de evitar a animosidade e a exacerbação.

No que tange às regras, estas devem ser explicitadas de forma clara, no intuito de que as dúvidas sejam sanadas antes do início da sessão. Preferencialmente, é concedido o direito de iniciar os relatos dos fatos e motivação da adversariedade, à parte que protocolou o pedido de mediação, mas há a prerrogativa da negociação também sobre quem terá a primazia, sendo que conforme o MMJ (2012, p.97), "[...] na mediação, o processo vai se amoldando conforme a participação e interesse das partes. Isto é, vai se construindo segundo o envolvimento e a participação de todos interessados na resolução da controvérsia".

Os acordos celebrados nas audiências de conciliação são remetidos à unidade judicial de respectiva tramitação para que seja homologado

pelo magistrado, no caso das audiências processuais. Nas audiências pré-processuais, havendo acordo, este é encaminhado para a distribuição processual, sendo homologado pelo magistrado da unidade judicial a que for distribuído. Nas causas que envolverem menores, antes da homologação dá-se vista ao Ministério Público para emissão de parecer, conforme previsão do artigo 698 do CPC. Não havendo acordo, o processo segue o seu trâmite normal na vara judicial.

A política estabelecida pelo Novo Código de Processo Civil e o posicionamento dos Tribunais de Justiça em todo o país corroboram com o pensamento de que é possível remediar um conflito antes de se iniciar um moroso processo judicial. Nesse sentido, a conciliação pré-processual figura como um método autocompositivo que busca ser célere e acessível aos jurisdicionados, tendo em vista serem estes que constroem todo o procedimento, desde a formulação do pedido, aos termos do acordo celebrado.

Destarte, cabe ao Judiciário o papel de interventor apenas em fases executórias, sendo uma dessas fases, conforme artigo 21 da Lei de Mediação: "O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião."

Por outro lado, não havendo uma demanda processual, nesses casos não decorre prazo recursal ou necessidade de protocolar petição inicial, tampouco quaisquer tipos de petição para agendar uma audiência de conciliação, bem como para produzir efeitos em razão do acordo celebrado em um Centro de Conciliação e Mediação tendo em vista ser um procedimento meramente administrativo em seu âmbito. Nas causas que envolvam direitos disponíveis, cabe ao juiz, ao receber a petição inicial, designar a audiência de conciliação nos termos do artigo 334 do CPC:

> "Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência". (Art. 334 do CPC)

Celebrado um acordo entre as partes, será lavrado um termo especificando suas condições, que serão encaminhadas ao magistrado da unidade de origem, que executará os procedimentos cabíveis, como dar vista dos autos ao Ministério Público, havendo interesse de menor ou incapaz, conforme disposição do artigo 698 do CPC, assim como homologar o acordo por meio de sentença homologatória ou realizar audiência de ratificação, caso entenda ser necessário.

Não havendo a conciliação, o processo seguirá seu trâmite natural, abrindo-se o prazo de 15 (quinze) dias para contestação nos termos do artigo 335 do CPC, bem como de outras diligências cabíveis, a exemplo da realização da audiência de instrução. Nos termos do artigo 139, inciso V, o juiz tem a prerrogativa de "promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais", referendando a política de busca pelo consenso em qualquer fase do processo.

Nas audiências processuais, designadas pelos juízes de acordo com matéria envolvida na lide apresentada, em conformidade com o artigo 334 do CPC, remetem-se os termos de audiência de volta às unidades judiciais onde tramitam os processos, além da possibilidade de audiência solicitada pelas partes ou por seus advogados em que se remetem também via ofício pela Secretaria do Centro de Conciliação, os termos de acordo às varas correspondentes.

Assim, os Centros de Conciliação e Mediação garantem a acessibilidade à justiça ao promover a pacificação de demandas adversarias de forma democrática e participativa, contribuindo para o desempenho e a funcionalidade da prestação de serviço jurisdicional, gerando, desse modo, impactos positivos no atendimento às demandas da população ao garantir o efetivo acesso à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, considera-se que os métodos alternativos de resolução de conflitos são ferramentas indispensáveis ao fortalecimento do Poder Judiciário, uma vez que efetivam os direitos constitucionais por meio de uma justiça mais célere, econômica e eficiente, demons-

trando que as soluções simples e transparentes são juridicamente possíveis e, que a utilização desses métodos representa a efetiva garantia dos pressupostos constitucionais do exercício da cidadania por meio do acesso à justiça.

Essa acessibilidade não se limita à abertura das vias tradicionais de resolução de conflitos para acolher as demandas da sociedade, mas também à possibilidade de transpor obstáculos que inviabilizam o alcance da justiça em seu sentido pleno, de forma célere e eficaz. Nessa perspectiva, o acesso à justiça deixa de ser vinculado apenas ao Poder Judiciário, por parte do Estado, uma vez que a resolução pacífica de conflitos é facultada a qualquer cidadão envolvido em litígio, sendo que nessa seara o diálogo e a cooperação prevalecem, buscando-se incentivar um acordo benéfico construído pelos conflitantes, contribuindo assim para a construção de uma sociedade mais justa e harmônica.

A implementação e a valorizando da composição amigável como meio de resolução de conflito nos Centros de Conciliação e Mediação consolidam a ideia de que as vias conciliatórias aproximam e conscientizam por serem uma forma consensual e pacífica de resolver um litígio, indo além de percepções pessoais ou doutrinárias, já que os métodos pacificadores representam garantias constitucionais de acesso à justiça, necessários e pertinentes por oportunizarem o restabelecimento da comunicação e dos vínculos emocionais e relacionais, já que prioriza o diálogo, a negociação e o consenso, o que sinaliza a relevância desses institutos na implantação de uma cultura voltada para a pacificação social.

A amplitude alcançada pelos serviços jurisdicionais alternativos ecoa de forma positiva na esfera jurídica, haja vista estarem alinhados à política nacional de pacificação de litígios e atenderem às expectativas da sociedade em ver a concretude dos preceitos constitucionais de acesso aos direitos fundamentais do cidadão. Assim, representam vantagens bilaterais, pois promovem a satisfação mútua dos indivíduos ao superarem suas divergências de forma equilibrada e autônoma, uma vez que a decisão é ancorada não na disputa, mas dentro de um acordo e, também, auxiliam o poder judiciário a reduzir ou acelerar as demandas processuais, por meio dos centros de conciliação e mediação.

Destarte, os mecanismos supracitados possuem respaldo legal na política nacional introduzida pelo novo Código de Processo Civil, logo não figuram como substitutos do Poder Judiciário, mas como formas alternativas de acesso e efetivação do ideal de justiça almejado pela sociedade, sendo essenciais na resolução de disputas, visto que as alterações realizadas no arcabouço jurídico têm como finalidade fazer dos métodos autocompositivos um desafogo para o Poder Judiciário, visando criar o costume de conciliar, de evitar a judicialização de novos processos, contribuindo, assim, para que o judiciário deixe de ser o único ou principal meio de se dirimir conflitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assunção Rezende de. **A mediação no novo código de processo civil** – 2. ed – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça:** Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

PELLEGRINI Grinover Ada; WATANABE, Kazuo. **Tribunal Multiportas:** Investindo no capital social para maximizar o sistema de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

BRASIL. Decreto nº 4.462, de 8 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei n.º 13.105/2015. Novo Código de Processo Civil (NCPC). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei de Mediação.** Disponível em: [www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm].

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. Porto alegre: Editora Livraria do Advogado, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem:** mediação e conciliação – 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da conciliação.** 2ª ed. Brasília, DF: Gazeta jurídica, 2013.

GONZALEZ, Ewerton Zeydir. **Conciliação, mediação e arbitragem:** a implementação dos meios extrajudiciais de solução de controvérsias. São Paulo: Lex Editora, 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e práticas restaurativas.** 4ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2015.

MARODIN, Marilene. **Mediação de conflitos:** para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem** – 2 ED. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de mediação judicial, 6. Edição (Brasília/DF:CNJ), 2012.BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>.

BRASIL. Lei n. 6.515, 26 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Justiça em Números 2018. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/ > Acesso em: 11 ago. 2018.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2015. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/mediacao-nos--conflitos-civis/.

A CAPACIDADE CIVIL DOS POVOS INDÍGENAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E A LUTA CONSTANTE PELO RECONHECIMENTO DOS SEUS DIREITOS

Marina Miranda Barbosa

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A manutenção dos costumes e da identidade cultural dos índios é direito expressamente assegurado pela Constituição Federal de 1988. A fim de garantir essa deliberação, as normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro devem moldar-se de forma a regulamentar tal disposição e efetivamente suprir as necessidades desses povos que possuem incontestável importância para a herança histórica da nação. Diante disso, a questão da capacidade de exercício conferida aos índios pelo direito civil tornou-se um tema bastante controverso a partir do momento em que se passou a enxergar a discrepância existente entre a mera tutela jurídica por representação civil, e a efetiva garantia de autonomia para os povos indígenas, conferindo-lhes independência para responder pelos atos próprios.

Vítimas de um contexto histórico marcado pela intolerância e desrespeito às diferenças culturais, as comunidades indígenas sofrem

até os dias atuais com a insaciabilidade daqueles que um dia foram denominados "povos civilizados". Embora o direito brasileiro caminhe para a interação dos índios com a totalidade da sociedade, ao passo que prevê a manutenção de suas raízes e costumes, muitos direitos que lhes são legalmente previstos não se observam no âmbito factual. Enquanto isso, diversas ainda são as legislações moldadas em bases discriminatórias, que simbolizam uma verdadeira estagnação à sua proteção jurídica e cultural.

A sociedade brasileira preserva, desde os tempos coloniais, a cultura de priorizar interesses dos poderosos em detrimento das necessidades das minorias enfraquecidas. Assim também é observado na questão dos direitos dos povos indígenas, os quais estão sujeitos à tutela jurídica de órgãos que, muitas vezes, fazem prevalecer o fortalecimento da economia, da política e do próprio Estado, ainda que isso acarrete discriminação, desculturação e desapropriação de terras tradicionais indígenas. Destarte, a luta desses povos por direitos civis mostra-se ativa nos tempos atuais, além de ser extremamente relevante para o estudo jurídico da proteção às minorias e para a busca da manutenção da identidade cultural da população nativa.

2. BREVE NOÇÃO SOBRE CAPACIDADE CIVIL

Capacidade, para o direito civil, é entendida como a competência para o exercício de atos e negócios jurídicos, ou seja, a capacidade plena de exercer os atos da vida civil. Na conceituação de Marcos Bernardes de Mello, trata-se da "aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas, em geral, e a certos entes, em particular, estes formados por grupos de pessoas ou universidades patrimoniais, para serem titulares de uma situação jurídica" (BERNARDES DE MELLO, 2000, p. 17).

O Código Civil de 2002, vigente no ordenamento jurídico brasileiro, trata da capacidade ainda no seu artigo primeiro, ao afirmar que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Fica evidente o intento do direito a uma realidade não excludente e não discriminatório da capacidade civil. Por regra, toda pessoa, ao adquirir personalidade jurídica, torna-se capaz de direitos e obrigações, vez que

a capacidade civil é adquirida a partir do nascimento com vida. Existem, entretanto, algumas pessoas que não possuem total aptidão para o exercício de atos jurídicos, em função de sua idade, integridade psíquica, aculturação ou localização. Nesses casos, considera-se uma relativa ou absoluta incapacidade de discernimento para tomar decisões da vida civil, o que compete a essas pessoas a necessidade de um terceiro que as assista ou represente perante os atos jurídicos.

2.1. Capacidade de direito e capacidade de exercício

Para melhor explicitar essa situação, Paulo Lobo (2013, p. 107-110) explica a classificação da capacidade civil em capacidade de direito e capacidade de exercício. Segundo esse autor, "a capacidade de direito, também denominada capacidade jurídica, é a investidura de aptidão para adquirir e transmitir direitos e para sujeição a deveres jurídicos". É, esta, capacidade ilimitada da pessoa física, sujeito de direito, independentemente de limitações orgânicas ou psicológicas. Essa garantia vem do conjunto de direitos que lhe são próprios a partir do momento do seu nascimento e lhe confere capacidade jurídica e titularidade de direitos – ainda que seja representado ou assistido – devido ao princípio básico da dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida, a chamada capacidade de exercício ou de fato corresponde à capacidade de agir com eficácia jurídica, produzindo efeitos jurídicos e responsabilizando-se pelas próprias ações. É esse tipo de aptidão que confere às pessoas capacidade civil de exercer direitos de cunho patrimonial, e não apenas aqueles não patrimoniais que lhes são inerentes e lhes garantem capacidade de direito. Tal regra, entretanto, não é absoluta, uma vez que o art. 928 do Código Civil ressalva que "o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes." (STOLZE GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 134).

Destarte, a habilitação depende do grau de discernimento que a pessoa possui para o exercício de práticas jurídicas. As pessoas com certas limitações que obstaculizem o entendimento das consequências

jurídicas dos atos da vida civil são, embora titulares de direitos, incapazes de responsabilizar-se pelas próprias ações. A partir daí, Orlando Gomes (1985, p. 172) concluiu que "pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade".

2.2. Incapacidade absoluta e incapacidade relativa

Em termos de classificação, as incapacidades civis podem ser absolutas, quando a pessoa fica impedida de exercer pessoalmente seus direitos e necessita de um representante legal; ou relativas, nas quais não há o impedimento de exercício dos direitos, mas apenas a necessidade da confirmação de outra pessoa responsável pela sua assistência. Em ambos os casos, a incapacidade de exercício pode ser analisada pelo juiz para a interdição ou curatela do incapaz. Sendo assim, uma vez que só ocorre interdição após decisão judicial, busca-se uma valorização da dignidade da pessoa humana antes da limitação do seu exercício dos atos da vida civil, a fim de restringir as interdições apenas àqueles que de fato não têm discernimento suficiente para produzir efeitos jurídicos.

Em seu artigo 5º, o Código Civil de 1916 classificava como absolutamente incapazes "os menores de 16 anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos, que não pudessem exprimir a sua vontade e os ausentes, declarados tais por ato do juiz". Já o vigente Código de 2002, em sua redação original, referia-se aos "menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade". O artigo 3º do diploma civil, contudo, foi alterado pela Lei nº 13.146/2015, restringindo a incapacidade absoluta aos menores de dezesseis anos.

Quanto à incapacidade relativa, o Código anterior abrangia os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos, as mulheres casadas (enquanto subsistisse a sociedade conjugal) os pródigos e os silvícolas. O caso desses últimos era, ainda, tratado pelo parágrafo único do presente artigo: "os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação".

Com o novo código civil, o termo "silvícola" foi substituído por "índio", a fim de equiparar à codificação da Constituição de 1988 – e, após a Lei nº 13.146/2015, por "indígenas" –, e ficou determinado que a regulação de sua capacidade dar-se-ia por legislação especial.

Portanto, o direito civil deixou de generalizar os povos indígenas como relativamente incapazes e a questão da capacidade passou a ser regulada pela Lei n. 6.001/73, que constitui o Estatuto do índio. De acordo com essa lei, os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido pela União, que prestará assistência aos silvícolas. O órgão responsável pela tutela dos direitos indígenas é a Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Quanto à capacidade, a referida lei dispõe:

> Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:
>
> I - idade mínima de 21 anos;
>
> II - conhecimento da língua portuguesa;
>
> III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;
>
> IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.
>
> Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

Depreende-se, da redação do artigo supracitado, que o Estatuto do Índio não prevê um reconhecimento claro de capacidade ilimitada, mas apenas uma legitimação da possibilidade de defesa dos seus direitos e interesses.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, contrapondo-se ao Estatuto vigente há 15 anos à época de sua promulgação, adotou postura marcadamente protecionista e antidiscriminatória quanto aos

direitos dos povos indígenas. Depreende-se, do texto constitucional, a preocupação em garantir a "organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens". Além disso, os índios ainda tiveram reconhecida sua capacidade processual, a partir da possibilidade de ingressar em juízo em prol da defesa de seus direitos e interesses perante a vida civil, inclusive com a intervenção do Ministério Público em todos os atos dos processos que lhes incluam, o que garante maior proteção e segurança nas relações jurídicas.

3. BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONQUISTA DE DIREITOS INDÍGENAS

Conforme já demonstrado, a Constituição Federal assegurou diversos direitos e garantias indispensáveis para a manutenção da identidade cultural indígena. É indiscutível que a Carta Política vigente prevê para esses povos devida proteção jurídica e é, dentre todas as constituições brasileiras anteriores, a que mais se preocupou com a real preservação do patrimônio cultural indígena, buscando alternativas para adequar os atos civis às suas necessidades, e não mais forçar que eles se adaptem às modificações sociais. Deve-se salientar, entretanto, que até que fosse atingida uma constituição minimamente justa voltada para o tema, os índios sofreram – e ainda hoje sentem as conseqüências - com um histórico marcado por discriminações, imposições e desrespeito com as suas individualidades.

É sabido que, desde que os colonizadores portugueses aportaram em terras brasileiras, depararam-se com civilizações já estabelecidas e, julgando-as "selvagens", iniciaram uma luta a fim de ocupar aquele território, extraindo dele as suas maiores riquezas, e "civilizar" os povos indígenas de acordo com o modo de vida europeu através, principalmente, da catequização. Esse procedimento, entretanto, não aconteceu de forma pacífica como muitos pensam, influenciados pela forma de contar a história apenas pelo ponto de vista ocidental. Na verdade, desde os primeiros choques com os europeus, os índios sofreram com a intolerância e a autoridade dos colonizadores, sendo constantemente

atacados física e culturalmente. As palavras que se seguem evidenciam como a escravidão no período colonial não se restringiu aos negros africanos, mas alcançou também os povos indígenas:

> A atividade já é escravista, o trabalho é compulsório. Para os negos arrancados de sua África e para os índios destribalizados, a integração do Novo Mundo – e em particular o Brasil – no quadro da civilização ocidental em transição para o capitalismo começava a custar muito caro. (ALENCAR; CARPI; VENICIO RIBEIRO, 1996, p. 16).

Os primeiros documentos que versavam sobre a forma que os portugueses deveriam tratar os índios já evidenciavam o tipo de relação de dominação que se instalou. Para Paulo de Bessa Antunes (2010, p. 887-899), tomadas as devidas proporções, as Cartas de Doação, Forais e o Regulamento dos Gerais simbolizavam textos legais da época e mostravam como os direitos dos índios eram reprimidos em prol dos interesses colonizadores. Os cinco primeiros séculos da colonização foram marcados pela escravidão e dominação dos povos indígenas, como era previsto e permitido pelos próprios textos oficiais. Indo de encontro até mesmo com os mandamentos da igreja católica, que condenava a escravidão indígena, os poderosos europeus alegavam buscar "pacificação", mas, para isso, utilizavam meios nitidamente agressivos.

Ao longo da história, os índios enfrentaram diversas lutas na conquista de direitos civis. Até a promulgação da Constituição de 1934, nenhuma outra sequer dispusera sobre direitos indígenas. A carta promulgada no início do governo de Getúlio Vargas determinava a competência da União no ato de legislar em prol da incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. Essa mesma linhagem seguiram todas as outras constituições que vigeram no Brasil, até a de 1988, embora, discretamente, os índios fossem conseguindo mais espaço na vida civil.

Acontece, entretanto, que todas essas cartas continham uma característica em comum que impedia que esses povos conquistassem direitos civis plenos sem perder sua identidade cultural: todas dispunham de um texto que visava à integração dos silvícolas à comunidade nacional, através da dissolução da sua tradicional essência cultural, obrigan-

do-os a adequar-se ao modo de vida dos demais cidadãos. Sobre isso, Bessa Antunes (2010, p. 897) analisa que havia uma tendência a tratar o índio como um ser estranho à comunidade nacional simplesmente por não seguir as mesmas características religiosas, linguísticas e costumeiras dos chamados "povos civilizados". Como se eles não tivessem formado sua identidade cultural em território brasileiro antes mesmo da chegada dos colonizadores, provando que estes últimos, sim, seriam os seres estranhos dali. E ainda completa:

> Pensamos, a propósito, que nós, brasileiros, não obstante a nossa evidente pluralidade étnica e cultura, ainda, não logramos atingir um patamar de convivência democrática que nos possibilite o reconhecimento das diferenças existentes entre todos nós. Ao contrario, a ideologia predominante é aquela que busca criar semelhanças e igualdades étnicas e raciais, a partir de um modelo predominante, ao que todos os demais devem se submeter. (ANTUNES, 2010, p. 898).

Após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, os direitos indigenistas foram ampliados de forma não integracionista, mas priorizando o respeito à diversidade e à proteção da minoria indígena frente às mazelas da vida civil. Passou-se a buscar não mais a adequação desses povos à comunidade nacional, mas a manutenção de sua essência cultural, étnica e tradicional, estruturada em forma de igualdade, prevalecendo a horizontalidade sobre a verticalidade a fim de tornar eficaz o direito à diferença. (BARRETO, 2003, p. 66).

A Lei Máxima Brasileira resguarda um capítulo exclusivamente para os índios. Em defesa de uma igualdade material, discorre, em seus artigos 231 e 232, sobre o dever de reconhecer as diversidades e particularidades culturais dos povos indígenas, conferindo-lhes, inclusive, os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Para tal, competem à União a demarcação e a proteção dessas terras. Além disso, a Carta Constitucional vigente ainda legitima o direito dos índios de ingressar em juízo em defesa própria, encarregando o Ministério Publico de intervir em todo o processo. Por fim, ainda confere às terras indígenas caráter inalienável, indisponível e imprescritível.

Esse modelo protecionista advém do que a doutrina conhece por processo de especificação dos direitos fundamentais. O intuito é conferir maior segurança a determinados grupos em situação de vulnerabilidade, enquadrando seus direitos como fundamentais, como são reconhecidos os direitos indígenas pela Constituição de 1988, não mais se limitando a salvaguardar direitos que são comuns a todas as pessoas (COSTA; ROMANO, p. 06)

Todavia, é importante entender que, ainda que tenha sido inaugurada uma nova forma de lidar com as peculiaridades dos povos indígenas, apenas a existência de leis que prevêem um cenário de respeito às diferenças não configura a real aplicação destas, motivo pelo qual os índios ainda sofrem muito com a intolerância e discriminação no Brasil. Nesse sentido discorre Alejandra Pascual:

> Os processos políticos contemporâneos das sociedades capitalistas apresentam um discurso oficial que incorpora os ideais de igualdade, de respeito à pluralidade, de convivência social, mas suas propostas são contraditórias e distantes da realidade social dentro da qual operam, onde prevalece um quadro de exclusão, de violência, onde os espaços permanecem fechados para o diálogo entre a diversidade. (PASCUAL, 2004, p. 2).

Merece destaque, ainda, no âmbito internacional, a internalização da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, pelo Decreto Legislativo 143 de 2002, que sugere uma tratativa isonômica e pluralista dos povos indígenas, sem negligenciar as especificidades que lhe são inerentes, em perfeita sintonia com a Carta Constitucional vigente. Nesse sentido, o artigo 20 da convenção prevê que "os governos deverão fazer o que estiver ao seu alcance para evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores pertencentes aos povos interessados e os demais trabalhadores".

4. CAPACIDADE CIVIL INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Existe uma contradição em relação à proteção dos direitos indígenas prevista pela Carta Constitucional de 1988 e o Estatuto do Índio, legislação responsável por regulamentar a capacidade civil desses povos.

Conforme já analisado, a Lei Máxima e a Convenção 169 da OIT baseiam-se em princípios não discriminatórios, visando à manutenção da identidade cultural indígena. O Estatuto, por sua vez, possui marcas ainda integracionistas, que buscam adequar os índios aos modos de vida predominantes na sociedade civil e, desta forma, acabam por negligenciar a importância da preservação da cultura tradicional dos povos que, indiscutivelmente, é essencial para a bagagem histórica do Brasil.

Ao determinar requisitos básicos para que o índio conquiste plena capacidade de responder pelos próprios atos na vida civil, o Estatuto do Índio determina que, ao nascer, o mesmo já necessita de tutela jurídica do Estado, uma vez que é considerado incapaz de produzir efeitos jurídicos efetivos para si e para outros, não por não haver atingido a idade mínima para tal, mas pelo simples fato de ser índio. Isso fica evidenciado no seu artigo 8º, que afirma que "são nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente".

Outras marcas do valor integracionista do dito Estatuto podem ser observadas ainda no seu 1º artigo e, semelhantemente, no artigo 11:

> Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e *integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.*
>
> Art. 11 Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e *comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional.*

Ao pregar o assimilacionismo, a integração do índio e, assim, tender à formação de uma sociedade sem distinções culturais, o Estatuto do Índio é visto como um retrocesso ao passo que recria a ideia da emancipação e a possibilidade de devolução das terras indígenas ao Estado. Isso porque esses povos já estarão tão inseridos na comunhão

nacional, tendo perdido toda a sua identidade cultural, que tendem a perder a própria qualidade de índios e, assim, as terras que hoje lhe são asseguradas (SOUZA FILHO, 1998, p.103).

Até mesmo a Lei nº 5.371 de 1967, que instituiu a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) como responsável pela tutela indígena em nome da União, apresenta características semelhantes com o Estatuto do Índio ao dispor, no seu artigo 1º, I, "resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas". Existe, no entanto, um esforço para adequar a FUNAI ao novo tipo de proteção ao índio defendido constitucionalmente, ainda que seu objetivo principal seja a tutela jurídica (BELFORT, 2006, p. 23).

É notório, portanto, que o ordenamento jurídico pátrio ainda está eivado de codificações conservadoras e antiprotecionistas, fruto de um panorama histórico marcado pela priorização dos interesses econômicos, políticos e sociais das classes apoderadas. É muito mais fácil fazer com que os índios, que correspondem a uma minoria da população, se moldem ao modelo de vida contemporâneo do que adequar todo um sistema social e jurídico àquela parcela da população, ainda que isso implique a descaracterização da sua identidade cultural. Sobre esse assunto, Ana Valéria Araújo analisou:

> À luz da Constituição em vigor, portanto, os povos indígenas deixaram de ser considerados culturas em extinção, fadadas à incorporação na assim denominada comunhão nacional, nos moldes do que sempre fora o espírito a reger a legislação brasileira desde o inicio do processo de colonização em nosso país. Toda a legislação anterior continha referências expressas à integração ou assimilação inevitável e, por outro lado, desejável dos índios pela sociedade brasileira. A nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois se funda na garantia do direito à diferença. (ARAÚJO, 1993, p. 228).

Para Juliana Santilli (2005, p. 79-83), essa mudança na forma de lidar com os direitos indígenas, dos moldes integracionistas para os

interacionistas simboliza a "quebra do paradigma da homogeneidade e do assimilacionismo cultural e o reconhecimento da diferença e da multiculturalidade". Essa inserção da pluralidade cultural no nosso ordenamento se revela em direitos básicos reconhecidos aos grupos minoritários, a exemplo dos direitos coletivos conferidos aos povos indígenas, da garantia de direitos permanentes e não mais transitórios e da tutela à identidade étnica e cultural.

Para acompanhar o modelo constitucional em vigor, tramita no Congresso Nacional, desde 1991, o projeto para um novo estatuto do índio, o Estatuto das Sociedades Indígenas. Baseando-se na Constituição Federal de 1988, Convenção 169 da OIT e Declaração dos Povos Indígenas, o projeto compreende uma legislação que visa conferir, de fato, proteção jurídica e garantia da preservação cultural dos índios. Além de priorizar o acesso a terra, saúde e educação, uma das inovações do código é o reconhecimento da plena capacidade civil dos povos indígenas. O objetivo é conferir a esses povos a plena capacidade de exercer seus direitos civis (RODRIGUES, 2014).

Não obstante, a morosidade do Congresso em aprovar uma lei protecionista aos povos indígenas apenas demonstra que a sociedade brasileira, como um todo, e, consequentemente, os deputados e senadores que compõem as casas legislativas, carregam consigo uma herança histórica de intolerância e desrespeito às diferenças, impedindo-lhes de abrir mãos de privilégios em prol da proteção cultural e jurídica dos índios.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notória a precariedade da realidade jurídica à qual os povos indígenas são subjulgados. Ainda que as novas legislações do nosso ordenamento caminhem para a efetivação de direitos e garantias justas na interação do índio com a sociedade, é importante o entendimento de que as necessidades dos povos nativos não se restringem a proteção jurídica e integração à comunidade nacional. Pelo contrário, percebe-se, hoje, que a simples assimilação do índio aos costumes da massa populacional simboliza a descaracterização da sua identidade cultural, traço marcante da nossa história e essencial para a manutenção de tradições centenárias.

Os direitos e proteções que hoje são previstos a esses povos não remetem a uma imagem de fraqueza e submissão aos grupos dominantes, mas evidenciam sua força e a importância de preservar sua cultura. A necessidade de lhes oferecer proteção e segurança jurídica parte, portanto, do apoio à diversidade cultural, étnica e racial, e não de uma suposta incapacidade relativa, a qual supõe que os índios não têm total discernimento para tomar decisões que produzam efeitos jurídicos civis e responder de forma autônoma pelos próprios atos.

Mostra-se, portanto, incoerente a propagação dessa relativa incapacidade indígena, prevista pelo Código Civil de 1916, e que ainda deixa rastros na política integracionista do Estatuto do Índio, por exemplo. Se a própria Constituição Federal reconhece-lhes aptidão para ingressar em juízo na defesa dos seus direitos, porque negar-lhes a capacidade plena de responder pelos próprios atos perante a vida civil? Uma vez conferidos direitos amplos e possibilitada a interação das comunidades indígenas com as demais comunidades, respeitando-as e assumindo-as com suas peculiaridades, mais naturalmente ocorrerá o crossing-over entre esses povos e maior será a autonomia civil dos índios.

É inegável que determinados povos, dentre os quais se incluem os indígenas, devem receber um acompanhamento especial pelos órgãos governamentais, justamente considerando suas particularidades, mas isso não pode significar a restrição à sua plena capacidade de exercer os atos da vida civil, tampouco implicar o abandono de suas raízes culturais e históricas. O controle exacerbado desses atos tende a acarretar efeito reverso ao pretendido, tolhendo muito mais direitos do que lhes conferindo.

O mais eficaz é proporcionar às comunidades indígenas os devidos esclarecimentos necessários acerca dos negócios jurídicos, apresentando suas variáveis e seus riscos, e, obviamente, assistindo-os em tantos atos quanto forem necessários, para garantir sua real proteção, medida para a qual a atuação do Ministério Público, conforme constitucionalmente previsto, mostra-se essencial.

Além disso, é de suma importância a alteração das legislações arcaicas e ultrapassadas que regulamentam a temática, notadamente o Estatuto do Índio, a fim de garantir maior segurança jurídica, de maneira

compatível e respeitosa à Constituição Federal, e evitar conflitos de interesses baseados em normas divergentes no ordenamento jurídico pátrio.

O território brasileiro é marcado pela pluralidade étnica e cultural dos povos que compõem o cenário nacional. A defesa da diversificação cultural é, destarte, imprescindível até mesmo para o fortalecimento da imagem do Brasil em âmbito internacional. É em prol disso que os textos legislativos vêm buscando medidas institucionais que usem cada vez menos da subordinação e cada vez mais da tolerância. Embora se reconheça que a luta indígena no sentido da conquista de direitos que garantam a manutenção da sua identidade cultural seja difícil, trata-se de uma luta que interessa não apenas à população indígena, mas toda a sociedade brasileira que defende a preservação das heranças históricas do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Francisco; CARPI, Lúcia; VENICIO RIBEIRO, Marcus. **História da Sociedade Brasileira**. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1996.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO, Ana Valéria Nascimento. Direitos culturais dos povos indígenas – Aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana. Os direitos indígenas e a Constituição. Brasília: Núcleo de Direitos Indígenas, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

BARRETO, Helder Girão. As disputas sobre direitos indígenas, In: Seminário de Direito Ambiental, 5, Rio Branco. **Anais do Seminário de Direito Ambiental**. Rio Branco: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

BELFORT, Lúcia Fernanda Inácio. **A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica.** Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2006. 139 f. Dissertação (Mestrado em direito).

COSTA, Alexander Seixas da; ROMANO, Marcus Vinicius Bacellar. **O regime da capacidade civil dos indígenas.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a02ae7ab4105c505>.

GOMES, Orlando. **Código Civil – Projeto Orlando Gomes.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito, **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 2000.

PASCUAL, Alejandra. A construção do dialogo entre os diferentes: base da democracia e da plena realização dos direitos humanos. In: Congresso de Pós-graduação de Pesquisa em Direito (CONPEDI), 13., 2004, Florianópolis. **Anais do XIII Congresso de Pós-graduação em Direito (CONPEDI).** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

RODRIGUES, Barbara. **Os direitos dos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://barbarabrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/148892570/os-direitos--dos-povos-indigenas-no-ordenamento-juridico-brasileiro>.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos.** São Paulo: Peirópolis, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Editora Juruá, 1998

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil – Volume I – Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2010.

A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES E O ENGESSAMENTO DAS JURISPRUDÊNCIAS NA PERSPECTIVA PROCESSUAL CIVIL

Ana Mozzer Silva Santos
Diana Keila Nascimento dos Santos
José Bruno dos Santos Matos
Yone Oliveira dos Santos

1 INTRODUÇÃO

A função principal deste trabalho é analisar a Teoria dos Precedentes, sua aplicabilidade e utilidade no âmbito processual, observar se a sua utilização ocasiona uma celeridade ou morosidade no andamento dos processos, bem como sua relação com o fenômeno do engessamento das jurisprudências, que pode ter sido ocasionado pelo advento da supracitada norma atualmente em vigor. Será também comparado a referida teoria dos precedentes aplicáveis na legislação brasileira com outras legislações, demonstrando se há semelhanças ou divergências, e em que é possível o aprimoramento da mesma.

O presente tema é de grande relevância para a área do direito, pois seu estudo aborda uma temática atual e contemporânea no âmbito processual civil. O supracitado assunto é importante para aprimorar os conhecimentos acerca do novo método de julgamento utilizado por magistrados em todo Brasil, em virtude da mudança ocorrida com o

advento do Novo Código de Processo Civil. É perceptível a necessidade e utilidade de se conhecer melhor sobre o sistema jurídico Common Law, do direito americano, que está sendo difundido nos tribunais brasileiros, tendo-se em vista que o aprimoramento do conhecimento e a busca por novos aprendizados se faz útil no cotidiano de todos aqueles que buscam o ramo jurídico.

Fundamentando-se no exposto, percebe-se a importância do assunto em testilha, pois é preciso delimitar a correta aplicação dos precedentes judiciais, além de conhecer como se dá a referida prática para que, futuramente, haja a possibilidade de um aperfeiçoamento cada vez maior no judiciário brasileiro e uma maior aplicabilidade da justiça coesa e igualitária para todos. Ainda será possível levantar questionamentos acerca do real significado da inserção da força obrigatória dos precedentes, bem como se esta medida foi coerente, proporcionando uma celeridade no andamento processual, ou se a mesma fora colocada como um empecilho que dificulta o seguimento do processo e causando uma morosidade que poderia ser evitável.

Este documento científico fora produzido com a utilização de métodos de natureza qualitativa, aplicada e com objetivo explicativo, tendo-se em vista que busca explicar e esclarecer conceitos lógicos e sociáveis, com meios de pesquisa aplicada, objetivando gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigidos à solução de problemas específicos. Para enriquecimento da discussão, foram usados estudos bibliográficos, tornando possível uma abordagem histórica e cultural do referido assunto, além de método comparativo, ao utilizar a doutrina norte-americana como embasamento para teorização do supracitado trabalho, além de método dialético, que busca identificar os conflitos e as contradições envolvidas quanto a força obrigatória dos precedentes americana em contrapartida com a brasileira.

Pode-se ressaltar ainda que a presente obra de pesquisa nas áreas humanas e sociais permite um entendimento mais amplo sobre o assunto, abrangendo, dessa maneira, o campo do conhecimento científico. Por fim, com a utilização do método qualitativo, o pesquisador é desafiado a analisar os comportamentos das ações sociais e analisar o critério subjetivo de diversos autores a respeito de diferentes assuntos

do cotidiano, como no caso, analisar os diferentes pontos de vista acerca do advento da força obrigatória dos precedentes no Novo Código de Processo Civil.

Trata-se ainda de pesquisa tanto descritiva quanto explicativa, pois possui como principais objetivos descrever e explicar o conteúdo que está sendo trabalhado. Tem ainda, como objetivos específicos: descrever o que é a Teoria dos Precedentes, sua aplicabilidade e funcionalidade; informar se a utilização da referida teoria ocasiona em uma celeridade ou morosidade no andamento processual; comparar a supracitada teoria com a legislação americana, demonstrando se há semelhanças ou divergências, e possíveis aprimoramentos para a mesma.

Todavia, com a aplicação do Novo Código de Processo Civil foi incorporada a referida Teoria dos Precedentes, de modo que o entendimento no âmbito dos tribunais se reveste de um caráter obrigatório, sendo até mesmo vinculante perante as demais instâncias. Dessa forma, as decisões proferidas em instâncias superiores devem ser acatadas pelos demais juízos, que adotam tal entendimento para futuras situações semelhantes. A mencionada teoria possui uma série de mecanismos falhos que podem acarretar numa sobreposição de erros sucessórios; e o que outrora deveria servir como fator de celeridade processual, pode passar a ser um coeficiente causador de morosidade no andamento dos processos.

Por conseguinte, diante do exposto, deve-se ser questionada, como principal problemática, o fato de que, ao trazer a força obrigatória dos precedentes vinculantes em seu contexto, o Novo Código de Processo Civil acaba proporcionando um avanço no direito processual civil brasileiro? Tal questionamento será discutido no decorrer de todo trabalho, bem como as nuances que envolvem a temática geral.

2 O QUE É A TEORIA DOS PRECEDENTES?

2.1 Definição e aplicabilidade

Em 18 de março de 2016 entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil, instituído sob a Lei Federal nº 13.105/2015, com relevantes alterações introduzidas pela Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. Com o advento desse Novo Código de Processo Civil, bem como alte-

rações e modificações realizadas no mesmo, abriram-se diversas questões e debates a serem discutidos, entre eles, a implementação da força obrigatória dos precedentes vinculantes. Para melhor análise, deve ser observado o disposto no Novo Código de Processo Civil.

Acerca da questão, o NCPC, no artigo 927, determina que:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A Teoria dos Precedente, inserida no ordenamento brasileiro, faz com que o entendimento sufragado no âmbito de tribunais se revista de um caráter obrigatório e vinculante às demais instâncias; dessa forma, um julgado poderá ser utilizado como precedente para outros, a depender do caso fático, das relações existentes e da singularidade entre ambos.

O precedente é definido como uma decisão judicial prolatada em um determinado caso concreto e que possui a capacidade de influir em decisões futuras tomadas em situações de matéria fática semelhante, como supracitado. Ocorrerá, especialmente, no âmbito dos tribunais de segundo grau (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça) e também nos superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), uma vez que estes adotarão o entendimento que prevalecerá em determinada situação utilizando de seus efeitos para o futuro.

De acordo com Michael Rubenning, pode-se afirmar que:

> A formação dos precedentes está intimamente ligada com os fatos relevantes que envolverem o pleito em apreço. Sabe-se que, quando um tribunal julga determinada questão, o acórdão proferido poderá abranger vários assuntos e fatos tratados na demanda, sendo alguns deles revestidos apenas de um caráter acessório ou complementar e já outros sendo, verdadeiramente, relevantes para o deslinde da questão. Tecidas as análises necessárias, logo em seguida, no bojo do julgamento, inicia-se um raciocínio lógico-jurídico por meio do qual se consolidará toda a motivação do julgado para, ao fim, tomar-se a decisão. (RUBENNING, 2017, S/P)

Dessa forma, é sabido que o precedente será composto apenas por fatos relevantes à causa, que possuam correlação e que auxiliem na resolução da demanda judiciária, para que dessa forma, os julgados possam vir a ser facilmente aplicados.

Neste ínterim, torna-se dever dos tribunais a uniformização de suas jurisprudências para que, ao formarem seus enunciados e súmulas, atenham-se às circunstâncias fáticas. Conforme descrito no próprio Código de Processo Civil atualizado:

> "Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
>
> § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
>
> § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação." (CPC 2015)

Ainda sobre os precedentes, pode-se avaliar o descrito pelos irmãos Mateus Vargas Fogaça e Marcos Vargas Fogaça, que discorrem que:

> O estudo do modo de utilização do precedente, com a finalidade de decidir casos atuais, embasando-se em decisões tomadas em casos semelhantes do passado, mediante a adoção de téc-

> nicas de identificação da experiência comum ou de questões semelhantes entre os casos, encontra-se na base dos sistemas jurídicos da common law. (FOGAÇA, et al. 2015, p. 511)

Demonstrando dessa forma o comparativo existente entre a utilização da teoria dos precedentes no ordenamento brasileiro com o já utilizado sistema jurídico Common Law nos Estados Unidos e demais países norte-americanos. Desta forma, há o questionamento a ser feito sobre a aplicabilidade de tal teoria, relacionando com os demais sistemas jurídicos já existentes para que, desta maneira, possa vir a ser encontrados vícios no referido sistema ou até mesmo vantagens para a legislação e para o andamento processual.

2.2 Funcionalidade no âmbito processual civil

Sequencialmente, antes de adentrar em questões aprofundadas a respeito do tão mencionado Sistema de Precedentes, cabe salientar a funcionalidade do mesmo no âmbito geral do direito, sendo trabalhado no presente artigo principalmente na perspectiva processual civil. O grande questionamento acerca do aludido sistema é se este passa a ser o paradigma apenas do processo civil, tendo-se em vista que o artigo 15 do Código de Processo Civil esclarece que na ausência de normas que regulamentem os demais processos, utilizar-se-ia o próprio. Desta forma, o Sistema de Precedentes poderia ser utilizado também no que diz respeito aos processos do trabalho, administrativo ou tributário?

A inserção do Sistema de Precedentes no novo Código de Processo Civil teve como principal objetivo fazer com que houvesse coerência e/ou integridade nas decisões judiciais tomadas, sem que destoassem de outras decisões anteriormente prolatadas sobre o mesmo tema e que, por conseguinte, envolvessem as mesmas circunstâncias fáticas. Foi visado conferir uma maior segurança jurídica, bem como estabilidade à sociedade, como se vislumbra a partir da leitura dos artigos 926 e 927 do CPC:

> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; II os enunciados de súmula vinculante;
>
> III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional;
>
> V a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
>
> § 1o Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.
>
> § 2o A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
>
> § 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
>
> § 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Ao que se percebe do entendimento do senso comum a respeito do Sistema de Precedentes, observa-se que ocorre uma comparação ao sistema Common Law adotado nos países americanos, contudo, este sistema trata-se de algo complexo e abrangente, no qual se é necessária a compreensão acerca do caso em análise, devendo haver coerência, integridade e racionalidade suficientes para que se torne

ponto de partida para discussões e teses jurídicas auferidas pelas partes, para que desta forma, possa tornar-se padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do judiciário, para que apenas posteriormente possa vir a se tornar um precedente, o que não se assemelha em nada ao Brasil e o que tentam aplicar no Judiciário do país. O supracitado sistema americano é dotado de uma democracia única, a qual não dispõe o judiciário brasileiro.

2.3 Morosidade ou celeridade?

Além de todo exposto, o Poder Judiciário Brasileiro ainda sofre com um problema nítido, visto e sentido tanto por aqueles que trabalham no âmbito judicial quanto pelos que necessitam deste. Trata-se da morosidade processual que acaba por obstruir a justiça e a aplicabilidade do direito, ocasionando em um abarrotamento de processos e um descontentamento geral da população que busca o judiciário para dirimir seus conflitos e que aguardam soluções práticas e rápidas.

Além do abarrotamento dos processos, que causam uma morosidade no sistema judicial, há também outros diversos fatores determinantes para a ocorrência da lentidão dos julgamentos; a questão do sistema judiciário ser utilizado para resolver todos os problemas sociais existentes é um desses fatores, sendo que muitos deveriam estar sendo tratados pelos órgãos do governo, sendo resolvidos administrativamente, o que raramente acontece, passando a obrigação portanto ao mesmo, o que acaba aglomerando ainda mais o trabalho do próprio judiciário, havendo ainda uma grande inércia por parte da população, que não se manifesta frente aos erros administrativos, e acaba ocorrendo injustiças diversas frente ao calar da população. Devido ao acúmulo de processos, consequentemente, há pessoas com sobrecarga de serviços e indisposição para o trabalho, podendo este ser um dos fatores a responsabilizar os erros judiciais.

Eis que o Sistema de Precedentes fora instaurado no judiciário brasileiro, visando solucionar tais problemas que descontentam a população em geral, buscando desta forma garantir a efetivação da prestação jurisdicional e a concretização do tão sonhado acesso à justiça,

tendo-se em vista a inúmera discrepância existente entre a tomada de decisões pelos tribunais em casos de direitos similares ou até mesmo idênticas. Com o referido sistema, acredita-se que serão efetivados os princípios da segurança jurídica, obrigando os juízes a utilizarem as mesmas decisões anteriormente proferidas por tribunais diversos em casos semelhantes; o princípio da celeridade, tornando os julgados mais rápidos e decisivos em virtude de vislumbrar o que fora já julgado anteriormente; bem como o princípio da isonomia, assegurando a igualdade perante as tomadas de decisões, julgando todos de maneira igual e uniforme, de acordo com cada caso.

Não há dúvidas que a aplicabilidade de precedentes, acima discorrida, vêm tratar da efetivação do princípio da celeridade e da segurança jurídica, como supramencionado, contudo, toda a discussão possui como enfoque principal a justiça, e como esta é aplicada perante a sociedade. Afinal, qual seria o verdadeiro motivo de tentar aprimorar o judiciário brasileiro, aplicando um sistema diferente do convencional (que não satisfazia a demanda jurídica), senão o desejo de melhorar a forma de aplicar a justiça e a igualdade perante os demais indivíduos da sociedade?

Para Hans Kelsen (2011), embora haja problemas na justiça, estes não estão ligados somente ao âmbito do Sistema Judiciário, é demonstrado que há, sem dúvidas, inúmeras dificuldades que impedem o efetivo acesso desta dentro do contexto sociocultural; em sua obra, "O Problema da Justiça", o referido autor utiliza da sociologia para evidenciar que o conceito do que seria justo ou injusto, na perspectiva de cada pessoa varia de acordo com o meio em que a mesma está inserida; o autor, nesta mesma obra, define a justiça da seguinte maneira:

> A justiça é uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos. Em primeiro lugar, de um indivíduo. Diz-se que um indivíduo, especialmente um legislador ou um juiz, é justo ou injusto. Neste sentido, a justiça é representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral. (KELSEN, 2011, p. 3)

Sendo assim, a justiça seria uma conduta moral do indivíduo, e os sistemas de justiça seriam, por conseguinte, meios de assegurar que os direitos sociais fossem respeitados uniformemente entre todos os cidadãos, sem distinção alguma. Cumpre salientar ainda que, embora a mesma seja relativa, é um direito de todos os indivíduos, e um dever dos sistemas judiciais, que devem sempre visar o aperfeiçoamento da própria justiça perante a sociedade. Sob essa perspectiva, fora instaurada, no novo Código de Processo Civil, a obrigatoriedade da utilização do Sistema de Precedentes, para que desta forma, houvesse o referido aperfeiçoamento no judiciário brasileiro.

Embora seja nítido o fato de que o novo sistema trazido intrinsecamente pelo Código de Processo Civil busque uma celeridade e uma melhoria no âmbito do judiciário, não se pode afirmar veementemente que se existe uma efetividade na ação descrita. Inicialmente, para que haja uma efetivação do direito, é necessário que o juiz, ao decidir por aplicar ou afastar um determinado precedente, fundamente suas decisões de forma coerente e em concordância com a legislação vigente, não apenas aplicando pela verossimilhança entre casos, ou pelo contexto fático ser equivalente.

2.4 Engessamento das jurisprudências

Como se percebe, embora as intenções de melhorias no sistema judiciário brasileiro sejam aplicadas com uma visão benéfica, há diversos pontos que, em contrapartida, acabam por prejudicar ainda mais o referido sistema. No que tange ao engessamento das jurisprudências, também tratado como temática do presente trabalho, deve-se atentar que, ao utilizar o Sistema de Precedentes para dirimir conflitos judiciais, é perceptível o engessamento ou a solidificação das jurisprudências no que tange à resolução de problemáticas.

Insta salientar que jurisprudências são termos jurídicos que se tratam de conjunto de decisões, aplicações e interpretações das leis feitas pelo Poder Judiciário, sendo utilizadas como embasamento para outras decisões, são tratados também como precedentes, porém, não obrigatórios, ao contrário daqueles que foram discorridos no presente estudo.

O termo "engessamento" das jurisprudências decorre em razão de que uma vez que se tornam precedentes, as jurisprudências passam a ser vistas de forma obrigatórias e devem ser utilizadas em julgados semelhantes, como visto anteriormente. Tendo-se em vista que o judiciário é passível de falhas, a utilização de tais precedentes sem questionamentos ocasionaria em um prejuízo às partes de um determinado processo, indo de encontro a função essencial, que é a busca da justiça e igualdade. E, embora haja maneiras de modificar precedentes que contenham erros e incoerências, o processo tornar-se-ia trabalhoso e demorado, ocorrendo por tanto a morosidade discutida no tópico anterior.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, após toda explanação acerca do Sistema de Precedentes, percebe-se que o legislador buscou essencialmente trazer para o judiciário uma solução para os empecilhos enfrentados por este, seja na questão da segurança jurídica ou na morosidade processual. Visto a quantidade de processos, gerando um abarrotamento no sistema judiciário, era necessário tomar-se alguma atitude para que tal problema fosse dirimido, uma vez que estes mesmos que correm pelos tribunais encontram-se em um desenvolvimento paulatino, o que acaba por prejudicar ainda mais os cidadãos que buscam a justiça e a igualdade; os princípios estão sendo desrespeitados, sejam eles processuais, penais, constitucionais ou até mesmo humanos; não há como se negar o atraso vivido pela justiça do século XXI.

Cabe ressaltar ainda que há um descompasso enorme entre o Sistema brasileiro de Justiça e a realidade socioeconômica em que atua; que o crescente protagonismo de juízes e promotores numa sociedade tão iníqua como a brasileira torna o Sistema de Justiça vulnerável a diversos erros judiciais; deve-se então dizer que todo e qualquer jurista, sendo ele juiz, promotor ou advogado, deve buscar sempre a justiça, inobservando as diferenças étnicas, raciais, ou socioculturais de cada indivíduo, tratando todos com equidade e respeitando aquilo que for mais justo, e caso algum dia o direito entre em conflito com a justiça,

deve-se sempre lutar pela justiça, pois o primeiro nada mais é do que um meio para obtenção da segunda. Para solucionar os problemas sociais mencionados seriam necessárias intervenções estatais fortemente vinculadas a ideais compromissados com a população, com políticas públicas mais eficazes e coerentes com cada realidade social, para que dessa forma, diminuíssem os acúmulos de processos e que tornassem a sociedade menos vulnerável às indiferenças e aos paradigmas preconceituosos.

Dito isto, não há o que se dizer da funcionalidade do Sistema de Precedentes na atual sociedade brasileira, uma vez que, embora devessem ser tomadas atitudes quanto aos problemas encontrados, o referido sistema que visa apenas "imitar" outros, como o norte-americano, não deveria ser adotado no Brasil, observando as necessidades e anseios da população; percebe-se a falta de compromisso com os indivíduos da sociedade, e que toda e qualquer modificação a ser realizada tem de ser voltada para estes, fundamentalmente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **NCPC – Novo Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. 6. Ed. Brasília, DF: Senado, 2015.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, jul./dez. 2015.

HART, Herbert. **O conceito de direito**, 5.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. – 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MARTINS, Heloisa Helena T. de Souza. **Metodologia qualitativa de pesquisa**. São Paulo, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ep/v30n2/v30n2a07/pdf. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

RUBENNING, Michael. **Decifrando o novo CPC: a teoria dos precedentes**. Disponível em: https://micrub.jusbrasil.com.br/artigos/317096689/decifrando-o-novo-cpc-a-teoria-dos-precedentes. Acesso em: 04 de março de 2018.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc. Acesso em: 26 de março de 2018.

OS DESDOBRAMENTOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL: ASPECTOS JURÍDICOS DOS CONFLITOS FAMILIARES EM TEMPOS DE PANDEMIA

Fabiana David Carles
Diego Marques Gonçalves

1.INTRODUÇÃO

Abordar a Síndrome da Alienação Parental (SAP)[23], apresenta-se como uma demanda permanente, pois tem-se verificado que as relações interpessoais estão cada vez mais complexas e dinâmicas. Portanto, emerge a seguinte problemática para estudo: como interpretar e aplicar a legislação adequada aos casos de SAP de forma pertinente quando um evento atípico altera as regras de convívio social?

Isto posto, se apresenta imperioso romper com a abordagem ortodoxa dos institutos legais e trazê-lo para um diálogo mais franco e aderente à realidade social subjacente. Porquanto mais fundamental é aproximar a demanda do objeto demandado, bem como os demandantes da compreensão do que, na verdade, desvendar aqueles elementos ocultos da relação processual por eles travadas. A partir deste contexto, pode-se abrir o caminho para o diálogo e cooperação entre as partes.

23 Vale destacar que, no decorrer do artigo, iremos referenciar esta síndrome apenas pela sigla SAP.

Este fato se apresenta como substancial para pensar o direito sob um olhar que reflita o outro e seu contrário: em outras palavras, também seu dever, ambos reflexos e permanentes. Em virtude disso, cuidar das discussões sobre os efeitos, direitos e deveres, contidos no diploma legal da SAP – no âmbito das novas demandas advindas com a pandemia causada pela COVID-19 – não se apresenta suficiente, pois quando o contexto das relações interpessoais se altera, suas repercussões demandam a rediscussão dos ora referidos direitos e deveres, bem como dos diálogos por eles estabelecidos. Um novo ator entra em cena e os seus efeitos nessas relações ainda são desconhecidos, portanto, eivados de singularidades.

Para estruturar os argumentos contidos nesta breve abordagem, fez-se uma pesquisa relativa ao tratamento que a *praxe* jurisprudencial brasileira tem adotado nos casos de verificação de ocorrência da SAP, partindo-se primeiro das interpretações da legislação própria e, posteriormente, passando à apreciação de um conflito envolvendo, dentre outros fatores, a caracterização da SAP. Vale ressaltar que a pesquisa jurisprudencial foi realizada no site Jusbrasil e que, para selecionar dois julgados sobre esse instituto pós promulgação da lei, utilizou-se como palavras-chave a "Jurisprudência sobre a Síndrome de Alienação Parental e a Lei n. 12.318/2010". E, para perquirir em relação as discussões sobre os efeitos da COVID-19 na SAP, utilizou-se as palavras-chave "jurisprudência sobre a síndrome da alienação parental e a pandemia da COVID-19", dos quais fora selecionado um para análise.

Desse modo, o objetivo geral do artigo foi traçar um estudo hábil a descrever as características das relações utilizadas como fundamento para o conteúdo presente na legislação que trata da SAP, bem como a compreensão, mesmo que superficial, seus aspectos patológicos, para então testar as hipóteses elaboradas e acessar algumas constatações que não pretendem e nem tem por escopo encontrar respostas imutáveis e universais, tendo em vista que estas são antagônicas para uma ciência social aplicada como é o caso do Direito.

Com efeito, optou-se por tratar do tema partindo-se de um panorama que, em regra, pressupõe a ocorrência da SAP. Após isto, seguiu-se para a análise dos efeitos legais-práticos-psicológicos ad-

vindos do fim de alguns relacionamentos, chegando ao estudo dos fundamentos da edição e promulgação de Lei de Alienação Parental, analisando sua aplicação em duas perspectivas concebidas aqui como hipóteses, quais sejam: (a) o emprego e interpretação da supramencionada legislação dentro de um contexto social permeado de fatos e demandas "comuns"; (b) a verificação e desmistificação de "como" utilizar o mesmo arcabouço legal para atender e examinar a querela cujo fundamento se assenta na mesma concepção prática-dogmática, mas depara-se com uma conjuntura social imprevisível, capaz de modificar diversas interpretações sobre os aspectos de limites de garantia da efetivação do direito posto, como no caso da pandemia da Covid-19 que assola o mundo.

Por conseguinte, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, que deve ser aplicado enquanto instrumento de pesquisas que partem da utilização de uma teoria para a antecipação ou compreensão de fenômenos particulares – neste caso, parte-se da constatação da existência da SAP para analisar jurisprudências selecionadas dentro de um arcabouço muito vasto – a fim de alcançar ideias dotadas de maior amplitude. O referido método permite ao pesquisador elaborar diversas hipóteses e proceder ao falseamento das mesmas, a fim de confirmá-las ou não no decorrer da pesquisa. Enquanto instrumentos metodológicos, foram utilizados doutrinas, jurisprudências, sentenças, pareceres, pesquisas realizadas por órgãos especializados e casos práticos já implementados que contribuam com os objetivos do estudo.

Constatou-se que o Direito deve esclarecer, tendo em vista que a demanda por uma efetividade de característica pragmática não é atual. Parte-se do pressuposto de que, uma vez que o belo discurso sobre Direitos Humanos se tornou inócuo, o que se busca é a experimentação desses direitos, já que os "belos" textos e discursos não acalentam mais uma sociedade que clama por Justiça, que deve ser aplicada de acordo com as singularidades e especificidades do espaço e do tempo onde se encontra e cuja concretude não necessita de mais e mais intelecções eruditas acerca de seu conteúdo: apenas uma Justiça que seja justa, quando racional é real e o real torna-se racional no processo de objetivação do espírito subjetivo por meio do Estado, não

enquanto submisso a ele, mas sim enquanto este cumprir com suas funções institucionais.

2. A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL ENQUANTO DOENÇA

Para abordar o problemática da alienação parental como doença restringiu-se o estudo a três fontes, quais sejam: uma reportagem publicada no Instituto Brasileiro de Direito de Família que relata o ponto de vista médico dos efeitos da referida ação no ambiente familiar, somada a um trabalho que aborda um judiciário que "administra" os conflitos contaminados pela SAP. Por fim, a partir de um trabalho e pesquisa no site do Governo Federal houve o redimensionamento para outro cujo arquivo disponível versava sobre a judicialização da vida contemporânea. Vale ressaltar que todo o caminho do processo de pesquisa foi pautado na utilização das palavras-chave "Síndrome da Alienação Parental e a visão da medicina".

Ante o contexto acima descrito, se apresenta indispensável registrar que a SAP foi adicionada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID -11), da Organização Mundial da Saúde. Não obstante, a atualização feita na Assembleia de 2019 da referida organização entrará em vigor apenas no dia 1º de janeiro de 2022. Deve-se levar em consideração que o lapso temporal para referida lista passar a vigorar tem por objetivo o processo de adaptação/adequação dos países para utilizá-la.

Mas afinal, qual a relevância das informações supramencionadas para o objeto de pesquisa? A resposta à indagação apresentada foi explorada pela psiquiatra, professora doutora Marcia Regina (2018), que esclareceu a relevância desse fato com fulcro nos seguintes argumentos:

> IBDFAM: A "ALIENAÇÃO PARENTAL" OU "ALIENAÇÃO DOS PAIS" ESTÁ INCLUÍDA NO CID 11 SOB UMA SUBCATEGORIA: QE52.0 CAREGIVER-CHILD RELATIONSHIP PROBLEM. QUAL É O IMPACTO PRÁTICO DISSO PARA DIAGNÓSTICOS CLÍNICOS?

> Márcia Gonçalves - O CID-10 foi lançado em maio de 1990. Ainda segundo o site das Nações Unidas, o CID-11 reflete as mudanças e os avanços na Medicina e Tecnologia que aconteceram de lá para cá. A estrutura de codificação e ferramentas eletrônicas foram simplificadas, para permitir que o profissional possa registrar os problemas de maneira mais fácil e eficaz. A nova classificação conta com 55 mil códigos únicos para lesões, doenças e causas de morte versus 14.400 da CID-10. A partir disso, a associação da Lei 12.318/2010, no que diz respeito a SAP (QE52) tem como objetivo a proteção da criança e do adolescente, buscando medidas protetivas nos casos de Alienação Parental, estudada por médicos e psicólogos, no sentido de reconhecê-la como doença.

Segunda os especialistas no assunto, ao determinar a inclusão da SAP como doença na lista da Organização Mundial da Saúde, ter-se-á uma visibilidade maior do problema e ao mesmo tempo poder-se-á "cuidar" melhor de um fato social que foi por muito tempo ignorado, e quando não, considerado como uma espécie de entidade e/ou doença jurídica, "tratada" por sujeitos inabilitados para essa demanda específica, que acabaram por fazer parte de um processo no qual todo os outros objetos de discussão eram meramente legais.

> Atualmente, os Tribunais Pátrios já abordam a Síndrome da Alienação Parental como uma doença, ou seja, as decisões demonstram que a Alienação Parental afeta sobremaneira o desenvolvimento das crianças submetidas a este tipo de conflito. Com a inclusão no CID-11, naturalmente existirá uma facilitação no sentido de maior rapidez na avaliação e na aplicação de encaminhamentos para tratamento psiquiátrico e tratamentos terapêuticos (terapias psicológicas, e outros), já que o tratamento preconizado em psiquiátrica infantil são multidisciplinares. E o acompanhamento precoce pode ser benéfico para minimizar os prejuízos do desenvolvimento. (Entrevista IBDFAM, 2018. Disponível em:<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6726/Entrevista%3A+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+no+CID-11+-+Abordagem+m%C3%A9dica#>.)

Ousa-se afirmar que uma postura mais cooperativa entre as concepções das duas ciências desaguaria na quebra de "limites" dos conhecimentos que ao invés de se ignorarem, ou pior apenas contraporem, estabeleceria um diálogo interdisciplinar propício ao crescimento e amadurecimento de ambas. Se propõe aqui uma escolha pela cooperação visando o crescimento, contribuições mútuas e nunca o contrário.

Com efeito, a cultura do enfrentamento das doenças em pleno século XXI deve se dar a partir do "saber", pois uma ciência que cresce em qualidade e velocidade invejáveis não pode omitir-se acerca da consciência da existência da enfermidade, ou a sociedade permanece doente e padece. Por isso, uma vez diagnosticada a doença abre-se o caminho para duas ações essenciais, que são, prevenção e tratamento/enfrentamento.

Para psiquiatra, professora doutora Marcia Regina (2018)

> Diante da ampliação e inclusão deste transtorno para uma categoria nova, temos que pragmaticamente propiciar uma facilitação na busca de uma avaliação médica, já que pode envolver sintomas psicopatológicos e prejuízo no desenvolvimento de uma criança.
>
> Temos que observar que dentro da responsabilidade de um código internacional de doenças e causa mortis, instrumento esse onde médicos estabelecem diagnósticos e causa mortis, e respondem juridicamente por eles, caso não conduzam adequadamente o quadro, e que possuem a responsabilidade de ministrar medicamentos e fazer diagnósticos diferenciais orgânicos, bem como encaminhar após essa abordagem, para tratamentos coadjuvantes como terapias psicológicas, fisioterápicos etc, prestando assim um atendimento integral de um problema tão sério, acho estranho que a discussão seja desviada para questões que envolvam pontos conceituais categoriais ou caracterológicos do CID.
>
> A ampliação e inclusão deste transtorno no CID, bem como questões que incluem pobreza e outras situações ambientais/sociais no pacote etiológico do CID, são facilitadores para uma

> avaliação mais rápida e mais eficiente na abordagem de pessoas suscetíveis e vulneráveis que estão desenvolvendo uma patologia. No caso, por fatores ambientais.
>
> Qualquer tentativa de desvio desta abordagem para outros caminhos que não o mais retilíneo, a saber, abordagem médica, exames orgânicos, avaliação médica psiquiátrica, medicamentosa, se necessário, e daí em diante, encaminhamentos para terapias complementares e de reabilitação, é uma protelação que pode trazer prejuízos no desenvolvimento de pessoas vulneráveis.
>
> Acho que sua questão envolve a direção mais adequada para o tratamento. Sugiro que as suas buscas de atualizações, sejam observadas também pela óptica médico- científica, e não por distorções ideológicas e/ou teóricas, que não priorizam a saúde integral e rapidez no tratamento.
>
> (Entrevista IBDFAM, 2018. Disponível em:<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6726/Entrevista%3A+Alienação+Parental+no+CID-11+--+Abordagem+m%C3%A9dica#>.)

Ravasio (2012) já apresenta um olhar diferente ao relatar a preocupação com a atuação dos profissionais da saúde responsáveis pelo diagnóstico da SAP, uma vez que vislumbra uma tendência destes especialistas em importar conflitos de caráter comuns ao convívio relacional para os enquadrar nos requisitos técnicos de caracterização da síndrome.

Logo, não se pode negar que se trata aqui de uma via de mão dupla, o que requer uma postura reflexiva que promova uma análise crítica dessas demandas institucionais. A fim de evitar a estabilização de um processo de patologização, que serviria somente à produção de diagnósticos em massa, soma-se a necessidade de uma postura menos mecanicista e sensível dos operadores do Direito quando se depararem com demandas desta natureza.

Afinal, o que tem se tornado presente é o fenômeno dos discursos jurídicos, que beiram à sensibilidade característica dos mais refinados e tocantes poemas. Porém, quando estes mesmos poemas, não tão re-

finados e celebrados, acessam o sistema – leia-se as Instituições e seus gestores – a emoção natural do lirismo que relata as tristezas, traições, desilusões, medos e tantos outros sentimentos que levam famílias ao caos real é acessível pessoal e diretamente: emerge um sistema, que apesar de ser uma mera subjetivação estrutural, é composto por sujeitos que neste momento se distanciam do homem de lata.

3. O FIM DOS VÍNCULOS AFETIVOS E AS DEMANDAS JUDICIAIS MATERIAIS E EMOCIONAIS

Tratar o caos emocional e não abordar o término do vínculo conjugal ocasiona uma série de consequências, seja para os cônjuges, seja para a prole. No tocante aos primeiros, o desfazimento do liame possibilita a extinção dos deveres conjugais e a possibilidade do estabelecer um novo relacionamento. Contudo, no tocante aos frutos decorrentes desse relacionamento, as consequências podem ser graves, sobretudo em determinadas circunstâncias, quando os filhos são usados como instrumento de ofensa ao outro cônjuge. Nesta última hipótese, o cônjuge não resignado com o fim do relacionamento – ou magoado com eventuais ofensas e traições perpetradas pelo outro – incita a prole a romper com o seu genitor ou genitora, quando não age de forma sorrateira, apagando boas lembranças a respeito do outro cônjuge.

Surge, nesse contexto, a denominada Síndrome da Alienação Parental (SAP), por meio da qual um dos cônjuges promove a desqualificação do outro, sem motivo efetivo ou real. A partir do momento em que a SAP se instala no íntimo da criança ou do jovem, ele próprio começa a denegrir e desmoralizar a imagem do genitor vítima do alienante (FERREIRA, et all, 2017). Paulatinamente, os liames entre genitor e prole são rompidos, consumando o intento do outro genitor, que por vingança ou ódio pretende afastar o ascendente de sua própria descendência.

As consequências negativas não se cingem apenas ao pai (ou mãe) vítimas da depreciação de sua imagem. Outros familiares, que por algum motivo tenham vínculos mais expressivos com o genitor prejudicado, sofrem igualmente essa ofensiva, como tios, primos e avós pertencentes ao ramo familiar daquele que é alvo da alienação parental.

Desta forma, vê-se que decorrem perdas importantes para a criança alvo dessa investida, porque se desenvolve um deslocamento do infante de pessoas que integram seu grupo familiar.

Este fato pode ser verificado quando se tem acesso a parte de um processo que tramitou na Comarca de Rio Branco no Estado do Acre, quando o julgador se posicionou no seguinte sentido:

> Afirmou que as perícias já realizadas apontariam para a inexistência de atos de alienação parental, além de pontuar que a disputa pela guarda trouxera consequências psicológicas à menor, inexistindo motivos jurídicos para a realização de terceiro laudo (BRASIL,2019)

Os meios que possibilitam o afastamento do genitor de sua prole são os mais diversos possíveis, e poderão envolver desde comentários infelizes a respeito do comportamento do pai ou da mãe vítima; mudanças de endereço, visando prejudicar o acesso do ascendente aos seus filhos; o agendamento de compromissos no mesmo horário e dia no qual ocorrerá uma visita.

Infelizmente, a crônica judiciária brasileira é pródiga fornecedora de exemplos de divórcios ou dissoluções de uniões estáveis que culminaram em grandes conflitos e que, por consequência, reverberaram negativamente no equilíbrio e na saúde psicológica da prole. Em face a isso, foi publicado no ano de 2010 a lei n.º 12.318, que disciplina as sanções aplicáveis ao pai ou à mãe que exorbitam os limites do seu poder familiar e depreciam a imagem do outro, ou impedem a convivência entre a prole e o outro genitor.

Segundo o artigo segundo da lei n.º 12.318:

> 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 (BRASIL, 2010, s/p).

O objetivo pretendido pela citada lei é coibir e sancionar genitores que venham a produzir uma falsa imagem negativa a respeito do outro cônjuge, seja por vingança, seja por um sentimento de posse excessiva. Na verdade, os motivos que podem levar alguém a sabotar a imagem do genitor ou genitora em face à sua própria prole é tão variada quanto os motivos que poderão ocasionar o término de um relacionamento. Nesse contexto, traições, violência de todo gênero e frustrações poderão suscitar o rancor que redundará na depreciação do outro perante os filhos.

O término de um relacionamento transforma-se, dessa forma, num evento complexo, porque embora os vínculos e as responsabilidades entre o casal (parcialmente) se extingam, outras tantas relações persistem com seus respectivos deveres. Segundo Ferreira, Silveira, Marion e Pereira (2017), a família é um sistema formado por subsistemas menores, alguns deles extinguem-se em razão do divórcio, outros persistem. Nesse contexto, existe o subsistema parental, composto pelas relações entre pai e filhos; o subsistema conjugal, pertinente aos vínculos entre marido e mulher; e, por último, o subsistema fraterno, relativo às relações entre irmãos.

Os genitores transitam por cada um desses subsistemas, onde exercem papéis distintos. Na verdade, com o término de um relacionamento – ou até mesmo durante sua existência – cabe ao pai e à mãe diferenciar seus direitos e deveres em face a cada um desses cenários, distinguindo sua missão de genitor e de esposo (a). Se, de um lado, existem as circunstâncias inerentes à convivência conjugal, de outro, pois mais que a união estável ou casamento se extingam, persistem os deveres em face aos filhos. Por esse motivo, o velho ditado popular, segundo o qual "não existe ex-pai ou ex-mãe" é bastante adequado para demonstrar a perpetuidade dos vínculos entre genitor e prole.

Como exemplo destes conflitos gerados em consequência destas disputas por um estado de poder em relação aos filhos, pode-se citar a decisão monocrática apresentada na comarca de Cachoerinha, pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. Este julgado consiste numa irresignação por parte da mãe em relação à decisão que indeferiu seu pedido por obter a guarda e lhe concedeu direito

a visitas assistidas. É importante observar que a genitora alega nesse caso a ocorrência de alienação parental por parte dos avós dos menores, portanto prejudicando o seu direito enquanto progenitora. Entretanto, intimadas as partes a respeito do julgamento do recurso, não ocorreu manifestação nem da parte recorrida e nem da parte recorrente.

> AÇÃO DE REVERSÃO DE GUARDA. Tendo as partes sido intimadas para se manifestarem acerca do interesse no julgamento do recurso, em razão do acordo entabulado da audiência de mediação, e tendo se mantido silentes, resta sem objeto o recurso. Inteligência do art. 223 do CPC. Recurso prejudicado. (TJ-RS - Agravo de Instrumento Nº 70080514219 RS, RELATOR SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, DATA DO JULGAMENTO 29/01/2020, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL)

A instalação de um processo de alienação parental gera uma situação interessante: embora publicamente os cônjuges reconheçam a necessidade de ambos os genitores manterem o relacionamento com seus filhos, na prática, a criança sofre um rebaixamento, pois deixa de ser tratada como uma pessoa dotada de direitos para ser considerada um mero objeto, alvo do desejo de lesar o outro cônjuge. Dessa forma, as pretensões, desejos e necessidades do infante passam a ser meramente secundários num quadro em que há o predomínio do egoísmo e o desejo de ofender.

4. A MEDIAÇÃO COMO DESAFIO NA SEARA DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família reveste-se de inúmeras particularidades, por ser um ramo da ciência jurídica que envolve, preponderantemente, sentimentos e valores não aferíveis apenas monetariamente. Logo, se em outros ramos o montante patrimonial preservado ou perdido em decorrência da ruptura de uma dada posição jurídica é elemento suficiente para aferir o tamanho de um prejuízo, no direito de família

a situação ganha contornos mais dramáticos, pois não há como mensurar o tamanho das perdas que residem no íntimo dos seres humanos. Rupturas que, num primeiro olhar, podem assumir a aparência de supérfluas ou tolas, mas sob olhares diferentes ganham contornos e complexidades impensáveis e bastante sérias.

Ou seja, o término de uma união, seja ela formalizada por meio de um casamento, ou não, gera a ruptura de vínculos que não serão satisfatoriamente enfrentados mediante o modelo processual civil tradicional, formatado para discussões de cunho eminentemente patrimoniais. Em regra, os cônjuges, ao chegarem às portas dos Tribunais, nada mais fazem do que levar ao conhecimento do Estado as angústias e conflitos que não puderam ser resolvidos. No íntimo, o que desejam efetivamente é apenas e tão somente ferir ou provocar o (a) antigo (a) companheira.

Em decorrência dessa circunstância, as ferramentas que buscam uma solução consensual do litígio vêm ganhando espaço e relevância no contexto do direito de família. Dentre as possibilidades existentes, a mediação é uma das mais paradigmáticas, pois propõe um modelo que contraria a cultura estabelecida há anos na advocacia brasileira, a saber, a de uma advocacia combativa, que – segundo o ditado popular – prefere um "péssimo processo a um ótimo acordo".

Se o processo civil tradicional é hábil proporcionador de ferramentas para o enfrentamento dos argumentos contrários, não há como negar que ele ensejou a criação de uma cultura excessivamente centrada na discussão e no enfrentamento da parte contrária. Esse modelo tradicional – que ainda vige com força e prepondera no cenário jurídico brasileiro – alcançou seu limite, pois a sociedade brasileira é extremamente beligerante. Os processos judiciais das mais diversas naturezas se acumulam nas varas judiciais, gerando lentidão e prolongando conflitos que seriam solucionados rapidamente, se os interesses subjacentes fossem enfrentados.

Talvez o aspecto mais inovador da mediação consista no fato dela pretender não seja enfrentar apenas os aspectos visíveis do conflito, mas as próprias razões que ensejaram o seu surgimento. No contexto de uma lide de família, não há postura mais apropriada que essa: encarar

e desvelar os motivos efetivos da litigiosidade entre o casal, pois, enquanto eles não forem aclarados, ação após ação será distribuída junto ao Poder Judiciário. Num determinado dia, será uma execução de alimentos; noutro, uma regulamentação de visitas; após, uma ação de reparação civil contra o ex que se comportou inadequadamente.

Deste modo, atribuir ao tradicional modelo processual todas as demandas do direito de família apenas garante a continuidade de uma cultura jurisdicional de abarrotamento de processos, que trata de forma superficial demandas que envolvem seres humanos tomados por abaladas emoções, demonstrando a incapacidade do ser humano em lidar e gerenciar seus sentimentos diante de frustações.

Um divórcio ou uma dissolução de união estável nunca apagará determinadas responsabilidades, sobretudo quando da união resultarem filhos. Um lar que se desfaz sem o devido cuidado com os deveres e obrigações de cada um dos cônjuges é sempre um potencial gerador de sofrimentos para a prole, que às vezes se transforma em mero marionete em face ao ego ferido de seus genitores.

Tartuce (2018), aliás, faz importantes afirmações a respeito da capacidade da mediação ingressar no âmago do conflito:

> Na perspectiva transformativa, a principal meta da mediação é dar aos participantes a oportunidade de aprender ou mudar; a partir daí eles podem alcançar uma sorte de evolução moral ou "transformação" por meio do aprimoramento da autonomia (ou "empoderamento", como capacidade de decidir sobre os problemas da própria vida) e de "identificação" (como capacidade de reconhecer e simpatizar com a condição alheia) (TARTUCE, 2018, p. 4)

Por esse motivo, possibilitar a superação de problemas que inviabilizariam o exercício conjunto das responsabilidades dos pais, mesmo depois da dissolução da união, é algo que, a médio e longo prazo, já redundaria numa diminuição dos litígios entre as partes.

Em decorrência da importância da mediação para conflitos familiares, ganha relevância pós-graduações como a promovida pela FMP, na qual os métodos não convencionais de solução dos lití-

gios têm uma importância central e são expostos de uma maneira muito adequada.

Portanto, encerrando essa reflexão a respeito da mediação no contexto de família, destaco que somente mudanças culturais, que ocorrem a médio e longo prazo, poderão disseminar o uso amplo e generalizado dessa importante ferramenta. Incumbe ao operador do direito introduzir essas práticas no seu cotidiano, para que as partes tenham a oportunidade de dirimir seus litígios mediante o enfrentamento das causas do conflito.

5. A ALIENAÇÃO PARENTAL E COVID-19: A ANÁLISE DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E A VISÃO DE NORBERT ELIAS

Em meio ao transtorno advindo com a pandemia de COVID-19, verificou-se apresentar um breve recorte de uma decisão que comunga o permanente conflito entre as partes que demandam na seara do Direito de Família e o quanto a postura descrita acarreta mais dificuldades do que as inevitáveis. Ora, a mediação seria um caminho ideal para soluciona este problema.

Mas no sentido exposto na obra de Norbert Elias alterar os conceitos que têm influência direta no contexto cultural é um processo longo que complexo, mas de suma importância.

Para estudar a formação dos conceitos na sociedade, foi indispensável recorrer à sociologia enquanto ciência, que tem por objeto fundamental o compreender da constituição e do desenvolvimento das relações sociais, bem como de seus reflexos, já que: "Na verdade, a sociologia trata dos problemas da sociedade e a sociedade é formada por nós e pelo outros". (ELIAS, 2008, p. 13)

Note-se o seguinte contexto a ação judicial objeto de análise apresenta-se na seguinte estrutura: (a) o casal está em passando por um processo de divórcio cumulada com guarda e alimentos; (b) a guarda da criança estava com o genitora em sede de cognição inicial, mas o genitor tinha seu direito a visita garantido; (c) surge um surto pandêmico que afeta principalmente o aspecto respiratório, a criança tem histórico de doenças pulmonares; (d) a autora apresenta agravo de instrumento

pleiteando a suspensão do direito do genitor a visita nos moldes anteriormente acordados por temer prejuízos à saúde da filha; (e) a autora propõe uma forma de visita que garanta o contato do genitor com a filha adicionando medidas de segurança para garantir a saúde da mesma; (f) é atribuído a autora a prática de alienação parental por parte do réu.

Ante o breve resumo do como as partes lidaram com a demanda posta concluiu o julgador de forma lógica e ponderada, conversando diretamente com o que Elias (2008), se a sociologia trata dos problemas da sociedade e ela somos nós e os outros pode-se verificar neste caso concreto como se a formação de novos problema, por vezes, evitáveis.

> O Douto Juízo, ao fixar o regime provisório de visitação, baseou-se expressamente na proposta que a genitora fizera ao propor a demanda. Por sinal, esta proposta se mostrou bastante razoável não apenas aos interesses da filha, mas também ao direito do genitor, tanto que por isso recebeu o beneplácito judicial. Em princípio, portanto, não convence a alegação de que a genitora pratica alienação parental, dado seu interesse e também sua iniciativa em manter o convívio do genitor com a filha. Evidentemente, cabe a ela confirmar isto, cooperando ao máximo com os interesses da filha, que prevalecem sempre.

E ainda conclui:

> Note-se, assim, que não cabe condicionar o regime fixado ao fim da quarentena estabelecida no Estado de São Paulo, pois a ela não se submete o genitor, muito menos os interesses da menor. O fator determinante é a saúde da menor lembre-se, de dois anos deidade - para as circunstâncias das visitas: distanciamento materno, novo ambiente, nova alimentação etc.

Não diferente da formação dos conceitos a partir da interpretação física e química, a análise dos processos humanos e sociais deve ser aprofundada de forma a trazer compreensão suficiente que minimize os efeitos negativos da própria sociedade sobre as pessoas. Ademais, o próprio estudo destes efeitos, interpretados por Elias (2008,

p. 17) como forças sociais que compelem as pessoas, configura uma das razões fundamentais para o ensino da sociologia e para a sua investigação, de forma a dar-lhes significado e torna-las menos nocivas à vida e aos recursos.

Partindo do conceito de que as forças sociais são exercidas por pessoas sobre si e sobre outras, Elias (2008, pp. 17/18) entende que estas forças sociais são egocentricamente desenvolvidas com base nos conceitos que partem da própria pessoa e de seu grupo, excluindo as outras pessoas. Aponta ainda que é comum que as pessoas excluam a si mesmas e aos seus grupos quando desenvolvidos os pensamentos e os discursos sobre os processos sociais. O autor chama isto de "modelos de um tipo ingenuamente egocêntrico como o mágico-mítico".

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de abordada a problemática da Síndrome da Alienação Parental (SAP) e de que forma ela afeta drasticamente as partes envolvidas, vislumbra ainda que essa discussão engloba estudos com demais ciências além do Direito, traçando um paralelo entre a vida real das pessoas e o que uma lei generalista dispõe a ser realizado.

É sabido que o Poder Judiciário não consegue caminhar sozinho nas ações que envolvem o Direito de Família e o afeto, pois quando se trata de analisa e julgar sentimentos, a positividade da lei em nada garante uma tomada de decisão real, verdadeira e justa. É em razão disso que o Direito de Família apesar de ser normatizado abre lacunas para o julgamento caso a caso de forma a evitar maiores prejuízos as partes litigantes e se utiliza de profissionais multidisciplinares como psicólogos, assistentes sociais para melhor conduzir sua decisão.

Logo, em tempos normais de convivência social e familiar o Poder Judiciário trava uma batalha de difícil resolução, devido a briga de egos dos genitores e do intento de imperar a regra do mais forte, imagina em época anormal de pandemia mundial, que altera o contexto social inteiro.

Também é de sapiência que os genitores utilizam de seus filhos como joguetes na hora do rompimento da relação conjugal, pouco se importando com as consequências a serem geradas nesse infante. Não

é de se questiona como o mesmo Poder Judiciário irá se manifestar em uma época totalmente atípica em que a legislação posta é questionada por completa.

Nesse interim, é imperioso que as partes sejam elucidadas da importância da mediação por profissionais capacitados que elucidem de forma mais correta as consequências ocultas e futuras que essa litigiosidade ira se enraizar e perpetuar nessa relação e quanto o atual quadro criado pelos planos de contingência do Estado, devido ao COVID-19 irão preencher julgados com diferentes singularidades.

Cabe ainda ressaltar que todo esse contexto de vingança e ódio altera drasticamente toda essa relação pessoal, processual e cultural, pois aqui há um debate sobre direitos inerentes a pessoa humana, que ocorrem no âmbito familiar, o local em que a própria legislação positivada afirma ser o local mais propício para o desenvolvimento integral desse infante.

Quanto maior a litigiosidade, mais recursos, mais esgotamento de procedimentos judiciais, mais enfrentamentos, mais utilização de perícias, mais exposição de sentimentos, angustias e desafetos, criando um círculo vicioso de ódio colocados nas "mãos" de um Poder que visa a resolução dos conflitos, um aparato estatal que agradará apenas uma das partes, aumentando ainda mais a desavença entre as partes.

Por isso, o estado jurisdicional deve aplicar a mediação de forma clara e inevitável nesses casos de Direito de Família principalmente garantindo as partes que foi a tomada de decisão deles que pôs fim ao litígio e aos ressentimentos.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL, **Tribunal Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento nº 70080514219. Porto Alegre, 29 de Janeiro de 2020.

BRASIL. **Lei n.º 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cci-

vil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 26 de novembro de 2018.

BRASIL. **Tribunal Judiciário do Estado do Acre**. Agravo de Instrumento nº.1001100-08.2019.8.01.0000. Rio Branco: 05 de Novembro de 2019.

FERREIRA, Marilise; SILVEIRA, Jaíne Foletto; MARION, Juliano; PEREIRA, Caroline Rubin Rossato. **Alienação Parental no Pós-divórcio**: quando "se faz morrer" um dos pais. GOETZ, Everly Rosane. Psicologia Jurídica e Direito de Família – Práticas e Saberes. Curitiba: Editora Juruá, 2017.

IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). **Entrevista**: Alienação Parental no CID-11 - Abordagem médica. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6726/Entrevista%3A+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+no+CID-11+-+Abordagem+m%C3%A9dica>. Acesso em 10 de junho de 2020.

OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialización de la vida en la contemporaneidad. **Psicologia: Ciência e profissão**, v. 33, n. spe, p. 78-89, 2013. Disponível em: < https://www.scielo.br/pdf/pcp/v33nspe/v33speca09.pdf >. Acesso em 12 ju. 2020.

RAVASIO, Marcele T. Homrich . **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/8325/6116 Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS>. Acesso em: 10 jul. 2020

TARTUCE, Fernanda. **Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civill**. 2018.

REPRESENTAÇÃO DOS FILHOS POR PAIS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

Fernando Hatada

INTRODUÇÃO

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, teve sua origem na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; documento assinado em Nova York no ano de 2007 e o Brasil ratificou em 2008. O objetivo da sua criação foi de instituir um mecanismo no ordenamento jurídico que pudesse afirmar e promover, em condições de equidade, o efetivo exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, sempre projetando a sua inclusão social e cidadã (LIMONGI, 2017).

Uma das alterações de maior complexidade que a mudança trouxe para o ordenamento jurídico é em relação a capacidade civil das pessoas com deficiência, especificamente em relação as pessoas com deficiências mentais ou intelectuais. Sendo uma grande revolução (VELOSO, 2016), trazendo nova redação ao 3.º e 4.º artigo do Código Civil atual, somente menores de dezesseis anos passaram a ser considerados absolutamente incapazes no ordenamento jurídico moderno.

Com a Lei N.º 13.146/2015, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para exercer o direito de decidir sobre o número de filhos, exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais

pessoas. Nesse contexto, surgiu o interesse do desenvolvimento do trabalho. Faz-se necessário entender os limítrofes no ordenamento jurídico em relação aos direitos e deveres dos pais ou representantes legais com deficiência mental ou intelectual para com os menores incapazes.

A lei trabalha o conceito de "deficiente" com amplitude, ignorando especificidade de cada tipo de deficiência, principalmente no que tange a sua relação com capacidade, sendo mais um ponto que gera necessidade da discussão e reflexão sobre a revolução que trouxe e os possíveis impactos no dia a dia das pessoas, nesse cenário.

É apresentado o panorama histórico das pessoas com deficiência e suas relações com a sociedade, principalmente com as questões históricas de exclusão, fundadas em paradigmas e crenças religiosas e sobre como o ordenamento jurídico brasileiro tratou até então esse assunto. O instrumento de curatela foi discutido pelo seu papel em relação a interdição das pessoas com deficiência, passando a ser contornado pela Tomada de decisão apoiada.

Além do desenvolvimento teórico, entrevistas com profissionais envolvidos no cotidiano desse cenário foram realizadas. Psicóloga, Doutores em Direito Civil e Relações Sociais, Presidente do Instituto de Direito de Família de São Paulo, Desembargadores e Promotores do Tribunal de Justiça de São Paulo, contribuíram com a reflexão do tema.

Discussões acerca dos direitos e deveres dos representantes para com os representados incapazes, abordando o poder familiar e a responsabilidade, desenvolvendo um raciocínio do quão importante e preciso é discutir os impactos do tema.

Foi exposto a conexão da dramaturgia americana com o objeto do estudo, através da obra "*I am Sam*", em que houve o retrato da prática dos reflexos que a Lei N.º 13.146/2015 trouxe em relação a capacidade de pessoas com deficiência intelectual ou mental.

1. PROTEÇÃO JURÍDICA E PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Desde os tempos mais distantes da civilização, o homem é acompanhado de problemas sociais que envolvem pessoas com deficiência com inúmeras questões históricas de exclusão, fundadas em paradig-

mas e crenças religiosas. Sempre foi preciso grande esforço para serem aceitos ou sobreviverem, pois a deficiência gerava desarmonia social. Há registros que na Roma antiga, pessoas com deficiência foram usadas como objetos de prostituição ou até de humilhação para divertimento da elite a época. Infelizmente, inúmeras são as atrocidades que a história pode contar sobre o que as pessoas com deficiência foram sujeitadas (SILVA, 1987; DIAS, 2011).

Nos últimos séculos da Idade Média, associações foram criadas para ajudar aos pobres e começaram a incluir pessoas com deficiência permanente, mas enfrentaram muitas dificuldades: estruturais, sociais e principalmente a crença religiosa da deficiência como um castigo divino, sem muito sucesso da iniciativa. No período do Renascimento, o cenário não mudou. Foi no século XIX que pessoas com deficiências começaram a ser mais compreendidos, deixando de serem vistos como pessoas que precisam de abrigo e esmolas apenas. Passaram a serem vistas com alto potencial para a mão de obra no mercado de trabalho, garantindo reembolso que pudessem cobrir seus custos (SILVA, 1987; SANTANA, 2004).

No Brasil há algumas peculiaridades no meio do povo indígena, era raro encontrar pessoas com deficiência e quando havia, a origem era de acidente na selva. Estudos apontam que quando crianças nasciam com alguma, os pais sacrificavam. A evolução social de aceitação mais ampla das pessoas deficientes no meio social ocorreu, por haver em cada época, personalidades famosas que passaram por alguma anomalia congênita ou adquirida (CARMO, 1989; GARCIA, 2010).

Pelas suas constituições vigentes entre 1824 a 1987, a história mostra que o conceito de deficiência aparece de modo bem superficial e excludente. Mendes e Branco (2014) ressaltam que somente na Constituição de 1988 houve uma dose assertiva do assunto, trazendo afirmação dos direitos fundamentais focados na proteção da dignidade da pessoa e direitos como a promoção e integração à vida comunitária da pessoa com deficiência, meio financeiro de subsistência, educação de modo especializado, conforme as necessidades da pessoa com deficiência. Não se limitando somente aos deveres do Estado, mas também aos deveres da família.

Pessoas com deficiência mental foram intituladas no Código Civil de 1916, como "loucos de todos os gêneros", rótulo que sempre foi criticado pela falta de sensibilidade em relação as pessoas que precisam de mais inclusão social. A lei regulava que "loucos de todos os gêneros", estavam pelo seu artigo 446, sujeitos a curatela.

Venosa (2014) criticou tal expressão, por demonstrar total despreparo técnico em lidar com o assunto, uma visão completamente piegas e burguesa, como fruto da cultura da época. Claro que, o legislador na lei passada ao rotular as pessoas com deficiência de forma tão agressiva, não tinha por dolo ofender e marginalizar ainda mais esse grupo de indivíduos, mas sim de alguma forma tentar deixar com que essas pessoas fossem tratadas como incapazes para a vida civil, lhes desincumbindo de algumas responsabilidades.

Rosenvald (2016), explica que o legislador atuou com intuito de encontrar segurança jurídica nas relações patrimoniais. Pessoas com comportamento diferente do considerado socialmente normal, era afastada do convívio social, sendo totalmente ignorada. Assim o ordenamento jurídico começou tratando pessoas diferentes do padrão social.

Isso gerava a possibilidade de invalidar um negócio assumido por uma pessoa que houvesse alienação mental, mesmo que esta não houvesse tido a sua interdição no momento de contrair a responsabilidade assumida. Poderia a lei, ter explanado a deficiência como qualquer distúrbio que pudesse afetar a vida civil do individuo, independente do seu nível (DINIZ, 2002).

Resolução aprovada, 1975, pela Assembleia Geral da Organização das Nações, conhecida como Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes no Brasil, trouxe esclarecimentos que "pessoas deficientes" refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

Instrumentos legislativos tentaram definir o conceito de deficiência, em 1989 houve a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Decretos como o Nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 avançou na definição:

> "Art. 3.º - (...), considera-se: I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; (...) e III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida."

O Código Civil atual, conceitua "pessoa com enfermidade ou deficiência mental", expressão mais genérica ao se referir a falta de discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil, enquanto o anterior: "loucos de todo gênero" (GONÇALVES, 2011).

2. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Constituição Federal de 1988, já previa o Estado com a responsabilidade de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. No mesmo sentido, surge o estatuto para tentar promover que pessoas com deficiência também façam parte dessa sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (COSTA, 2018).

Madruga (2016) explica que em 2006 o termo pessoa com deficiência foi adotado na Assembleia Geral da ONU, partindo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência. Cientificamente é o termo correto a ser utilizado é pessoa com deficiência, substituindo outros como: "pessoa deficiente", "portador de deficiência" ou até mesmo outros mais pejorativos. O olhar para a deficiência deve ser de que é inerente a pessoa que a possuí.

Fonseca (2013), entende que as mudanças de termos ocorreram após a chegada da CF/88, para galgar as posições que libertassem as pessoas com deficiência do estigma histórico que carregam. A motivação de definição de um conceito novo, era de que deveria haver uma

ruptura com políticas fundadas em cunho tutelar e assistencialista, tirando das pessoas com deficiência o estigma de que eram coadjuvantes em todas as questões que lhe diziam respeito.

As palavras têm importantes significados na construção de novos conceitos e que é preciso sempre se atentar em como identificar um deficiente, a história já demonstrou muito aprendizado através dos erros (DIAS, 2016).

Os direitos humanos das pessoas com deficiências, historicamente, pode ser construído em quatro fases: a primeira delas é a da intolerância, onde uma deficiência poderia simbolizar o pecado e a impureza; a segunda pela invisibilidade da pessoa com deficiência; a terceira como uma fase com viés assistencialista e totalmente pautada com viés médico e biológico, onde a deficiência era vista como algo que deveria ser curado, evidenciando o individuo como um portador de enfermidade; a quarta e última, é a fase voltada para os direitos humanos da pessoa com deficiência, aquele momento em que se discute a inclusão do individuo no meio social, onde surgiu a Convenção, como um meio de resposta da comunidade internacional irrigada por uma longa história de exclusão e desumanização da pessoa com deficiência (PIOVESAN, 2013).

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York, teve ratificação pelo Brasil em 2008 e sua promulgação em 2009. A Convenção que originou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, assegurando direitos fundamentais das pessoas com deficiência, lhes trazendo algumas autonomias (LIMONGI, 2017).

Direitos estabelecidos na convenção, são mais amplos que os existentes na CF/88 e a ratificação brasileira complementa seu texto constitucional existente, traz mais deveres ao Poder Público (BIANCHINI, 2013). Em 2011, a Presidente da República, Dilma Rousseff provisionou R$ 7,5 bilhões para os 3 anos seguintes, para órgãos federais, estaduais e municipais trabalharem em prol do acesso à educação, atenção à saúde, inclusão social e acessibilidade. Criando fôlego para um projeto engavetado, chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência, voltar a discussão. Inicialmente, de autoria do Deputado Federal Paulo Paim, foi exposto ao congresso em meados dos anos 2000, reprovado (FONSECA, 2013; MARINHO, 2016).

Deputada Federal Mara Gabrili, associou o projeto de lei aos movimentos sociais que ocorriam acerca do assunto, moldando de modo que pudesse ser aprovado. Principalmente, no que tange ao objeto desse estudo, ajustes relacionados a deficiência com capacidade.

O texto final foi apresentado em 2014 e no ano seguinte, aprovado e sancionado. Fazendo surgir algumas zonas de incertezas, pela mudança do paradigma da deficiência e a alteração do regime de incapacidade. O conceito de deficiência ficou bem genérico. Considerado uma inovação, mesmo com a dificuldade que gera, acaba por beneficiar um individuo que precisa de proteção e não esteja ao seu alcance, da mesma forma beneficiando a inclusão (ARAÚJO e MAIA, 2014).

3.1 Mudanças no ordenamento jurídico

O estatuto trouxe consigo diversas modificações em leis paralelas que tratam de capacidade civil, um dos mais polêmicos, pois modificou a redação dos artigos 3.º e 4.º do Código Civil vigente, sobre os absolutamente e relativamente incapazes. Veloso (2016) esclarece:

> "O art. 3º, caput, agora afirma: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos". O inciso I passou para o caput. E os incisos II e III do art. 3º foram revogados pela aludida Lei n. 13.146/2015. Assim, não mais são considerados absolutamente incapazes os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos, e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade".

A mudança em relação a capacidade está relacionada com a ratificação Convenção da Pessoa com Deficiência da ONU, reconhecendo que as pessoas com deficiência possuem capacidade legal do mesmo modo de condições com as demais pessoas, em todos os aspectos da vida social. A Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, traz que deficiência não é um fato gerador que afeta a capacidade civil, colocando em igualdade de oportunidade à pessoa com déficit funcional, seja

ele qual for, inclusive, com um rol exemplificativo dos atos que poderão praticar, "(...) casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre número de filhos e ter acesso a informações sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; além de exercer o direito a guarda, tutela, curatela e a adoção, em igualdade de oportunidades." (LIMONGI, 2017)

Para um individuo atuar de pleno gozo dos atos civis, é necessário que seja ele reconhecido como pessoa natural ou jurídica, a personalidade jurídica é base de supra importância para o direito civil, devendo ser interpretada como um dos valores máximos no ordenamento, um modelador da vida privada (PEREIRA, 2016). Junto, está associado a capacidade, que pode ser considerada uma medida jurídica da personalidade com a finalidade de que todos estes sejam portadores de direitos e deveres para atos na esfera da vida civil.

Entendendo que a curatela esta relacionada a capacidade do indivíduo, é preciso esclarecer que a capacidade pode ser dividida em duas frentes: De Direito e de Fato. A primeira ocorre pela denominação que o indivíduo tem pelo gozo, ou seja, pela sua aquisição automática, pelo reconhecimento da existência da personalidade jurídica, já a segunda, em que obtém pelo exercício, ou seja, pela aptidão para exercitar os atos da vida civil. Pode se afirmar que a capacidade de fato presume a de direito, mas não podendo confundir com o contrário. Vale lembrar que, a capacidade plena é aquela conferida a quem preenche os dois requisitos: de direito e de fato (FARIAS e ROSENVAL, 2016). De qualquer forma, o pressuposto fático da curatela é a incapacidade (DINIZ, 2013, MONTEIRO, 1980).

A visão mais positiva em relação aos rumos que a curatela seguiu com o estatuto é a expressão interdição que deixa de existir na legislação infraconstitucional, pois antes a curatela havia se fixado como um meio de limitar questões de direitos patrimoniais e existenciais, um papel totalmente inverso, pois seu real foco deveria ser a promoção da melhor maneira possível da autonomia da pessoa com deficiência (MEDEIROS, CORREIA e SILVA, 2017).

O estatuto trouxe nova roupagem a curatela, deixa de ser exercido como vinha comumente, onde era aplicada aos deficientes mentais e intelectuais, enquanto ainda eram considerados incapazes, como um meio caminho de interdição, em que estes eram retirados do lugar de sujeito de direito e de sujeito social, gerando automaticamente uma exclusão (DIAS, 2016). Trouxe proteção de modo totalmente extraordinário e devendo ser proporcional quanto às necessidades de cada caso, com a inserção da tomada de decisão apoiada, meio pelo qual o deficiente intelectual, com sua dificuldade de exercer alguns atos da vida civil, pode eleger pessoas para que o ajudem a tomar decisões que impliquem em sua vida civil (ALVIM, 2015).

A tomada de decisão apoiada, condiciona somente poderes para mera administração de negócios e bens, ela não enseja em autorização para transferências ou renúncias de direitos, ela condiciona que esses pontos fiquem a manifestação de vontade do apoiado, com espaço nos meios jurisprudenciais discutindo sobre a temática, observando no "Agravo em Recurso Especial Nº 1.056.169 RJ (2017/0032353-9). Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira".

3. CAPACIDADE CIVIL E O ESTATUTO

No nível da ciência e da psicologia, o homem só constitui uma identidade total quando se inclui o corpo e a mente. O cérebro acaba sendo a audiência cativa do corpo, é aí que ocorrem os estímulos de reflexões, conceitos e metodologias que possuem grande significado para os mecanismos que comandam o comportamento do indivíduo (DAMÁSIO, 2000).

No Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, a deficiência mental ou intelectual, pode ser conceituada como um status de redução considerável do desempenho funcional do intelecto, estando abaixo da média, se comparado com as limitações em pelo menos dois ou três aspectos do funcionamento adaptativo do individuo no seu cotidiano, como a comunicação, cuidados pessoais, afazeres domésticos, envolvimento social, autonomia, cuidados com saúde, lazer, segurança, educação e trabalho (AGOSTINI, 2018).

Para seguir a temática do trabalho, pode ser caracterizada como uma deficiência envolvida de limitações significativas na qual o individuo, tem em seu funcionamento intelectual como no comportamento adaptativo, que se demonstra nas habilidades rotineiras, sociais e práticas, gerando uma experiência de incompatibilidade entre as competências pessoais do individuo e as necessidades que ele possui em relação ao ambiente que vive (SILVA e FURTADO, 2012; AGOSTINI, 2018).

O Promotor do Ministério Público de São Paulo Lauro Luiz Gomes Ribeiro explica (2018), que é importante sempre estar atento e lembrar que para que a capacidade civil chegasse a ser considerada como é nos dias atuais, muitas mudanças ocorreram em relação a ela. Kumpel e Borgarelli (2015) discordam, pois consideram que era um sistema protetivo e bom, que funcionava muito bem. Criticam que o direito, com a mudança advinda do estatuto acabou fechando os olhos para a falta de autodeterminação que alguns indivíduos tinham e começou a trata-los como se tivessem uma capacidade plena para interagir socialmente, em condições igualitárias com os demais.

No mesmo sentido, o Desembargador Marcelo Fortes Barbosa Filho (2018), afirma que a lei é extremamente heterogênea com muitas regras de proteção que são bem positivas até, mas que não tem técnica, é absurda na prática. O legislador colocou o deficiente intelectual em zona de vulnerabilidade.

O Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família de São Paulo, João Ricardo Brandão Aguirre, pondera, afirmando que é preciso analisar essa alteração substancial na teoria das incapacidades do código civil, trazida e promovida pelo estatuto da pessoa com deficiência, não como uma resposta única, mas por vários prismas. Sob o prisma de se acabar com aquele carimbo de que toda pessoa com deficiência é incapaz, o escopo da norma é acertado, mas entende também que existem algumas definições que trouxeram lacunas e controvérsias, algumas questões relacionadas a presunção de capacidade para qualquer pessoa que possui deficiência mental e intelectual, acabam por trazer uma tutela deficitária, porque nós temos pessoas que não tem nenhum discernimento e acabam sendo consideradas plenamente capaz ou simplesmente capazes, e não recebem a proteção que deveriam.

A Doutora em Direito das Relações Sociais e Professora em Direito de Família na Faculdade de Direito de São Bernardo, Débora Vanessa Caús Brandão entende que, a chegada da lei de inclusão da pessoa com deficiência no sistema legal brasileiro foi sim um marco positivo, pois estabeleceu definitivamente um novo modelo social em contrapartida do antigo modelo higienista. Isso é importante, as pessoas passaram a ter visibilidade, isso é fundamental, sobretudo nos direitos sociais, ao trabalho, políticos e acessibilidade. No que concerne na questão das capacidades, tem para si que foi uma das coisas mais desastrosas que poderia ter acontecido, porque tem uma visão claríssima que eles foram absolutamente desprotegidos por essa lei.

No entendimento da psicologia, Janaína Kovacs explica que a propositura do estatuto não foi tão acertada quanto as mudanças que trouxe em relação a capacidade. Entende que as mudanças geraram uma desproteção a pessoa com deficiência mental ou intelectual, ela pode ser assertiva no aspecto de deficiência física, mas gerou vulnerabilidade a quem mais precisa de proteção.

4. DIREITOS E DEVERES

O poder familiar surge com Código Civil atual, buscando dar equilíbrio de igualdade diante da estrutura familiar na educação e desenvolvimento dos filhos, o que era feito de forma contrária antes. Funciona como um meio pelo qual o filho deixou de ser um objeto de poder e passou a ser sujeito de direito, com uma prerrogativa em que os pais se firmem diante do melhor interesse para os filhos. O poder familiar não pode ser transferido por mera liberalidade a terceiros (VENOSA, 2014; DIAS, 2016).

Na linha de raciocínio, de que o poder familiar deve ser preservado, garantindo o melhor interesse do menor, na linha do que rege o estatuto, onde todas as pessoas com deficiência são plenamente capazes, surgem alguns pontos a serem discutidos quando essa deficiência é mental ou intelectual e essa pessoa venha a ter o direito e o dever de exercer o poder familiar sobre o filho menor.

Kovacs (2018), entende que a guarda de um menor confiada a uma pessoa com deficiência intelectual não pode ser considerado avanço social e jurídico. O grau da deficiência é preciso ser analisado caso a caso e como proteção ao melhor interesse do menor, não deveria ser automático como o estatuto trouxe. Cabe aos responsáveis, o papel de estabelecer meios para que a educação dos filhos ocorra, fazendo com que aprendam o uso adequado da liberdade. É totalmente indispensável que os responsáveis detenham de um preparo emocional para saber gerenciar a vida com um filho sobe sua responsabilidade, criando – os para que desenvolvam capacidades de reconhecer suas emoções e sentimentos (DILL e CALDERAN, 2011).

Os representantes legais são os responsáveis para com que os resultados na esfera civil em relação aos menores que estiverem em seu poder. A responsabilidade que devem exercer esta relacionada com o poder familiar, onde estabelece aos pais uma gama de deveres (VENOSA, 2014), o de prestar alimentos por exemplo, diante do estatuto, coloca o deficiente intelectual automaticamente em desproteção. Não há como comparar um deficiente intelectual a um físico em pé de igualdade, não distinguir um do outro é onde esta todo o erro da lei, gerando essa responsabilidade, talvez indevida (FILHO, 2018).

5.1 Ilustração prática

A dramaturgia americana, em 2002, través da obra "*I am Sam*", retratou a história de um homem com atraso intelectual (tem a capacidade de uma criança de 7 anos) que cria sua filha com ajuda de amigos (que também tem deficiências). A filha com 7 anos começa a ultrapassar intelectualmente seu pai. A proposta da obra foi gerar reflexões sobre uma pessoa com as limitações retratadas, sendo responsável por uma criança que, em breve, terá mais capacidade mental que ela.

Uma pessoa, mesmo com síndrome de down, que tem déficit cognitivo, com o estatuto partindo da premissa que todos são capazes, logo, conseguirão realizar as tomadas de decisões necessárias ao bem-estar do menor a ele confiado (BRANDÃO, 2018). Na obra, o pai não sabe lidar com a criança enquanto bebê, chora, e

muito menos tem noção de tempo para conseguir alimentar a filha corretamente.

Em outra situação, da decisão judicial para a filha ficar no abrigo, ao ser avisado dos seus direitos não consegue se contextualizar sobre as consequências daquela formalidade, conduzindo de forma desconexa. O filme abre discussão sobre o papel de pai e as responsabilidades de pessoas com deficiência intelectual, quando consideradas plenamente capazes.

5. CONCLUSÃO

O estatuto veio pelo legislador, com o objetivo de fazer com que pessoas com deficiência fossem incluídas socialmente em equidade. Ocorre que, pelas dificuldades encontradas no decorrer da análise do texto de lei, passou a ser simplesmente um texto pragmático e sem muito objetivo eficaz quanto a sua aplicação prática.

Pelas discussões teóricas e entrevistas com pessoas envolvidas no meio jurídico, tendo o tema como assunto cotidiano, quase em unanimidade pontuam críticas em relação a inovação que o estatuto trouxe, pois a modificação legal não realiza mudança na perspectiva fática dos agentes alcançados pela modificação jurídica.

O reconhecimento da capacidade absoluta de pessoas com deficiência intelectual, ainda que no mundo virtual possa lhes garantir igualdade e maior aptidão na esfera de direitos e deveres, esta, não acontece em mesma proporção na realidade fática, pois as dificuldades não são modificadas no mesmo dispairão que ocorre na modificação normativa. O dispositivo legal peca em sua parte, por tratar deficiência sem distinguir as necessidades especificas das pessoas com deficiência mental ou intelectual.

Sob o prisma de se acabar com aquele carimbo de que toda pessoa com deficiência é incapaz, é acertado, mas existem algumas definições que trouxeram lacunas e controvérsias, algumas questões relacionadas a presunção de capacidade para qualquer pessoa que possui deficiência mental e intelectual, acabam por trazer uma tutela deficitária. Há pessoas sem nenhum discernimento e acabam sendo consideradas simplesmente capazes, sem a proteção que deveriam.

Ainda que realize uma modificação de definições, não pode com isso ignorar as necessidades dos agentes por ela alcançada no âmbito de cuidado tanto psicológico quanto de saúde de forma geral, além de considerar na norma e na sua aplicação as necessidades do grupo alcançado, exemplo o qual, por vezes o discernimento e o desenvolvimento intelectual não é compatível com a idade cronológica, podendo em primeiro momento ocasionar a impressão de que o agente possuí todos os meios necessários para uma tomada de decisão consciente em relação a si a quem possa lhe ser confiada a guarda. Não verificando na vida prática tal fenômeno, pois, pessoas com deficiência mental e intelectual necessitam por vezes do amparo de familiares, profissionais ou de outros mecanismos para a compreensão ou a consciência de atos da vida cotidiana, tais como a celebração de um simples contrato de transporte ou da celebração de um contrato de serviços educacionais, com a mudança normativa não haverá mais a necessidade de qualquer amparo ou assistência para que seja celebrado qualquer ato da vida civil, gerando com efeito adverso ao pretendido maiores disposições e vulnerabilidades dos agentes tutelados pela lei. Dessa forma, a mudança normativa não alcançou a sua meta, pois acabou por gerar maiores inseguranças jurídicas.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, J.R.B. **Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família em São Paulo - IBDFAMSP**. Entrevista concedida a Fernando Hatada. SP, 17/05/18.

AGOSTINI, F.P. **A pessoa com deficiência intelectual: Limites e possibilidades para a inserção no mercado de trabalho**. In: Anuário Pesquisa e extensão UNOESC Videira – 2018. SC: UNOESC. V.3. Disponível em: < https://editora.unoesc.edu.br/index.php/apeuv/article/view/17164/9024>. Acesso: 02/05/18

ALVIM, J.E.C. **Tomada de decisão apoiada**. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 92/2015, p 83-86. Out-Dez/2015. Disponível em: <http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?!=239218&p=15>. Acesso: 02/11/17.

ARAÚJO, L.A.D.; MAIA, M. **O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. V. 86. p. 166-175, Jan-Mar/2014.

BIANCHINI, A. **Tutela Penal da Pessoa com Deficiência**. In: FERRAZ, C.V. et.al. Manual dos direitos da pessoa com deficiência. SP: Saraiva: 2013.

BRANDÃO, D.V.C. **Professora titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP**. Entrevista concedida a Fernando Hatada. SP, 17/05/18.

CARMO, A. A. **Deficiência Física: A sociedade brasileira cria, "recupera" e discrimina**. Tese de doutorado em Educação. Universidade Estadual de Campinas. SP, 1989. Disponível em: < http://repositorio. unicamp.br/handle/REPOSIP/253096>. Acesso: 05/08/17.

COSTA, B.C.F. **A Convenção de Nova Iorque e a Lei Brasileira de Inclusão: percalços e vicissitudes para a efetivação do direito fundamental à acessibilidade**. Monografia de Especialização em Direito Administrativo. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. RN, 2018. p.41. Disponível em: <http://monografias.ufrn.br/jspui/handle/123456789 /6118> Acesso: 05/05/18.

DAMÁSIO, A.R. **O mistério da consciência**. SP: Companhia das Letras, 2000.

DIAS, E. D. **Direito a pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho e o sistema de reserva de cotas**. Revista Cientifica da AJES. V.2, n.4. p.103. 2011. Disponível em: https://www.revista.ajes.edu.br/index.php/RCA/article/view/60/0>. Acesso: 17/02/18.

DIAS, M.B. **Manual de Direito das Famílias** – 11.ª Ed. SP: Revistas dos Tribunais, 2016.

DILL, M.A.; CALDERAN, T.B. **A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono**. 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/703/A+import%C3%A2ncia+do+papel+dos+pais+-no+desenvolvimento+dos+filhos+e+a+responsabilidade+civil+por+abandono+> Acesso: 14/04/18.

DINIZ, M.H. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Parte Geral**. 18.ª Ed. SP: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 28.ª Ed. SP: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de família**. 30.ª ed. SP: Saraiva, 2015.

_____. **Influência da Lei N.º 13.146/2015 na teoria das incapacidades do direito civil brasileiro**. Disponível em:< www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/5/ 2016_05_0981_1014.pdf> Acesso: 30/04/18.

FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil - Famílias**. SP: Juspodivm, 2016. V6.

FILHO, M.F.B. **Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo – 6.ª Câmara de Direito**. Entrevista concedida a Fernando Hatada. SP, 17/05/18.

FONSECA R.T.M. **O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem**. In: FERRAZ, C.V. et.al. Manual dos direitos da pessoa com deficiência. SP: Saraiva: 2013.

GARCIA, V. G. **Pessoas com deficiência e o mercado de trabalho – Histórico e Contexto contemporâneo**. 2010. Tese de doutorado em Desenvolvimento Econômico. Universidade Estadual de Campinas. SP, 2010. Disponível em: < http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/286387>. Acesso em: 05/11/17.

GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro** – V1. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

IBDFAM/MG - NELSON ROSENVALD. IBDFAM. Wvídeo. BH, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?-v=MsqgJCek2BI>. Acesso: 05/03/18.

KOVACS, J. **Psicóloga – CRP: 127931 - 6.ª Região de São Paulo**. Entrevista concedida a Fernando Hatada. SP, 17/05/18.

KUMPEL, V.F.; BORGARELLI, B.A. **As aberrações da lei 13.146/2015**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/de-Peso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+ 131462015>. Acesso 03/04/18.

LEITE, F.P.A.et al. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Saraiva: SP: 2016.

LEITE, G.S. **O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência**. In: FERRAZ, C.V. et.al. Manual dos direitos da pessoa com deficiência. SP: Saraiva: 2013.

LIMONGI, V. C. S. **A Capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal n. 13.146/2015): Reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental**. 2017. Dissertação de mestrado em Direito Civil. PUC-SP, 2017. Disponível em < https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19707 >. Acesso 05/09/17.

MADRUGA, S. **Pessoas com deficiência e direitos humanos. Ótica da diferença e ações afirmativas**. 2.ed. SP: Saraiva: 2016.

MARINHO, B. **Entra em vigor a Lei Brasileira de Inclusão. Agência Câmara Notícias**. 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias /direitos-humanos/502371-entra-em-vigor-a-lei-brasileira-de-inclusao.html>. Acesso 01/05/18.

MEDEIROS, C.A.; CORREIA, S.L.; SILVA, A. B. **A Curatela e a sua função social no estatuto da pessoa cm deficiência**. In: XII EVINCI – UniBrasil, PR. V.3, n.2, p.227-241. 2017. Disponível em: < http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/view/3411/3000>. Acesso: 01/05/18.

MENDES, G.F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. SP: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, W. B. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 19.ª Ed. SP: Saraiva, 1980.

PEREIRA, C.M.S. **Instituições de Direito Civil: Direito De Família**. RJ: Forense, 2016. V5.

PIOVESAN, F. **Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto**. In: FERRAZ, C.V. et.al. Manual dos direitos da pessoa com deficiência. SP: Saraiva: 2013.

RIBEIRO, L.L.G. **Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo**. Entrevista concedida a Fernando Hatada. SP, 17/05/18.

ROSENVALD, N. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência, 2015**. Disponível em: <www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3 % AAncia 24.08.2015>. Acesso: 10/08/17.

SANTANA, L. N. **O papel do gestor de Rh no processo de inserção dos portadores de deficiência no mercado de trabalho**. 2004. Monografia Lato Sensu em Gestão de Recursos Humanos. Universidade Candido Mendes. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: < http://www.avm.edu.br/monopdf/23/LEILA%20NAVARRO%20DE% 20SANTANA.pdf >. Acesso: 21/01/18.

SILVA, N.L.P.; FURTADO, A.V. **Inclusão no Trabalho: A Vivência de pessoas com deficiência intelectual. In: Interação com Psicologia** – Universidade Federal do Paraná. PR: V.16.

p.95-100. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/23012/19719> Acesso: 07/05/18.

SILVA, O. M. da. **A Epopéia Ignorada. A pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje**. São Paulo: Cedas, 1987.

VENOSA, S.S. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo, 2014.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VELOSO, Z. **Estatuto da pessoa com deficiência – uma breve nota**. São Paulo: IBDFAM, 2016. Disponível: <www.ibdfam.org.br/artigos/1111/Estatuto+da+Pessoa+Com+Defici%C3%AAncia- +uma+nota+cr%C3%ADtica>. Acesso: 10/09/17.

A GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO PARA COMBATER A ALIENAÇÃO PARENTAL

Roberta Maciel Campolina

1 INTRODUÇÃO

O cenário atual da família contemporânea é diferente de anos atrás. Durante muitos anos, o poder familiar era marcado por sua característica patriarcal, porém hoje se vê o homem como sujeito que divide direitos e deveres de forma igualitária com seu cônjuge na criação de seus filhos.

É comum haver o término amigável dessas relações, onde o juiz deverá apenas homologar o acordado entre os pais em relação aos filhos. Porém, na maioria das vezes, não é isso que ocorre, devendo o juiz analisar e estabelecer com quem ficará a guarda, qual dos genitores melhor atenderá as necessidades da criança e ou adolescente, para que este tenha uma vida feliz, saudável e uma melhor educação, buscando seu desenvolvimento de forma plena.

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.058/2014, surgiram bastantes controvérsias e críticas, por determinar a obrigatoriedade de aplicação da guarda compartilhada, mesmo em casos de controvérsia entre os pais, por outro lado, surgiu também uma atenção especial em que talvez esta medida seria uma alternativa para diminuir com a síndrome da alienação parental.

Nesse contexto, o tema do presente trabalho é a guarda compartilhada e sua aplicação para combater a alienação parental. O problema que guia o presente trabalho é o seguinte: Seria a guarda compartilhada uma alternativa viável para combater a alienação parental e minimizar os efeitos da síndrome na criança?

O objetivo do trabalho é analisar se a modalidade da guarda compartilhada seria meio eficaz para o combate à alienação parental. Como objetivos específicos, busca-se estudar as modalidades de guarda existentes, a fim de analisá-las e verificar qual melhor atende as necessidades da criança e ou adolescente, para que, mesmo após o fim das relações conjugais, o menor continue tendo uma convivência harmônica com os seus genitores, evitando, assim, a prática da alienação parental.

Justifica-se a realização da presente pesquisa pela relevância do tema nos dias atuais, já que a prática da alienação parental vem aumentado no seio familiar, e trazendo inúmeros prejuízos para o desenvolvimento da criança e do adolescente, sendo necessário buscar mecanismos eficazes para se combater a mesma.

2 O INSTITUTO DA GUARDA

A ruptura do vínculo conjugal traz consigo vários efeitos, entre eles aqueles que atingem, também, o vínculo familiar entre pais e filhos. Isso porque, os filhos incapazes necessitam da proteção dos pais. Surge, assim, o instituto da guarda.

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 1.634, dispõe sobre o rol de competência dos pais quanto aos filhos menores. Nesse rol, está o instituto da guarda.

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
>
> I - dirigir-lhes a criação e a educação;
>
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
>
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
>
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
>
> VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
>
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
>
> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

É importante destacar que o rompimento do vínculo conjugal, mesmo com um dos pais separados do lar, ambos continuam a possuir responsabilidades para com os filhos, dentre elas, o dever de zelar pelas necessidades e bem-estar dos mesmos.

O instituto da guarda se insere no âmbito do poder familiar, sendo, como regra, sendo de obrigação de ambos os pais, podendo haver exceções, quando terceiros atuam com guardiões. De acordo com o artigo 1632 do Código Civil Brasileiro de 2002, "a guarda não afeta o poder familiar dos pais em relação aos filhos, senão quanto ao direito de os primeiros terem em sua companhia os segundos" (BRASIL, 2002).

O ECA em seu artigo 33, disciplina que "a guarda obriga a prestação de assistência material e educacional a criança ou familiar, porém, também possuem o dever de cuidar dos mesmos, sendo um direito-dever.

Washington de Barros Monteiro e Regina Tavares da Silva (2010, p. 386) afirmam que "guarda é um direito e ao mesmo tempo um dever dos genitores de terem seus filhos sob seus cuidados e responsabilidades, cuidando de sua educação, alimentação, moradia, etc."

Há uma diversidade de tipos de guarda, e com elas uma variação de deveres que compete aos pais. Esses tipos de guarda serão analisados a seguir, dando-se especial atenção para a guarda compartilhada, objeto de estudo desse trabalho.

2.1 Tipos de guarda

A partir do ano de 2008, a legislação vigente no Brasil, com alteração por meio da Lei n. 11.698, define dois tipos de guarda, quais sejam, a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

Assim dispõe o artigo 1.583 do Código Civil Brasileiro de 2002, "a guarda será unilateral ou compartilhada" (BRASIL, 2002). Nas lições de Maria Helena Diniz (2014):

> A guarda unilateral ou compartilhada é um dever de assistência educacional, material e moral a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor e do maior incapaz, garantindo-lhe a sobrevivência física e o pleno desenvolvimento psíquico. É um poder dever exercido no interesse da prole (DINIZ, 2014, p. 1212).

Há, também, mesmo que não esteja expressamente prevista na legislação, a guarda alternada. O que importa, independentemente do tipo de guarda definido, é a melhor satisfação das necessidades básicas dos filhos, a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente. Veja-se especificamente cada tipo de guarda.

2.2.1 Guarda Unilateral

Na guarda unilateral, a exclusividade é o fator preponderante, isto é, o filho passa a viver apenas com um dos genitores. Somente um dos genitores possui a guarda do filho, que passa a residir no domicílio de seu guardião.

Maria Helena Diniz (2014) conceitua a guarda unilateral:

> É a conferida a um dos genitores, que revele melhores condições para exercera-la e, objetivamente, mais aptidão para pro-

> porcionar aos filhos os seguintes fatores: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde; segurança e educação. Tal regra obrigará o genitor-visitante a supervisionar os interesses dos filhos (DINIZ, 2014, p. 1212).

Antigamente no Brasil, esse tipo de guarda era usado com mais frequência e, geralmente, a mãe detinha essa guarda e ao pai é reservado o direito de visitas, com dia e hora previamente determinados. Atualmente, esse modelo se tornou uma exceção, sendo utilizado como regra a guarda compartilhada, como será analisado em tópico posterior.

2.2.2 Guarda Alternada

A guarda alternada não é bem quista no Brasil, pois ela traz à vida do menor um grau de instabilidade, não existe a definição de um domicílio fixo, hora está sob guarda de um genitor, hora está sob a guarda de outro genitor, havendo uma variação de exclusividade (MONTEIRO; SILVA, 2010, p. 387).

Trata-se da divisão de tempo da criança e ou adolescente de forma igualitária entre os seus genitores, ou seja, o menor teria um lapso temporal na convivência com um dos genitores, e, quando findado este período, ele permanece o mesmo lapso temporal na convivência do outro genitor, podendo receber visita do genitor que não obtiver a guarda durante aquele tempo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 1280).

Conforme Flávio Tartuce (2016):

> Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, pode se dizer que esta é a guarda pingue-pongue, pois a criança permanece com cada um dos genitores por período interruptos. Alguns a denominam como a guarda do mochileiro, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa (TARTUCE, 2016, p. 1332).

Esse modelo de guarda não está prevista na legislação, e os aplicadores do Direito entendem que a mesma não é apropriada, pois pode-se perceber que existe uma preocupação maior com o interesse dos pais, sendo satisfeita a vontade de ambos, deixando de observar a rela necessidade, que é o melhor interesse do menor.

2.2.3 Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada é o tipo de guarda que busca consagrar melhor as necessidades da criança e do adolescente, pois, com ela, ambos os genitores detêm a custódia dos filhos, não permanecendo a característica da exclusividade, pois é de responsabilidade dos dois zelar pelas necessidades básicas do menor.

Maria Helena Diniz (2014, p. 1212) ensina a guarda compartilhada, como "o exercício conjunto do poder familiar por pais que não vivem sob o mesmo teto", ressaltando que, "ambos os genitores (separados ou divorciados) terão, portanto, responsabilidade conjunta e o exercício dual de direitos e deveres alusivos ao poder familiar dos filhos comuns".

Esta guarda está devidamente expressa no Código Civil de 2002, nos artigos 1583 parágrafos 1º, 2º e 3º, 1584, além das Leis n. 11.698, de 13 de junho de 2008 e a Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

A guarda compartilhada é o exercício conjunto de criação dos filhos, sendo praticado por ambos os guardiões o poder familiar, que resulta no melhor interesse do menor, das necessidades básicas, como, educação, alimentação, amor, segurança, saúde e o bem-estar no geral. Por isso, a ideia do presente trabalho é compreender como a guarda compartilhada pode ser importante instrumento para se combater a alienação parental.

3 ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental é um tema que tem despertado interesse nos dias atuais. Juliana Rodrigues de Souza (2017, p. 111) acredita que essa situação ocorre quando um dos pais ou responsável manipulam a criança ou o adolescente, a fim de prejudicar os laços afetivos com um dos genitores.

Trata-se de um grande problema surgido no seio das famílias nos dias atuais, motivo pelo qual foi promulgada em 2008 a Lei n. 12.318, conhecida como a Lei da Alienação Parental. Ela traz importantes informações sobre o respectivo assunto, como, por exemplo, algumas formas de alienação parental, suas consequências, sujeitos, bem como também traz em seu artigo 2º um conceito legal de alienação parental:

> Art. 2º 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.
>
> Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:
>
> I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
>
> II - dificultar o exercício da autoridade parental;
>
> III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
>
> IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
>
> V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
>
> VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
>
> VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2008).

Observa-se que a Lei é clara ao conceituar alienação parental, dizendo ser qualquer ato que atrapalhe o desenvolvimento normal da criança ou do adolescente, causado por um dos genitores ou responsável, gerando prejuízo do vínculo de afetividade desta com alguns dos genitores.

Trata-se a alienação parental de uma forma de abuso perpetrada por um dos responsáveis da criança ou do adolescente que afeta diretamente a psiqué, tornando-a de difícil constatação, por não deixar nenhum vestígio no campo físico. Mas, ao ser constatada, imprescindível se faz a responsabilização do alienador, justamente porque ele tem a ciência da dificuldade em aferir a veracidade dos fatos e usa o filho com finalidade sórdidas, não se dando conta do prejuízo, em muitas vezes irreparável que causou ao próprio filho (PEREIRA, 2013, p. 114).

3.1 Efeitos da Alienação Parental

A alienação parental, indiscutivelmente, traz sérias consequências psicológicas, e até mesmo físicas, para a criança e o adolescente. Através dos atos alienatórios, o genitor alienante destrói ou prejudica consideravelmente a relação do genitor alienado com o seu filho e assume o controle da prole atingindo, assim, o seu principal objetivo, qual seja, deteriorar a relação dos filhos com o outro cônjuge, de modo que o filho passa a ver o genitor alienado como um intruso, alguém a ser evitado, um inimigo a ser rechaçado e o genitor alienante vê o filho como sua 'propriedade' (SOUZA, 2017, p. 126).

A principal finalidade do comportamento alienatório é evitar ou dificultar por todos os meios possíveis o contato dos filhos com o outro cônjuge, ferindo direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, no ECA e também na Lei n. 12.318/2010, conhecida como Lei da Alienação Parental (SOUZA, 2017, p. 127).

O genitor alienador pode até não perceber as consequências de suas atitudes alienatórias a longo prazo, mas o que realmente estão fazendo é roubar a infância de seus filhos, de modo egoísta e privá-los de um convívio sadio e fundamental, tendo como consequência mais evidente o rompimento da relação do filho com o outro genitor, fazendo com que a criança cresça com o sentimento de ausência, perdendo

todas as interações de aprendizagem, de apoio e de modelo (CARPES MADALENO; MADALENO, 2018, p. 66).

Segundo Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2018, p.66) os efeitos psicológicos desencadeados pela alienação parental podem ser tão severos a ponto de, conforme já mencionado, mudar completamente a personalidade dos filhos, roubar sua infância e gerar efeitos futuros negativos.

Indiscutível ser de extrema gravidade os efeitos prejudiciais acarretados pelos atos alienatórios. Atento a tal fator, o Poder Legislativo, através do Projeto de Lei n. 4488/16, de autoria do deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP), que pretende alterar o artigo 3º da lei de alienação parental, acrescentando parágrafos e incisos, para tornar crime as condutas de alienação parental, incluindo a seguinte redação:

> Art. 3.º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.
>
> § 1.º - Constitui crime contra a criança e o adolescente, quem, por ação ou omissão, cometa atos com o intuito de proibir, dificultar ou modificar a convivência com ascendente, descendente ou colaterais, bem como àqueles que a vítima mantenha vínculos de parentalidade de qualquer natureza.
>
> Pena – detenção de 03 (três) meses a 03 (três) anos
>
> § 2.º O crime é agravado em 1/3 da pena:
>
> I – se praticado por motivo torpe, por manejo irregular da Lei 11.340/2006, por falsa denúncia de qualquer ordem, inclusive de abuso sexual aos filhos;
>
> II – se a vítima é submetida a violência psicológica ou física pelas pessoas elencadas no § 1.º desse artigo, que mantenham vínculos parentais ou afetivos com a vítima

> III – se a vítima for portadora de deficiência física ou mental;
>
> § 3.º Incorre nas mesmas penas quem de qualquer modo participe direta ou indiretamente dos atos praticados pelo infrator
>
> § 4.º provado o abuso moral, a falsa denúncia, deverá a autoridade judicial, ouvido o ministério público, aplicar a reversão da guarda dos filhos à parte inocente, independente de novo pedido judicial.
>
> § 5.º - O juiz, o membro do ministério público e qualquer outro servidor público, ou, a que esse se equipare a época dos fatos por conta de seu ofício, tome ciência das condutas descritas no §1.º, deverá adotar em regime de urgência, as providências necessárias para apuração infração sob pena de responsabilidade nos termos dessa lei (BRASIL, 2016).

Não obstante as referidas sanções estabelecidas no artigo 6º, o referido projeto de lei tem como objetivo principal a proteção do menor, de modo a trazer mais eficácia na responsabilização dos agentes alienadores, a punição é a consequência desta proteção.

Indiscutíveis são os efeitos da alienação parental para os menores, e é necessário a adoção de medidas para inibir tal prática, visando o melhor interesse da criança e do adolescente. Desse modo, a proposta a seguir é a aplicação da guarda compartilhada como um mecanismo para combater a alienação parental.

4 A GUARDA COMPARTILHADA COMO MECANISMO PARA INIBIR A ALIENAÇÃO PARENTAL

Com o advento da Lei n. 13.058/2014, algumas significativas modificações em relação a guarda dos filhos foram feitas, como o direito de convivência, a base da moradia dos filhos e a guarda compartilhada como regra (ROSA, 2015).

A guarda compartilhada surgiu com o intuito de proteger a criança e assegurar seus direitos, como por exemplo, o de convivência com ambos os genitores, tentando atender e buscar sempre o melhor interesse dos menores.

Neste sentido, Juliana Rodrigues de Souza (2017):

> A convivência simultânea e harmoniosa com ambos os pais, na maioria das vezes, reflete o melhor interesse para a criança e para o adolescente, e faz com que eles compreendam o verdadeiro sentimento de união e de solidariedade familiar. Características estas que são indispensáveis à formação e desenvolvimento de qualquer cidadão, pois minimiza os efeitos do divórcio na vida dos filhos (SOUZA, 2017, p. 134).

Com este pensamento, a Lei da Guarda Compartilhada promulgada no ano de 2014, tornou a guarda compartilhada obrigatória, mesmo em casos litigiosos, tendo o juiz que determinar pela guarda compartilhada nos casos sob sua apreciação, desde que a situação do caso concreto e adoção da guarda compartilhada cumpram o papel de zelar pelo melhor interesse da criança.

Os julgados sobre o tema relacionado concedem a guarda compartilhada para os genitores, sempre devidamente fundamentados, mostrando que a guarda compartilhada atende o melhor interesse da criança. Segue decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do

> CC/2002). 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2016).

Na decisão supracitada, o juiz estabelece a guarda compartilhada em atenção ao melhor interesse do menor alegando que o interesse do menor é o ideal a ser alcançado, mesmo que, para isso, tenha que passar por cima dos interesses dos genitores, visto que os genitores, diante de sua imaturidade fazem o contrário em relação ao cuidado e trato para com o filho.

O princípio do melhor interesse do menor, prima por assegurar às crianças e adolescentes seus direitos, tais como, direitos à: vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, direitos estes garantidos constitucionalmente (artigo 227 CR/88). Não obstante o que está disposto na Constituição Federal de 1988, como o direito à convivência familiar, o artigo 19 do ECA estabelece que toda criança e adolescente tem direito a ser criado e educado por sua família e, na falta desta, por família substituta. É nesta linha de pensamento que a guarda compartilhada entra em cena.

Quando há a dissolução da sociedade conjugal, tem que se decidir sobre a guarda dos filhos; logo, a modalidade de guarda que melhor se adapta a atender aos direitos estabelecidos na Constituição é a guarda compartilhada, afinal, como visto anteriormente, na guarda compartilhada, a convivência e todas as responsabilidades relacionadas à vida do menor é destinada a ambos os genitores de forma igualitária, sendo considerados co-guardiões dos filhos.

A autora Juliana Rodrigues de Souza (2017, p.135), ao considerar que a guarda compartilhada atende ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, acredita que esta modalidade de guarda poderá prevenir a alienação parental nos conflitos familiares.

Na mesma linha de pensamento, Waldir Grisard (2017 *apud* IBDFAM, 2017) leciona com a racionalidade de sempre:

> Talvez não um antídoto, na acepção de solução imediata a esta tão grave moléstia, mas certamente um paliativo, um remédio que mitigue, evite a alienação. Na medida em que a guarda compartilhada impõe certa aproximação dos genitores no que concerne às decisões de interesse dos filhos, a médio e longo prazo tende a criar entre eles certo laço cooperativo que minimiza conflitos e desajustes, reduzindo, assim, a predisposição de qualquer deles a praticar atos de Alienação Parental. Para ele, a guarda compartilhada transforma a figura do 'pai fantasma' ou 'pai de finais de semana' em uma figura paterna (ou materna) efetivamente presente na vida do filho, tanto na tomada de decisões quanto no exercício do poder familiar no dia a dia. "Esse maior convívio, como já provaram os estudos de Judith Wallerstein e Joan Kelly, elimina o sentimento de ausência que usualmente acomete os filhos após a dissolução da sociedade conjugal, reforçando a relação paterno filial e construindo um vínculo mais forte e mais difícil de ser desconstruído pela Alienação Parental. Nesta medida, é possível sim afirmar que a guarda compartilhada contribui para minimizar a possibilidade de Alienação Parental (GRISARD, 2017 *apud* IBDFAM, 2017).

Como reflete o autor, talvez a guarda compartilhada não seja um remédio para os atos alienatórios, mas pode ajudar em muito a minimizar esta prática no âmbito familiar e, com isso, buscar a efetivação do melhor interesse da criança, que é o convívio familiar com ambos os genitores, de forma saudável.

Apesar de a guarda compartilhada também apresentar uma certa dificuldade prática, porque alguns genitores não conseguem manter um relacionamento harmonioso após a dissolução conjugal, a guarda unilateral produz um espaço maior para se desenvolver a alienação parental, pois a convivência entre os genitores se dá de forma desiquilibrada (SOUZA, 2017, p. 137).

Observação categórica é feita por Rodrigo da Cunha Pereira (2013):

> Independente do nome que se dá a guarda do(s) filho(s), compartilhada, única, nidal ou alternada, o importante é preservar e garantir a convivência do(s) filho(s) com os pais. Não há nenhuma razão lógica e objetiva para que isso não aconteça. Este é o melhor interesse das crianças e dos adolescentes, já que conjunta é a prática do poder familiar, e não a divisão do tempo dos filhos (MADALENO, 2008, APUD PEREIRA, 2013). Os operadores do Direito não podem se deixar levar pelo discurso fácil e cômodo de que um casal que não se entende não tem condições de exercer a guarda compartilhada (MARINHO PAULO, 2009, APUDPEREIRA 2013). Ora, filhos de pais que mantém o diálogo e se entendem bem nem precisam de regras e princípios sobre guarda compartilhada, pois, naturalmente, compartilham o cotidiano dos filhos. A lei jurídica é exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo, ou seja, para aqueles que não se entendem sobre a guarda dos próprios filhos (PEREIRA, 2013, p. 97).

A Lei n. 12318/2010, conhecida como Lei da Alienação Parental, não basta em si mesma para evitar e combater a alienação parental, posto que necessita de uma rede de ajuda, a qual, inicialmente, se desenvolve com a divulgação da existência da síndrome da alienação parental para um maior número de pessoas possíveis, pois somente ao entender o problema é possível impedir sua implantação e até mesmo combatê-lo adequadamente.

Os mecanismos legais e processuais, tais como, o instituto da guarda compartilhada, a Lei da Alienação Parental, o ECA, devem funcionar de maneira multidisciplinar e correlacionada, com o intuito de salvaguardar crianças e adolescentes em crescente risco de atos alienatórios (CARPES MADALENO; MADALENO, 2018).

Portanto, a Lei da Guarda Compartilhada, traz consigo a possibilidade de os genitores conviverem com seus filhos de forma equilibrada, além de garantir o exercício do poder familiar na criação e educação destes filhos, porque estabelece uma igualdade entre os cônjuges na criação dos filhos, a criança tem o direito de conviver com ambos os genitores. Respeitando os itens supracitados garantindo à criança e ou

adolescente seus interesses, a guarda compartilhada pode ser meio eficaz no combate à alienação parental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade brasileira era marcada pelo patriarcalismo, tendo o homem como figura central, verdadeiro chefe da família, e a mulher e seus filhos subordinados a ele. Entretanto, com o passar dos anos e com o advento da Constituição Federal de 1988, foi estabelecido direitos e princípios, de forma a trazer igualdade entre os cônjuges na educação e criação de seus filhos.

Agora, a responsabilidade para com os filhos é de ambos os genitores, que devem zelar pelo melhor interesse dos menores, criando-os e educando-os. Nesse contexto, a guarda compartilhada surge como regra que deve ser aplicada, visando garantir aos filhos a convivência equilibrada com ambos os genitores, e aos genitores a garantia do exercício do poder familiar, conforme disposto na Lei n. 13.058/2014.

Muitas vezes, com a ruptura da relação conjugal, fica um sentimento de ódio, rancor e mágoa, o genitor não consegue lidar com o rompimento da relação e procura um meio para se vingar, utilizando o filho como instrumento de vingança, fazendo uma campanha destrutiva para a criança, alienando-a, buscando afastar a criança ou adolescente do outro genitor.

Essa prática onde um dos genitores coloca o filho contra o outro genitor, implantando falsas memórias e impedindo o contato, chama-se alienação parental. Devido as sérias consequências causadas pela alienação parental, houve a necessidade de se criar uma lei específica para tratar de relacionado assunto, qual seja, a Lei n. 12.318/2010.

Com a prática da alienação parental, a criança poderá desenvolver sérios problemas no futuro; trata-se das consequências da prática dos atos alienatórios, como, por exemplo, quando o filho não deseja mais estar na companhia de um dos genitores, não considerar o genitor como um de seus pais, sentir medo ou desprezo pelo genitor, e inúmeras consequências psicológicas e físicas.

Com o advento da Lei n. 13.058/2014, conhecida como nova Lei da Guarda Compartilhada, ficou estabelecido a guarda compartilhada mesmo em caso de conflitos, pois o objetivo da lei é a proteção da criança ou do adolescente, garantindo o seu bem-estar de modo geral.

A adoção da guarda compartilhada nas famílias é de fato importante, visto que esta modalidade de guarda garante ao menor uma convivência mais ampla com ambos os genitores, fazendo com que a criança perceba que ambos os pais se preocupam e se importam, além de estabelecer igualitários direitos e deveres dos pais para com seus filhos, fazendo com que os genitores utilizem-se além da guarda dos filhos, como também do poder familiar para a criação e educação destes.

Além do instituto da guarda compartilhada servir como uma alternativa para diminuir com a prática da alienação parental, ela também garante as necessidades básicas da criança e ou adolescente, de modo a contribuir com seus interesses, proporcionando a elas não só a convivência com os seus genitores, mas também buscando a efetivação de seus direitos garantidos constitucionalmente, buscando a todo momento o melhor interesse da criança.

Os filhos sempre serão filhos, independente do rompimento conjugal, devendo os genitores deixar de lado suas indiferenças e buscarem o melhor meio para poderem, juntos, criarem e educarem seus filhos da melhor maneira possível, levando em consideração a importância da convivência do menor com ambos os pais, evitando traumas, como, por exemplo, o sentimento de abandono, conscientizando-se com o tempo na aceitação da guarda compartilhada, garantindo aos filhos uma vida digna, em um ambiente harmonioso, saudável e feliz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 12 de dezembro de 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 12 de dezembro de 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 12 de dezembro de 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008.** Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm> Acesso em: 12 de dezembro de 2019.

BRASIL. **Lei n. 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, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em: 12 de dezembro de 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014.** Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm> Acesso em: 12 de dezembro de 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 4.488, de 23 de fevereiro de 2016.** Acrescenta parágrafos e incisos ao art 3.º da Lei 12.318/2010 que dispõe sobre a alienação parental. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077676> Acesso em: 12 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.631.840/2016. Brasília, Relator

Raul Araújo. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 29 de agosto de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505019590/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-1631840-ms-2016-0138797-8?ref=juris-tabs> Acesso em: 13 de dezembro de 2019.

CARPES MADALENO, Ana Carolina; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental:** importância da detecção – aspectos legais e processuais. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria geral do direito civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil:** volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Guarda Compartilhada X Guarda Alternada:** saiba no que se diferem. Notícias, 14 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6327/Guarda+Compartilhada+X+Guarda+Alternada%3A+saiba+no+que+se+diferem> Acesso em: 12 de dezembro de 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil: direito de família. 40. ed.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio:** teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. São Paulo, Saraiva, 2010.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental:** sob a perspectiva do direito à convivência familiar. 2. ed. Leme: Mundo Jurídico, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

ROSA, Paulino Conrado da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SERAFIM, Antônio de Pádua; SAFFI, Fabiana. **Psicologia e Práticas Forenses**. São Paulo: Manole, 2012.

ZWETSCH, Livia Borges. **Guarda de animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da conjugabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ANÁLISE DOS DANOS MORAIS REFLEXOS SOB O PRISMA DA EVOLUÇÃO DOS DANOS NO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Fábio de Amorim Moura
Mario Vitor Magalhães Aufiero

INTRODUÇÃO

O presente artigo preconiza a evolução jurisprudencial do dano no ordenamento jurídico pátrio relevando o dano moral reflexo ou em ricochete como consequência de tal evolução. Prima-se o dano como elemento nuclear indicativo da responsabilidade civil, pois sem a existência de dano não é possível pleitear a reparação.

A própria Constituição Brasileira no Artigo 5, Inciso X, estabelece que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Destarte, cristaliza-se a bipartição de danos em material e moral no âmbito jurídico brasileiro, exsurgindo analisar os vetores que configuram tais danos assentados categoricamente na jurisprudência, relevando o dano moral reflexo como paradigma evolutivo da função reparatória da responsabilidade Civil. Como bem coloca Tartuce (2011, p. 428) a "reparabilidade dos danos imateriais é relativamente nova em nosso país, tendo sido tomada pacifica com a Constituição Federal de 1988, pela previsão expressa no seu art. 5, °, V e X".

Como exemplo de dano com características próprias que demanda a reparabilidade extrapatrimonial, o dano moral reflexo pode ser observado na seguinte colocação explicativa:

> O lesado indireto é aquela pessoa que padece um dano próprio, derivado de um ilícito que tem por vítima uma terceira pessoa, em relação à qual há um vínculo de natureza patrimonial ou extrapatrimonial que resulta afetado. Este é o chamado dana reflexo, pois o dano provém de uma situação jurídica objetiva que vincula o lesado indireto e a vítima direta. Também conhecido como dano por ricochete, haja vista que a lesão atinge imediatamente o indivíduo A, mas indiretamente atinge interesses dignos de proteção de B, que de alguma forma está ligado a A. (FARIAS, ROSENVALD E BRAGA NETO, 2017, p. 332).

Nesse contexto, torna-se salutar engendrar esforços para aferir as premissas que efetivamente propiciam a formatação do dano moral em ricochete como elemento qualificador da responsabilidade civil, diluindo a abjeta vulgaridade do instituto, consoante percebe-se na aquilatação de Cavalieri (2012, p. 93):

> [...] Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.

Portanto, apresenta-se pertinente conhecer as características peculiares das configurações de danos que ensejam a tutela jurídica, em especial os contornos jurídicos atuais dos danos morais reflexos com espeque no artigo 948 do Código Civil, sendo tal dano oriundo do sistema normativo aberto que favorece a atualização jurisprudencial do instituto da responsabilidade civil.

1. ABORDAGEM CONCEITUAL REFERENTE AO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil como instituto do direito civil tem importante destaque no ordenamento jurídico pátrio pois estabelece normas necessárias à pacificação social em que é disposto a reparação dos danos causados. Nos dizeres de Moraes e Moraes (2017, p. 24):

> A responsabilidade civil é um instituto jurídico que a sociedade possui para recompor o equilíbrio quebrado pelo dano que a vítima sofreu. Não é mais visto como um instrumento de vingança, mas sim da busca do restabelecimento do equilíbrio social e um motivo da satisfação da sociedade que tem a garantia de que todas as vezes que um dano for causado a um membro da coletividade, existe a previsão da reparação daquele prejuízo.

Insta relevar que a própria origem etimológica da palavra responsabilidade delineia o substrato necessário para a compreensão inicial do instituto da responsabilidade civil, conforme descreve Gonçalves (2009, p. 23):

> A palavra responsabilidade origina-se do latim respondere, que encerra 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.

O instituto em comento exprime, portanto, na própria acepção do termo responsabilidade, importantes vetores que caracterizam o objeto de conhecimento:

> Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (CAVALIERI. 2012, p. 2)

O marco temporal histórico em que o instituto da responsabilidade civil assume contornos distintos da punição penal, inicia-se no direito romano a época de Justiniano, com a Lex Aquilia, plebiscito que autorizava a reparação civil dos danos na esfera privada sem prévia relação obrigacional e com o pressuposto da culpa.

> De qualquer forma, a Lex Aquilia é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da Lex Aquilia o principio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente da relação obrigacional preexistente. Funda-se ai a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade, embora exista hoje um abismo considerável entre a compreensão dessa lei e a responsabilidade civil atual. [...] (VENOSA, 2012, p. 18)

A regra positivada especificamente no atual Código Civil brasileiro, nos termos dos artigos 186 a 188 e 927 a 954, trata a Responsabilidade Civil com relação a imputação do responsável direta ou indi-

retamente pelo ato ilícito para reparação dos danos causados, ou seja, refere-se a responsabilidade civil aquiliana, enquanto os artigos 389 e 395 do Código supra diz respeito a responsabilidade contratual.

Importante mencionar que a responsabilidade civil abrange tanto a responsabilidade contratual ou negocial e a responsabilidade extracontratual ou aquiliana e que ambas são responsabilidades sucessivas pois tem origem após o inadimplemento de um contrato ou ato ilícito causador de danos. Como anota Cavalieri, "sem violação de um dever jurídico preexistente, portanto, não há que se falar em responsabilidade em qualquer modalidade, porque esta é um dever sucessivo decorrente daquele". (2012, p. 3)

Enquanto a responsabilidade contratual é uma sucessão de uma obrigação previamente assumida e não cumprida, a responsabilidade aquiliana é uma obrigação originária decorrente da quebra de um dever jurídico de não causar dano a outrem diretamente ou indiretamente.

Convém fazer a distinção da obrigação e responsabilidade com o intuito de aclarar os termos correlatos analisado no seguinte apontamento:

> Embora não seja comum nos autores, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. (CAVALIERI, 2012, p. 2)

A distinção dos institutos da obrigação e responsabilidade apresenta-se pertinente para não gerar confusão, pois a obrigação é uma relação jurídica inter partes vinculadas ao elemento da prestação em fazer, não fazer e dar. Enquanto a responsabilidade é a faculdade do credor em demandar o patrimônio do devedor para reparar os danos causados, ou seja, a responsabilidade nesse sentido é a consequência da obrigação previamente avençada e inadimplida. Entretanto a responsabilidade civil extracontratual já nasce como obrigação primária, sendo fonte desta, caracterizando-se como consequência dos danos causados pelos atos, em regra ilícitos. A responsabilidade civil portanto é uma obrigação qualificada pela exigência, sob a tutela jurídica, da reparação

dos danos causados a outrem, seja ela uma obrigação secundária ou primária.

Contudo, pode-se pensar o conceito mais elástico de responsabilidade civil ao justificá-la no campo moral, pois releva-se a ideia de precaução que se soma a ideia de reparação dos danos causados, ou seja, os sujeitos são responsáveis pelo cuidado de outrem assim como pela reparação dos danos legalmente imputados referente a responsabilização das ações ou omissões próprias ou de terceiros. A orientação moral de responsabilidade civil nesse diapasão tem aspecto prospectivo, entoando assim um conceito contemporâneo do instituto civil, conforme aferido na seguinte colocação:

> Ao invés da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na circunspecção -e, por que não, no cuidado -, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva- em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos -, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETO, 2017, p. 30)

Portanto, faz-se necessário compreender conceitualmente o instituto da responsabilidade civil para assim dialogar com os seus elementos, especialmente o dano como pressuposto basilar do instituto em comento.

2. O DANO COMO ELEMENTO NUCLEAR DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os pressupostos da responsabilidade civil, a priori, podem ser identificados a partir do art. 186 do código Civil, in verbis:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Conforme o artigo supra, os elementos essenciais que formam o instituto, inclui a conduta, culpa, nexo de causalidade e dano, sendo estes necessários a compreensão do objeto de estudo, entretanto o dano destaca-se como pressuposto indiciário que viabiliza a medida retrospectiva da responsabilidade, dialogando assim diretamente com os outros elementos, sem olvidar que é possível responsabilizar sujeitos imputáveis mesmo diante de atos lícitos, com base na responsabilidade civil objetiva consoante disposto na seguinte colocação:

> O dano é o fato jurídico desencadeador de responsabilidade civil. Não há responsabilidade civil sem dano. Aliás - ao contrário do que se perfilava em um passado recente -, pode mesmo se cogitar de reparação do dano sem a constatação do ato ilícito, da culpa, ou mesmo em casos extremos, do nexo causal. Todavia, o dano é elemento que dispara o mecanismo ressarcitório. Enfim, inexiste responsabilidade civil sem dano, ainda que ele possa assumir formas diferenciadas, como o dano reflexo e a perda de uma chance. (FARIAS, ROSENVALD E BRAGA NETO, 2017, p. 235)

Percebe-se que sem danos não é possível pleitear o instituto da responsabilidade civil, a inexistência do elemento supra então configura óbice para a reparação dos danos, seja na esfera contratual e extracontratual.

O dano como pressuposto nuclear da Responsabilidade civil ao longo dos anos atraiu confluência de hipóteses que reclamavam tutela jurídica, identificáveis em danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais. Todavia, convém salientar que no ordenamento jurídico pátrio atual, conforme Tartuce (2011, p. 425), pode-se encontrar categorias peculiares de danos além dos tradicionais danos materiais e morais, como por exemplo os danos estéticos, perda de uma chance, danos morais coletivos e danos sociais.

Tal perspectiva que evidencia distintas formas de dano são reflexos do próprio ordenamento jurídico brasileiro que autoriza um leque aberto de possibilidades categóricas que ensejam a reparação civil ao dispor cláusulas gerais codificadas sobre o pressuposto em comento, fa-

vorecendo assim a modificação jurisprudencial conforme as exigências modernas relativas ao contexto fático e axiológico. Características estas que podem ser visualizadas na oportuna colocação:

> O Código Civil brasileiro não conceitua o dano, nem tampouco delimita quais seriam as lesões tuteladas pelo ordenamento jurídico. Em verdade, optou por um sistema aberto, em que prevalece uma cláusula geral de reparação de danos. (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETO, 2017, p. 238)

Insta elucidar que preteritamente a tutela jurídica com espeque no instituto da responsabilidade civil referia-se exclusivamente à reparação dos danos patrimoniais e o próprio conceito de danos refletia tal entendimento no ordenamento jurídico, como pode-se verificar nos seguintes dizeres:

> Portanto, até o final da segunda guerra mundial, não fazia sentido em falar "danos extrapatrimoniais, pois a pessoa e todas suas potencialidades eram reduzidas a dimensão do sujeito de relações econômicas e do patrimônio como reflexo direto da personalidade (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETO, 2017, p. 253)

Conseguinte, doutrina e jurisprudência nacional paulatinamente acenavam para a importante valoração dos danos extrapatrimoniais. Houvera então amadurecimento gradativo no ordenamento jurídico brasileiro que culminou com a vigente garantia constitucional nos termos do art. 5º, inciso V, em que estabelece que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". Assim como o inciso X do artigo supra dispondo que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Destarte o dano moral possibilitou oxigenar o próprio direito civil, conforme externa a presente colocação:

> O direito civil da atualidade, com sua postura aberta e plural, deve muito aos debates havidos tendo como pano de fundo o dano moral. A força dos fatos – iconoclasta e desafiadora- provocava os juristas, que hesitavam em abandonar o conforto das antigas lições e encarar a difícil complexidade do novo (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETO, 2017, p. 293)

O reconhecimento da natureza jurídica do dano moral ressignificou plenamente o conceito de dano fluindo novas categorias peculiares adstritas ao manto da responsabilidade civil. Oportuno aclarar que danos morais e extrapatrimoniais são usados como sinônimos no ordenamento jurídico pátrio, conforme exposto na oportuna afirmação:

> No Brasil a denominação "danos extrapatrimoniais" significa a mesma coisa que danos morais. A Constituição Federal de 1988, no art. 5, incisos V e X, bem como o art. 186 do Código Civil, emprega a expressão "danos morais" para se referir a todas as espécies de danos não patrimoniais. (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETO, 2017, p. 305-306)

O conceito de dano, portanto, pode ser aferido na seguinte expressão de Cavallieri (2012, p. 77)

> [...] Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Os danos patrimoniais caracterizam-se pela maior facilidade em mensurar a reparação dos bens presentes e futuros atingidos pelos danos, causando decréscimo patrimonial presente e prospectivo. Tal constatação decorre do artigo 402 do Código Civil ao estabelecer que "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoa-

velmente deixou de lucrar", ou seja, refere-se aos danos emergentes e lucros cessantes como vetores para a reparação dos prejuízos causados. Destarte, para melhor compreensão faz-se necessário externar o conceito de dano emergente e lucro cessante com os seguintes dizeres:

> Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa pois a diferença entre patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado. Há casos em que a indenização já vem estimada no contrato, como acontece quando se pactua a clausula penal compensatória. (GONÇALVES, 2009, p. 344)

No que diz respeito a conceituação de dano moral, conforme aponta Gonçalves (2009, p. 340) "deve ser reservada exclusivamente para designar a lesão que não produz qualquer efeito patrimonial". Em outras palavras, dano moral consiste em "lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela". (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETO, 2017, p. 301).

O dano supra, ganhou contornos jurídicos específicos referente a indenização, pois até então a reparação indenizatória era considerada um desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, pois tais direitos não poderiam ser medidos e convertidos em pecúnia.

Faz-se necessário aclarar o significado do termo indenização no contexto do instituto da responsabilidade civil, utilizando a seguinte expressão de Gonçalves (2009, p. 338):

> Indenizar significa reparar o dano causado a vítima, integralmente. Se possível, restaurando o status quo ante, isto e, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna possível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento.

Certamente, indenizar o dano moral tornou-se uma questão controvertida na jurisprudência nacional, pois os parâmetros dos danos patrimoniais revela-se inaplicável ao dano moral, necessitando assim de vetores jurídicos específicos para chegar a uma justa reparação, ou seja, para tanto prima-se a efetiva tutela jurisdicional e a segurança jurídica como pilares da responsabilidade civil, instituto este necessário a pacificação social.

O termo indenizar na Constituição Federal vigente é utilizado como gênero para designar a função reparatória da Responsabilidade Civil, entretanto a indenização por danos morais caracteriza-se efetivamente como função compensatória ou satisfativa, conforme exposto abaixo:

> [...] Em matéria de dano moral, o dinheiro cumpre uma função natureza satisfativa para a vítima. Não se trata de alcançar uma equivalência mais ou menos exata, própria das questões de índole patrimonial, mas de compensar o lesado, mesmo que de forma imperfeita, pois o valor estipulado não apaga o prejuízo, nem o faz desaparecer do mundo dos fatos, mas satisfaz a uma finalidade. (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETO, 2017, p. 312)

Com o pleno reconhecimento constitucional do dano moral passível de reparação, ganhou vigor novas faces de danos com características distintas, ou seja, danos morais ou patrimoniais qualificados na doutrina e jurisprudência que se assentam no instituto da responsabilidade civil, entretanto não são novos danos normativos pois a própria Constituição Federal no inciso X, do art. 5º limitou a bipartição da responsabilidade civil em danos morais e materiais.

As novas configurações de danos contemporâneos são frutos da evolução jurisprudencial que reconheceu na própria função indenizatória a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, como bem aponta Cavalieri:

> Pois bem, logo no seu primeiro artigo, inciso IV, a Constituição Federal consagrou a dignidade humana como um dos

> fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. (CAVALIERI, 2012, p. 88)

Nesse diapasão, oportuno anotar o reconhecimento da natureza jurídica *tertium genus* dos danos estéticos sumulado no STJ, possibilitando a cumulação com danos morais. O dano supra revela uma forma autônoma de responsabilização no ordenamento jurídico, albergado em balizas constitucionais, distinto de danos morais e materiais, ou seja o dano estético dá azo a uma indenização especial, conforme externado na seguinte colocação:

> Não importando o local do corpo, o dano estético deve ser reparado, sendo que a jurisprudência entende ser possível a cumulação da reparação do dano estético com o dano moral, sendo esse inclusive o entendimento do STJ, compartilhado há tempo por Flávio Tartuce, Yussef Said Cahali, Maria Helena Diniz, e inclusive já sumulado no Superior Tribunal de Justiça. (MORAES e MORAES, 2017, p. 95)

Sob o mesmo panorama valorativo das novas faces de danos, pode-se destacar a perda de uma chance, construção doutrinaria e jurisprudencial francesa, que "consiste em uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto" (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETO, 2017 p. 264). Destarte encontra-se amparada na jurisprudência brasileira com fundamento na própria Constituição Federal de 1988, consoante aduz a seguinte afirmação:

> Não está prevista de forma expressa a previsão legal da responsabilidade civil pela perda de uma chance, todavia, implicitamente é possível entender que o inciso V do art. 5º da Cons-

> tituição Federal e os arts. 186 e 927 do Código Civil são bases legais para a propositura da ação competente. (MORAES e MORAES, 2017, p. 102)

Outros dois exemplos notórios em que pode-se visualizar a ampliação da função reparatória refere-se os danos morais coletivos e os danos sociais. O dano moral coletivo pode ser aferido na seguinte conceituação:

> Podemos conceituar o dano moral coletivo como resultado de toda ação ou omissão lesiva significante, praticada por qualquer pessoa contra o patrimônio da coletividade, considerada esta as gerações presentes e futuras que suportam sentimento de repulsa por um fato danoso irreversível, de difícil reparação, ou consequências históricas. (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETO, 2017, p. 353)

O dano social igualmente representa novos patamares da função indenizatória, "são difusos, envolvendo direitos dessa natureza, em que as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis. A sua reparação também consta expressamente do art. 6. °, VI, do Código de Defesa do Consumidor" (TARTUCE, 2011, p. 438). Pertinente elucidar que cada configuração de dano destacado possui características próprias no ordenamento jurídico brasileiro e todas sob o mesmo manto da função reparatória, restando demostrado que as novas categorias de danos refletem a ampliação valorativa da Responsabilidade Civil.

3. ANALISE DO DANO MORAL REFLEXO COMO EVOLUÇÃO DOS DANOS NO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Importante destacar o conceito genérico de dano reflexo para a melhor compreensão inicial do objeto de estudo, na seguinte afirmação:

> No dano reflexo, ou em ricochete, ocorre um prejuízo em virtude de um dano sofrido por outrem. O evento não apenas

> atinge a vítima direta, mas, reflexamente, os interesses de outra pessoa. Daí a expressão "ricochete", que significa o dano sofrido inicialmente por um, que acaba por repercutir em outro, pelo fato de haver alguma ligação entre este e aquele. (FARIAS, ROSENVALD E BRAGA NETO, 2017, p. 275)

O exemplo clássico de dano reflexo visualizado no art. 948 do Código Civil [24]estabelece que os familiares direto da vítima de homicídio podem pedir reparação pelos danos sofridos, contudo tal exemplo, assim como a doutrina e jurisprudência pertinente revela aspectos cognoscíveis do dano supra ensejando análise criteriosa e crítica da evolução dos danos atinentes ao Instituto da responsabilidade civil. Destarte, necessário e oportuno relevar o paradigma exposto na oportuna colocação:

> O exemplo tradicional de incidência do dano reflexo se localiza no dano-morte. Cuida-se do direito de, na condição de dependentes econômicos, cônjuge e filhos daquele que foi vítima de homicídio, receber uma verba a título de pensão alimentícia do autor do ilícito - configurando lucros cessantes -, bem como a reparação pelos danos extrapatrimoniais a que fazem jus os parentes mais próximos. (FARIAS, ROSENVALD E BRAGA NETO, 2017, p. 275)

Os danos em ricochete podem se referir aos danos materiais e morais, sendo necessário observar a distinção para não criar confusão conceitual desconexa com as premissas constitucionais, ou seja, o dano em ricochete pode se referir a lesão material e extrapatrimonial atingindo assim a esfera patrimonial ou existencial dos sujeitos.

Conforme fora ponderado anteriormente, o dano moral puro ou direto atinge diretamente os diretos de personalidade, ou seja, a esfe-

24 **Art. 948.** No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
I – No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
II – Na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima

ra extrapatrimonial capitaneada pelo princípio da dignidade da pessoa humana quando refere-se a pessoas naturais, pois também é reconhecido na jurisprudência o dano moral das pessoas jurídicas (Súmula n. 227 do STJ). Por outro lado o dano moral também pode ser indireto "consoante se produzam e se esgotem em um mesmo aspecto, ou decorram de anterior violação a outro". (BITTAR, 2015, p 51).

Percebe-se de plano que o dano moral reflexo ou dano em ricochete se configura quando os danos causados a determinada pessoa afetam reflexamente a outrem ligado por vínculo familiar afetivo, conceito este lastreado principalmente pelo artigo 948 do código Civil. Contudo o critério de vínculo familiar deve ser observado de acordo com o caso concreto para assim ampliar o rol de legitimados insculpidos no parágrafo único do artigo 12 do Código Civil, pois o núcleo afetivo familiar moderno é variável como pode-se perceber na seguinte decisão do STJ, que reconheceu legitimidade ad causam a sogra e sobrinhos da vítima:

> O direito à indenização, diante de peculiaridades do caso concreto, pode estar aberto aos mais diversificados arranjos familiares, devendo o juiz avaliar se as particularidades de cada família nuclear justificam o alargamento a outros sujeitos que nela se inserem, assim também, em cada hipótese a ser julgada, o prudente arbítrio do julgador avaliará o total da indenização para o núcleo familiar, sem excluir os diversos legitimados indicados. A mencionada válvula, que aponta para as múltiplas facetas que podem assumir essa realidade metamórfica chamada família, justifica precedentes desta Corte que conferiu legitimação ao sobrinho e à sogra da vítima fatal (REsp1.076.160/AM, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.04.2012, DJe 21.06.2012).

A análise de dano moral reflexo exemplificado no artigo 948 do Código Civil dialogado com outras posições doutrinárias e assentamento jurisprudencial externam características específicas do instituto da responsabilidade civil, direcionando a possibilidade de indeniza-

ção por dano moral em ricochete. Nas palavras de Eduardo Zannoni (1982, p. 239-240 apud GONÇALVES, 2009, p. 360):

> [...] O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. É a hipótese, por exemplo, da perda de objeto de valor afetivo.

Verifica-se na colocação acima do autor que o dano moral reflexo tem como causa um prejuízo patrimonial que ocasiona um dano extrapatrimonial, ou seja, é destacado a ofensa a um bem patrimonial gerador do dano moral em ricochete. Certamente um mesmo fato pode cumular dano material e moral conforme súmula 37 do STJ, ou seja, os danos morais e materiais em muitos caso se interpenetram, um evento danoso pode acarretar distintas consequências para a vítima e terceiros. Entretanto, o dano moral exemplificado no artigo 948 do código Civil não vislumbra tal desiderato, pois o dano moral não se refere a perda patrimonial e sim ao dano extrapatrimonial legitimado pelo vinculo familiar e afetivo, como por exemplo, pode-se verificar no seguinte julgado:

> "De acordo com a jurisprudência desta Casa, são ordinariamente legitimados para a ação indenizatória o cônjuge ou companheiro, os descendentes, os ascendentes e os colaterais, de modo não excludente. Relativamente aos colaterais, aliás, a orientação desta Casa firmou-se no sentido de que 'os irmãos de vítima fatal de acidente aéreo possuem legitimidade para pleitear indenização por danos morais ainda que não demonstrado o vínculo afetivo entre eles ou que tenha sido celebrado acordo com resultado indenizatório com outros familiares' (AgRg no AREsp n. 461.548/DF, Relator o Ministro João Otávio de Noronha,D Je de 27.11.2014)

Outro ponto importante a destacar, refere-se a não condicionar o evento morte como premissa da indenização do dano moral reflexo, consoante colocação exposta por Farias, Rosenvald e Braga neto (2017, p. 2017):

> "[...] dano reflexo não requer que a vítima imediata seja morta. Mesmo que o dano lhe acarrete ofensa a outros bens jurídicos (v.g honra, integridade psicofísica e liberdade), o fundamental para apreciar sua incidência é se de fato o dano injusto reverberou na orbita patrimonial ou existencial de pessoas vinculadas a vítima".

Reitera-se que é preciso fazer a devida observação para não condicionar os danos morais reflexos ao danos patrimoniais. O dano patrimonial em ricochete tem maior abrangência de hipóteses do que o dano moral reflexo, como bem aponta o Enunciado nº 560 do Conselho de Justiça Federal: "No plano patrimonial, a manifestação do dano reflexo ou por ricochete não se restringe às hipóteses previstas no art. 948 do Código Civil".

Não é o fato de causar uma lesão patrimonial indireta que gera um dano moral reflexo. Não é o desfalque patrimonial do filho do de cujus que, *a priori*, o legitima a pleitear o dano moral, mas sim a lesão extrapatrimonial, sofrida na intimidade, externada pela dor da morte de um ente próximo e querido. Oportuno destacar que o dano moral não se configura pela dor e sofrimento, sendo estes apenas consequências do fato danoso e não o próprio dano, sendo que em determinados casos o dano moral é reconhecido sem a necessidade de prova, ou seja, de forma presumida.

O Superior Tribunal de Justiça entende que quando trata-se de agressão a dignidade da pessoa humana, valor fundamental preconizado na Constituição Federal, o dano é presumido. "Sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral" (STJ, REsp 1.292.141/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, publicado no seu Informativo n. 513)

Contudo, pertinente avultar que existem outras hipóteses além do dano-morte que ensejam a tutela indenizatória por danos morais em ricochete, consoante aduzido na seguinte colocação:

> Certamente podemos imaginar situações outras que ensejarão dano reflexo e independem do evento morte como elemento desencadeador. Ilustrativamente, o dano postulado por pais, filhos ou cônjuge por ilegítima privação de liberdade; o dano em ricochete por violação à honra ou abuso sexual contra o cônjuge ou filhos - maiores ou menores -, ou mesmo por um erro médico que acarrete sequelas físicas reflexamente privem o outro cônjuge/companheiro de manter relações sexuais. Em todas estas hipóteses, o decisivo para a procedência de cada pretensão não será a demonstração de sentimentos negativos como a dor, mágoa e depressão dos familiares, afinal, esses efeitos se manifestam de forma oscilante conforme a subjetividade de cada lesado [...]. (FARIAS, ROSENVALD E BRAGA NETO, 2017; p. 342)

Pelo exposto, o dano moral em ricochete, distinto do dano material indireto, reconhecido como direito próprio dos legitimados, albergado pelo princípio da dignidade humana, a priori, prescinde de danos patrimoniais, configurando assim tutela aos direitos dos lesados indiretos nos lindes da órbita familiar, pois a evolução jurisprudencial dos danos na responsabilidade civil necessita de contornos aclarados e pontualmente aptos a promover a segurança jurídica.

Tendo em vista os aspectos observados, salutar reiterar que o dano moral reflexo ou em ricochete assentado no ordenamento jurídico pátrio como corolário da evolução conceitual de dano externada na jurisprudência e doutrina atinentes ao instituto da responsabilidade civil, são consequências de danos direto a existência da pessoa humana e não oriundo do prejuízo ao patrimônio dos atingidos reflexamente vinculados a vítima imediata.

CONCLUSÃO

Dado o exposto, o instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser visualizado evolutivamente, a partir da dinâmica dos elementos que o compõe, especialmente por meio do dano como objeto de estudo revelador das modificações jurispruden-

ciais em face de suas novas configurações externadas no ordenamento jurídico pátrio. Conseguinte, a análise do dano moral reflexo como paradigma evolutivo do próprio instituto da Responsabilidade Civil possibilitou vislumbrar a aferição dos contornos jurídicos assentados na jurisprudência brasileira como indicativo da proteção a dignidade da pessoa humana preconizada na Constituição Federal a propugnar a função indenizatória.

Portanto, conforme os julgados apresentados, com base na proteção da dignidade da pessoa humana, estabeleceu-se importante balizas para o recrudescimento da responsabilidade civil referente a formatação logico-jurídica que caracteriza o dano extrapatrimonial reflexo, cristalizando assim a necessária prestação da tutela jurisprudencial aos atingidos indiretamente pelos danos morais em ricochete subjacente a dinâmica evolutiva jurisprudencial do instituto supra.

REFERÊNCIAS

BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.8, p.1-74, 11 jan. 2002

CAVALIERI FILHO, S**. Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIAS, C.V.; ROSENVALD, N.; BRAGA NETO, P. **Curso de direito civil: responsabilidade** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GONÇALVES, C. R**. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, C.A.; MORAES, L.R.S. **Da responsabilidade civil: conceitos, constitucionalização, princípios, espécies, funções, pressupostos e do abuso de direito.** 1. Ed. Toledo: Vivens, 2017. Disponível em: https://docplayer.com.br/80411386-Da-responsabilidade-civil-conceito constitucionalizacao-principios-especies-funcoes-pressupostos-e-do-abuso--de-direito.html. Acesso em: 07 março.2020

TARTUCE, F**. Manual de direito civil: volume único.** São Paulo: Método, 2011

VENOSA, S. S. **Direito Civil: Responsabilidade civil.** 12. ed. São Paulo: Atlas 2012**.**

O PÓS POSITIVISMO E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Paula Maíra da Rocha Caldeira e Sousa

1. Introdução

A sociedade está em constante mutação, a fim de acompanhá-la, o ordenamento jurídico também passou e passa por profundas alterações ao longo dos anos. De modo que não se pode mais simplesmente aceitar que o Direito seja fruto somente da lei, ainda, do direito posto, como se defendia no positivismo jurídico.

Nesse contexto, à luz da dogmática constitucional, o direito deve ser entendido, melhor, observando em paralelo com os princípios, que são valores máximos, essenciais, inerentes que adornam as normas, além do reconhecimento da importância da afetividade para as relações jurídicas, especialmente nos casos ligados ao direito de família, vez que essas não são mais padronizadas, positivadas e sim se apresentam de formas diversas, plurais, com viés no princípio da igualdade e liberdade de expressão.

Em tempo, perceber a afetividade, acima de tudo, é tutelar o respeito a dignidade da pessoa humana que é o princípio matriz e o maior fundamento do nosso Estado Democrático de Direito.

Muito embora ainda haja um discurso jurídico muito formal e apegado à lei, faz-se necessário reconhecer o processo de transição do direito brasileiro, ultrapassar a visão Kelsiana - panorama legalista, po-

sitivista- e repaginar a hermenêutica jurídica e o direito em si, por ser medida de inteira justiça e perfilação da realidade social com o ordenamento jurídico no Brasil.

Com efeito, o mérito deste trabalho será realizar uma reflexão sobre o princípio da afetividade nas relações jurídicas familiares no sistema jurídico pós positivista.

Para tanto, será necessária uma comparação com as tradicionais teorias do direito constitucional brasileiro, positivismo e pós positivismo, que permita definir com clareza as diferenças desses sistemas, bem como o surgimento do princípio da afetividade , sua imersão , amadurecimento e influência no direito de família .

2. Um breve resumo do Positivismo e do Surgimento do Pós Positismo Jurídico

Em meados do Séc. XVIII ao início do Séc. XIX, a sociedade protestava limites ao poder concentrado e ilimitado dos soberanos, dos reais absolutistas. Nesta seara, surgem movimentos como a Declaração Americana, 1787 e Revolução Francesa, 1791, estes reconhecidos na esfera constitucional como direitos de primeira geração, e como uma forma de limitar a atuação estatal e reconhecer certos direito através da lei. À partir de então, a lei, passou a legitimar e obrigar a atuação dos cidadãos, bem como impor uma barreira Estatal, e passou a ser considerada como manifestação máxima da soberania popular.

Nesse sentido, "O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical da soberania popular ganha espaço" (CANOTILHO, 2003, p. 113). Representação essa que se estende até os dias atuais, conforme prevê a Carta Magna no art.1º §único "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Neste diapasão, visando afastar do sistema jurídico o jusnaturalismo, visto que, inúmeras atrocidades eram realizadas em nome deste, surge o positivismo jurídico com a valorização da lei, equiparação do direito à lei e trazendo ao momento segurança jurídica e objetividade para a sociedade.

O positivismo, nas palavras de Dworkin (2010, p. 28), possui um esqueleto e três preceitos chaves que podem ser resumidos :

> "(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público", regras essas que são aferidas quanto a sua validade (pedigree); (...)
>
> (b) o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com o direito, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (...), então esse caso não pode ser decidido mediante a aplicação do direito. (...)
>
> (c) dizer que alguém tem uma obrigação jurídica é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (...) Na ausência de tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica..."

Sem adentrar no mérito sobre as diferenças do positivismo metodológico e substantivo ainda na tese do descritismo e naturalidade, "... dada a diversidade de autores e de teses, é difícil (e sempre questionável) identificar aquilo que pode ser razoavelmente considerado o núcleo comum a todos os membros de determinada tradição teórica." (Neiva, 2017. Pg.77). Resume-se o positivismo jurídico como ciência da legislação positiva, onde todo o direito e a justiça estavam concentrados na lei. Para os positivistas exclusivos como Hans Kelsen, o positivismo jurídico, é aquele que não admite nenhuma relação conceitual entre direito e moral ou entre o direto tal como ele é e o direito tal como ele deve ser, ou seja, não há qualquer vinculação entre direito e moral. Nesta seara, como a sociedade não tolerava leis autoritárias, cesaristas, e somente os critérios formais de validade das leis não eram suficientes para justificá-las e alguns preceitos morais precisavam ser inseridos no ordenamento jurídico, surge o pós positivismo.

Assim, para o positivismo jurídico, o direito se resume àquele criado pelo Estado na forma de lei, e tendo a Constituição como seu fundamento de validade, e esta tem como seu alicerce a norma hipo-

tética fundamental, a Grundnorm, segundo Kelsen, além disto, não há qualquer vínculo entre direito e moral, entretanto, foi essencial o surgimento do posivitismo, propriamente o constitucionalismo, a fim de impor limtes ao Estado; contudo, cientes que o direito não pode ser separado da moral o pós positivismo aprimorou o positivismo jurídico, reconhecendo os príncipios com força de normas jurídicas.

Neste liame, a Constituição Federal de 1988 é a Carta Magna, base e estrutura para qualquer outra norma do ordenamento pátrio, é o centro do sistema jurídico, que condiciona a validade de todo o Direito, aproximando as concepções de direito e justiça e considera os princípios verdadeiras normas jurídicas e tem como como maior fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, prioriza a igualdade e a recognição de todos os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, seja na esfera pública ou privada.

É, ainda neste sentido, ciente de que as leis demonstram um fluir permanente da realidade social,e ainda na falta destas, o Estado, notadamente na figura do juiz, deve, baseando se em princípios e outras fontes do direito para fundamentar as suas decisões não engessar o direito, não limitá-lo ao ordenamento jurídico posto, ao contrário, devem evitar o distaciamento entre a realidade social e o mundo do direito especialmente no âmbito do de direito de família, e portanto, reconhecer que o formalismo da visão positivista deve ser superada e foi, para comunicar o direito com o novo direito de família, baseada no prinípio da afetividade.

3. O conceito, o sentido e o reconhecimento do Princípio da Afetividade

O Princípio da afetividade é de extrema relevância nas relações familiares, vez que estas não são mais análogas, uniformes, e sim se apresentam cada vez mais díspares, com observância no princípio da igualdade, na busca pela incostante pelo bem estar e aprazimento. E afinal o que é a afetividade, se não, um dos elos predominantes das atuais relações, sejam elas de fato ou jurídicas.

Com efeito, Rodrigo da Cunha Pereira (2015, pg.69):

> "Afeto- do latim *affectus*. Para a psicanálise é a expressão que designa a quantidade de energia pulsional e exprime qualquer estado afetivo, agradável ou desagradável. Para a fisosofia é o que diz respeito aos sentimentos, às emoções, aos estados de alma e, sobretudo ao amor. Espinosa diz que somos construídos por nossos afetos e pelos laços que nos unem a outros seres. (...) Desde que a família deixou de ser, preponderantemente, um núcleo econômico e de reprodução, e as uniões conjugais passaram a se constituir, principalmente, em razão do amor, a família tornou-se menos hierarquizada e menos patrimonializada. O afeto, tornou-se, então um valor jurídico e passou a ser o grande vetor e catalisador de toda a organização jurídica da família. (...) O afeto ganhou tamanha importância no ordenamento jurídico brasileiro que ganhou força normativa, tornando-se o princípio da afetividade o balizador de todas as relações jurídicas da família."

Com nitidez se observa a mutação da sociedade atual, do indivíduo e dos institutos que o envolvem, há uma obsessiva busca pela felicidade que é estimulada pela vida moderna com a explosão de informações, slogans, outdoors espalhados pelos centros urbanos, redes sociais e outros meios que quase gritam a atenção das pessoas, vive-se uma era em busca de si próprio, onde a luta é pelo própria liberdade de escolha, pensamentos, espaço e modos de viver, há uma busca pelo próprio modelo, não aceitando mais os padrões impostos pelas leis, ditatoriais. Neste diapasão tem se a corrida pela perquirição da felicidade, com liberdade das formas e valorização do afeto nas relações.

Diante do efetivo exercício do direito constitucional, a liberdade, previsto de forma expressa na nossa Carta Magna, paira o questionamento sobre a moral. Será esta os valores e costumes que sempre se apresentaram e formaram os passos da sociedade? Nesse cenário de liberdade, conquistas, visões, vive-se todas as gerações de direitos ao mesmo tempo, contudo, nas relações jurídicas, dá-se o ênfase no individualismo, há novos paradigmas conceituais, onde apesar da busca pela felicidade, o indivíduo também passa a observar ao próximo, ou ao menos deveria, com mais responsabilidade e reconhecendo a afeti-

vidade como um dos pilares no relacionamento interpessoal e quando assim não o faz, nítido a modulação Estatal tomando por base as jurisprudências, nesse quesito.

3.1 Aplicação do Princípio da Afetividade e suas projeções no Sistema Braileiro, em especial na área de família

Numa concepção histórica, na família antiga do Séc.XVII, os relacionamentos não se sustentavam na afetividade, e sim sob a influência da Igreja Católica. Não é à toa que passamos de um período jusnatural, onde a religião e a crença justificavam a atuação humana, e tempos depois, após a Revolução Francesa, pós Séc. XVIII, o indivíduo passou a lutar pelas liberdades negativas e menor atuação Estatal em suas escolhas. Não obstante os desejos da burguesia à época com os ideiais da Revolução, nítido o influxo desta no modo de viver e pensar dos indivíduos dentro da sociedade que timidamente mudava seus costumes e valores.

Houve uma drástica mutação desde a origem da família em 1884, até os dias atuais. Esta também foi percebida por Friedrich Engels (2002, pg.58):

> "Em sua origem, a palavra família não significa o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – do filisteu de nossa época; - a princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par dos cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e a família é o conjunto dos escravos pertencentes ao mesmo homem. Nos tempos de gaio, a família *id est patrimonium* (isto é, herança) era transmita por testamento. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder sua mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano. E o direito de vida e morte sobre todos eles. "A palavra não é, pois, mais antiga que o férreo sistema familiar das tribos latinas, que nasceu ao introduzirem-se a agricultura e a escravidão legal, depois da cisão

> entre gregos e latinos-arianos". E Marx acrescenta: "A família moderna contém em germe não apenas a escravidão *(servitus)* como também a servidão, pois, desde o começo, está relacionada com os serviços da agricultura. Encerra em miniatura todos os antagonismos que se desenvolvem, mais adiante, na sociedade e em seu Estado."

À luz deste prisma, percebe-se um novo papel para a família contemporânea assentada na busca pelo individualismo que esbarra nos antigos valores impostos pela sociedade e dentro desse contexto, a família moderna vai se moldando, ao passo que o fenômeno da despatrimonialização da família vai cedendo lugar a autonomia individual no núcleo familiar. O ser humano reconhece hoje seus espaços, laços e não mais as tradicionais e formas relações jurídicas familiares, matrimoniais...

Intrinsecamente ligado à ideia de liberdade, integridade, afeto, tem se hoje diversas espécies de famílias e parentescos: anaparental, multiparental, mosaico, homoafetiva, poliafetiva, heteroafetivas, recomposta ... observa-se ainda que o casamento que é um negócio jurídico extremamente solene, formal, vem sendo ofuscado pelas uniões estáveis, sendo reconhecida hoje até mesmo as uniões estáveis simultâneas ou putativas.

Dessa forma, se observa que hoje o afeto é um vetor, um dos fatos geradores positivos ou até mesmo negativos para os relacionamentos sejam eles na sua origem, decurso e até posteriomente, com o desamor. Tanto é verdade, que há relações sendo construídas com base só na afetividade, como a paternidade socioafetiva, reconhecimento de pessoas do mesmo sexo e o que seria a adoção, se não, o desejo, encantamento e o exercício da afetividade? Em seu aspecto negativo, vê-se o abandono socioafetivo.

Por este ângulo, as primorosas palavras de Giselda Hironaka (2006, p. 436):

> " O afeto, reafirme-se, está na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa

> dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlances, dos desamores, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces;perpassa e transpassa, também o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto que se fala. O afeto-ternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo. O imerredouro do afeto."

Nesse contexto, encarrega-se o judiciário de não só exercer a sua função típica de aplicar a lei ao caso concreto, mas, produzir através das jurisprudências os direitos existenciais, visto que em sua grande maioria não estão ainda legislados.

À respeito, Informativo nº 840 do Supremo Tribunal Federal:

> "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.(...) Por ocasião do seu nascimento, a autora foi registrada como filha de pai afetivo, que cuidara dela, por mais de vinte anos, como se sua filha biológica fosse. O Supremo Tribunal Federal afirmou que o sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional. O espectro legal deve acolher tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da paternidade responsável, enunciado expressamente no art. 226, § 7º, da CF. Dessa forma, atualmente não cabe decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. **A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção**

> **a situações de pluriparentalidade**. Portanto, é importante reconhecer os vínculos parentais de origem afetiva e biológica...". RE 898060/SC, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 21 e 22.9.2016. (RE-898060) (Informativo 840, Plenário, Repercussão Geral)- Grifo nosso.

Ainda, neste sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. DEMANDA AJUIZADA CONTRA A GENITORA E O PAI SOCIOAFETIVO. PROVA PERICIAL (EXAME DE DNA). PATERNIDADE BIOLÓGICA DO AUTOR COMPROVADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MAGISTRADO QUE ENTENDEU PELA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECURSO DO DEMANDANTE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE. VIABILIDADE. RECONHECIMENTO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO DA DUPLA PARENTALIDADE. DETERMINAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL PARA CONSTAR O NOME DO PAI BIOLÓGICO COM A MANUTENÇÃO DO PAI SOCIOAFETIVO. **VÍNCULO SOCIOAFETIVO QUE NÃO EXCLUI O BIOLÓGICO. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DE AMBOS. PREVALÊNCIA INTERESSE DA CRIANÇA.** TESE FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS A PEDIDO DO AUTOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "**A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do**

> **descendente for o reconhecimento jurídico de ambos"** (STF, RE n. 898.060/SP. Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.9.2016). (TJ-SC - AC: 03026749320158240037 Joaçaba 0302674-93.2015.8.24.0037, Relator: Saul Steil, Data de Julgamento: 17/04/2018, Terceira Câmara de Direito Civil) – Grifo nosso.

O STF reconhece a tese da paternidade socioafetiva:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO/DECLARAÇÃO JUDICIAL DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM INCLUSÃO EM REGISTRO CIVIL. DUPLA PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. 1. Com base no leading case do Supremo Tribunal Federal (RE 898060, Tema 622), o qual firmou a tese de que "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios", impõe-se reconhecer a paternidade socioafetiva, concomitante com a biológica, em favor do filho, cuja convivência existente com aquele é reconhecida entre eles e socialmente. 2. Reformada a sentença de improcedência, para julgar procedente o pleito inicial e reconhecer a dupla paternidade no registro civil do autor/apelante, para os fins legais, patrimoniais e extrapatrimoniais. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. (TJ-GO - Apelação (CPC): 00594007920178090051, Relator: MARCUS DA COSTA FERREIRA, Data de Julgamento: 05/11/2019, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 05/11/2019)

4. Considerações Finais

Enfrentado o tema proposto, é possível perceber a importância do surgimento do pós positivismo para ordenamento juridico especialmente para área de família, pois, em decorrência deste percebe-se a modulação do direito frente a realidade e o reconhecimento do príncipio da afetividade como sendo um dos vetores dos relacionamentos jurídicos amorosos.

Não pode o direito se manter inerte, e sim o oposto, ser dinâmico, estar em um processo dinâmico de construção e reconstrução correspondendo aos desafios das relações familiares.

O sistema jurídico deve captar e se amoldar as manifestações sociológicas, culturais e sociais, visto que estas são, em resumo definidas pelo direito, como família que precedem o direito, e estão sempre em constante movimentação, modificação, e não sendo inflexível ou hiato as mudanças.

Com efeito, urge salientar que diante desse novo paradigma e do lugar ocupado pelo afeto em todos os relacionamentos, faz-se necessário repaginar o direito de família, dar atenção a esse novo instituto que hoje é determinante nas relações de fato e jurídicas.

Ademais, já em 1633, Galileu Galilei afirmou em sua teoria da relatividade "pois é...mas, ela se move!", e fez uma advertência de que as coisas permanentes não tem relevância, salvo ao observador com a capaciadde de compreender o mundo como ele se apresnta. Logo, as coisas, o direito não são absolutos, e não podem parar no tempo não cumpre ao Estado ser parodoxal, e sim ter o intuito de efetivar os direitos, garantias e justiça.

5. Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade:relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito de Família. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Orgs.). Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos – um devaneio acerca da ética no direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 4. Ed. Rev. Atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. Teoria e Empiria no Direito.In: JUNIOR, Ivo da Costa; CARDOSO, Fernando; BRITO, Rose de; MORAES, Ana Paula; MACHADO, Daniel Gomes (Orgs). Col. Caed Jud. 1.ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: família. 22 ed. Rev., atual.e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

PERROT, Michelle. História da Vida Privada. Da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial. Trad. Denise Bottman, Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

Supremo Tribunal Federal. RE 898060/SC, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 21 e 22.9.2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/InformativoAnual2016.

EFEITOS JURÍDICOS DA MULTIPARENTALIDADE DAS RELAÇÕES FAMILIARES NO BRASIL

Lissa Rayara Gil Nasc. de Brito

INTRODUÇÃO

Em se tratando de um assunto que assume caráter histórico e até mesmo revolucionário é compreendido como tema de grande relevância para a sociedade, tendo em vista que se tratada da possibilidade de acrescentar pais ou mães em registro de nascimento da pessoa natural, pois a multiparentalidade é uma forma de reconhecer no campo jurídico o que ocorre no mundo dos fatos., afirma a existência do direito a convivência familiar que a criança e o adolescente exercem por meio da paternidade biológica em conjunto com a paternidade socioafetiva.

Em virtude da evolução humana, em que refletiu em aspectos, socias, religiosos, profissionais, culturais e normativos, houve modificações no aspecto familiar, surgindo assim, diversidade de configurações familiares, incorporando a um novo modelo de família. O presente artigo tratará da família em aspecto multiparental, que foi reconhecida em recentíssima decisão preferida pelo STF. E foi neste sentido que redirecionou a problemática desse trabalho em retratar sobre quais os efeitos jurídicos da multiparentalidade nas relações familiares no Brasil.

A consequência jurídica se trata, primeiramente, na mudança do registro civil à qual será estabelecida o vínculo de parentesco que se estenderá aos demais familiares da linha reta e colateral do pai ou da

mãe agora incluído no registo, e a partir desta nova extensão da arvore genealógica, há também o aumento de pessoa elencadas a prestarem alimentos o qual o art.1.694 do código civil determina.

O poder familiar deverá ser exercido por todas figuras parentais, a guarda será estabelecida com observância do melhor preceito da criança ou adolescente, e ao que se refere ao direito sucessório, a filiação também garantirá este direito, abrangendo os ascendentes, descendentes e os colaterais até o quarto grau.

O objetivo geral do presente trabalho se trata em contribuir cientificamente no que tange ao reconhecimento e feitos jurídicos da multiparentalidade, e tem como objetivo específico Estudar o conceito e a evolução histórica da família; Analisar sobre os princípios norteadores protetivos da criança e do adolescente; Examinar as consequências jurídicas da multiparentalidade, além de Analisar os efeitos sobre a obrigações no âmbito da multiparentalidade.

E é neste contexto que a temática proposta é de extrema importância uma vez que, visa a possibilidade de coexistência entre a paternidade biológica e socioafetiva, sem que um exclua o outro.

Utilizou-se do método dedutivo, partindo de premissas gerais, analisando a evolução do Direito de família e suas espécies, além de utilizar de métodos indutivo onde está pautada e estruturada em fundamentação teórica bibliográfico, por meio de análise doutrinaria e jurisprudencial, bem como a legislação infraconstitucional, assim, respaldará este objeto de pesquisa. Sempre nos limites dos objetivos propostos, a pesquisa se desenvolverá da seguinte forma: será utilizado o método de análise da evolução do direito de família e o reconhecimento das atuais entidades familiares, bem como seus efeitos jurídicos.

CAPITULO 1

DA FAMÍLIA E DA FILIAÇÃO

1.1. DA FAMÍLIA

Antes da Constituição de 88, a única forma de constituir família era a união exclusivamente entre homem e mulher, matrimonial, hie-

rarquizada e patriarcal. A filiação era unicamente biológica, reconhecida somente se decorrente do casamento legítimo, não havia igualdade entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, sendo esses últimos, considerados como ilegítimos.

> Deste modo, a família tradicional estava presa a um modelo taxativo (pai, esposa, filhos havidos no casamento e os parentes do cônjuge) e tudo que não estivesse dentro desses padrões não era considerado família (ALBERGARIA, p 252, 2015).

Com as novas ideias trazidas pela Constituição Federal de 1988, bem como com o distanciamento do modelo patriarcal, novos valores foram agregados, permitindo a valorização das relações humanas, permeadas pelo valor do afeto. O que desencadeou na transição da estrutura nuclear de família para o pluralista, ou seja, sem que houvesse um exclusivo modelo a ser seguido.

1.2 CONCEITO DE FAMILIA

A palavra família possui um significado que foge à ideia que temos de tal instituto hoje, vem do latim *famulus* e significa grupo de escravos ou servos pertencentes ao mesmo patrão.

A família consiste em uma forma de agrupamento informal e espontânea que, provavelmente, representa uma das formações sociais mais antigas da história. Ela é, conforme já foi dito, um fato social, que se transforma e se reinventa com o passar do tempo, de acordo com as necessidades e os interesses de cada época. Assim, faz-se necessário um estudo histórico do instituto na perspectiva do direito pátrio, como forma de possibilitar uma melhor compreensão acerca da família atual.

Devido às transformações sociais que a sociedade passou, citando como exemplo o feminismo e a inserção da mulher no mercado de trabalho, este modelo de família mudou, passando a família a se manter por laços afetivos em detrimento dos laços econômicos; uma vez que a família deve ser constituída por um núcleo afetivo e não por uma dependência econômica mútua. Diante dessa transformação familiar, Paulo Luiz Netto Lobô faz a seguinte afirmação:

> "A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua". (LOBÔ, 2004, p. 155).

É certo que a família é sem dúvida a instituição e o agrupamento humano mais antigo, haja vista que todo ser humano, todo indivíduo nasce em razão da família e, via de regra, no âmbito desta, associando-se com seus demais membros.

1.3 CONCEITO DE FILIAÇÃO

Do latim, filiatio traduz-se pela relação de parentesco que se constitui entre pais e filhos em linha reta, gerando o estado de filho. Ou seja, filiação é o vínculo de parentesco que une os filhos aos pais. Esta não decorre unicamente da consanguinidade, há também outros institutos como adoção.

Todo ser humano, ao ser gerado, precisa de um pai e de uma mãe; todos os filhos procriados são plenos para exercerem seus direitos e deveres, em um grupo social como a família que, por sua vez, é célula da sociedade.

> Esta representa a continuação da espécie, daí que a filiação constitua objeto de apreciação de diversas áreas do saber, entre elas, a genética, que procura descobrir os traços comuns transmitidos de pai para filho. (PEREIRA, 2007, p 16).

O direito ao reconhecimento da origem genética é personalíssimo da criança, não sendo passível de renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai, inexistindo, portanto, a possibilidade de se ter presumido o vínculo paternal. O Direto Romano marcou de forma eloquente o Direto de Família.

> Os conceitos de família e filiação eram fundamentados no casamento e no autoritarismo, imposto pela figura do pater, dando origem ao termo pátrio poder, hoje denominado poder familiar. Esses conceitos incorporaram-se ao antigo Código Civil brasileiro, sendo que ainda hoje se percebe a sua influência e seus resquícios na legislação vigente. (PEREIRA, 2007, p 16).

Assim, as relações familiares devem sempre ser pautadas no âmbito jurídico e no afetivo, pela proteção da vida e da integridade da personalidade de cada membro familiar, consubstanciado no respeito e no resguardo dos direitos da personalidade.

O ambiente familiar passou a ser ligado em laços de afetividade, de forma pública, continua e duradoura, tendo assistência mútua entre os membros da entidade familiar, com a finalidade de se buscar a felicidade, sendo por isso a família, de acordo com a Constituição Federal, a base da sociedade brasileira.

Em virtude das mudanças na estrutura da família, muitas situações foram surgindo e visando respaldo legal, tais como a união estável, a adoção, a investigação da filiação, a guarda e o direito de visitas. O artigo 27 da Lei 8. 069/90, estabelece o seguinte:

> "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça". (ECA, 1990).

Na definição da autora Maria Helena, "filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida (DINIZ, 2002).

Após o advento da Magna Carta, em 1988, não há mais que se falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, adulterinos e incestuosos. Aliás, essas duas últimas designações deixaram de existir em nosso direito, pois com o advento da CF/88, reconhecida a paternidade, vigora o princípio da isonomia entre os filhos, não podendo haver discriminação sob qualquer aspecto.

CAPÍTULO 2

DA MULTIPARENTALIDADE E OS EFEITOS DO SEU RECONHECIMENTO NO BRASIL

3.1 MULTIPARENTALIDADE

Trata-se da possibilidade jurídica conferida ao genitor biológico e/ou do genitor afetivo de invocarem os princípios da dignidade humana e da afetividade para ver garantida a manutenção ou o estabelecimento de vínculos parentais. Sabe-se que a família se estrutura e constitui-se das mais variadas formas e padrões, tornando a noção que a família é baseada apenas por liames genéticos, biológicos e decorrentes do casamento civil, ultrapassada. Ao invés de proteger-se o patrimônio, passou a prevalecer o direito dos indivíduos, iniciando, assim, o reconhecimento de relações interpessoais existentes na sociedade.

Isso decorre da mudança da estrutura familiar e do conceito e critério de paternidade – é possível, portanto, reconhecer um vínculo estabelecido a partir de relação afetiva, ao invés da puramente biológica. Além disso, a coexistência de vínculos biológicos e afetivos é perfeitamente viável, mostrando-se não apenas como direito, e sim como obrigação, de forma a preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos.

Apresentamos o conceito de paternidade não somente considerando o liame genético – há de ser levado em consideração "a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico" e que "reside antes no serviço e amor que na procriação".

Com há o reconhecimento de que o afeto é um princípio do direito de família e faz as vezes de direito fundamental, há uma quebra de paradigmas, dando-se valor e lugar para o afeto, para o que permeia cada uma das relações familiares. É por esta razão que se diz que as relações de consanguinidade são menos importantes que as oriundas de laços de afetividade e convivência familiar. A afetividade é o elemento nuclear e definidor da união familiar.

3.1 EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Neste contexto, a multiparentalidade significa a legitimação da paternidade/maternidade do padrasto ou madrasta que ama, cria e cuida de seu enteado (a) como se seu filho fosse, enquanto que ao mesmo tempo o enteado (a) o ama e o (a) tem como pai/mãe, sem que para isso, se desconsidere o pai ou mãe biológicos. A proposta é a inclusão no registro de nascimento do pai ou mãe socioafetivo permanecendo o nome de ambos os pais biológicos.

A multiparentalidade é uma forma de reconhecer no campo jurídico o que ocorre no mundo dos fatos. Afirma a existência do direito a convivência familiar que a criança e ao adolescente exercem por meio da paternidade biológica em conjunto com a paternidade socioafetiva.

3.2 EFEITOS JURÍDICOS DA MULTIPARENTALIDADE

No parentesco

O primeiro efeito do reconhecimento do fenômeno da multiparentalidade se dá na própria relação de parentesco/filiação. Salienta-se que, embora haja constante menção somente à "paternidade" ou "maternidade" socioafetiva, a criação do vínculo se estende aos demais graus e linhas de parentesco, passando a produzir todos os efeitos patrimoniais e jurídicos pertinentes, englobando toda a cadeia familiar. Assim, o filho teria parentesco em linhas retas e colateral (enfatizando que apenas até o quarto grau) com a família do pai/mãe afetivo e pai/mãe biológicos, fazendo valer todas as disposições expressas em lei quanto ao direito de família – incluindo, por exemplo, impedimentos matrimoniais e sucessórios. Em decisão inédita no ano de 2012, o Tribunal de Justiça de São Paulo deferiu pedido para acrescentar na certidão de nascimento de jovem de 19 anos o nome da mãe socioafetiva, sem ser retirado o nome da mãe biológica. Esta morreu três dias após o parto, sendo que quando o filho tinha dois anos o pai se casou com outra mulher, postulante da ação em conjunto com o enteado. O jovem sempre viveu harmoniosamente com o pai, a madrasta, que

sempre chamou de mãe, bem como com a família de sua mãe biológica, que nunca fora esquecida. O filho que sempre conviveu entre as três famílias tem agora um pai, duas mães e seis avós registrais (FOLHA DE SÃO PAULO, 2012).

> "***Ementa: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA***. Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família. Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido."

No nome:

Conforme entendimento universal na doutrina e na jurisprudência, o direito do uso do nome do pai pelo filho é direito fundamental e não pode ser vedado. Esse direito é decorrente do Princípio da Dignidade Humana, o qual está alçado à Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III.

Sobre o tema, insta colacionar os ensinamentos do professor Sílvio Venosa:

> "O nome é, portanto, uma forma de individualização do ser humano na sociedade, mesmo após a morte. Sua utilidade é tão notória que há exigência para que sejam atribuídos nomes a firmas, navios, aeronaves, ruas, praças, acidentes geográficos, cidades etc. O nome, afinal, é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com os outros atributos da personalidade, dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade."

Depois de reconhecida a existência da multiparentalidade, o nome do filho, sem qualquer impedimento legal, poderia ser composto pelo prenome e o apelido de família de todos os genitores. Vale lembrar que a Lei dos Registros Públicos, em seu artigo 54, não impossibilidade isso – portanto, a alteração do nome em decorrência da multiparentalidade não gera conflito com nenhuma disposição expressa em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, vale destacar o entendimento que existe a teoria do direito individual ou da personalidade – para os seus adeptos, o nome é um dos atributos da personalidade, compreendido no sistema de proteção desta, sendo assegurado o direito a ações contra terceiros que tentam usurpá-lo. Essa corrente é a mais aceita entre os doutrinadores civilistas modernos, exprimindo com correção a natureza do direito ao nome, encontrando-se inserida no ordenamento jurídico brasileiro e assegurada pela Constituição Federal de 1989.

Na obrigação alimentar:

A obrigação alimentar gerada pelo reconhecimento da multiparentalidade é a mesma já aceita e utilizada no caso biparentalidade – ou seja, é aplicada tanto ao pai biológico quanto ao pai afetivo, observando o disposto no artigo 1.696, do Código Civil;

> Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Ou seja, os pais/mães biológicos e afetivos seriam credores e devedores de alimentos em relação ao filho, respeitando, obrigatoriamente, o binômio possibilidade/necessidade (conforme disposto no artigo 1.694, § 1º, do Código Civil).

Desta forma, igualmente em relação à verba alimentar estipulada em um processo no qual não haja a existência do reconhecimento da multiparentalidade, são aplicadas as regras ordinárias já previstas, estendendo-as de forma a abranger os múltiplos genitores. Por fim, é importante ressaltar que a legislação vigente assegura que a prestação de alimentos é recíproca entre pai e filho, portanto, todos os pais poderão prestar alimentos ao filho, bem como este poderá prestar alimentos a

todos os pais. Conforme demonstra ementa abaixo, há o entendimento jurisprudencial que a ausência de vínculo biológico não é suficiente para afastar a obrigação alimentícia, tendo em vista que os alimentos são destinados ao atendimento das necessidades básicas dos filhos.

> ***"ALIMENTOS. DESERÇÃO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM.1***. Cuidando-se de ação de alimentos, onde se discute a capacidade econômica do alimentante, o qual alegou insuficiência de recursos e pediu a gratuidade, a ausência de preparo não induz à deserção, sendo razoável conceder a dispensa do preparo.2. Estando provado o vínculo jurídico de filiação, a alegação de inexistência do liame biológico é irrelevante e vazia, pois não paira dúvida alguma sobre o vínculo socio afetivo, decorrente da posse do estado de filho, nem que o alimentante era o provedor do núcleo familiar.3. Os alimentos se destinam ao atendimento das necessidades dos filhos, que são presumidas, dentro da capacidade econômica do alimentante. Recurso desprovido." (grifos nossos)

Guarda de filho menor:

Em tese, juridicamente não há dificuldades em resolver o problema da guarda de filhos, ainda que seja reconhecida e aceita a multiparentalidade. O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, caput, e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º, caput, e 5º. Neste caso, é imprescindível analisar caso a caso, observando sempre o princípio do melhor interesse da criança. No caso em que a criança é considerada suficientemente madura, os Tribunais tendem a considerar sua preferência, desde que consoante com o princípio supramencionado.

Atente-se para o fato de que a ordem de prioridade de interesses foi invertida, posto que antigamente, se houvesse algum conflito decorrente da posse do estado de filho, entre a filiação biológica e a filiação socio afetiva, os interesses dos pais biológicos se sobrepunham aos interesses do filho, porque se primava os vínculos sanguíneos e biológicos, ou seja, a hegemonia da consanguinidade.

Desta forma, é nítido que o critério mais adequado a esses casos é o da afinidade e afetividade, sendo, portanto, que os pais afetivos levam sensível vantagem na obtenção da guarda dos menores.

Em determinadas situações, quando o magistrado entender necessário, este poderá aplicar o disposto no artigo 1.616 do Código Civil:

> Art. 1.616. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

Tendo em vista o artigo supramencionado, é possível que, ainda que em posse de sentença julgando procedente a investigação de paternidade e reconhecido o vínculo biológico, nos casos em que for exagerada e humilhante ao menor a resistência do pai biológico, o magistrado poderá determinar que a guarda fique com o pai afetivo, ainda que impossibilite o pai biológico a acompanhar a criação e educação de seu filho, como penalização. Por sua vez, em situação dissonante da descrita no parágrafo anterior, pode-se optar pela guarda compartilhada, desde que harmonioso o relacionamento entre os pais. Vale ressaltar que os laços afetivos construídos com o convívio das partes são decisivos e imperiosos nas ações de guarda

Necessário enfatizar que esse direito não se resume aos pais afetivos, podendo se estender, por exemplo, aos avós, como se verifica na ementa a seguir:

> ***"Ementa: AÇAO DE GUARDA. MENORES SOB O PODER FAMILIAR DOS AVÓS PATERNOS. AMPARO MATERIAL E AFETIVO. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DADO PARCIAL PROVIMENTO***. 1. Residindo as infantes com os avós paternos desde tenra idade e vivendo sob suas responsabilidades, bem como permanecendo após o falecimento do genitor, atendendo, assim, os interesses das menores e pela impossibilidade financeira da mãe de suprir as necessidades básicas das crianças. 2. In casu, a confirmação da sentença deve ser feita, cor-

> rigindo tão somente acerca do direito de visita da mãe, ora apelante, às suas filhas, de acordo com o que foi registrado no relatório técnico acostado nos autos. 3. Recurso conhecido e dado parcial provimento."

Salienta-se que a guarda do menor não obsta no direito de visita para aquele que teve a pretensão refutada, desde que comprovada a idoneidade e os benefícios que este contato pode trazer à criança.

Direito de visitas:

A partir da promulgação da Lei nº 12.398/2011, o direito de visita, que até então era permitido apenas aos genitores, foi estendido aos avós. Desta feita, fora acrescentado um parágrafo único ao artigo 1.589 do Código Civil, o qual passou a ter o seguinte teor:

> "Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente" (grifo nosso).

O direito de visitas tem a finalidade de estreitar vínculos afetivos, portanto deve ser conferida, a menos que haja algum impedimento ou motivo suficiente para impor essa restrição.

Direitos sucessórios:

Os direitos sucessórios, no caso de multiparentalidade, são reconhecidos entre pais e filhos (e seus parentes), observada a ordem de preferência e vocação hereditária disposta nos artigos 1.829 a 1.847, do Código Civil. As linhas sucessórias são estabelecidas de acordo com os genitores. Ou seja, aplica-se tanto ao pai/mãe biológico (a) quanto ao pai/mãe afetivo (a). Se morresse o pai/mãe afetivo, o filho seria herdeiro em concorrência com os irmãos, ainda que estes sejam unilaterais. Cabe ressaltar que a doutrina e jurisprudência não mais fazem distinção entre irmãos bilaterais e unilaterais. Pode-se citar, por exemplo, que, se morresse o (a) pai/mãe biológicos, o filho também seria sucessor. Se

morresse o menor, os pais seriam sucessores, dividindo o patrimônio do falecido entre eles.

Um caso exemplar, ocorrido em Santa Catarina, envolveu a filha biológica de uma empregada doméstica que foi criada pelos patrões, tendo sido reconhecido que a moça tinha pai e mãe socio afetivos. A sentença foi proferida pelo desembargador Jorge Luiz da Costa Beber, na 4ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça, que prestou depoimento, transcrito abaixo:

> "A prova dos autos é exuberante. No baile de debutantes, a filha socioafetiva foi apresentada como filha do casal. Quando ela se casou, eles foram contados como pai e mãe. Ela tinha os irmãos biológicos como irmãos. Quando nasceu o filho da filha afetiva, ele foi tido como neto recebendo, inclusive, um imóvel dos avôs afetivos. Trata-se de uma relação afetiva superior ao simples cumprimento de uma guarda", avalia o desembargador.

Com a morte da mãe afetiva e consequente abertura do processo sucessório, a filha socio afetiva foi excluída da respectiva sucessão, que entrou com uma ação de reconhecimento de paternidade e maternidade socio afetiva para todos os fins hereditários. Com o óbito da mãe afetiva, abriu a sucessão e a filha afetiva não foi contemplada. Durante a disputa hereditária, abandonou-se esse amor construído por tantos anos", afirma o desembargador. A decisão foi unânime.

Em suma, não há distinção ao procedimento utilizado em uma família na qual não há a multiparentalidade – ou seja, o filho é herdeiro de seus pais (sejam biológicos ou afetivos) e eles herdeiros de seus filhos, além dos vínculos com os demais parentes.

Conflito entre genitores:

Os poderes de supervisionar e fiscalizar a educação e o desenvolvimento do menor é previsto aos não detentores da guarda, conforme disposto no artigo 1.583, § 3º, do Código Civil. Esses poderes possivelmente, de forma provável inclusive, acarretar em divergências inconciliáveis entre os pais (biológicos e afetivos). Para essa hipótese de

eventual divergência, a lei estabelece dispositivos, como artigo 1.517 e 1.567 do Código Civil, aos quais é possível pleitear ao Poder Judiciário e recorrer ao juiz para dirimir a lide. Nos dizeres de Bernardes:

> "Acreditamos, por certo, que este instituto jurídico familiar identificado como paternidade socio afetiva, mesmo ainda não respaldado com solidez pela legislação civil em voga, mas que já vem sendo admitido pelos Tribunais do país, enquadrado como um fato e integrado ao sistema de direto, concretizará como a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, onde seguirão como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição, tendo um significado mais profundo do que a verdade biológica"

Finaliza-se, observando as novas perspectivas para a solução destes conflitos, pois é enorme a divergência dos entendimentos sobre o tema paternidade biológica e afetiva, dando margem para amplos debates quanto a este assunto.

CONCLUSÃO

Existem novas formas de se constituir família que surgiram com o advento da Constituição de 1988, que com o rico contexto de sua redação primou pela observância da dignidade da pessoa humana e afetividade nas relações de família. A família se transformou, antes com o seu modelo tradicional, hierárquico, patriarcal passou agora a abranger as demais espécies de sua constituição, primando pela afetividade e solidariedade familiar. Embora seja idealizada a concentração dos três tipos de paternidade em uma única figura, situações podem existir nas quais essas paternidades sejam exercidas por pessoas diferentes. Nessas hipóteses, não se deve afirmar, abstratamente, a prevalência de um critério sobre o outro, devendo-se analisar as peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse contexto, surge o fenômeno da multiparentalidade caracterizado pela forma alternativa de efetivar o princípio da dignidade humana e da afetividade, possibilitando o reconhecimento de elementos

subjetivos – como amor, afeto, cuidado. Não é possível, nestes casos, a "adoção unilateral", pois não há a substituição de nenhum dos pais biológicos – há apenas o reconhecimento de pai/mãe socioafetivo, prevalecendo e reconhecendo o vinculo construído pelas partes. possibilita que haja um reflexo da realidade de uma família no mundo judiciário, desde o registro de nascimento até os direitos sucessórios, decorrendo todos os efeitos cabíveis da filiação.

Podemos citar a mudança mais marcante dentro do direito de família com relação à paternidade dos filhos decorre da criação do artigo 227 da Constituição Federal, o qual prioriza o princípio da dignidade humana, proibindo-se qualquer tipo de discriminação com relação aos filhos havidos fora do casamento. Com isso, todos os filhos passaram a ter os mesmos direitos e obrigações referentes à filiação.

O presente trabalho objetivou apresentar uma nova visão em relação ao fato de que a paternidade não pode ficar restrita somente ao vínculo biológico, pois o afeto, o amor, o carinho não decorrem simplesmente da biologia. Entende-se que a paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos, pois pai é considerado aquele que educa, ama e se preocupa com o bem-estar dos filhos. Então, o mais importante vínculo de paternidade é o afetivo, e pai pode perfeitamente não ser o que determina o vínculo genético. Portanto, cria-se uma distinção entre o conceito "pai" (liame afetivo) e o conceito "genitor" (liame biológico).

É importante destacar que a multiparentalidade diverge da adoção unilateral, pois não substitui nenhum dos pais biológicos, mas acrescenta no registro de nascimento o pai ou mãe socioafetivo. Por meio dele se estabelece entre o filho e o pai/mãe socioafetivo(a) todos os efeitos decorrentes da filiação. Assim a tendência é que cada vez mais o sistema jurídico brasileiro reconheça mais situações de multiparentalidade como forma de efetivação dos direitos dos sujeitos envolvidos, quando estes, em função da omissão do direito são prejudicados.

O ato de reconhecer um filho é acompanhado de vários efeitos tanto na esfera patrimonial, psicológica, social e pessoal, tais como direito de portar o nome do pai ou mãe, a guarda, alimentos e principalmente no que se refere à questão sucessória. A multiparenta-

lidade configurada pelo registro de nascimento, embora ocasione um bônus aos filhos contemplados pela dúplice paternidade, poderá futuramente tornar-se uma obrigação dobrada se levarmos em consideração a reciprocidade de alimentos e capacidade sucessória. Portanto, cada caso deve ser estudado criteriosamente – embora os reflexos não sejam certos e definitivos, é necessário que sejam levados em consideração.

Por todo o exposto, conclui-se que o reconhecimento da coexistência de múltiplos vínculos parentais não é apenas uma possibilidade, revelando-se verdadeira necessidade dos dias atuais. A escolha por uma única forma de parentalidade, em muitas vezes, ocorre de modo arbitrário, ignorando a realidade dos envolvidos. Assim, o Direito e seus operadores devem ter postura ativa, a fim de atender os anseios das novas modalidades familiares, com observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

A evolução da ideia e do conceito de família. Disponível em: https://advocaciatpa.jusbrasil.com.br/artigos/176611879. Acesso em 15 de março de 2019.

BRASIL. Código Civil de 2002. Texto Comparado: Código Civil de 2002 e o Código Civil de 1916. Organização do texto: Silvio de Salvo Venosa. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASILEIRO, Aline. Disponível em: http://www.fadivale.com.br/portal/revistaonline/revistas/2016/Artigo_Aline_Brasileiro.pdf. Acesso em 10 de março de 2019.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Pluralismo e Direito de Família. Programa de Pós-Graduação em Direito. UFPB. 2007.

Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507. Acesso em: 08 de março de 2019.

DAHER, Marlusse Pestana. Família Substituta. Jus Navigandi. Dezembro de 1998. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1655. Acesso em: 14 de março de 2019.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. A ética do Afeto. Abril de 2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6668. Acesso em: 13 de março de 2019.

Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. 12 de janeiro de 2019. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20 de março de 2019.

FIUZA, Cezar. Direito Civil – Curso Completo. 12ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito Civil. Volume 7.* Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008, p. 28.)

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol VI. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol VI. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 04 de janeiro de 2019.

Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009. Nova Lei de Adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm. Acesso em: 01 de março de 2019

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Abril de 2004. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201. Acesso em: 15 de março de 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de Família. Vol. 02. 37. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

Multiparentalidade conceitos e consequências. Disponível em: https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento. Acesso em 14 de março de 2019.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Vol. 5 - Direito de Família. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de história do Direito. 15ª edição. Ed. Forense, 2008, pp.53-54.

O Ensino de Direito de Família no Brasil. março de 2004 - A. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=125. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

O reconhecimento e direitos jurídicos da multiparentalidade. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-reconhecimento-e-efeitos-juridicos-da-multiparentalidade,589254.html. Acesso em 11 de março de 2019.

Princípio Jurídico da afetividade na filiação. Março de 2000. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527. Acesso em: 15 de março de 2019

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da União Estável. IBDFAM. 2010.

Princípio da dignidade da pessoa humana do novo cpc <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940203/ -art-6-do-projeto>. Acesso em 08 de maio de 2019

Principios do direito de familia <https://diorgenes.jusbrasil.com.br/artigos/112183566/>

Texto originalmente publicado no <www.direitofamiliar.com.br>. Acesso em 10 de maio de 2019

Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em acoes de guarda de menor <https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/403447184/>. Acesso em 10 de maio de 2019

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Vol. 6 - Direito de Família. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Vol. VI - Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005

POSSIBILIDADE DA COEXISTÊNCIA DE DUAS UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS E CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE BIGAMIA

Juliana Arrais Mousinho

INTRODUÇÃO

O presente artigo, intitulado "Possibilidade da coexistência de duas uniões estáveis simultâneas e caracterização do crime de bigamia" verifica a caracterização de duas uniões estáveis pelo mesmo indivíduo e, por consequência, do crime de bigamia, problematizando o tema sob o viés da equiparação deste tipo de união afetiva ao casamento e suas possíveis implicações, visando, enquanto objetivo final, a apresentação em Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH 2020), organizado pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito.

Criada pela Constituição de 1988 para incluir no direito as relações de fato, a união estável é, hoje, um mecanismo de garantia de direitos de fácil acesso à população, mesmo em cidades de pequeno porte, firmado por meio de escritura pública em cartório, exigindo nada além da presença das duas partes envolvidas, sendo facultativos demais dispositivos comprobatórios como, por exemplo, a exigência de testemunhas.

O reconhecimento da entidade familiar garante direitos equiparados ao casamento civil, como os sucessórios, conforme decisão

do Supremo Tribunal Federal. A preferência pela união estável se justifica, muitas vezes, pela praticidade, baixo custo e facilidade de posterior dissolução.

Ao mesmo tempo que incentiva e promove a formalização de relações afetivas de fato por indivíduos em condição de monogamia, o dispositivo jurídico também implica no questionamento das consequências jurídicas, como o crime de bigamia, para o sujeito envolvido em duas ou mais relações de fato, uma vez que há a possibilidade de reconhecimento da união estável *post mortem*, entre outros casos, conforme discutido no presente artigo.

O tema, então, se faz relevante ao abordar as diversas correntes existentes acerca do assunto, propondo uma reflexão focada na discussão jurídica, afastando-se de uma análise moral.

Inicialmente, tratamos das entidades familiares disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, sendo elas o casamento, a união estável e o concubinato, previstas, respectivamente, na Constituição Federal e no Código Civil.

Em seguida, abordamos as diferenças na constituição do casamento e da união estável, analisando os requisitos e formalidades exigidos para suas formações.

Um outro tópico trata do art. 235, do Código Penal, que prevê o crime de bigamia, discutindo a equiparação total da união estável ao casamento. Desta forma, questionamos: poderiam duas uniões estáveis ou uma união estável celebrada por pessoa anteriormente casada gerar a conduta típica de bigamia descrita na norma penal?

DESENVOLVIMENTO

1. ENTIDADES FAMILIARES.

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe acerca de três formas de união afetiva. O casamento e a união estável foram previstos na Constituição Federal e no Código Civil, e o concubinato, previsto apenas no código civilista.

Entre os vários conceitos clássicos de casamento, destaca-se o de Maria Helena Diniz:

> O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem segundo as formalidades legais, para obter auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.

Durante muitos anos discutiu-se acerca da natureza jurídica do casamento, e a três principais correntes eram a teoria institucionalista, na qual o casamento seria instituição; a teoria contratualista, pela qual seria contrato de natureza especial; e a teoria mista ou eclética, que vê o casamento como instituição no que se refere ao conteúdo e contrato especial no que tange à sua formação. Prevalece, hodiernamente, tratar-se de contrato, aplicando-se a teoria geral dos negócios jurídicos ao casamento.

No que concerne à união estável, importante destacar que esta só teve proteção constitucional a partir da Constituição de 1988, que a reconheceu como entidade familiar e previu que deve ser facilitada a sua conversão em casamento.

A entidade, segundo o art. 1723, do Código Civil, se configura pela convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de criar uma família. O conceito, que se apresenta muito amplo, dificulta a marcação de um momento de início da união, o que traz diversas implicações.

Como assevera Rodrigo Cunha Pereira:

> O delineamento do conceito de união estável deve ser feito buscando os elementos caracterizadores de um 'núcleo familiar'. É preciso saber se daquela relação nasceu uma entidade familiar. Os ingredientes são aqueles já demarcados principalmente pela jurisprudência de doutrina pós-constituição de 1988: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e a formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se. Os elementos intrínsecos e extrínsecos, objeti-

> vos e subjetivos, em cada caso concreto, são os que nos ajudarão a responder se ali está caracterizada, ou não, uma união estável.

Finalmente, o concubinato define a união formada pelas relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de se unir por casamento civil e também não reconhecida como união estável, nos moldes do que traz o art. 1.727, do Código Civil.

2. DIFERENÇAS NA CONSTITUIÇÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Impende analisar as diferenças existentes entre os requisitos e formalidades necessários para constituir união estável ou casamento. Segundo Flávio Tartuce (2018), não há qualquer requisito formal obrigatório para que a união estável reste configurada, como a necessidade de elaboração de uma escritura pública entre as partes ou de uma decisão judicial que a reconheça.

Não se pode, todavia, confundir a união estável com o concubinato, conceituado anteriormente, ou com o "namoro qualificado", que seria o namoro longo, com objetivo de constituir família no futuro. O Superior Tribunal de Justiça decidiu nesse sentido:

> "O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado 'namoro qualificado'- não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contigências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) fo-

> ram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social". (STJ, REsp 1.454.643/RJ. 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 03.03.2015, DJe 10.03.2015).

O casamento, por sua vez, tem como imprescindíveis a habilitação, celebração e registro no livro B de Registro Civil, bem como análise das causas suspensivas e impeditivas.

As diferenças para a constituição das entidades também se refletem na comprovação de sua existência: enquanto o casamento se comprova pela certidão de casamento, a união estável pode ser comprovada por testemunhas, contrato ou escritura pública.

Resta evidente, portanto, as diferenças nos graus de formalidade e mesmo na essência dos institutos apresentados, que em nada se confundem.

3. EQUIPARAÇÃO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO.

Diante dos conceitos ilustrados, passemos à discussão acerca da possibilidade de equiparação entre a união estável e o casamento e qual seria o seu alcance.

Inicialmente, com o advento da Constituição Federal e com a previsão trazida no sentido de que deveria ser facilitada a conversão da união estável em casamento, vários autores se posicionaram afirmando que, se houvesse, de fato, equiparação, não seria necessária conversão, vez que não se pode converter algo no que ele já é.

Outros autores entenderam que não haveria hierarquia entre as entidades e que, apesar de diferentes, gozariam da mesma proteção legislativa. Parte da discussão foi superada quando o Supremo Tribunal Federal, decidiu que deveria haver uma equiparação sucessória entre o casamento e a união estável, declarando a inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil (Recurso Extraordinário 878.694/MG).

Segundo o voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso, "não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a família formada pela união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição".

Depois da decisão da Suprema Corte, alguns autores entenderam que a equiparação seria total e, para estes, a união estável passaria a ser uma espécie de "casamento forçado". É o caso de Mário Luiz Delgado.

Analisemos os aspectos que interessam a este trabalho: o dos impedimentos e da extinção das entidades familiares. O art. 1521, VI, do Código Civil, elenca como impedimento ao casamento, ensejador de nulidade absoluta, o fato da pessoa já ser casada, consagrando o princípio da monogamia.

Surge, nesse ponto, o questionamento acerca de quais seriam os impedimentos à constituição de uma união estável e se seriam aplicáveis a ela os impedimentos ao casamento listados no Código Civil.

Maria Berenice Dias se posiciona contra a existência de impedimentos à união estável, ao afirmar que a imposição desses obstáculos restringiria o alcance do instituto. Acrescenta ainda que, em relação ao casamento, a restrição se justifica por se tratar de ato que depende da chancela do Estado, realizado por um agente estatal e registrado em cartório público.

No que diz respeito à união estável, por outro lado, entende que se origina do afeto e do conhecimento público da relação e que seu reconhecimento por parte do Estado é obrigatório.

Todavia, o art. 1723, em seu parágrafo primeiro, afirma que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1521, do mesmo diploma, não se aplicando, porém, o inciso IV, que versa acerca das pessoas casadas, nas hipóteses em que já se encontrarem separadas de fato ou judicialmente.

Com base no artigo supracitado, em uma leitura positivista da norma, parte da doutrina entende que, com a ressalva feita pela própria lei, os outros impedimentos se aplicariam de forma irrestrita.

Cabe questionar, nesse caso, se a aplicação de todos os impedimentos não transformaria a união estável, reconhecida sem declaração

de vontade perante um órgão público, uma espécie de casamento contra a vontade dos nubentes.

Neste ponto, se faz necessária uma análise mais minuciosa. Em que pese a interpretação acima estampada, de que a imposição de diversos requisitos acabaria por tornar desnecessária a união estável, vez que se tornaria por demais semelhante ao casamento, também cabe questionar se a ausência total de formalidades não levaria a um reconhecimento quase automático de uniões estáveis, suprimindo, de certa forma, a voluntariedade como critério constitutivo.

4. BIGAMIA

O art. 235 do Código Penal prevê o crime de bigamia:

> Art. 235 – Contrair alguém, sendo casado, novo casamento.
> Pena: reclusão, de dois a seis anos.

O questionamento nesse ponto é: se considerarmos a equiparação total da união estável ao casamento, mesmo com a ressalva feita pelo parágrafo único do art. 1.723 do Código Civil, poderiam duas uniões estáveis ou uma união estável celebrada por pessoa anteriormente casada gerar a conduta típica descrita na norma penal?

Rogério Sanches afirma tratar-se de crime próprio, visto que só suporta como sujeito ativo a pessoa casada, e de concurso necessário, pois demanda a participação de duas pessoas para a sua execução: a pessoa casada e a que com ela contrai matrimônio.

Para o autor, o tipo incriminador não pode ser alargado para o fim de abranger o convivente numa união estável, posto que a hipótese configuraria analogia *in malam partem*.

Na definição de Cleber Masson, crimes próprios são aqueles em que o tipo penal exige uma situação fática ou jurídica diferenciada por parte do sujeito ativo. Ressalta-se, ainda, que o crime de bigamia é crime próprio em sua forma pura, haja vista que a ausência da condição imposta pelo legislador (casamento anterior) torna o fato atípico.

Crime em concurso necessário, por sua vez, é aquele que demanda a presença de mais de um sujeito ativo para sua caracterização. No

que concerne ao crime de bigamia, mais especificamente, temos que se trata de crime de concurso necessário ou plurissubjetivo de condutas convergentes, ou seja, em que as condutas dos respectivos agentes devem se direcionar uma em direção à outra, visando o mesmo fim.

No caso do crime de bigamia, a discussão estreita-se em um aspecto: ampliar o sujeito ativo para que também alcance a pessoa com união estável reconhecida por escritura pública configuraria analogia *in malam partem* ou interpretação extensiva?

A analogia in malam partem é aquela pela qual se aplica ao caso omisso uma lei maléfica ao réu, disciplinadora de caso semelhante. Nas palavras de julgado do Supremo Tribunal Federal:

> Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia in malam partem). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da estrita legalidade na esfera penal.

Ainda, conforme define Guilherme Nucci (2017) acerca da analogia *in malam partem*:

> É a utilização da analogia em prejuízo do réu, pois cria figura criminosa, por similitude, a uma situação fática que não se encaixa, primariamente, em nenhum tipo incriminador. É proibida a sua utilização no campo penal por lesar a legalidade. No setor processual penal, admite-se o emprego da analogia, com o objetivo de suprir lacunas, seguindo-se o disposto pelo art. 3.º do Código de Processo Penal.

A interpretação extensiva ocorre nos casos em que o intérprete corrige uma fórmula legal excessivamente ampla para alcançar a sua real finalidade, sendo aceita no Brasil inclusive para normas incriminadoras.

É o caso, por exemplo, do que acontece no crime de extorsão mediante sequestro, previsto no art. 159, do Código Penal. Sua interpretação amplia o alcance da norma ao abranger também a extorsão mediante cárcere privado.

Em que pese saber que, quando da edição da norma que tornou a bigamia fato típico, não havia, no país, reconhecimento legal da união estável, que se deu apenas com o advento da Constituição de 1988, não se pode, sob a justificativa de interpretação extensiva, ampliar o sujeito ativo do crime.

Tal alargamento configuraria clara analogia in malam partem e, além de violar o princípio da estrita legalidade na esfera penal, fere a segurança jurídica e o princípio da imputação pessoal.

Vejamos. Se a união estável é situação de fato e pode se dar mesmo contra a vontade de um dos partícipes da relação, e esse agente, sem consciência dessa fato, contrair em seguida casamento, haveria punibilidade de uma conduta em relação à qual o autor não só não tinha consciência da ilicitude como também não tinha vontade.

Neste ponto, imprescindível analisar mais a fundo o conceito de vontade e se o crime de bigamia comporta apenas a modalidade dolosa ou também a modalidade culposa para a sua prática.

O Código Penal prevê em seu artigo 18:

> Art. 18 – Diz o crime:
>
> I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Segundo Damásio de Jesus, os elementos do dolo são a consciência da conduta e do resultado; a consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado e a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado.

O Código Penal brasileiro adotou a teoria da vontade no que diz respeito ao dolo, conforme vimos na primeira parte do art. 18 acima transcrito – a segunda parte do tipo demonstra uma adoção cumulativa da teoria do assentimento. Isto porque aquela teoria entende o dolo como a vontade livre e consciente de praticar o verbo contido no tipo penal.

O crime de dolo é punível apenas na modalidade dolosa. Ademais, como bem explica Masson (2017), o dolo, no crime de bigamia, deve necessariamente abranger a ciência da existência de impedimento para

o matrimônio, o desconhecimento do agente acerca de tal circunstância caracteriza erro de tipo, acarretando a atipicidade do fato.

Diante de tais informações, percebemos que, sabendo que a união estável se dá, por várias vezes, sem que o agente tenha conhecimento de que a relação que mantém alcançou o referido patamar, mesmo porque é possível até o seu reconhecimento após a morte de um dos companheiros, como se poderia falar em vontade na prática do crime de bigamia, caracterizado apenas quando o agente tem consciência de contrair novo casamento já havendo contraído o primeiro?

Esta discussão, supõe, naturalmente, que se houvesse superado o impedimento da analogia *in malam partem,* que, conforme exposto, não é possível pelo arcabouço normativo e pela jurisprudência nacionais.

CONCLUSÃO

Ao nos debruçarmos sobre o ainda emaranhado das discussões e legislações que tratam da união estável no ordenamento jurídico brasileiro, apreendemos rapidamente o quanto ainda há para avançar.

Em que pese a grande mudança de significado e importância que o instituto ganhou após a decisão do Supremo Tribunal Federal que a equiparou ao casamento, inclusive em relação a aspectos sucessórios, muito continua a se discutir sobre o alcance dessa equiparação.

Os estudos realizados, demostraram que, em que pese para fins civis a equiparação já tenha alcançado um nível próximo da plenitude, não se pode operar pela analogia para fins penais, especificamente para prejudicar o acusado.

Cria-se, assim, uma dificuldade na compreensão da situação do indivíduo que, já tendo reconhecido união estável, reconhece outra sem desconstituir a primeira. Ou mesmo celebra casamento após reconhecimento de duas uniões estáveis.

Esta pesquisa concluiu que, nesses casos, está configurado um grave problema para fins de partilha de bens, de direitos sucessórios e que, até o presente momento, não há solução apontada pelo direito civil.

O mesmo vale para o agente que, buscando locupletar-se indevidamente, reconhece diversas uniões estáveis sob o regime

da comunhão parcial de bens, ludibriando as companheiras e/ou cônjuges para ao final obter vantagem ilícita. Não encontramos resposta, seja da doutrina, seja da jurisprudência penal para impedir a prática.

Não há ainda, de igual forma, estado civil para aqueles que vivem em união estável, o que enseja as mais variadas situações embaraçosas e gera, como percebe-se na vivência da maior parte da população, um investimento de caráter de menor seriedade a essas relações, fazendo com que os contraentes, ainda hoje, sejam vítimas de preconceito.

Outro dado alarmante é a quantidade de ações levadas ao poder judiciário em que uma parte alega ter vivido em união estável enquanto a outra afirma veementemente que se tratava de "namoro qualificado". Ressalte-se ainda que não há uniformização bastante na jurisprudência para apaziguar a situação.

Diante de todo o exposto, percebeu-se que ainda se faz necessária um arcabouço normativo que extirpe de vez as incertezas e confira mais solidez e segurança jurídica à união estável.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361). 8ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIAS, Maria Berenice. A União Estável. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/3_-_a_uni%E3o_est%E1vel.pdf. Acesso em 26/02/2019.

DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 368

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: volume 2. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 526.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral - 14ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. Direito Penal, volume 1: parte geral - 32ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber. Direito Penal – vol. 1. 11ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NUCCI, Guilherme. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 14ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha e DIAS, Maria Berenice (orgs). Direito de Família e o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 340 p.

STJ – Resp nº 1.454.643/RJ, 3ª Turma. Rel. Min Marco Aurélio Belizze: DJe 10/03/2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, volume único**. 8ª ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TDJFT RECONHECE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS". Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/6696/TJDFT+reconhece+uniões+estáveis+simultâneas. Acesso em 09/01/2019.

A EVOLUÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Nádia Regina da Silva Pinto

1 INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988 inaugura como constituição cidadã profundas transformações na realidade social e no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no Direito das Famílias. Suas inovações trouxeram mudanças para o conceito anterior de família formada por pais e filhos apenas, ao introduzir o reconhecimento de vários tipos de família.

Contudo, os modelos familiares formais no ordenamento jurídico brasileiro sempre foram norteados pela literalidade ortodoxa jurídica do art.226, §3º do texto constitucional de 1988 (BRASIL, 1988), bem como pelo art.1.723 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), os quais somente reconheciam como entidades familiares aquelas constituídas entre homem e mulher.

As relações humanas são marcadas por histórias de vida e afinidades próprias que transcenderam as normas constitucionais e as regras civis brasileiras, contemplando avanços legais recentes no Poder Judiciário brasileiro na defesa dos direitos sexuais, tais como o reconhecimento da união estável homoafetiva que acaba por aspirar direitos sociais importantes, como a extensão de benefícios previdenciários após o falecimento de parceiro do mesmo sexo e até mesmo a possibilidade

da adoção criteriosa de crianças por pares estáveis homoafetivos compreendidos no novo significado de entidade familiar.

A união estável entre casais do mesmo sexo certamente ampliou o conceito de família convencional restrita apenas de maneira heterogênea entre homens e mulheres. Diante dessa realidade social, várias inovações modificaram a interpretação literal do conceito constitucional anterior de família formada apenas entre pessoas de sexos distintos, trazendo também o reconhecimento das uniões estáveis entre indivíduos do mesmo sexo.

Por sua vez, a seguridade social é um direito social fundamental de segunda geração, surgido no início do século XX ao lado dos direitos econômicos e culturais, os quais contemplam o direito ao trabalho, ao seguro social, à subsistência, amparo à doença, à velhice, entre outros (OLIVEIRA, 2014).

A universalidade assumida pela seguridade social, expressa pela primeira vez na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), traz complexos desafios para serem concretizados na prática em razão das garantias formais de difícil operacionalização pelas inúmeras disparidades sociais e econômicas brasileiras na atualidade.

Na aposentadoria há redução salarial pela inatividade na cadeia laboral produtiva, e a longevidade da idade avançada ocasiona com frequência doenças típicas entre idosos mais vulneráveis pela imunossupressão degenerativa comum nesse grupo. Sejam doenças adquiridas, sejam aquelas hereditárias, e até mesmo as decorrentes de eventuais acidentes causadores de lesões irreversíveis, torna-se sempre importante o amparo pela seguridade social proporcionado pelo Poder Público, independentemente do fato de se destinadas aos distintos arranjos familiares não convencionais. Dessa forma, a extensão dos benefícios previdenciários aos casais homoafetivos ganhou importante relevo no Direito Civil Brasileiro, por positivar maior inclusão social e justiça equitativa entre os pares homoafetivos.

2 ABORDAGEM METODOLÓGICA

O estudo foi o qualitativo-descritivo. As técnicas de coleta de dados reuniram buscas de trabalhos na internet e posterior análise documental para a subsequente conclusão.

3 AS PECULIARIDADES HISTÓRICAS DA HOMOAFETIVIDADE

No século XIX, o homossexualismo, cujo sufixo denotava doença, foi por muito tempo tratado como transtorno mental decorrente de equívocos na criação das crianças, até a ciência transpor este conceito para um termo de cunho não patológico, como a homossexualidade associada a um comportamento de variação natural do ser humano (SZKLARZ, 2016).

No final do século XX, como resultado da globalização e a partir da ideia de que o homem não vive isolado, sobrevêm os direitos de terceira geração, que não incluem apenas interesses individuais ou coletivos, ou do próprio Estado, mas aqueles relacionados ao gênero humano, destacando-se os direitos de liberdade e igualdade (CARVALHO, 2018).

O sentimento de desejo profundo e contínuo que um indivíduo sente por outro de sexo igual caracteriza a homoafetividade (COSTA; FILHO, 2015).

A identificação pela homossexualidade ocorre quando as dinâmicas sistêmicas no campo da energia familiar envolvem as crianças numa identificação com um membro da família do sexo oposto, porque uma criança do mesmo sexo não estaria disponível para ocupar esta posição (MANNÉ, 2008).

Acrescenta-se que a homossexualidade ocorre também quando uma criança se identifica com quem é excluído do sistema por difamação ou quem foi estigmatizado como uma pessoa estranha (MANNÉ, 2008).

Além disso, outra dinâmica sistêmica familiar que induz à homossexualidade ocorre quando o filho fica na esfera de influência da mãe, ou a filha na esfera da influência do pai (MANNÉ, 2008).

Fatores ambientais e biológicos podem estar associados na indução da homossexualidade, e vão definir as escolhas e orientações sexuais futuras de cada indivíduo. Esses fatores ou variáveis que influenciam o comportamento humano estão integrados à história de vida e a subjetividades que vão se evidenciando mais na fase adulta, à medida que vão

se desenvolvendo as faculdades de autodeterminação, capacidade civil e liberdade de escolhas de cada ser. Isso ocorre porque cada ser humano possui uma identidade, revelada através de suas escolhas pessoais, de seu estilo de vida, de suas ações e de seu modo de pensar.

4 OS DIREITOS CIVIS APÓS O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Desde 2006 há a possibilidade constitucional do reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, em decisão individual na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3300 (BRASIL, 2006); portanto, estende-se desde essa época o direito ao benefício previdenciário de pensão por morte perante a existência comprovada de união estável homoafetiva.

De qualquer forma, a decisão anteriormente citada foi corroborada por meio de decisão unânime efetivada no dia 5 de maio de 2011, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 (BRASIL, 2011b) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 (BRASIL, 2011a). Ambas representam o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual se baseia no reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, o que trouxe amplitude de direitos sociais e maior segurança aos homossexuais que decidem constituir suas famílias, conforme suas orientações sexuais similares a do seu sexo.

O Governo do Estado do Rio de Janeiro formulou a Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 ao Supremo Tribunal Federal, a partir da impugnação das próprias decisões judiciais recorrentes que teriam sustentado a tese pela qual se autoriza a interpretação conforme a Constituição, no caso em que o dispositivo impugnado estaria sendo aplicado de forma generalizada para a proibição do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2011a).

Como efeito, em 05/05/2011, a Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 foi conhecida como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime pelo Tribunal Pleno no

Supremo Tribunal Federal (STF), o qual julgou procedentes as ações com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sendo os Ministros dessa corte autorizados a decidir monocraticamente sobre a mesma questão, que versava sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva (BRASIL, 2011a; BRASIL, 2011b).

Por sua vez, o efeito vinculante decorrente das súmulas tem caráter obrigatório a partir das decisões do STF sobre os atos de instância inferiores, destacando-se o poder de criação de normas dos tribunais, com força de precedente, a fim de provocar uma descentralização da função legislativa (MENDES; BRANCO, 2012).

Nesse contexto, muitos debates jurídicos surgiram acerca das decisões judiciais que autorizaram o casamento civil de pessoas do mesmo sexo, na sinalização da ocorrência de um possível ativismo judicial na extrapolação de suas competências jurisdicionais (CARVALHO, 2018).

A Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 (BRASIL, 2011a) teve os fundamentos encampados pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277- Distrito Federal (BRASIL, 2011b), com a finalidade de efetivar a interpretação conforme a Constituição (BRASIL, 1988) ao art. 1.723 do Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002).

A citada ADPF foi transformada em ADI, depois da verificação de que um de seus pedidos, o reconhecimento de benefícios previdenciários para servidores do estado do Rio de Janeiro, já havia sido reconhecido em lei (HAIDAR, 2011).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277- Distrito Federal (BRASIL, 2011b), além de conferir a interpretação conforme a Constituição (BRASIL, 1988) ao art. 1.723 do Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002), que apenas reconhece união estável entre homem e mulher, veio legitimar o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, em homenagem ao pluralismo como valor sociopolítico cultural, bem como à liberdade para dispor da própria sexualidade, tal qual é categorizada como direito fundamental pétreo centrado na autonomia da vontade de cada indivíduo, da mesma forma que o direito à intimidade e à vida privada.

Salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, o sexo das pessoas não pode ser elemento para existência de desigualdade jurídica (BRASIL, 2011b), o que ocorria e perduraria se o STF não tivesse pacificado esta questão na sociedade por decisão sumulada vinculante com eficácia *erga omnes*, fazendo valer em todos os tribunais brasileiros o mesmo entendimento jurídico sobre as uniões homoafetivas como entidade familiar.

A sexualidade que pauta a busca da felicidade está empiricamente ligada aos direitos à intimidade e à privacidade, ambos tutelados como fundamento pétreo constitucional, do que representa a autonomia e a liberdade individuais (BRASIL, 2011b).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), por sua vez, privilegia a instituição familiar, não importando se há ou não composição formal cartorária, civil ou religiosa para que seja constituída, da mesma forma que não faz objeções aos casais heteroafetivos ou pares homoafetivos para sua integração (BRASIL, 2011b).

Existe o sentido da isonomia entre os casais heteroafetivos e os pares homoafetivos, o que faz imperar uma interpretação constitucional não reducionista do conceito de família como instituição, a qual não se constitui exclusivamente pelo casamento civil (BRASIL, 2011b).

A diferenciação expressa no §3º do art.226 da Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) traduz uma dualidade básica entre homem e mulher, e teve propósitos protetivos como reforço normativo desta última a fim de facilitar relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia obstinadamente patriarcal (BRASIL, 2011b).

Essa conformação justificava-se pelo estereótipo de família baseado na concepção patriarcal do passado – uma instituição mais rígida, focada na autoridade masculina nas relações em que o casamento era a forma mais aceita de consolidação da união civil afetiva entre o homem e a mulher, e esta não tinha a mesma independência em relação ao sexo oposto.

De outro lado, há quem classifique o casamento como um compromisso mais forte na prática, responsável em desenvolver vínculos mais sólidos do que uma simples convivência de apenas "morar junto" (MANNÉ, 2008).

Nas relações contemporâneas, a união na forma de "morar junto" ganhou maior protagonismo, talvez pela facilidade e praticidade do distrato tácito em comparação ao divórcio, que além de ser mais oneroso, leva mais tempo para dissolver a sociedade conjugal formada. Dentro dessa perspectiva, as uniões estáveis se estabeleceram num cenário no qual quem não fez a opção pelo casamento civil solene não quis celebrar um pacto com efeitos conjugais mais expressamente positivados e com maior segurança jurídica no que se refere aos interesses patrimoniais para ambos os parceiros, ressalvadas as particularidades de cada regime de bens pactuado.

Normalmente, nas uniões estáveis, a estipulação do regime de bens não é um ato consensual imediato e, às vezes, nem se consolida, o que torna mais demorada a comprovação da estabilidade da união para fins de aquisição de direitos sucessórios e previdenciários, em caso de morte de um dos parceiros, trazendo maior insegurança jurídica do que o casamento no âmbito civil.

Outrossim, tanto a ADPF nº 132/RJ quanto a ADI nº 4.277/DF, ambas julgadas conjuntamente em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal, não se manifestaram expressamente sobre a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (CARVALHO, 2018).

Desse modo, a diversidade sexual nos termos da legislação civil vigente é um dos requisitos como idade núbil, ou ato judicial que a supra; sanidade mental; consentimento dos responsáveis legais; ausência de impedimentos – tornando-se importante destacar que, pela doutrina tradicional, o casamento era considerado como inexistente entre pessoas do mesmo sexo (CARVALHO, 2018).

Nesse cenário, prospera a inércia do Poder Legislativo em se pronunciar a respeito do casamento civil de pessoas do mesmo sexo, autorizando-o e revogando os dispositivos que se referem a homem e mulher, ou não. Assim, a corrente doutrinária que vislumbra o ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal defende a concepção de que, enquanto o Congresso Legislativo Brasileiro não se manifesta nessa pauta, é necessário que a corte constitucional suprema se manifeste sobre a inconstitucionalidade dos artigos do Código Civil de

2002 que exigem homem e mulher como requisitos para a realização do casamento civil (CARVALHO, 2018).

Há que se ter isonomia de direitos subjetivos disposta na origem do bem comum e coletivo numa sociedade civil moderna, em que o Direito Brasileiro acompanhe e se adapte às mudanças que surgem no cotidiano dos novos arranjos familiares.

Na busca incessante pela felicidade e pelo bem de todos, a preservação da autonomia da vontade e o respeito aos sexos dos indivíduos foram considerados pela Suprema Corte brasileira como bens jurídicos relevantes e de tutela pétrea constitucional nos planos da intimidade e da privacidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família vem se diversificando ao longo dos anos, ao contemplar novos arranjos e formas distintas de constituição.

Embora importantes assuntos, como o respeito aos direitos humanos, tenham sido inseridos na Constituição Federal Brasileira de 1988, a união homoafetiva não correspondia aos critérios normativos adotados, por não se enquadrar como entidade familiar reconhecida no âmbito civil.

Após julgamento da ADPF nº 132/2011-RJ convertida na ADI nº 4.277/2011- DF, casais homoafetivos passaram a formar igualmente uma entidade familiar como um homem e uma mulher, trazendo maior segurança jurídica nas uniões entre pares do mesmo sexo, ao incluir direitos patrimoniais sucessórios e a extensão dos benefícios previdenciários em caso de morte de um dos parceiros.

Dessa forma, as decisões celebradas pelo Supremo Tribunal Federal são decorrentes também de situações experimentadas como nova realidade social que a legislação ordinária não foi capaz de prever ou à qual não foi capaz de se atualizar.

Entretanto, mesmo após esse avanço legal ainda há controvérsias sobre se a união estável consegue equivalente segurança jurídica, em relação ao casamento civil solene, o qual assegura a posição do cônjuge como herdeiro legítimo e necessário. De outro lado, na união estável,

essa posição se restringe apenas ao herdeiro legítimo, demonstrando clara diferenciação seletiva patrimonial do legislador em termos de preferência na ordem de vocação hereditária, para inventário de bens após a morte, ao inferir um *status* implícito de superioridade jurídica do cônjuge sobre o companheiro ou companheira.

A segurança jurídica facilita a atuação entre os tribunais, pressupondo a viabilidade material para o cumprimento de suas normas e decisões que se aproximam de uma justiça mais equitativa, estável e continuada no âmbito jurisprudencial, a partir de uma interpretação semelhante do direito, capaz de acompanhar a evolução gradual das dinâmicas sociais das famílias, com o objetivo de se adequar à realidade temporal.

O Direito Civil Brasileiro adaptou-se, portanto, às mudanças e tendências evolutivas no reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares, a fim de garantir as liberdades sexuais autônomas e permitir o respeito à intimidade e à privacidade na ordem social.

O preconceito persiste em relação à orientação sexual do indivíduo, tornando o combate à homofobia um tema de grande relevância na sociedade civil.

O papel de atores sociais como o Estado, a mídia, as famílias e as Organizações Não Governamentais (ONGS), na construção de uma sociedade menos desigual, é conferir justiça e tolerância por meio de um ordenamento social mais equitativo e democrático. Desse modo, existirá harmonia entre a política, a opinião pública e os grupos sociais, com o fito de permitir o equilíbrio entre as diretrizes dos tribunais de justiça que relacionem positivamente e harmonicamente os princípios da continuidade jurisprudencial com a adaptabilidade de um direito humanizado, além de princípios importantes como a legalidade, tão essencial na constituição de um país, construída a partir de um projeto social com fundamentos e fins, objetivando a tolerância, a paz e a segurança nacional de todos.

Existem ainda inúmeras dificuldades que surgem no relacionamento dos indivíduos de mesmo sexo com o meio que os rodeia, sendo essencial o emprego de políticas públicas e privadas que valorizem práticas de maior aceitação social e respeito a esse grupo que ainda

sofre muito tratamento discriminatório. Nesse plano, manifestam-se ofensas físicas, psíquicas e morais em razão do comportamento do outro gerador de danos, capazes de suscitar a reparação judicial quanto à responsabilidade civil oriunda do nexo causal entre tais danos e a conduta humana antijurídica analisada no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan.2002. Seção [s.n.], p. 1. D.O.U. In: Vade Mecum Compacto. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.155-315. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 ago.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.300 (Distrito Federal) com medida cautelar de 03 de fevereiro de 2006. Dispõe sobre decisão monocrática de reconhecimento de união homoafetiva como entidade familiar e outras providências. Relatoria de Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial [da] Justiça da República Federativa do Brasil nº 37**, Brasília, DF, 09 fev. 2006. Seção [s.n.], p. 174-176. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000277876&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 14 jul.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 (Rio de Janeiro) de 05 de maio de 2011a. Dispõe sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva. Relatoria de Ministro Ayres Britto. **Diário Oficial [da] Justiça Eletrônica da República Federativa do**

Brasil nº 198, Brasília, DF, 14 out. 2011. Seção Ementário n. 2607-1, p.1-274. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 12 jul.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 (Distrito Federal) de 05 de maio de 2011b. Dispõe sobre o conhecimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 como ação direta de inconstitucionalidade e outras providências conjuntas de julgamento de ambas. Relatoria de Ministro Ayres Britto. **Diário Oficial [da] Justiça Eletrônica da República Federativa do Brasil nº 198**, Brasília, DF, 14 out. 2011. Seção Ementário n. 2607-3, p.611-880. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 12 jul.2020.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias.** 6.ed. São Paulo:Saraiva Educação, 2018.981p.

COSTA, Hélio de Sousa; FILHO, Francisco Edilson Loiola. A união homoafetiva e sua regulamentação no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, Brasil, v.20, n. 4361, p.1-2, 10 jun. 2015. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/39874>. Acesso em: 14 jul. 2020.

HAIDAR, Rodrigo. A quarta família: Supremo Tribunal Federal reconhece união estável homoafetiva. **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, 5 maio 2011. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva>. Acesso em: 14 jul. 2020.

MANNÉ, Joy. **As constelações familiares em sua vida diária.** Tradução de Rosane Albert. Prefácio de Bert Hellinger. São Paulo: Cultrix, 2008.112p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. STF e as Súmulas Vinculantes e o Conceito de Efeito Vinculante.

In:_____. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.1038-1444.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional.** Coordenação de Marco Antonio Araujo Jr. e Darlan Barroso. 13.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.287p. (Coleção elementos do direito, n.1).

SZKLARZ, Eduardo. Por que os gays são gays? **Revista Super Interessante.** 31 out. 2016. Disponível em: < https://super.abril.com.br/ciencia/por-que-os-gays-sao-gays/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

CONTRATOS DE FRANQUIA E A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA: ESTUDO DE CASO DE FRANQUIA DE LABORATÓRIO

Ludmilla de Macedo Vaz
Rogerio Atem de Carvalho

Introdução

As franquias são muito utilizadas no mercado brasileiro como estratégia de expansão dos negócios. A adesão a esse sistema é atrativa, pois possibilita para as pequenas empresas o acesso à expansão sem envolver muitos riscos no empreendimento, já que está utilizando um modelo de negócio já testado e um produto reconhecido no mercado. As empresas de maior porte vão mais além, utilizando as franquias para testar novos produtos e marcas e atingir a clientela mais distante. (ALBUQUERQUE; LADEIRA; LARROCA, 2016).

A Associação Brasileira de Franchising – ABF, apresentou em 2016 um ranking em que o Brasil ocupa a quarta posição mundial em números de redes de franquias e a sexta posição em número de unidade. Esses números são muito representativos no desenvolvimento econômico e social do país. (ABF, 2016 apud BRETAS; GALETTI; ROCHA, 2019).

Com a evolução do sistema de franquias ao longo dos anos, desenvolveu-se uma classificação de franquias baseadas no grau de suporte que o franqueador disponibiliza ao franqueado e quanto aos níveis de

propriedade intelectual envolvidos no negócio. Essa evolução pode ser caracterizada em quatro gerações, sendo a primeira chamada de Franquia de Produto, que ocorre de forma bem básica, onde a franquia vai funcionar meramente como um distribuidor do produto, sem exclusividade na venda e com pouco ou nenhum suporte do franqueador. A segunda geração é a Franquia de Marca, na qual o franqueado é um distribuidor exclusivo do franqueador, inclusive com o licenciamento da utilização da marca e imagem da franquia. O franqueado recebe suporte em relação à imagem que será utilizada e os *royalties* são embutidos nos produtos adquiridos do franqueador. A partir da terceira geração, a Franquia de negócio formatado, é que se começa a identificar a transferência de *know how,* através do conhecimento operacional transmitido ao franqueado, pois o negócio já está todo formatado, testado e com as etapas predeterminadas para serem fielmente seguidas pelo franqueado, que passa a pagar *royalties* ao franqueador. A quarta geração, ou Franquia de geração superior, caracteriza-se principalmente pela grande troca de informações entre franqueador e franqueado, assemelhando-se a uma parceria. Nesses casos, é comum a formação de conselhos de franqueados que participam das decisões estratégicas do franqueador (AMARAL, 2020).

Ultrapassando essas etapas, a propriedade intelectual é inerente ao sistema de franquias, pois o franqueador concede licença ao franqueado para a utilização de toda a tecnologia transferida em razão do modelo de negócio aplicado, como a marca, o desenho industrial, uma invenção patenteável, os processos e procedimentos a serem seguidos, as estratégias de marketing, todas as estratégias que impulsionam o negócio.

As abordagens da propriedade intelectual nas franquias brasileiras ainda são muito superficiais, pois ficam restritas aos depósitos de patentes e registro de marcas, sem qualquer avanço nos demais institutos que seriam um diferencial no mercado competitivo. (SILVA, 2013).

Esse panorama era acompanhado pela antiga Lei de Franquias (Lei nº 8.955/1994), que tratava apenas de algumas questões formais quanto às informações que deveriam estar na Circular de Oferta de Franquias encaminhada ao franqueado (artigo 2º), assim como o status das marcas e patentes da franqueadora junto ao INPI, em resumo, eram apenas essas as referências à Propriedade Intelectual, sem ressaltar a necessida-

de de proteção desses e dos demais ativos intangíveis de propriedade do franqueador.

O atual momento é de grande crescimento do setor de franquias em diversos ramos empresariais no país, além de um importante estímulo no desenvolvimento da inovação, proteção e gestão da propriedade intelectual como forma de promover a competitividade empresarial. Falta apenas que esses dois fatores caminhem juntos nas práticas dos contratos de franquias e avancem além da transferência de *know how*.

Assim, restou necessária a atualização dos ditames legais para maior proteção dos ativos de propriedade intelectual, que será regida pela nova lei de franquias, Lei nº 13.966/2019, que entrou em vigor em 26/03/2020.

A nova lei traz uma conceituação diferenciada para franquia, que poderá autorizar o uso de marcas e outros objetos de propriedade intelectual, alterando a relação contratual anteriormente existente entre franqueador e franqueado e, acima de tudo, ressaltando a necessidade de gestão e proteção dos bens intangíveis do sistema de franquia.

Com esse novo viés da legislação vigente, será analisado um *case* de franquia de laboratório com a utilização de transferência de tecnologia do franqueador para o franqueado, através de patentes de marcador genético para câncer e marcador de glicose para diabetes e suas repercussões no negócio.

Metodologia

A metodologia utilizada neste estudo foi a exploratória com pesquisa em artigos científicos, dissertações, sítios sobre os contratos de franquia e transferência de tecnologia.

Para a prospecção tecnológica foram realizadas consultas em junho de 2020, para a busca patentária na plataforma Orbit, que disponibiliza a pesquisa em quase uma centena de países, com informações completas sobre a aplicação da patente, inventor, países protegidos, para localizar marcadores genéticos para câncer e marcadores de glicose para diabetes.

A estratégia de busca foi utilizar as duas sentenças (com o operador booleano "and") "precision and (diagnostic or medicine)" e "genetic and marker and câncer", para selecionar resultados que tivessem relacionados a marcador genético de câncer e diagnóstico de precisão ou medicina de precisão. Para a busca de marcador de glicose para diabetes foi utilizada a sentença (com os operadores booleanos "and" e "not") "marker and (diabetes+ not exam)", para que fossem excluídos os exames do resultado.

O resultado encontrado foi analisado pelo número de depósitos de patente feitas ao ano, por inventor e por país.

REVISÃO DA LITERATURA

O sistema de franquia no Brasil funciona com base em quatro documentos, a Circular de Oferta de Franquia (COF), Pré-contrato de Franquia, Contrato de Franquia e Contrato de Locação, de suma importância para regulamentar a relação entre franqueador e franqueado.

A COF deve apresentar todas as informações determinadas pelo artigo 2º, da Lei 13966/2019, e como contém informações sobre o negócio, é aconselhável a assinatura de termo de confidencialidade para resguardar as partes.

As principais modificações na COF foram: 1) o franqueador tem que obrigatoriamente descrever o perfil ideal do franqueado, quanto à experiência no ramo, escolaridade e demais qualificações que entenda serem obrigatórias; 2) não há mais a exigência de pagamento de caução a ser pago pelo franqueado; 3) o tema propriedade intelectual foi incluído, onde apenas havia referência à marca; 4) não há mais menção ao termo royalties na lista de valores previstos na COF; 5) o franqueador deve apresentar uma relação completa de todos os franqueados, subfranqueados ou subfranqueadores da rede e, também, dos que se desligaram nos últimos 24 meses, com os respectivos nomes, endereços e telefones; 6) o franqueador deve esclarecer se vai fornecer ao franqueado a incorporação de inovações tecnológicas, durante a vigência do contrato; 7) se houver, devem ser indicadas as regras de transferência e sucessão e quais são elas; 8) o franqueador deverá indicar as situa-

ções de aplicação de penalidades, multas ou indenizações, bem como seus respectivos valores a serem aplicados em eventuais infringências contratuais.

O Pré-contrato é uma fase preparatória, onde ainda não há a pactuação do contrato de franquia, mas o franqueado já necessita praticar atos preparatórios para a efetivação do contrato, como localizar um imóvel para a instalação do negócio, adequar a estrutura física, compra de estoque, etc.

A efetivação das intenções do negócio se concretiza com a assinatura do contrato de franquia que deve atender as exigências do artigo 7º, da Lei 13966/2019, atentando-se para o contrato de locação que deve ter prazo equivalente ao contrato de franquia, tendo em vista a grande importância da localização do negócio.

Cumpridos os aspectos objetivos do contrato de franquia, a proteção dos ativos intangíveis do franqueador deve ser um foco constante, pois pode fazer toda diferença ao sucesso do negócio.

Vejamos a análise de caso para abertura de uma franquia de laboratório. Os requisitos objetivos e legais seriam os mesmos já mencionados para outros tipos de franquias.

O cerne da questão está nos ativos intangíveis, como a patente, por exemplo. Um laboratório de análises clínicas disponibiliza uma centena de exames, dos mais simples aos mais complexos, sendo que o exame que teve sua patente depositada e está em vigor, possui um impacto econômico positivo para a franquia, pois o laboratório seria o único detentor do direito de comercialização daquela invenção, o que aumenta demasiadamente o seu valor de mercado e o recebimento de *royalties,* através da venda de kits para os laboratórios franqueados.

Podemos fazer essa verificação com dois produtos, um marcador genético para câncer, cuja patente encontra-se em vigor, e um marcador de glicose para diabetes, que possui inúmeras patentes em domínio público.

O marcador de glicose se trata de uma tecnologia que já está liberada para a utilização ampla e gratuita, sem licenciamento ou pagamento de *royalties*, pois após o prazo de 20 anos do depósito, a invenção se torna de domínio público.

Ao contrário do que ocorre com a medicina diagnóstica que está em plena ascensão e que tem como um dos itens em voga, o marcador genético para câncer, que é um exame que analisa o DNA do paciente para identificar o melhor tipo de tratamento para aquele câncer com as características específicas do organismo do paciente, possibilita resultados melhores e tratamentos personalizados.

Alguns laboratórios no Brasil como o Dasa e Grupo Fleury estão avançando nos estudos de medicina diagnóstica, utilizando-se de parcerias internacionais com a Health and Code, Natera e IBM Watson, para que possam utilizar a tecnologia importada para trazer um exame inovador para o mercado brasileiro[25].

Vejamos, se um desses grupos de laboratórios detivesse a tecnologia da patente do exame de diagnóstico de precisão, aplicando-se ao sistema de franquias, ocorreria a transferência de tecnologia da patente, através da proteção de licenciamento para que diversos franqueados a utilizassem, que pagariam os *royalties* ao laboratório franqueador.

O fato de deter tal tecnologia ocasionaria um crescimento de mercado e de faturamento elevadíssimos, o que seria proveitoso se aplicado ao sistema de franquias, que aparentemente se encaixaria nas características de uma franquia de terceira geração, pois estão presentes a formatação do negócio para o franqueado, a transferência de tecnologia nos processos que vai ocorrer através de manuais padronizados, assim como o planejamento de marketing e controle de qualidade do produto. (CHERTO; RIZZO, 1991; PRADERA, 2009; SOUZA; LOURENZANI, 2011).

Resultados

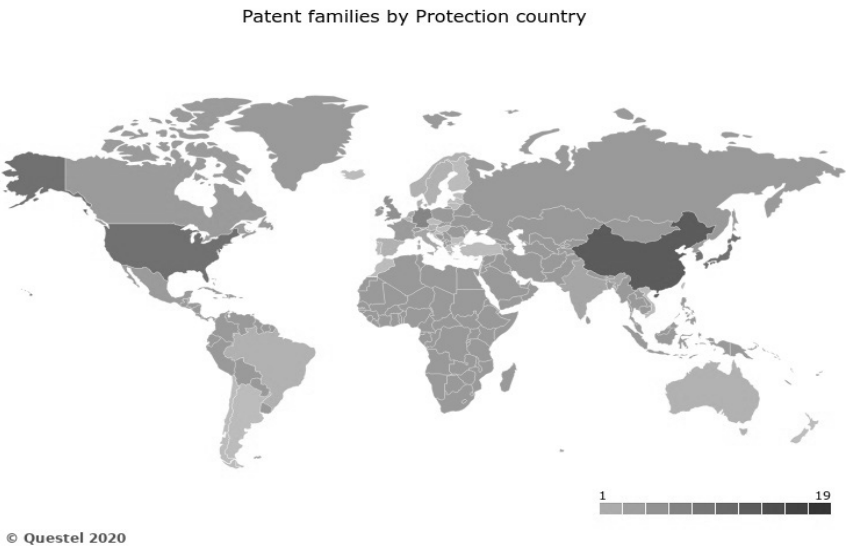
Esse estudo teve como foco as franquias aplicadas ao setor de laboratórios e a diferença dos impactos econômicos no negócio, em casos de patentes vigentes e que já estão em domínio público.

25 Informações retiradas dos sites das próprias empresas. Disponível em https://dasa.com.br/inovacao/genetica; http://www.grupofleury.com.br/SitePages/inovacao/novos-produtos.aspx#conteudo. Acessados em 01 junho 2020.

Com a realização do estudo de prospecção tecnológica foram encontradas 44 patentes, sendo 40 vigentes de marcador genético para câncer, e a maior parte delas está na classificação internacional de patentes - IPC, pela hierarquia de símbolos como C12Q-001 e C12N-015, sendo relacionados a processos de medição ou teste, G01N-033 sendo relacionados a investigação ou análises de materiais e C12M-001 relacionado a aparelho para enzimologia ou microbiologia.

Em relação ao marcador de glicose para diabetes foram encontrados 4051 resultados. Aplicado o filtro para as patentes "livres", obtive o número de 1548 patentes que estão em domínio público, nas mesmas classificações acima G01N-033, C12Q-001 e C12N-015, também relacionadas a processos de medição ou teste e investigação ou análises de materiais.

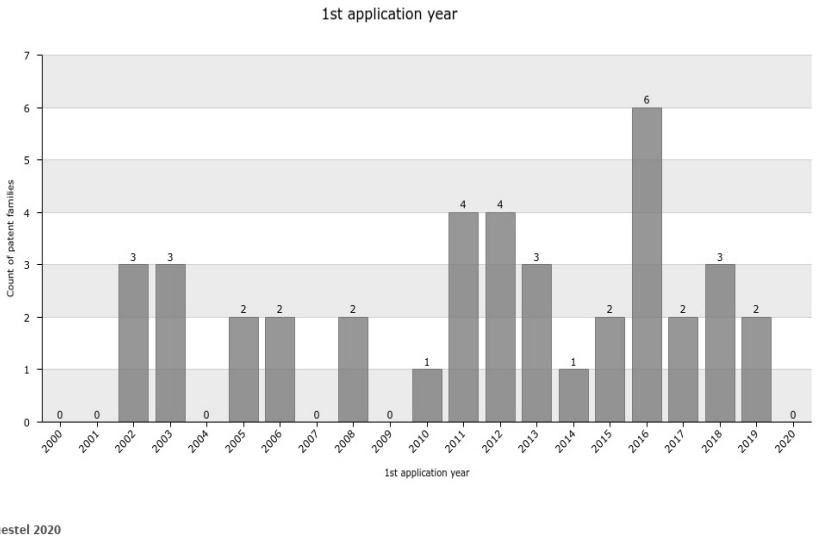
A maior parte das patentes depositadas são dos tradicionais países produtores de tecnologia como China, Coréia, Canadá, USA e Japão, seguidos em menor escala por México, França, Alemanha, Inglaterra, Índia e Brasil, conforme mapa abaixo.



Fonte: Orbit (2020)

Como se pode analisar pelo gráfico 1, a evolução das patentes de marcadores genéticos de câncer se iniciou em 2002, com um crescimento regular, atingindo um pico em 2016, com retorno ao patamar regular até 2019. Verifica-se ainda que há caracterização de vales nos anos de 2004, 2007 e 2009, pois não houve qualquer depósito de novas patentes.

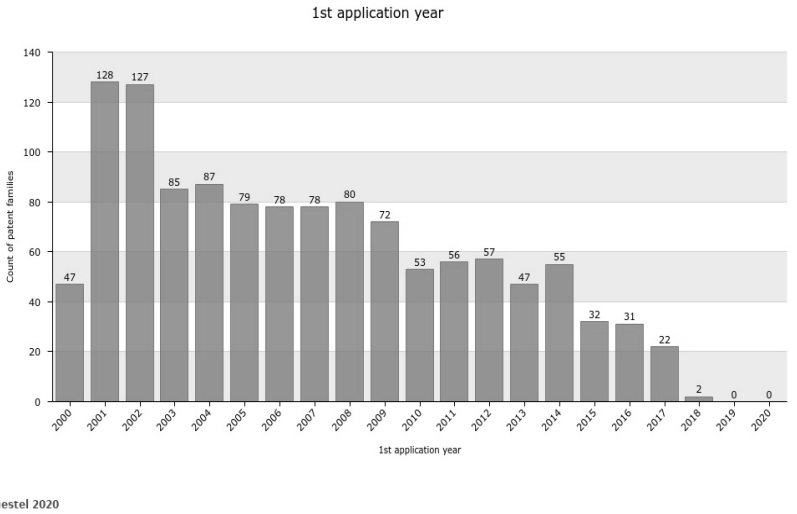
Gráfico 1 – Número de patentes de marcador genético de câncer



Fonte: Orbit (2020)

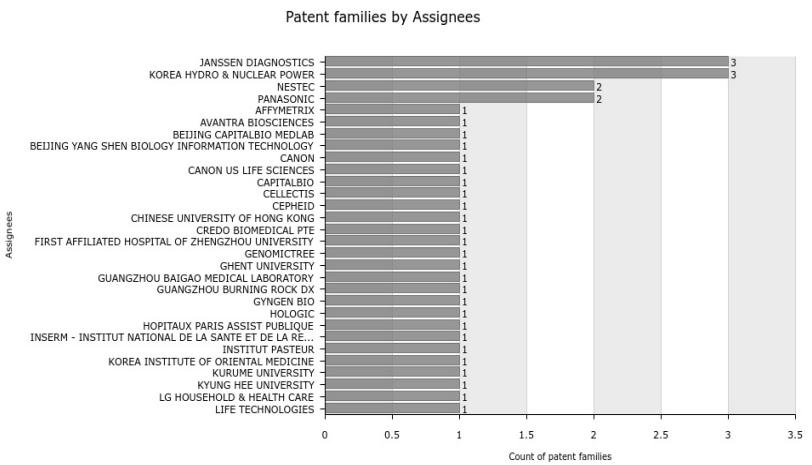
Já no gráfico 2, é possível identificar o movimento contrário, pois trata-se de patente que está em domínio público. As primeiras patentes de marcadores de glicose foram depositadas no ano de 2000, com um grande pico nos anos de 2001 e 2002, nos anos posteriores vem caindo gradativamente, até caracterizar um vale no ano de 2019, onde não há nenhum depósito de patente.

Gráfico 2 – Número de patentes de marcador de glicose em domínio público



Fonte: Orbit (2020)

Gráfico 3 – As empresas depositantes de patentes



Fonte: Orbit (2020)

As principais depositantes são a Janssen Diagnostics e a Korea Hydro & Nuclear Power, cada uma com três depósitos, o que representa 7,5% dos registros para cada empresa. O gráfico demonstra que a tecnologia está muito dividida, pois 30 empresas são titulares dos 40 depósitos realizados, no período de 2002 a 2019.

CONCLUSÃO

Este artigo teve o intuito de demonstrar um pouco da parte jurídica que envolve os contratos de franquia e a importância da gestão e proteção dos ativos intangíveis nesse tipo de modelo de negócio, pois ao depender das características da franquia e do nível de interferência do franqueador (em qual geração irá se enquadrar), existirá transferência de tecnologia ao franqueado necessitando de proteção e regulação através de contrato.

Como se pode observar, a prospecção tecnológica utiliza várias ferramentas como monitoramento, métodos estatísticos, análise de cenários e outros, para possibilitar a identificação de eventos importantes à organização, avaliar potenciais ameaças, alertar para oportunidades, para que o planejamento estratégico da empresa possa ser promissor ao desenvolvimento do negócio.

Pelas pesquisas realizadas, conclui-se que a medicina diagnóstica está com tendência de pleno crescimento, principalmente com a divulgação de novos métodos e exames preventivos, para que as pessoas possam ser submetidas a tratamentos de saúde personalizados, potencializando as chances de cura das doenças.

Analisando a curva de crescimento apresentada no gráfico 1 e considerando a tendência de os padrões do passado serem mantidos num futuro de curto prazo, a medicina diagnóstica representada pelo marcador genético de câncer deveria permanecer num crescimento regular e chegar a um pico em 2020. No entanto, esse método de análise é vulnerável a mudanças bruscas de panorama, que é exatamente o que o mundo vem passando com a propagação do vírus covid-19, o que talvez justifique o fato de não ter nenhuma patente localizada neste ano.

Inclusive os números da prospecção tecnológica realizada sobre o marcador genético para câncer demonstram que é uma tecnologia que está em desenvolvimento e expansão, tendo em vista que se trata de inovação relativamente nova, comparada ao período de 20 anos de proteção das patentes.

O estudo comparativo apresentado do marcador genético para câncer e do marcador de glicose para diabetes teve o intuito de expor os impactos econômico e jurídico que podem ser gerados em um sistema de franquia de laboratório, com a comercialização e licenciamento de uma patente vigente.

Além disso, a nova lei de franquias veio enfatizar o quão importante é a proteção e administração dos ativos intangíveis e que não estão adstritos apenas ao registro das marcas, apesar de ser o tema mais comum de propriedade intelectual presente no dia a dia.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcos; LADEIRA, Rodrigo; LAROCCA, Maria Teresa. "Conflitos Potenciais na Relação entre Franqueadores e Franqueados Soteropolitanos". *Revista Brasileira de Marketing*, v. 15, n. 4, p. 554-565, 2016.

AMARAL, Aline. "*Formatação de sistemas de Franquias: Da Propriedade Intelectual à Transferência de Tecnologia*. Alagoas, 2020. Dissertação de mestrado UFAL. Programa de Pós-Graduação em PI e Transferência de Tecnologia para Inovação.

BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). Brasília, DF: Presidência

da República. [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ Ato20192022/2019/Lei/L13966. htm#art9. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRETAS, Vanessa Pilla; GALETTI, Jefferson Ricardo; ROCHA, Thelma Valéria. "Fatores Relacionados a Internacionalização das Redes de Franquias Brasileiras: Dispersão Geográfica e Pertencimento a Grupos". Internext: *Revista Electrônica de Negócios Internacionais da ESPM*, v. 14, n. 1, 2019.

CROTTI, Katiane; KUHL, Marcos Roberto; MAÇANEIRO, Marlete Beatriz; PACHECO, Giuliana Martinelli. "A Transferência de Tecnologia em Franquias Empresariais". *EMEAD*. Novembro 2015.

INPI - INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. "Contratos de transferência de tecnologia". Disponível em http://www.inpi.gov.br/menuservicos/transferencia/transferencia-de-tecnologiamais-informações. Acesso em julho 2020.

IRIART, Jorge Alberto Bernstein. "Medicina de precisão/medicina personalizada: análise crítica dos movimentos de transformação da biomedicina no início do século XXI". *Caderno Saúde Pública,* vol. 35, nº.3. Rio de Janeiro, 2019.

LEONARDI, Egle. Conheça as franquias farmacêuticas existentes no Brasil. Publicado em *Gestão Farmacêutica* em 20/08/2018. Disponível em https://www.ictq.com.br/varejo-farmaceutico/788-conheca-as-franquias-farmaceuticas-existentes-no-brasil. Acesso em julho 2020.

MULLIN, Cheryl L.; WU, Sophilia H. "The Wheels on the Bus: Is There Protection for the Franchise Operating System". *Franchise LJ*, v. 35, p. 623, 2015.

Nova Lei das Franquias: impactos para o candidato a franqueado. Artigo publicado em 16/03/2020. Disponível em https://www.portaldofranchising.com.br/franquias/nova-lei-das-franquias/. Acesso em julho 2020.

PRADERA, G. J. *Gestão do conhecimento em redes de franquia.* Dissertação. (Mestrado em Gestão do Conhecimento e Tecnologia da Informação), Universidade Católica de Brasília, Brasília, Brasil, 2009.

SILVA, Ronaldo Cruz. *Transferência de Tecnologia em Franquias: Estudo de caso do segmento do Frozen Yogurt*. Dissertação. Mestrado em Engenharia de Produção. Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2013.

SILVA, Vivian Lara dos Santos; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Teoria e Prática do Franchising: Estratégia e organização de redes de franquias.* São Paulo: Atlas, 2012.

SOUZA, G. C. de; LOURENZANI, A. E. B. S. "A importância do perfil do franqueado para o sucesso das franquias: uma análise da capacidade empreendedora". *Revista Brasileira de Estratégia, Curitiba*, v. 4, n. 2, p. 115-127, maio/ago 2011.

ARTIGOS – DIREITO COMPARADO

FEDERALISMO COMPARADO: A PROMOÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CRISE COVID-19

Nayara Hanna Santiago Costa
Maria Isabel Boavista Gomes Castelo Branco

INTRODUÇÃO

A pandemia ocasionada pelo Novo Coronavírus obriga os países de todo o mundo a organizarem-se para combater esse assustador inimigo. Diante desse contexto, vem a tona a eficácia de medidas e políticas públicas capazes de unir esforços para preservar a saúde de seus cidadãos.

Deter-se-á, no âmbito desse trabalho, a investigar as providências políticas de dois países com forma federativa de estado durante a crise Covid-19 - Brasil e Austrália- para que se possa refletir sobre os diferentes arranjos federativos adotados, e quais suas relações com o desempenho do seus Estados no embate ao Coronavírus.

O uso do Direito Comparado como forma de cotejar diferentes sistemas jurídicos é de grande importância para um estudo aprofundado de determinado assunto.Assim, será realizada uma comparação entre as tradições culturais dos dois países, a fim de buscar as origens para a conformação dos seus sistemas federalistas.

1.A forma Federativa de estado

O federalismo é a forma de estado adotada pelo Brasil,e essa decisão provém do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889 (BRA-

SIL,1889), o qual proclamou a República Federativa no país. A implementação do federalismo foi o resultado de uma trajetória de embates entre forças centrípetas e centrífugas desde o período de colonização do país. A voz dos poderes regionais,porém, sempre ecoou no cenário político, mesmo diante de governos centralizadores(SOARES,MACHADO,2018). Por fim, quando a República Federativa foi finalmente proclamada, esses poderes puderam ter alguma representatividade garantida formalmente.

Entretanto, estavam apenas iniciando as problemáticas e discussões em torno do que realmente implica o federalismo. A Constituição de 1988, também conhecida como "Constituição Cidadã", elenca em seu art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)". A esses três entes políticos - União, Estados e Municípios - a Constituição de 1988 garante-lhes a autonomia, em seu art. 18. E, ainda, protegendo a forma de estado vigente, a Carta Magna reveste-a de imutabilidade ao incluí-la nas cláusulas pétreas do ordenamento jurídico, em seu art. 60, §4º, I (BRASIL,1988).

O conceito de Federalismo do ilustre Ministro e Jurista Luís Roberto Barroso explana de forma precisa a essência dessa forma de estado:

> "De forma sumária, a caracterização do Estado federal envolve a presença de três elementos: a) a repartição de competências, por via da qual cada entidade integrante da Federação receba competências políticas exercitáveis por direito próprio, frequentemente classificadas em político-administrativas, legislativas e tributárias; b) a autonomia de cada ente, descrita classicamente como o poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada ente estatal poder de auto-organização, autogoverno e autoadministração; e c) a participação na formação da vontade do ente global, do poder nacional, o que tradicionalmente se dá pela composição paritária do Senado Federal, onde todos os Estados têm igual representação." (BARROSO, 2013,p.195)

Assim, diante do que prelecionou o jurista, unir entes federados nessa forma de estado não pode pressupor apenas meras divisões territoriais, mas dispor e prover, através, principalmente, de políticas públicas eficientes, tais entes federados de autonomia nessas quatro dimensões: política, administrativa, legislativa e tributária. O insigne e, também, Ministro e Jurista Gilmar Mendes, contribui com sua definição da forma federativa de estado, ao destacar que esta é: "erigida sobre uma repartição de competência entre o governo central e os locais, consagrada na Lei Maior, onde os Estados Federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão"(MENDES,BRANCO,2014,p. 126). Portanto, importante aspecto a ressaltar sobre o federalismo é a impossibilidade das unidades federadas deixarem essa parceria indissolúvel, posto que são autônomas, porém, apenas a República Federativa é soberana, conforme prega o art. 1º, I, da ilustríssima Carta Magna.

Em países de grandes extensões territoriais, nos quais se enquadra o Brasil, essa descentralização do federalismo é principalmente estabelecida a fim de, segundo CARVALHO APUD GADELHA,2018, p. 11, "fortalecer o poder local para potencializar a eficiência administrativa e estimular a participação democrática da população no processo decisório político". Dessa forma, a forma federativa do Estado é uma escolha para que a maior parte dos representantes dos territórios que compõem o Estado participe das decisões do país. Em síntese, é uma tentativa de maximizar a democracia em um território repleto de clivagens geográficas e culturais, como o Brasil.

É preciso conceituar também o Pacto federativo, algo mais instrumental que a definição de Federalismo. O pacto federativo caracteriza-se pela série de dispositivos constitucionais que dispõem a moldura jurídica, as obrigações financeiras, a arrecadação de recurso e os campos de atuação dos entes federados (AGÊNCIA SENADO, 2015). Assim, trata-se do arcabouço jurídico que detalha as garantias e deveres das unidades federadas.

2. O federalismo e a proteção dos direitos humanos

O princípio democrático estabelece a igual participação de todos os cidadãos no poder. Em nossa Lei Maior, tal garantia está consolida-

da no Art. 1º, parágrafo único: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." Dessa forma, o poder é uno e indivisível, mas, com a descentralização do estado federalista, há uma pluralidade de centros onde o poder será manifestado. Assim, essa existência de poderes autônomos, fora do poder central, permite uma maior aproximação entre os cidadãos e seus representantes, assegurando aos primeiros uma participação mais efetiva e aos representantes uma maior legitimidade de sua atuação no poder. Portanto, o estado federalista amplifica a eficácia do regime democrático. E, com a democracia, é possível que os cidadãos possam buscar a efetivação dos seus direitos fundamentais elencados em nossa Carta Magna(NEME,2007).

O liame entre a forma federativa de Estado e a efetivação dos direitos humanos está dentre os principais motivos para sua adoção por diversos países no mundo. A descentralização, é, assim, uma forma de permitir à população diversas instâncias de acesso ao poder e o correspondente exercício da liberdade. De maneira mais ampla, o federalismo expressa-se pela ideia central da união de estados para a consolidação de diversas instâncias de poder, e, com essas, a prestação de serviços públicos para tutela da vida, da liberdade, da igualdade, da segurança e da cidadania. A cidadania constitui o próprio pressuposto de criação de um Estado, e os demais valores são atributos da existência e dignidade da pessoa humana. Assim, é evidente a relação entre o estado federalista e a promoção dos direitos humanos.

O direito à saúde foi elencado na Constituição de 1988 como direito social fundamental, conforme dita em seu art. 6º. A inclusão desse status ao direito à saúde fixa o Estado ao dever de promover esse direito, através de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme disciplina o art. 196 da Carta Magna. O dever de prestar o serviço de saúde aos cidadãos figura na Lei Maior como competência comum, como enuncia o seu art. 23, II: "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;"(BRASIL,1988).

Dessa forma, assim como os demais direitos humanos, o direito à saúde deve ser uma das prioridades da forma de Estado Federalista. Promover a saúde em todas as suas instâncias federativas deve ser portanto, um dos principais motivos para uma nação mobilizar seus arranjos federativos para sua completa efetivação.

3. O Direito Comparado

Diante da pluralidade de sistemas jurídicos no mundo, o campo do Direito Comparado surge como uma oportunidade de estabelecer uma conexão entre eles, ressaltando similaridades ou clivagens dignas de análise. Um relevante conceito de Direito comparado está descrito a seguir:

> O direito comparado aparece, assim, com mais importância do que a construção de um sistema jurídico geral de conceitos jurídicos o qual busque fornecer valores cuja essencialidade seja intangível, mormente quando se verifica que somente através da comparação e da análise histórica dos diversos valores constitucionais é que se alcança uma consciência da essencialidade. Com efeito, cotejar as experiências jurídicas no espaço é também uma maneira de pensar sobre o direito que se caracteriza por se manter aberto às alternativas, que não considera a ciência jurídica como um conjunto compacto de questões a propósito da vontade do legislador de um único país(CARDOSO,2010,p. 483).

Existem vários métodos de Direito Comparado, e,neste trabalho, optou-se por eleger como mais adequado o Método Histórico. Esse método consiste em observar as origens históricas das leis atuais de diferentes sistemas jurídicos. Assim, para o entendimento mais profundo das leis atuais (ou sistemas jurídicos), observam-se os aspectos sociológicos, políticos e históricos do campo jurídico em referência. Um das principais contribuições desse método é que ele pode auxiliar na identificação de determinados estágios de desenvolvimento dos sistemas jurídicos(DUTRA,2016).

Portanto, a escolha do método histórico neste trabalho permitirá uma análise mais profunda dos sistemas federalistas de dois países: Austrália e Brasil.

4. O Federalismo no Brasil e na Austrália durante a crise Covid-19 e suas tradições histórico-culturais

Nessa etapa do trabalho, abordar-se-á o desempenho do Brasil e da Austrália, ambos países federalistas, os quais apresentaram diferentes desempenhos no enfrentamento da crise ocasionada pelo Novo Coronavírus, observando quais estruturas do federalismo de cada um deles contribuíram ou prejudicaram no enfrentamento da questão da saúde pública. Em um segundo momento, serão analisados os históricos culturais de cada país, e suas consequências na estruturação do seu sistema federalista. Importantes fontes de estudo para essas análises foram obtidas no sítio eletrônico da Organização *Forum of Federation*s, uma organização internacional que desenvolve e compartilha conhecimentos sobre a prática da governança federal e descentralizada por meio de uma rede global. A *Forum of Federations*, neste ano, lançou uma série de publicações originárias das contribuições de vários países que a compõem, intitulada "*Federalism and the Covid-19 crisis*" (Federalismo e a crise Covid-19), com a temática do federalismo no contexto da pandemia ocasionada pelo Novo Coronavírus, na perspectiva individual de cada país que se propôs a enviar sua contribuição. Além dessa fonte, foram usados outros documentos para enriquecer o contexto dos países em comento.

4.1. Brasil

As providências formais a respeito da pandemia do novo coronavírus começaram, no Brasil,em 3 de fevereiro de 2020. Nessa data, o Ministério da Saúde editou a Portaria GM/MS nº 188/2020, para declarar "Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional" - "ESPIN" (BRASIL,2020c). A partir dessa data, iniciou-se a produção de legislações, a nível nacional e subnacional, que tratariam sobre o assunto. Ganharam destaque, a nível nacional, a lei nº 13.979/2020 e a

Medida Provisória nº 926/2020, devido a alguns de seus dispositivos, os quais restringiam a autonomia das unidades federativas para combater a pandemia.

A lei nº 13.979/2020, em seu art. 3º, dispõe sobre as medidas que podem ser adotadas pelos gestores locais de saúde para enfrentar a situação de emergência em saúde, tais como isolamento, quarentena e realização de exames e tratamentos. O nuance revela-se em seu parágrafo 7º, inciso II, que estabelece algumas dessas ações que necessitam de autorização do Ministério da Saúde para que sejam tomadas. Tal determinação não foi bem recebida pelos poderes locais, posto que essa determinação postergaria o cumprimento de muitas medidas que poderiam minimizar o alastramento do vírus em seus territórios, mas, principalmente, porque tal medida contraria os dispositivos constitucionais que garantem a autonomia dos entes federados e a repartição de competência comum para cuidar do direito à saúde(BRASIL,2020a).

Em seguida, o governo federal editou a Medida Provisória 926/2020, alterando o artigo 3º, inciso VI, da Lei 13.979/2020, para que a restrição excepcional de entrada e saída do país e de locomoção interestadual e intermunicipal só ocorresse por recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (BRASIL,2020b). O parágrafo 10º foi incluído no dispositivo citado da lei 13.979/2020 para fazer constar que tais medidas devem ser tomadas por ato específico precedido de articulação entre o ente concedente e órgão regulador. Como esperado, mais uma restrição da autonomia das unidades subnacionais não foi bem vista por seus governantes, especialmente por tolher seus poderes para proteger suas populações de possíveis contaminações (MELLO,FERREIRA,2020).

Em resposta à insatisfação dos governos subnacionais, surgiram as principais medidas judiciais para reestabelecer suas autonomias: a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6343 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 672. A ADI 6343, ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade, obteve medida cautelar deferida, permitindo que estados e municípios, no âmbito de suas competências e em seu território, pudessem adotar, respectivamente, medidas de restrição à loco-

moção intermunicipal e local durante o estado de emergência decorrente da pandemia do novo coronavírus, sem a necessidade de autorização do Ministério da Saúde para a decretação de isolamento, quarentena e outras providências(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,2020a). A ADPF 672 destacou-se pela crítica feita à postura do governo federal frente à Crise Covid-19, e foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), contra atos omissivos e comissivos do Poder Executivo Federal, praticados durante a crise de saúde pública decorrente da pandemia. Em resposta, a medida obteve medida cautelar concedida parcialmente, sendo reconhecido e assegurado o exercício de competência concorrente dos governos estaduais e distritais, e suplementar dos municípios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, como isolamento social e quarentena, independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,2020b). Observa-se que a medida foi um importante instrumento para garantir de forma duradoura as competências garantidas na Constituição.De forma geral,contempla-se que houve um desentendimento diante das legislações para enfrentamento da pandemia, mas a resolução, ao recorrer-se ao Supremo Tribunal Federal, garantiu que o princípio federativo fosse ratificado.

Em relação à dimensão das políticas públicas, observa-se que a ausência de uma plataforma intergovernamental permanente no país constitui um obstáculo para o enfrentamento da crise principalmente devido à alta institucionalização de ordens federativas no país(LORENA, PARANHOS, 2020, tradução nossa). Segundo os autores citados, é possível perceber outra peculiaridade:

> "Diferentemente do COAG na Austrália, ou do Conselho Interestadual na Índia, não existe um órgão intergovernamental no Brasil que convoque Presidente e Governadores, ou mesmo representantes federais e municipais, regularmente. Isso contribuiu para que as respostas fossem tomadas de forma descoorde-

> nadas em várias jurisdições e criassem atritos desnecessários"(LORENA, PARANHOS, 2020, p. 2, tradução nossa)[26].

Dessa forma, além de conflitos agudos no plano legislativo, faltam articulações políticas entre os três graus federativos do país, o que prejudica a consistência e unanimidade de medidas de enfrentamento à doença no país.

4.2. Austrália

A Austrália foi um dos países considerados exemplos na contenção do novo coronavírus. O primeiro caso registrado no país data de 25 de janeiro, e o pico da doença ocorreu no dia 28 de março, com 460 novos casos registrados em um único dia. Aproximadamente 3 meses depois, em junho, o país já passou a registrar apenas 20 novos casos por dia - número bastante reduzido para um país com 25 milhões de habitantes (UOL,2020).

A célere coordenação das respostas federais e estaduais foram um dos fatores decisivos no enfrentamento à doença. A divisão administrativa da Austrália compõe-se da seguinte forma: seis estados, dois territórios internos e três territórios externos(G1,2007).Sua forma de governo caracteriza-se como uma monarquia parlamentarista, e possui os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Seu poder Executivo coincide com o Conselho Executivo Federal, comandado pelo governador-geral e com supervisão do primeiro-ministro e de ministros do Estado. O Conselho Executivo está em todos os estados australianos, de onde o governador da região exerce poder (AUSTRALIAN CENTRE,2020,tradução nossa). Observa-se, assim, uma coesão visível entre o poder executivo central e o poder executivo local.

Após o delineamento da estrutura político-administrativa da Austrália, é possível estudar a atuação do país na promoção de saúde du-

26 *"Unlike COAG in Australia, or the Interstate Council in India,there is no intergovernmental body in Brazil that convenes President and Governors, or even federal and municipal representatives, on a regular basis.This contributed to the initially uncoordinated responses taken across various jurisdictions and created unnecessary friction"*

rante a crise Covid-19. Antes da eclosão da pandemia do novo coronavírus, o principal instituto intergovernamental era o Conselho de Governos Australianos - COAG (*Counsil of Australian Governments*). O COAG é composto pelo Primeiro-ministro da Austrália, os premiês dos estados e os ministros dos territórios. Entretanto, mesmo com essa instituição, muitos críticos afirmavam que a estrutura federal era um óbice para reformas econômicas e sociais necessitadas pelo país (FINANCIAL REVIEW,2020,tradução nossa).

Diante da crise Covid-19, entretanto, emergiu um grupo político que iria destacar-se pela sua atuação nesse cenário: o Gabinete Nacional (*National Cabinet*). O Gabinete Nacional também é composto pelo Primeiro-ministro da Austrália, os premiês dos estados e os ministros dos territórios, assim como o COAG (THE UNIVERSITY OF MELBOURN,2020,tradução nossa). A diferença na sua atuação consiste na eficácia apresentada pelas suas medidas, executadas de forma coordenada entre as instâncias governamentais. Destacam-se entre essas operações o Centro de Coordenação de Crises (*Crisis Coordination Centre*) -CCC - do Departamento de Assuntos Internos. O CCC está liderando o engajamento com setores individuais, como educação, bancos, transporte, alimentação e agricultura, avaliando a gama de recursos disponíveis para enfrentar esses desafios no governo, na indústria e na comunidade. Entre suas atividades, inclui garantir que as cadeias de suprimentos e a infraestrutura crítica sejam fortalecidas, que as instalações públicas sejam regularmente limpas e que as fronteiras e as viagens sejam gerenciadas de forma consistente (FINANCIAL REVIEW,2020, tradução nossa).

Em relação à economia, o foco concentrou-se no fornecimento de fundos para suporte e incentivos para empresas e negócios, buscando preservar os empregos e os meios de subsistência das pessoas. Para isso, o governo federal tentou utilizar funções existentes, como tributação e previdência social, para executar esse plano, em vez de criar novos programas ou instituições(WILKINS,2020).

Dessa forma, observa-se um arranjo estrutural federalista de grande eficiência no enfrentamento ao efeitos da crise Covid-19, o que resultou em benefícios tanto na dimensão da saúde, quanto na esfera econômica.

4.2.1. Direito Comparado: Método Histórico para avaliar o federalismo na Austrália e no Brasil

a) Tradição histórica da Austrália

Adotando o método histórico para contemplar o Direito Comparado neste trabalho, far-se-á uma observação da tradição cultural desenvolvida pela Austrália ao longo dos últimos anos, e suas implicações nos arranjos federativos desenvolvidos durante a Crise Covid-19.

Um dos principais fatores para a coexistência de diversas culturas no território australiano foi o recebimento de imigrantes em massa no país após a Segunda Guerra Mundial. Durante as décadas de 1940 e 1950, os imigrantes deveriam aprender o idioma inglês e se adequar à sociedade em que estavam se inserindo. Essa forma de enxergar a convivência entre nativos e imigrantes era denominada "Assimilação. A partir da década de 1960, a Assimilação foi sendo convertida em uma nova política,a "Integração", a qual reconhecia os desafios que os imigrantes possuíam ao chegar em outra sociedade, e que eles poderiam adaptar-se à vida em outro país, sem, contudo, perderem sua identidade cultural. Na década de 1970, então, uma política mais inclusiva começou a tomar forma. Em 1973, o termo "Multiculturalismo" foi apresentado pela primeira vez como pressuposto para o estabelecimento dos imigrantes no país, em um discurso denominado "Uma sociedade multicultural para o futuro",realizado pelo Ministro da Imigração Al Grassby(KOLETH,2010, tradução nossa).

Observa-se, então, uma abordagem diferente na tradição de um país que, mesmo abrigando diferentes culturas, soube oferecer a elas a oportunidade de sentirem-se parte do Estado o qual escolheram para viver. Um política de valorização das culturas de um país pode parecer uma atitude demasiadamente simples e isolada, mas, na verdade, carrega consigo a capacidade de gerar coesão a um estado, a ponto de fortalecer as relações federalistas do país.

Durante o governo do ex-primeiro ministro liberal Malcom Fraser, consolidou-se a política do multiculturalismo na Austrália. Em 1977, necessitando de uma Revisão dos Programas e Serviços Pós-Chegada aos Imigrantes, Fraser encaminhou ao advogado

Frank Galbardy uma espécie de revisão de Políticas nesse âmbito. O resultado ficou conhecido como Relatório Galbally, o qual identificou o direito de todos os australianos de manter sua cultura sem preconceitos e identificou também a necessidade de oferecer serviços e programas especiais a todos os migrantes para garantir a igualdade de acesso e provisão. A partir desse momento, a educação foi uma das portas de investimentos para a solidificação do multiculturalismo, desenvolvendo-se programas multiculturais e comunitários de ensino, comissões de assuntos étnicos e conselhos de resolução de migrantes. Nesse andamento de políticas públicas, a década de 1980 como um todo caracterizou-se pela consolidação de políticas e instituições pluriculturais, as quais deixam vestígios até a atualidade (KOLETH,2010, tradução nossa).

Após o exposto da tradição histórica e cultural na tolerância com outras culturas, observa-se que a Austrália, ao centrar-se na produção de um ambiente de convivência harmônica entre seus habitantes, investiu também nos programas educacionais e nas suas instituições, permitindo aos seus cidadãos, nativos ou migrantes, pertencerem a um estado coeso. Disso, resultou em um conjunto de instituições supremas e um Estado de Direito bem estruturado.

b) Tradição histórica do Brasil

Em relação à tradição brasileira na aceitação de sua heterogeneidade cultural, é possível perceber uma opressão de uma cultura em relação às demais, as quais foram subjugadas no processo de colonização, e permaneceram, durante séculos, em papel secundário, longe do processo de participação na formação do estado Brasileiro. A cultura européia, nesse caso, ocupou o papel dominante, enquanto as culturas afroamericanas e indígenas permanecerem à margem do reconhecimento cultural.

Entretanto, é possível perceber um maior esclarecimento da população quanto a esses aspectos, e, ao menos, o debate desses processos de inferiorização dessas culturas começa a ressurgir. Recentemente, surgiram dois temas que receberam grande destaque nos debates públicos. O primeiro trata do conceito de apropriação cultural.

> Apropriação cultural é um mecanismo de opressão por meio do qual um grupo dominante se apodera de uma cultura inferiorizada, esvaziando de significados suas produções, costumes, tradições e demais elementos. Tomando como exemplo a sociedade de consumo, onde tudo se transforma em produto, e mais especificamente a realidade brasileira, percebe-se que há muito tempo se usa uma estratégia para tornar palatável a cultura afro: apagar os traços negros, a origem ou qualquer outro elemento passível de rejeição, sobretudo aqueles que de alguma forma remetem à herança religiosa. (WILLIAM, 2019,P. 29)

O segundo conceito refere-se ao Racismo estrutural:

> (...) o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo "normal" com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional.Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção (ALMEIDA, 2019, P. 33).

Os dois conceitos remetem à longas discussões culturais, mas o objetivo nesse momento é apenas expor as principais mazelas no âmbito cultural brasileiro. Percebe-se, com isso, a importância da tolerância cultural, e a necessidade de um programa educacional e de políticas públicas voltadas à reafirmação das culturas afroamericana e indígena esquecidas durante séculos de história do país. Traçando o paralelo com a história da Austrália, visualiza-se o liame entre a unidade cultural de um país e o fortalecimento de suas instituições políticas, gerando um Estado de Direito mais coeso, e um federalismo, sem dúvida, mais estável.

CONCLUSÃO

Através dos pontos analisados, foi possível chegar a quatro considerações. A primeira refere-se à atuação efetiva das políticas públicas da Austrália. Um alto grau de coesão entre suas instâncias federativas,

acompanhadas da implementação de um novo arranjo (Gabinete Nacional), permitiu um célere enfraquecimento das taxas de contaminação da doença no país. A segunda consideração foi o caráter prejudicial dos atritos entre os graus federativos no Brasil, o que acabou gerando atrasos na coordenação dos esforços contra a propagação do vírus em seu território. Somado a isso, a falta de um arranjo federativo a nível nacional também impossibilitou maiores avanços na contenção da doença.

A terceira consideração refere-se às tradições culturais da Austrália. Marcada por uma crescente aceitação da pluralidade cultural em seu território, a Austrália desenvolveu sua capacidade de crescer com a diversidade, fortalecendo suas instituições e seu Estado de Direito. Tais resultados mostraram-se satisfatórios em períodos de crise, como a atual, refletindo um federalismo efetivo. A quarta consideração trata do baixo grau de política multiculturalista brasileira, com alto grau de rejeição à culturas historicamente desprezadas - afro-americana e indígena. Esse problema constitui um óbice para a efetivação de uma sociedade coesa e com instituições democráticas fortalecidas, como pôde-se demonstrar na desunião entre as instâncias federativas no momento de crise de saúde pública.

Ressalta-se que, assim como a Austrália, o Brasil ainda pode crescer e evoluir na sua tradição cultural e no seu sistema federalista. Para isso, deve investir no mesmo caminho adotado pelos políticos australianos para implantar o multiculturalismo: programas educacionais operantes e eficazes políticas públicas. Com isso, pode-se obter um federalismo mais consolidado e que possa garantir de forma mais plena os direitos humanos de seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, SILVIO LUIZ DE. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Polén,2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**.4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. acesso em 21 junho 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889**: Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0001.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%201%2C%20DE%2015,devem%20reger%20os%20Estados%20Federais.>. Acesso em: 17 junho 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020a**: Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm >. Acesso em 27 junho 2020.

BRASIL. **Presidência da República. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020b**: Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm > . Acesso em 27 junho 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria Nº 188, de 3 de fevereiro de 2020c**: Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 28 junho 2020.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Rev. direito GV**, São Paulo , v. 6, n. 2, p. 469-492, Dec. 2010 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 30 Junho 2020

Com várias regiões sem casos, Austrália conseguiu conter pandemia;Saiba como.**UOL**. 22 de junho de 2020. Disponível em: < https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2020/06/22/com-varias-regioes-sem-casos-saiba-como-australia-conseguiu-conter-pandemia.htm > . Acesso em 23 junho 2020.

Como funciona a política da Austrália? Entenda mais sobre o assunto. **AUSTRALIAN CENTRE**. 17 de março de 2020. Disponível em: < https://australiancentre.com.br/blog/politica-da-australia/ > . Acesso em 25 junho 2020.

Dados e informações gerais sobre a Austrália. **G1**. 23 de novembro de 2007. Disponível em: < http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL189748-5602,00-DADOS+E+INFORMACOES+GERAIS+SOBRE+A+AUSTRALIA.html#:~:text=SUPERF%C3%8DCIE%3A%20O%20territ%C3%B3rio%20australiano%20tem,Austr%C3%A1lia%20do%20Sul%20e%20Tasm%C3%A2nia. >. Acesso em 21 junho 2020.

DUTRA, Deo Campos.Método(s) em direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito-UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez., 2016,p. 189-212. Disponível em: < https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46620>. Acesso em: 29 junho 2020.

GADELHA, Sérgio Ricardo de Brito. Conceitos introdutórios sobre federalismo e federalismo fiscal.**Escola nacional de administração pública (Enap)**,2018. Disponível em: < http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3182>. Acesso em: 17 junho 2020.

KOLETH,Elsa. Multiculturalism: a review of Australian policy statements and recent debates in Australia and overseas.

Parliament of Australia. Disponível em: < https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp1011/11rp06>. Acesso em 28 junho 2020.

LORENA, Ana Carolina; NERIS, Eduardo Henrique Correa da Silva Paranhos. Federalism and the COVID-19 crisis: Perspectives for Brazil.**Forum of Federations**. Disponível em: <http://www.forumfed.org/publications/federalism-and-the-covid-19-crisis-federalism-and-the-covid-19-crisis-perspectives-for-brazil/ >. Acesso em 15 junho 2020.

MELLO, Cecília; FERREIRA, Maria Amélia Campos. Conflito de competência entre entes da federação em tempo de pandemia. **Consultor Jurídico**. 25 de março de 2020. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-mar-25/opiniao-conflito-competencia-tempo-pandemia >. Acesso em 23 junho 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva,2014- .

National cabinet creates a new federal model. **Financial Review**. 18 março 2020. Disponível em: < https://www.afr.com/politics/federal/national-cabinet-creates-a-new-federal-model-20200318-p54bar>. Acesso em 27 junho 2020.

NEME, Eliana Franco. O federalismo como sistema de proteção dos direitos fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 95-118, jan. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15046>. Acesso em: 20 jun. 2020.

Pacto Federativo. **Agência Senado**, Brasília, DF, 16 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pacto-federativo> . Acesso em: 17 junho 2020.

SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Ângelo. Federalismo e políticas Públicas. **Escola nacional de administração pública**

(Enap), Brasília,2018. Disponível em: < https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3331/1/Livro_Federalismo%20e%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas.pdf>. Acesso em: 17 junho 2020.

STF conclui julgamento de MPs que regulamentam competência para impor restrições durante pandemia .**Supremo Tribunal Federal**. 06 de maio de 2020a. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442816>. Acesso em 20 junho 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672**. Brasília, 8 de abril de 2020b. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf >. Acesso em 19 junho 2020.

The National Cabinet has worked. Can It Last? **The University of Melbourn**. Disponível em: <https://pursuit.unimelb.edu.au/articles/the-national-cabinet-has-worked-can-it-last > . Acesso em 28 junho 2020.

WILKINS,ROGER. Federalism and the COVID-19 crisis: An Australian Perspective. **Forum of Federations**. Disponível em: <http://www.forumfed.org/publications/federalism-and-the-covid-19-crisis-an-australian-perspective/ > . Acesso em 22 junho 2020.

WILLIAM, RODNEY. **Apropriação cultural**. São Paulo: Pólen,2019.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: ANÁLISE ATÉ O CONTEXTO BRASILEIRO ATUAL

Evelyn de Vasconcelos Batista
Matheus Maciel Oliveira

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda sobre a liberdade de expressão no contexto brasileiro. Tendo em vista a maior visibilidade de casos e a abrangência do tema, trataremos dela inserida no Estado Democrático de Direito, jurisprudências sobre e sua relação com o discurso de ódio. Será dividido de tal forma na qual primeiramente conceituaremos os conhecimentos mais gerais do assunto. Em seguida será vista uma análise histórica da liberdade baseada em autores como Locke e Kant. Por conseguinte, busca-se explanar as correntes mais utilizadas na liberdade de expressão: a liberdade negativa e a positiva. Doravante o veremos aplicado no contexto brasileiro.

Será refletido sobre os efeitos desta liberdade e como ela pode atingir os outros. No meio jurídico, tendo em vista a falta de consenso, duas correntes são as mais seguidas. Levantando questionamentos tais quais: como o discurso de ódio poderá limitar ou não a liberdade de expressão, até onde será o limite dessa liberdade, quais são as teorias e os entendimentos sobre, como alguns casos foram resolvidos? Buscando conciliar tudo isso, defendemos a liberdade dos cidadãos para debater e expor seus discursos e opiniões, desde que estes não ultrapassem

os limites da liberdade de outrem e estejam em conformidade com os princípios resguardados pela Constituição.

1. Liberdade de expressão como parte do Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito consiste no Estado regido por leis em regime democrático, não obstante seu compromisso de garantir as liberdades civis, direitos e garantias fundamentais. Moraes (2002) reitera essa noção e nos descreve também a exigência de haver eleições livres periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais. Essa institucionalização representa a proteção do indivíduo frente ao Estado e garante ao povo sua participação política. É a Constituição Federal de 1988 que consolida os direitos e garantias fundamentais - presentes em seu Título II: os direitos e garantias fundamentais -, estando pois em condição superior a todo o ordenamento jurídico. Nossa Carta Magna é a lei fundamental e hierarquicamente superior sobre todas as demais normas jurídicas no ordenamento. A Constituição é imprescindível para a existência do Estado Democrático de Direito: a própria validade do ordenamento é dada através dela.

A liberdade de expressão não traz apenas as ideias e pensamentos que melhoram e enriquecem o pensamento da comunidade, mas também manifesta costumes e preconceitos que todos possuem individualmente ou coletivamente, sejam positivos ou negativos aos outros. Os discursos de ódio são essas manifestações negativas, capazes de promover o ódio e o desprezo sobre determinado grupos de pessoas. Luna e Santos (2014a) citam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia e o antissemitismo como exemplos desse discurso, e afirmam que o mesmo serve para insultar, perseguir e justificar a privação dos direitos humanos, e em situações extremas pode acarretar até mesmo em homicídios.

Nesse sentido, esses discursos ferem a dignidade humana e oferecem risco à vida. Sendo a vida um direito inviolável tutelado pelo Estado - constituindo um pré-requisito para que todos os outros direitos existam - e previsto inclusive em nossa Constituição, cabe ao mesmo

a necessidade de legislar sobre com o fim de garantir a manutenção tanto da vida enquanto capacidade biológica quanto dela como ideal de vida digna. Contudo, a liberdade de expressão também é um direito. Os discursos podem ser vistos apenas como palavras, estas que supostamente não são potencialmente lesivas como uma agressão física. Palavras também ferem, machucam, e dependendo de cada um pode abalar todo o emocional de um ser humano. O discurso é muitas vezes desentendido como se envolvesse apenas uma pessoa e que fala demoradamente e com conteúdo minimamente persuasivo. No entanto, podem ser várias pessoas que discursam o ódio. Podem ser nossos vizinhos, podem ser pessoas com quem estudamos, convivemos, trabalhamos. As palavras como uma abelha, irão ferroar, machucando agudamente e aos poucos, e eles continuam e continuam até a pequena ferida se tornar algo grave.

A liberdade de expressão é fruto de conquistas das revoluções, consagrando-se como direito fundamental essencial ao Estado Democrático de Direito e manifesta-se através de discursos, gestos, arte e meios de comunicação em geral. É um erro imaginá-la como ilimitada. Ela não é absoluta, eventualmente entrará em colisão com outros direitos fundamentais, como bem explana Lourinho (2017).

Inserida nos direitos de primeira geração - direitos civis e políticos que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais -, a liberdade de expressão é assegurada pelo Estado, que também não pode censurar ou reprimir as manifestações desta liberdade, desde que não configure o ilícito nem ultrapasse os limites da liberdade de outro indivíduo. Não sendo absoluta, é importante estar ciente que esta liberdade pode transgredir a liberdade de outrem e, portanto, não deve ser tratada de forma impune. Assim o sendo, a problemática também está na identificação da nocividade do discurso de ódio ou ainda mensurar até onde é permissivo, até onde se encontra os limites aceitáveis.

O "Artigo 19" - uma organização não governamental de direitos humanos - recomendou a adoção de critérios para enquadrar o discurso de ódio com fim de que o mesmo se torne passível de punição. Seu objetivo era servir de orientação para que os tribunais identificassem o discurso de ódio (FERNANDES; AZEVEDO, 2017). Dentre os ele-

mentos presentes para distinguir o discurso de ódio, podemos destacar que o discurso deve haver a intenção de incitar o ódio, a ofensa deve ser severa e ser opróbrio, ou seja, uma ofensa que causa desonra pública, humilhação, vexame. Deve também ser dirigido ao público geral ou a um número de indivíduos no espaço público.

2. Análise histórica da liberdade

Como Reis (2011) muito bem coloca, um enfoque diferente deve ser dado à Kant pelo fato de não ter compartilhado a mesma linha de raciocínio sobre a liberdade quanto aos filósofos que vieram antes dele e muito de Kant, muito mesmo, veio e vem influenciar os que vieram após ele. A liberdade em Kant remete-se à autonomia, onde as leis que alguém obedece são de sua própria vontade, mas isso não significa que ser livre é fazer o que quiser, muito pelo contrário, em Kant (2002) é necessária uma justificativa racional para as nossas ações. Estas são as máximas, regras que eu crio para justificar o meu querer, a minha ação. No entanto nem toda máxima é correta e só pode virar uma máxima da moral quando eu transformo a máxima individual em universal. Dessa forma, Kant se volta para o imperativo categórico, ponto no qual eu almejava chegar para tratar a liberdade de expressão e o discurso de ódio.

Kant (2002) afirma que sempre se deve agir de modo que a minha máxima se torne uma lei universal. Uma das formulações do imperativo categórico diz respeito ao "fim em si mesmo" do ser humano e daqui se deriva o conceito de dignidade humana em Kant. Concluindo assim, que deve haver liberdade da vontade, autonomia, mas o ser humano dentro da perspectiva do "fim em si mesmo" não pode ser instrumentalizado, não pode ser tomado como objeto, não seria ético. Por fim, fica claro em Kant que dentro de uma ponderação, a dignidade humana acaba por prevalecer sobre a liberdade de expressão.

Seguindo outra maneira de pensar a liberdade, temos o contratualista Locke e a tradição inglesa liberal, depois continuada por Stuart Mill, entre outros, sobre o qual nos atentaremos mais à frente. Locke é muito importante por influenciar toda a política moderna com a sua concepção de liberdade. Para Locke (1978), o contrato social é uma

opção para a garantia das liberdades individuais, ou seja, as liberdades naturais do ser humano. Estas têm a ver com independência, com ser livre de coerção e poder decidir sobre suas ações livremente. A liberdade existe no cumprimento das leis naturais e no espaço de indiferença, onde ninguém tem o direito de dizer algo sobre esse espaço. O contrato social, para ele, não restringe os direitos naturais, visto que não é um contrato de doação, mas sim de mandato, o governo vai ser o mandatário do povo e terá alguns poderes referentes às leis naturais.

Como pôde ser visto, temos em Locke uma perspectiva diferente quando nos voltamos para a liberdade de expressão, pois para ele, o indivíduo sendo livre não pode ser coagido sobre suas decisões ou seus discursos. Dentro da liberdade por ele defendida, esse espaço da indiferença é essencial, não podendo ser reprimido. Apesar disso, Locke deixa bem claro que ninguém pode, seja por motivos pessoais ou interesses, prejudicar ou sujeitar terceiros, visto que não há subordinação e todos somos iguais. Não obstante, não seria o discurso de ódio, o preconceito contra minorias, uma contradição ao pensamento de que todos somos iguais? Além do mais, na sua concepção de "prejudicar ou sujeitar terceiros", estaria ele se referindo apenas ao caso concreto/físico e não apenas as ideias das quais se valem um discurso ofensivo? Veremos como Mill dá continuidade a este pensamento.

3. Liberdade sob pontos de vistas diferentes

Para haver melhor compreensão, é bom que se distinga como culturas jurídicas diferentes lidam com a liberdade de expressão e o discurso de ódio. Consequentemente, produzindo respostas e jurisprudência diferentes. Além do mais, qual é a concepção filosófica por trás de cada modelo de interpretação.

3.1 Liberdade Negativa

O modelo norte-americano, por exemplo, de interpretação da liberdade de expressão tem em sua base uma concepção negativa da liberdade e a visão do mercado de ideias, segundo a qual não é dever do Estado reprimir ideias, independentemente de algumas serem conside-

radas moralmente certas ou erradas. Seria no debate aberto e plural que as ideias encontrariam seguidores ou adeptos, de acordo com a qualidade dos argumentos apresentados. Nessa visão, o Estado deveria ser neutro e a sua intervenção em assuntos que dizem respeito à liberdade de expressão não é bem vista. O argumento utilizado para justificar essa desconfiança é o de que a procura, da prevalência, da verdade é descoberta onde há debate de ideias e não onde apenas uma ideia é imposta como verdadeira, oprimindo as demais (LUNA; SANTOS, 2014b).

Ainda segundo Luna e Santos (2014b), quando se trata de buscar a verdade por meio da liberdade de expressão, têm-se por trás uma fundamentação apresentada por Stuart Mill em sua obra Sobre a Liberdade, obra na qual ele afirma que os discursos e opiniões não podem ser silenciados e que a liberdade não deve ser restringida, porque assim, com a deliberação das mesmas, se conseguirá chegar à verdade buscada.

Mill defende veementemente a liberdade negativa, segundo a justificativa de que os indivíduos precisam desenvolver seus próprios caminhos e a liberdade de expressão é a porta para que haja um desenvolvimento do próprio conhecimento. Por isso mesmo a defesa de que o Estado não se envolva, ele não deve intervir nos planos de vidas dos cidadãos. As únicas exceções a isso são tidas quando se trata de proteção tanto individual ou coletiva, de modo que a liberdade acaba ameaçando ou provocando danos a terceiros deve ser regulada (LOURINHO, 2017).

A Suprema Corte dos EUA outorgou papel quase irrestrito à liberdade de expressão, salvo quando oferecer perigo iminente, o que está diretamente ligado à filosofia de Mill quanto ao que seriam danos. Não está ligado ao discurso em si, de ideias tidas como discurso de ódio, mas sim ao perigo concreto, como vimos acima sobre Locke, mesmo que a dignidade humana fosse atacada nos ditos discursos intolerantes. Segundo responde essa filosofia, apenas o discurso não provoca perigo iminente (LUNA; SANTOS, 2014b).

Estes mesmos autores (2014b) citam bons exemplos de como isso se dá na prática, como o caso Brandenburg (1969) e caso RAV x City of St. Paul (1992).O primeiro caso teve como réu um dos líderes da Ku Klux Klan: Clarence Brandenburg. Ele discursava ódio contra negros e

judeus, além de defender uma supremacia ariana. No entanto, foi absolvido pela Corte por uma falta de violência iminente. Temos claramente uma concepção ligada à Mill, como dito acima, já que mesmo havendo discurso de ódio, houve supremacia da liberdade de expressão.

O segundo caso segue a mesma linha de raciocínio. Em 1992, adolescentes queimaram uma cruz em frente a uma casa de pessoas negras afro-americanas e foram absolvidos pela Suprema corte, mesmo que o ato em si representasse manifestação de ódio. Outra vez, a jurisprudência norte-americana demonstrando que em uma ponderação, a liberdade de expressão vem primeiro se não causar danos. Mas afinal, só existem danos físicos?

3.2 Liberdade Positiva

A liberdade positiva, como a Alemã, tem uma perspectiva diferente da destacada anteriormente. O conceito de liberdade de expressão seria um direito sim do indivíduo, uma autonomia, mas os discursos não seriam separados dos valores morais. Como bem sintetiza Reis (2011), não são todos os planos de vida acolhidos, mas sim aqueles que não forem considerados desviantes. A liberdade de expressão se encaixa nisto, onde a liberdade positiva compactua com a ideia de que algumas restrições são importantes para que, apesar do indivíduo poder fazer escolhas, ele siga certo modelo de conduta tido como não ameaçador aos demais.

Só nesta pequena diferenciação, já se percebe um afastamento do modelo norte-americano para o Alemão, que foram os exemplos citados. No modelo jurídico alemão, onde a liberdade positiva é aderida, Lourinho (2017) explica que quando há uma colisão de direitos, aqui se tratando da liberdade de expressão com um discurso de ódio e a dignidade humana, na ponderação feita, prevalece a dignidade humana sobre a liberdade de expressão. Essa resposta jurídica é completamente diferente da resposta que teria dentro da concepção de liberdade negativa.

Contextualizando o exemplo, temos um Direito Constitucional Alemão que, com os feitos de Hitler, é levado a um caminho de invio-

labilidade da dignidade humana, onde a liberdade de expressão não é tida como direito absoluto (FERNANDES; AZEVEDO, 2017).

É acrescentado por Luna e Santos (2014b) que nessa concepção de liberdade o Estado terá certa proatividade nos planos de vida dos cidadãos. É importante que não se confunda com Estado totalitário ou antidemocrático, mas sim de um Estado que não seja neutro e haja dele uma postura de valores que têm por base o que estes autores colocam como superioridade ética. Vê-se claramente a passagem do Estado passivo da liberdade negativa para um Estado ativo na liberdade positiva. O exemplo apresentado por estes autores (2014b) é o Caso Lüth.

Veit Harlan produziu e dirigiu diversos filmes repletos de discursos de ódio em parceria ao governo nazista, e trabalhou em estreita colaboração com a máquina de propaganda nazista. Em 1950, terminada a guerra, ele tenta reerguer sua carreira ao produzir um filme altamente elogiado não só na Alemanha. Eric Lüth organizou um boicote ao filme, mas os produtores e distribuidores do mesmo recorreram ao código civil alemão.

O caso foi julgado, a favor de Lüth, e dele foram estabelecidas várias conclusões importantes. A Constituição foi tomada como um documento de valores que não são neutros e a Corte postulou sobre os objetivos e a eficácia dos direitos fundamentais, os quais devem estar presentes não apenas no direito público, mas também no privado, além da necessidade de ponderação dos direitos quando estes entrarem em colisão.

4. Contexto Brasileiro

A liberdade de expressão na Constituição brasileira atenta-se para romper o passado da ditadura, ampliando o direito e vetando as censuras. Na ditadura, o governo usou de numerosos meios, legais e ilegais, para censurar aqueles que se opunham ao regime. Desse modo, seguindo a linha de raciocínio de Filho e Sarlet (2016) o papel do Estado é proteger a liberdade de expressão como um direito fundamental essencial em um Estado Democrático de Direito, mas também fazer as devidas restrições quando chocar-se com direitos fundamentais de terceiros, ponderando de acordo com o caso concreto.

Apesar de haver previsto na Constituição o direito à liberdade de expressão, não há legislação específica. O dispositivo legal que trata do tema, sob o viés não discriminatório, é a Lei nº 7.716/1989, que "define os crimes resultantes do preconceito de raça e de cor". Diferentemente dos EUA, a liberdade de expressão no Brasil não é absoluta. Os limites dela se encontram na própria Constituição, e por conta disso o aplicador do direito deve compreender o panorama geral, no que tange a igualdade e o direito à não discriminação (LUNA; SANTOS, 2014b).

Analisemos então os casos Ellwanger e Unidos da Viradouro, alguns dos trazidos à discussão por Luna e Santos (2014b). Quanto ao primeiro, se trata de um brasileiro, chamado Siegfried Ellwanger Casten que fundou uma editora chamada Revisão, a qual publicou diversas obras que continham discurso de ódio contra judeus, culpando estes até mesmo por supostamente terem provocado a segunda guerra mundial. Ao fim do julgamento, em 2003, o Supremo Tribunal Federal decidiu por manter a condenação do editor por crime de racismo.

Quanto ao segundo caso, trata-se da escola de samba carioca Unidos da Viradouro que teve uma alegoria proibida de desfilar por fazer alusão ao holocausto, mesmo que a clara intenção da escola tenha sido mostrar os horrores cometidos pelo nazismo e não intenção de compactuar com a ideologia. A Federação Israelita do Rio de Janeiro (FIERJ), por meio de processo, conseguiu impor uma multa caso o carro viesse a desfilar e, ainda, outra multa se alguém que desfilasse pela escola em questão estivesse com fantasia que ao menos lembrasse Hitler. Sendo assim, tanto no primeiro caso quanto no segundo, houve uma ponderação de princípios e a dignidade humana acabou por prevalecer à liberdade de expressão, tanto como repúdio ao discurso de ódio quanto a uma possível banalização de um preconceito contra minorias.

O país em muitos casos vale-se da jurisprudência de tribunais europeus ou americanos. A posição americana está na inviolabilidade constitucional do direito à liberdade de expressão, enquanto que podemos destacar a posição germanista, contra o discurso de ódio, de que se deve preservar acima de tudo a dignidade humana. O Brasil está mais voltado à tradição germânica, quando limita essa liberdade pelo contexto constitucional.

CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é peça fundamental dentro de um Estado Democrático de Direito. Apesar disso, não é absoluta e em casos de colisão com outros direitos, deve haver ponderação entre os mesmos. Para enfrentar o discurso de ódio dentro da liberdade de expressão devem-se delimitar os contornos que caracterizam aqueles, dentre os quais: discursos violentos e/ou preconceituosos contra minorias, incitação de ódio e ofensas.

A Carta Magna resguarda os direitos fundamentais e quais princípios precisam ser observados, explícita ou implicitamente. Com essa necessidade de ponderação, duas correntes surgiram de contextos diferentes. A primeira em Kant, o qual considera a preponderância da dignidade humana em detrimento da liberdade de expressão, e a segunda em Locke, visto que este não concebe a ideia de um indivíduo ser coagido em seus discursos.

No que diz respeito à liberdade na história, diversos autores se prestam a pôr na mesa seus pontos de vista quantos às mesmas, dando seguimento a principalmente dois modos de pensá-la. A liberdade negativa tem tradição liberal e não aceita a ideia de intervenção estatal, ou de outros indivíduos, nos planos de vidas ou opiniões dos cidadãos, sejam elas quais forem, a não ser que a liberdade esteja ameaçando ou provocando danos iminentes a terceiros, sendo assim limitada. Já a liberdade positiva não dissocia os discursos dos valores morais, por mais que o indivíduo possa fazer suas escolhas, estas não podem ameaçar ou ferir os demais, mesmo que sejam "apenas" discursos, sem perigo de violência concreta.

O Brasil, pela sua posição frente ao discurso de ódio, está mais voltado à liberdade positiva, tendo em vista que predominantemente quando a liberdade de expressão se choca com a dignidade humana, o que prevalece é a segunda em detrimento da primeira. Os cidadãos estão livres para debater e expor seus discursos e opiniões, contanto que estes não ultrapassem os limites estabelecidos por lei, ou seja, portanto que não tenham cunho discriminatório ou que pregue ódio ou intolerância contra as minorias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424-2/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2003.

FERNANDES, Rômulo Magalhães; AZEVEDO, Anna Carolina de Oliveira. Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio: Notas sobre a Jurisprudência Constitucional dos EUA, da Alemanha e do Brasil. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva,* Belo Horizonte, n.32, p.148-161, maio/ ago. 2017. Disponível em: http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-10. pdf . Acesso em: 03 jan. 2018.

FILHO, Ilton Robl; SARLET, Ingo Wolfgang. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COM DESTAQUE PARA O PROBLEMA DA SUA COLISÃO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL, COM OS DIREITOS DE PERSONALIDADE. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 112-142. Disponível em: http://abdconst.com.br/revista15/estadoIlton.pdf. Acesso em: 02 jul. 2020

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. São Paulo: Abril, 1978.

LOURINHO, Luna Cléa Corrêa. Os limites da liberdade de expressão: uma análise sobre a liberdade negativa e a liberdade positiva. In: Revice – Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v.2, n.1, p. 460 - 467, jan./jul. 2017. Disponível em: seer.ufmg.br/index.php/revice . Acesso em: 03 Jan. 2018.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino; SANTOS, Gustavo Ferreira. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO NO BRASIL. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014a. Disponível em: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/780. Acesso em: 03 jan. 2018

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino; SANTOS, Gustavo Ferreira. Limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio: controvérsias em torno das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Paraíba, Nº 02 , 2º Semestre de 2014b. ISSN | 2179-7131 |. Disponível em: http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/20472. Acesso em: 03 jan. 2018

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. ed. 12. São Paulo: Atlas, 2002.

REIS, Fellipe Guerra David. O canibal de Rothenburg: Um ensaio sobre a liberdade. Revista Ética e Filosofia Política, v. 1, n. 13, p. 139-162, jan. 2011. Disponível em: https://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2011/01/13_1_felipe.pdf . Acesso em: 03 jan. 2018.

LEIS QUE TUTELAM OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO BRASIL E ARGENTINA COM ENFOQUE NA LEI DE COTAS

Maria Vilanei Pereira Morais
Luiz Carlos Batista Filho
Cicilia Raquel Maia Leite

1. INTRODUÇÃO

É inegável que no transcorrer da história as pessoas com deficiência tenham sofrido toda sorte de segregação; sendo, até mesmo, postas à margem da sociedade. À pessoa com deficiência era negado todos os direitos, inclusive o direito de trabalhar. Somente no século XX, com a evolução cultural, científica e econômica, é que se começou a mudança de conceitos e por conseguinte, a edição de leis com a finalidade de suplantar essa mácula secular da sociedade.

De acordo com Fávero (2012):

> as pessoas com deficiência podem ter acesso ao trabalho como qualquer outra pessoa, através de contratação com todos os direitos trabalhistas e previdenciários garantidos, mesmo que sejam necessários alguns apoios como orientação, supervisão, treinamentos e muitas outras formas de apoio.

Igualmente a qualquer outro ser humano, a pessoa com deficiência apresenta limitações e potencialidades que precisam ser com-

preendidas e exploradas, afim de que possam ser incluídas na sociedade e ter seus direitos respeitados. Para tanto, as legislações de alguns países tem se mostrado produtiva no que se refere à elaboração de leis que tutelam os direitos fundamentais dessas pessoas.

Na atual conjuntura, tem crescido a preocupação em salvaguardar os direitos das pessoas deficientes, a fim de proporcionar-lhes maior participação na sociedade e, por conseguinte uma vida mais digna.

O direito de acesso ao mundo laboral, que é garantido à pessoa com deficiência, não é um mandamento normativo apenas do Brasil, mas está inserido nos ordenamentos jurídicos modernos que valorizam o ser humano em sua dignidade; como é o caso do ordenamento jurídico argentino, o qual analisaremos em conjunto com a normativa brasileira.

2. NORMATIVA LEGISLATIVA BRASILEIRA

2.1. CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

As Constituições brasileiras anteriores a de 1988 não trataram de maneira individualizada sobre a questão da proteção à pessoa com deficiência, abordavam apenas sobre o direito à igualdade, sem ater-se ao tema de maneira clara.

Nesse contexto, Almeida (2008) contextualiza que "a Constituição brasileira de 1988 concedeu vasta tutela jurídica às pessoas como deficiência, de modo diferenciado, exatamente para compensar-lhe as deficiências, rumo à igualdade substancial".

A vigente Carta Política da República do Brasil dispõe sobre as pessoas com deficiência em vários de seus dispositivos, tais como: não discriminação de direitos no trabalho; cotas para admissão no serviço público (art. 37, VIII); assistência social para habilitação e reabilitação, bem como integração à vida comunitária (art. 203, IV); assistência social mediante benefício mensal de um salário mínimo, quando hipossuficiente (art. 203, V); educação especializada, de preferência na rede regular de ensino (art. 208, III); criação de programas especiais de prevenção e atendimento, integração social do adolescente, além de acessibilidade a bens e serviços coletivos, com eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos (art.

227, §1º, II); e previsão, em lei, de normas sobre acesso e locomoção (art. 227, §2º, e art. 224).

O Capítulo I da Carta Magna, em seu artigo 5º, delineia toda a importância conferida a pessoa humana, ao afirmar que:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...). (BRASIL, 1988).

Já no Capítulo II, o Artigo 7º veda qualquer discriminação a pessoa deficiente, quando se trata de salário e critérios de admissão:

> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condiçãosocial:
>
> XXXI-*proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*.

No que se refere ao mercado de trabalho, o legislador constituinte de 1988 mostrou-se receptivo em relação ao trabalho para pessoa deficiente, notadamente pelo que estabelece o artigo 37 da Magna Carta. Esse instrumento normativo, de forma compulsória, destina percentual de vagas em cargos e empregos públicos, observados os critérios para sua admissão. Reza o inciso VIII do art. 37:

> VIII – *A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência*e definirá os critérios de sua admissão (Grifo nosso).

2.2. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A forma de se pensar a deficiência já foi vista sobre diversos aspectos, inclusive de caráter religioso, quando em algumas culturas a pessoa deficiente era tida como um deus. Com o passar do tempo o critério médico-científico passou a ser analisado juntamente com o

surgimento dos direitos humanos e consequentemente a igualdade entre os seres.

À luz do Código Civil, todo ser humano, desde o nascimento com vida, é sujeito de direitos. Essa afirmação implica na capacidade de gozo e fruição desse mesmo direito, e consiste na faculdade de contrair direitos e deveres na ordem civil.

A lei 13.145/2015 que institui o Estatuto da pessoa com deficiência e que revoga alguns artigos do Código Civil de 2002, determina grandes mudanças na teoria da incapacidade. Eis o que dizia o artigo que tratava sobre a incapacidade absoluta e que sofreu drástica modificação:

> Artigo 3º São absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil:
>
> I- os menores de dezesseis anos;
>
> II- os que, por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para prática desses atos;
>
> III- os que, mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade.

Todos os incisos do referido artigo foram revogados, e passou a valer com a seguinte redação:

> Artigo 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Portanto, na nova ordem jurídica brasileira, somente o menor de 16 (dezesseis) anos é considerado absolutamente incapaz. Em suma, as inovações determinadas pela nova lei, impactam positivanmente a vida da pessoa com deficiência, tanto que o artigo 6º exclui a relação entre deficiência e capacidade civil. Em regra, para a nova ordem, as pessoas com deficiência que se enquadravam nos dispositivos já mencionados, por força da revogação dos mesmos, passam a ser consideradas plenamente capazes para o direito civil brasileiro.

2.3. SISTEMA DE RESERVA LEGAL DE VAGAS NO BRASIL – LEI Nº 8.213 – CARGOS PARA PESSOA DEFICIENTE EM EMPRESA PRIVADA

O direito da pessoa deficiente ao mercado de trabalho está disposto na Lei nº 8.213, que dispõe sobre a obrigatoriedade de contratação de Pessoas Deficientes nas Empresas Privadas.

O direito de acesso ao mercado de trabalho pela pessoa deficiente, solidifica um dos mais valiosos princípios de todo ordenamento jurídico; que é o da dignidade da pessoa humana. Assim, o Brasil, ao legislar sobre o tema, cumpri com sua função social de reduzir as desigualdades sociais.

A edição da referida lei no ordenamento jurídico brasileiro trouxe um avanço inegável no que se refere aos direitos das pessoas com deficiência. A partir de sua publicação, as empresas privadas passaram a ser obrigadas a contratar pessoa com deficiência de acordo com número de funcionários. Eis o que diz o artigo 93 da citada lei:

> Art. 93: A empresa com 100 (cem) empregados está obrigada a preencher de 02% (dois por cento) a 05% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinteproporção:
>
> I – até 200 empregados 2%
>
> I – de 201 a 500 3%
>
> III – de 501 a 1000 4%
>
> V – de 1001 em diante 5%

Desse modo, se compreende que qualquer pessoa com deficiência ou que seja reabilitada, possui condições para participar de processo seletivo para contratação nas empresas privadas, desde que possua capacidade para assumir as atividades concernentes à vaga de trabalho disponível.

Mesmo sendo a referida lei um instrumento que cria maiores chances da pessoa deficiente ter acesso ao mercado de trabalho, sua

aplicação ainda causa muita celeuma, já que o empregador questiona a compulsoriedade do dispositivo; enquanto que, para pessoa defiente, esta pode ser a única chance de conseguir acesso a um emprego.

2.4. PERCENTUAL PARA EMPREGOS EM CONCURSOS PÚBLICOS – LEI Nº 8.112/90

Com instauração da nova ordem constitucional no Brasil, por meio da promulgação da Magna Cara de 1988, os direitos do ser humano passaram a ter maior notoriedade, sendo vistos também como forma de minorar as desigualdades entre os seres. Nesse pensar, a lei infraconstitucional destaca no parágrfo 2º do artigo 5º:

> Art. 5º(...)
>
> § 2º *Às pessoas portadoras de deficiência* é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.
>
> VIII – *A lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência* e definirá critérios de sua admissão.
>
> § 1º *O candidato portador de deficiência*, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

Assim, o poder público, ao realizar concurso para provimento de cargos, obrigatoriamente deve destinar um percentual das vagas para pessoas com deficiência. Esse entendimento nada mais é do que a aplicação do princípio da isonomia (I, art. 5º da CF), que objetiva levar equilíbrio as partes, em virtude da inferioridade de um ser em relação ao outro.

Para dar concretude ao mandamento constitucional, a Lei nº 8.112, fixa um percentual de até 20% das vagas oferecidas em concurso para pessoa deficiente. Esse comando de lei deve ser obedecido

a cada certame na administração pública direta e indireta. Uma vez não observada essa regra, o concurso público poderá ser anulado sob o argumento de descumprimento de lei.

3. NORMATIVA LEGISLATIVA ARGENTINA

3.1. CONSTITUIÇÃO ARGENTINA

A Constituição Nacional Argentina - Constitución Nacional, 2008 . adota a forma representativa republicana e federal, com poder descdentralizado. Isto quer dizer que na Argentina, existe o Governo Nacional ou Federal e os Governos Provinciais, que exercem os poderes que não são delegados ao Governo Federal.

O sistema legislativo deste país apresenta leis que regulam e garantem a atenção integral das pessoas deficientes, assim como sua cobertura e meios para evitar a discriminação.

A Primeira Constituição Argentina foi promulgada em 1853, mas não fazia referencia as questões relacionadas à pessoa com deficiência. Somente com a reforma política de 1994, por influência de todas as normas internacionais e também de algumas leis que precedem a referida norma, é que há uma menção explícita à pessoa deficiente, conforme descrito:

> Art. 75: Corresponde al Congreso:
>
> Inciso 23: Legislar y promover medidas de accion positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitucion y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos, en particular respecto de los ninhos, las mujeres, los ancianos y ***las personas condiscapacidad***.

A atual Constituição mantém alguns dispositivos da Norma de 1853, como é o caso do Artigo 14 que trata dos direitos sociais e afirma:

> Art. 14: El trabajo en sus diversas formas gozara de la proteccion de las leyes, las que aseguraran al trabajador: condiciones

> dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribucion justa; salario minimo vital movil; igual remuneracion por igual tarea; participacionenlas ganancias de las empresas, com control de laproduccion y colaboracion em la direccion; proteccion contra el despido arbitrario; estabilidade del empleado publico; organizacion sindical libre y democratica, reconocida por la simple inscripcion em un registro especial.

3.2. CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL ARGENTINO E A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Código Civil de 2012 da Argentina, hoje chamado de Novo Código Civil e Comercial, passou a vigir em agosto de 2015. O novo código conta com mais de 180 modificações para a vida das pessoas físicas e/ou jurídicas, dentre os temas relevantes tem-se o matrimonio, divórcio, direitos dos consumidores, capacidade civil, sucessões, adoção, dentre outros.

O antigo Código Civil (lei 340), em seus artigos 31,32 e 52 estabeleciam que "as pessoas de existência visível" eram capazes de adquirir direitos e contrair obrigações nos casos, por modo e na forma que o corpo normativo determinava. O pensamento que norteou o novo Código Civil, é o de que não se pode limitar o ser humano a definições que resultem em discriminação e limitação aos seus direitos, notadamente em seu corpo legislativo, como existia no antigo código.

No mundo jurídico, a capacidade significa a aptidão da pessoa para ser titular de direito e adquirir obrigações e exercê-las por si mesma. Por isso, a nova lei, no seu artigo 22 prescreve sobre capacidade de direito do ser humano da seguinte maneira:

> Artículo 22: Capacidad de derecho: Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos actos, o actos jurídicos determinados.

Pela nova sistemática, a pessoa com deficiência passou a ter os mesmos direitos e deveres que as pessoas que não são deficientes.

O Código relaciona também os casos em que a pessoa pode ter a capacidade restringida ou considerada incapaz de acordo com a sistemática civil:

> Articulo 24 – Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:
>
> a) la persona pornacer;
>
> b) la persona que no cuenta com la edad y grado de madurez suficiente, com el alcance dispuesto em la Sección 2ª de este Capítulo;
>
> c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, em la extensión dispuesta em esa decisión.

Diferentemente do Brasil, na Argentina existe a declaração de incapacidade e de capacidade restringida, como prescreve o artigo 33.

> Articulo 33.- Legitimados. Están legitimados para solicitar ladeclaración de incapacidad y de capacidad y restringida:
>
> a) el próprioiinteresado;
>
> b) elcónyuge no separado de hecho y elconvivientemientraslaconvivencia no hayacesado;
>
> c) losparientes dentro delcuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundogrado;
>
> d) el Ministerio Público.

Em síntese, as mudanças trazidas pela nova ordem são de extrema relevância, especialmente porque até a edição do novo Código Civil e Comercial no ordenamento jurídico da Argentina, as pessoas com deficiência intelectual não podiam praticar determinados atos da vida civil.

3.3. SISTEMA DE RESERVA LEGAL DE VAGAS DA ARGENTINA – LEI 22.431 – E O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTEGRAL DOS DEFICIENTES

A Argentina também dispõe de uma lei nacional que regulamenta o percentual de cota para emprego de pessoas com deficiência. A referida lei foi sancionada em 1981 e altera o artigo 8º da lei supramencionada, passando a viger com a seguinte redação:

> Artículo 8°: El Estado nacional – entendiéndo se por tal los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos - están obligados a ocupar personas condiscapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de supersonal y establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados porellas.

Há que se dizer que igualmente a lei nacional, a província de Buenos Aires também possui em seu ordenamento jurídico uma lei que trata sobre o assunto, que é a lei 10.592. As referidas leis cuidam da contratação de pessoa deficiente no setor público. Estas leis apresentam um sistema de proteção integral dos direitos das pessoas deficientes, de acordo com suas especificações. Por tanto, pode se dizer que é por meio destas, que a pessoa deficiente tem assegurado educação, assistência médica e social.

Diferentemente do Brasil, na Argentina não existe uma lei específica sobre cota de emprego para pessoas com deficiência em empresa privava. A mesma lei que disciplina o percentual de emprego em empresas públicas, dispõe apenas sobre uma redução no imposto para empregadores que concedam emprego a pessoa deficiente.

De acordo com o enunciado do artigo 23 da lei 22.431, o empregador que conceda emprego a pessoa com deficiência faz jus a um cômputo de uma dedução especial sobre os capitais, correspondente a setenta por cento (70%) em cada período fiscal. Neste caso, não se

aplica mais o dispositivo mencionado, passando a valer o que prescreve o artigo 21 da lei 26.816 que diz:

> Artigo 21: Aportes y Contribuciones. Los aportes y lascontribuciones que las leyes nacionales imponen a cargo del trabajador y del empleador, respecto de los trabajadores compreendidos em el presente régimen que presten servicios em los Talleres Protegidos de Producción (TPP) o en los Grupos Laborales Protegidos (GLP), serán sustituidos por los estímulos previstos em los incisos c) y d) del artículos 26 de esta ley.

Portanto, na Argentina não existe a obrigatoriedade de contratar pessoa com deficiência pelas empresas do setor privado. O que existe são incentivos do governo, como a redução de imposto, a fim de que o empregador opte pela contratação como forma de compensação financeira.

O Decreto nº 498/83 de 1983 que regulamenta a lei 22.431 traz ainda um comando que diz:

> Del 4% establecido por la Ley deberádarse una preferencia del 1% a los no videntes. Taller protegido de producción. Prestaciones médico-asistenciales básicas. Pases para el transporte público de pasajeros. Acceso y puertas de entrada, rampas, ascensores, pasillos de circulación pública y servicios sanitarios para discapacitados.

A lei de cota da Argentina possui dispositivos relevantes para a empregabilidade das pessoas com deficiência, mas também apresenta carência que precisa de observada, principalmente no que se refere a ausência de dispositivo que regulamente cotas para contratação por empresa privada.

4. ANÁLISE LEGISLATIVA COMPARATIVA BRASIL/ ARGENTINA

O propósito de se examinar as normas legislativas do Brasil e da Argentina, em particular as Constituições e as leis de reserva legal de

vagas; tem, como principal objetivo, vislumbrar o que os dois países têm em comum no que se refere à legislação para emprego da pessoa com deficiência, bem como identificar os aspectos positivos e/ou negativos de cada legislação.

Análise Legislativa Comparativa entre o Brasil e a Argentina

Conjuntura	Brasil	Argentina
1) Como funciona o ordenamento jurídico	República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Os 26 estados federados têm autonomia para elaborar suas próprias Constituições Estaduais e leis. Entretanto, sua competência legislativa é limitada pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal.	A organização política da Argentina é baseada na forma representativa republicana federal de governo, consagrado na Constituição, composta por 23 províncias e pela Cidade Autônoma de Buenos Aires.
2) O que diz as atuais constituições sobre os temas deficiência, discriminação e igualdade	A Constituição de 1988, trouxe um rol de dispositivos sobre o tema. Eis alguns deles: art. 5º (igualdade)[220], art. 7º (proibição ao preconceito), art. 37, VIII (admissão em cargos e empregos público), art.7º, XXXI (igualdade de direitos noart. 5º (igualdade), art. 7º (proibição ao preconceito), art. 37, VIII (admissão em cargos e empregos público), art.7º, XXXI (igualdade de direito no trabalho),203º (habilitação e reabilitação de pessoa deficiente, dentre outros.	A atual Constituição, reformada em 1994 mantém alguns dispositivos da Constituição anterior, como é o caso do artigo 14 (igualdade de direitos civis) e 16 (igualdade ante a lei) e o artigo 75, inciso 23 (igualdade de oportunidade) do Diploma Legal.
3) Existe lei que disciplina percentual de cotas para emprego de pessoa deficiente	Existe a Lei Federal 8.213/91 que trata da obrigatoriedade de empresa privada contratar pessoa com deficiência a partir de cem empregados, obedecendo o percentual que varia de dois a cinco por cento, bem como o Decreto 5296/2004.	A lei Nacional 22.431/81 é que disciplina a obrigatoriedade de percentual de cotas para pessoa deficiente, em proporção não inferior a quatro por cento da totalidade dos empregados nos organismos descentralizados ou autárquicos, nos entes públicos e nas empresas do Estado e da municipalidade.

4) As leis existentes tratam da obrigatoriedade de preenchimento de vaga no setor público e privado	Sim! No setor privado é a lei 8.213. No setor público é a lei 8.112/90 que obriga os entes públicos a destinar percentual de vagas em concursos públicos para pessoa com deficiência, em percentual de até vinte por cento das vagas ofertadas no certame.	Não existe a obrigatoriedade de contratação por parte das empresas privadas. A mesma lei que disciplina a obrigatoriedade para as empresas públicas, oferece incentivos para o Empregadores de empresa privada referente aos impostos.
5) Como é diagnosticada a deficiência ou redução para o trabalho	A deficiência pode ser diagnosticada a partir de uma análise biopsicossocial, por profissional médico habilitado, que pode ser de órgão público ou privado.	O Ministério da Saúde é quem certifica os casos e informa sua natureza e grau de deficiência, segundo a Lei 24.146.
6) Existe indicação na lei ou no próprio diagnóstico de quais atividades podem ser desenvolvidas pelo deficiente	Não existe na lei nenhuma referência a atividade que possa ser desenvolvida pelo deficiente.	Sim! É o Ministério da Saúde o responsável pela indicação dos tipos de atividades que podem ser desenvolvidas pelo deficiente.
7) Qual documento que atesta a deficiência da pessoa e sua limitação	É o Atestado de Saúde Ocupacional – ASO, que é emitido pelo profissional médico habilitado e que informa se a pessoa está apta para a função.	É o Certificado Único de Deficiência – CUD, o qual atesta a deficiência e confere uma série de direitos a pessoa deficiente.
8) A pessoa com deficiência goza de estabilidade no emprego	Na lei não existe estabilidade assegurada à pessoa deficiente; porém, ela só poderá ser demitida após a contratação de outro deficiente em condição semelhante.	Tratando-se de emprego público existe a estabilidade que é consagrada na Constituição Nacional (Art. 14 bis). Porém, a legislação não fala sobre a questão em empresa privada.

9) Existem benefícios previdenciários assegurados à pessoa com deficiência	Existe o Benefício de Prestação Continuada – BPC que é destinado às pessoas com deficiência. Quem recebe o benefício também pode trabalhar na condição de aprendiz e manter o benefício.	A lei 24.901 estabelece para as pessoas com deficiência afiliadas a obras sociais o sistema de Prestações Básicas em habilitação e reabilitação integral a favor das pessoas com deficiência.
10) A pessoa deficiente é assegurada os mesmos direitos trabalhistas que é garantido a um trabalhador não deficiente	Sim! E está disciplinado no artigo 3º parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.	Sim! conforme o artigo 10 da Lei 22.431, a igualdade de trato está consagrada no artigo 81 da Lei de Contrato de Trabalho – LCT.
11) A pessoa deficiente estuda em escola regular de ensino ou em escola especial	Pode estudar em ambas, preferencialmente nas escolas regulares. Esse direito está consagrado no artigo 208, III da Constituição.	Sim, conforme estabelece o artigo 8º da Lei Federal 24.195.
12) O que diz o Código Civil sobre a capacidade da pessoa deficiente	Após a edição da lei 13.146/2015, as pessoas com deficiência passaram a ser, em regra, consideradas plenamente capazes para o direito civil. Somente o menor de 16 anos é considerado absolutamente incapaz. Essa mudança tem por objetivo a proteçãoda dignidade humana.	De acordo com o novo Código Civil e Comercial da Argentina, a pessoa com deficiência tem os mesmos direitos que as pessoas que não são deficientes, (art 22). A capacidade das pessoas passa a ser presumida (art. 22 e 31).
13) O que prescreve o Código Penal sobre o crime praticado contra uma pessoa deficiente	No Brasil, são vários os dispositivos que atribuem como delito a conduta que viole a integridade dos direitos da pessoa com deficiência.	O Código Penal da Argentina, no artigo 90, prescreve que haverá reclusão ou prisão se, em virtude da lesão praticada, ocorrer a deficiência.

14) A família recebe pensão por filho deficiente	A lei 4.266 estabelece o salário que é pago em forma de porcentagem, calculado sobre o valor do salário mínimo local, para o filho em qualquer condição, até os 14 anos de idade.	Existe uma pensão familiar por cada filho deficiente, sem limite de idade, conforme o que prescreve a lei 24.714.
15) A pessoa deficiente tem direito a aposentadoria	O artigo 29-C da lei 13.183 diz que o segurado que cumprir com o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição pode optar por não ser afetado pela incidência do fator previdenciário no cálculo do seu benefício, quando a soma total resultante de sua idade e sua contribuição.	A lei 24.241 prevê uma retirada por invalidez, que corresponde a um valor pago ao trabalhador deficiente, independente de idade ou antiguidade no serviço.
16) Em caso de haver mais de uma vaga destinada a pessoa com deficiência, pode a empresa contratar pessoa com o mesmo tipo de deficiência para ocupar as vagas	Sim! A lei não faz menção aos tipos de deficiência que devem ser contempladas, somente impõe a obrigatoriedade de contratar pessoa com deficiência, independentemente do tipo.	Sim! Salvo a observação introduzida pelo Decreto 498/83, que destina preferencialmente percentual para pessoas com cegueira, não existe impedimento para que todas as vagas oferecidas pela lei de cotas sejam preenchidas com pessoas com o mesmo tipo de deficiência.
17) O trabalhador com deficiência tem direito a jornada especial	Poderá haver flexibilização ou redução de horário com a devida proporcionalidade de Salário, a depender do tipo de deficiência.	A lei 24.147 diz que em nenhum caso poderá se realizar mais do que 8 horas diárias de trabalho efetivo. Proíbe-se a realização de horas extraordinárias. Proíbe-se também a realização de tarefas insalubres e/ou perigosas.

18) Uma pessoa com deficiência pode ser contratada também como aprendiz	A legislação brasileira trabalha com a ideia de que não há sobreposição das cotas, já que cada uma delas tem finalidades e condições próprias.	A lei 25.013 que regula a aprendizagem não traz nenhuma referência sobre esse contexto.
19) É permitido que o trabalhador com deficiência receba salário inferior ao de outro trabalhador	Por força do que rege o artigo 7º inciso XXX e XXXI da Constituição da República e também o artigo 461 da CLT, não é possível que haja nenhuma distinção em relação a trabalhador com deficiência e outro trabalhador.	Pelo que dispõe os artigos 16 e 14 bis da Constituição Nacional e oartigo 81 da Lei de Contrato de Trabalho, não é possível que ocorra essa situação.
20) O candidato com deficiência que realize concurso para cargo público, pode solicitar tempo adicional para realização daprova	Conforme estabelece o decreto 3298/99, o candidato com deficiência que necessite de tempo adicional para realização de provas deverá requerer, com justificativa emitida por especialista na área de sua deficiência, em prazo estabelecido no edital do concurso.	Não há na literatura pesquisada nenhuma referência ao assunto.
21) Existe isenção de imposto sobre a renda para as pessoas com deficiência	Não existe nenhuma disposição legal que faça referência a descontos para pessoas com deficiência física, auditiva ou visual. Porém, em virtude da lei 8.687/93, somente existe isenção de impostos para as pessoas com deficiência mental.	Não há isenção de imposto para pessoa com deficiência, mas somente para as instituições.
22) A pessoa com deficiência tem direito à gratuidade na passagem	A Lei Federal 8.899/94, regulamentada pelo decreto 3.691/2000, criou o benefício para o transporte público de um Estado a outro em ónibus, trem ou barco, incluindo o transporte interestadual semiurbano em caso de deficiência física, mental, auditiva ou visual, que provarem ser pobres.	Segundo a lei 25.635,o deficiente tem direito a viajar gratuitamente em todas as linhas de transporte público terrestre e nos distintos tipos de transportes públicos, como trens e metrô e/ou solicitar passe livre.

23) A mãe de criança com deficiência tem direito a licença especial	O pai e mãe tem direito a licença; porém o período varia para cada um. Para a mãe pode ser de até 6 meses (prorrogável com limite de quatro) para acompanhar o filho deficiente ou tenha enfermidade crônica, durante os primeiros 12 anos de vida.	Sim! está estabelecido na lei 24.714, em seu artigo 6º, dentre elas está o abono para o filho deficiente.
24) A pessoa com deficiência tem direito a solicitar uma isenção de imposto para a compra de automóvel	A lei 8.989/95 permite que as pessoas com deficiência física, visual, mental severa, profunda ou autista, possam adquirir, com isenção de Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, automóvel de passageiro ou veículos de uso misto, de fabricação nacional.	A lei 19279 concede uma contribuição do Estado para adquirir um veículo de fabricação nacional e seu preço de venda ao público não deve superar 50% do preço do automóvel.

Fonte: Autoria própria

5. CONCLUSÃO

As dificuldades enfrentadas por uma pessoa com deficiência não se resumem exclusivamente as limitações que dificultam uma vida regular; mas também diz respeito àquelas que estão presentes no seu cotidiano. As adversidades vivenciadas pela pessoa deficiente, comumente são encaradas pela sociedade quase que de maneira natural.

A relação que deveria ser estabelecida entre uma pessoa deficiente e a oportunidade da mesma desenvolver uma atividade produtiva, ainda não se configura um procedimento comum no mundo corporativo laboral. Entretanto, pode se dizer que para essas pessoas, o direito de acesso ao trabalho pode se caracterizar como uma maneira excepcional de manutenção do princípio da igualdade e da dignidade humana.

Os constantes estudos tem comprovado a capacidade laboral da pessoa deficiente, em consonância com uma tendência mundial em proteger os direitos dessas pessoas. Por isso, cabe a cada um e a todos uma atenção especial quanto à efetivação desses direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo - Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 555-556.

ALMEIDA, Marina da Silveira Rodrigues. **Empregabilidade da pessoa com síndrome de down.** Artigo disponível em: <http://www.movimentodown.org.br/2012/12/empregabilidade-da-pessoa-com-sindrome-de-down/>. Acesso em 02 de julho de 2020.

ANACHE, Alexandre Ayach. **O deficiente e o mercado de trabalho: Concessão ou conquista?** Revista brasileira de educação especial, São Paulo, V. 02, n.04, p.119-126, out. 1996.

BATISTA, Cristina Abranches Mota. **A inclusão da pessoa portadora de deficiência no mercado formal de trabalho: um estudo sobre suas possibilidades nas organizações de Minas Gerais.** 2002. Dissertação de Mestrado. (Mestrado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/CiencSociais_BatistaCA_1.pdf.>. Acesso em 02 de julho de 2020.

CARVALHO, Karina M. **Os desafios da inclusão da pessoa com deficiência no ambiente de trabalho.** In: CARVALHO-FREITAS, M.N; MARQUE, L.A (Orgs.). O trabalho e as pessoas com deficiência: pesquisas práticas e instrumentos diagnósticos. Curitiba: Juruá, 2010. p. 43-54.

CAUBET, Amanda Beatriz. **Trabajo y Seguridad Social.** 1ª ed. Buenos Aires, Errepar: 2002. P.87.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 de junho de 2020

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>. Acesso em 30.06.2020.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Disponível em: <https://www.congreso.gob.ar/constitucionNacional.php>. Acesso em 01 de julho de 2020.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 de julho de 2020.

FÁVERO, Eugênio Augusto Gonzaga. **Direito das pessoas com deficiência: Garantia de igualdade na diversidade.** Editora WVA, Rio de Janeiro,2004.

GRISOLIA, Júlio A. **Manual de Derecho Laboral.** 7ª ed. Buenos Aires: Abedeloperrot, 2011. p. 73.

LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em 01 de julho de 2020.

LEI Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.213%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201991.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Planos%20de,Social%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias>. Acesso em 02 de julho de 2020.

LEY N° 22.431. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20620/norma.htm>. Acesso em 02 de julho de 2020.

MARCHANT, Jaime. **La discriminación y el derecho a la igualdad.** Artigo publicado em: <https://pt.scribd.com/document/219756161/La-Discriminacion-y-El-Derecho-a-La-Igualdad>. Acesso em 01 de julho de 2020.

NUNES, S. Rizzato. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva. 2008. P.49

ROVANETO, S. P. **Erros da deficiência.** Folha de são Paulo, São Paulo, 9 fev. 2003. Caderno Mais. p. 11.

SCHWARZ, Andrea; HABER, Jaques. **Cotas: como vencer os desafios da contratação das pessoas com deficiência.** São Paulo: I Social, 2009, p.19.

VASH, C.L. (1988). **Enfrentando a deficiência: a manifestação, e a psicologia, a reabilitação.** São Paulo: Pioneira/EDUSP.

A SILENCIOSA SONATA DA DOR: UMA ANÁLISE JURÍDICO-PENAL CONCISA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA RÚSSIA

Marianna De Athayde Lima

1. INTRODUÇÃO: SOBRE A IMPORTÂNCIA DE SE ANALISAR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM OUTRO PAÍS

A violência doméstica contra a mulher é um problema de proporções internacionais e que vem ganhando cada vez mais espaço nos debates científicos como forma de denunciar e buscar soluções. O Brasil possui dados alarmantes sobre o tema, muito embora possua mecanismos legais de combate e uma militância engajada. Considerando a realidade contemporânea de compreensão dos dilemas sociais de maneira abrangente, faz-se mister expandir os horizontes para observar a dinâmica da violência doméstica em países de condição socioeconômicas semelhantes ao Brasil. Isso permite uma melhor identificação dos pontos que são, de fato, eficientes no contexto brasileiro a partir da contemplação de dados, posições estatais e jurídicas de uma outra sociedade. Acredita-se, assim, que a Rússia tenha elementos relevantes a serem considerados.

Um antigo ditado russo de origem chechena-inguche dizia: "*не доверяйся лошади, собаке, ружью и женщине*" (não se confia no cavalo, no cachorro, na arma e na mulher). Ditado este já lembrado

de forma pejorativa em um dos romances mais progressistas de Lev Tolstói publicado em 1891, A Sonata a Kreutzer. Um dos nomes mais lembrados da literatura russa e mundial já tecia duras críticas ao desequilíbrio das relações entre homens e mulheres, retratando como a "mulher foi levada ao último grau de humilhação" (TOLSTOI, 2010) e, desafortunadamente, seus escritos parecem ainda atuais quando se observa alguns pontos da realidade da Rússia.

2. REFLEXOS DO PASSADO: ASPECTOS HISTÓRICOS E O ENFRENTAMENTO DE ESTEREÓTIPOS E VALORES TRADICIONAIS RUSSOS

Nos séculos XI e XII, foram conduzidos os primeiros processos judiciais relacionados à violência doméstica no Império Russo, o que demonstra, a princípio, que a situação não era tão ignorada quanto poderia se pensar. Inclusive, tradicionalmente, antes da adoção do patronímico, não era incomum o uso do matronímico no registro de nomes de crianças, como uma forma de representação da maternidade[27]. Porém, com o fortalecimento do patriarcalismo religioso no século XVI, várias medidas de cunho machista passaram a ser regularizadas, como a exclusão das mulheres da gestão de imóveis, impossibilidade de serem beneficiárias de heranças ou a permissão para serem expulsas de casa pelos maridos. Essa tendência calou a voz das mulheres e foi se sedimentando nos séculos seguintes (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009).

O machismo estrutural instaurado na sociedade russa, camuflado de valores tradicionais, influencia negativamente até à atualidade. Há uma pressão social constante sobre a mulher de que ela deva se casar e, ainda que seja bem sucedida profissionalmente, deve ser uma boa companheira para o marido e uma boa mãe (realidade esta que é

27 Na Rússia, os nomes são formados por nome próprio, patronímio e sobrenome da família. O patronímio é formado pelo nome do pai e a terminação "vich" para homens e "ovna" ou "evna" para mulheres. Exemplo: Nikolevich (filho de Nikolai), Aleksandrovich (filho de Aleksandr), Vassilievna (filha de Vassily)), Petrovna (filha de Piotr) e assim por diante.

constantemente reprisada em outros lugares como o próprio Brasil) (BUTAEVA, 2010).

Os estereótipos que mais persistem na sociedade russa e que dificultam os trabalhos das autoridades giram em torno da violência doméstica ser uma questão familiar, de conflitos conjugais serem normais e das mulheres carregarem a culpa pelo estopim das brigas. Comumente, autoridades policiais alegam nada poderem fazer pelas vítimas com base na ideia de não se meterem em assuntos particulares das famílias (Я МОГУ..., 2018). As mães também sofrem o estigma de terem deixado suas crianças sem pais, o que, somado às outras situações citadas, influencia para que seja incutido na mentalidade padrão das mulheres de que elas devem suportar todas as agressões e que a violência doméstica não é um problema grave. Ao contrário, cria-se uma aura de normalidade para as agressões que contém o ímpeto das mulheres de procurarem ajuda, pois, simplesmente, elas não devem receber auxílio ou, pior, não merecem e o fardo deve ser carregado por elas em silêncio. Esses desafios se agravam conforme se direciona para o interior, onde o acesso à assistência para mulheres em situação de risco é mais precário (Я МОГУ..., 2018).

Como se sabe, a violência sistemática é diversa da violência doméstica, pois esta apresenta uma repetição de incidentes, diversas formas de manifestação (violência física, sexual, psicológica e econômica), possui caráter de gênero e ocorre entre pessoas que convivem em ambiente doméstico. Contudo, um outro empecilho técnico gera divergências no meio científico russo: se a violência deveria ser conceituada como sendo doméstica ou familiar. Apesar de aparentar um problema menor, isso interfere significativamente na obtenção de dados precisos, já que o ambiente familiar inclui crianças e idosos, fazendo com que haja uma distorção nos valores referentes à violência contra a mulher (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009).

Os mecanismos sociais disponíveis (agências, tribunais, sistema de proteção social) não oferecem suporte e proteção eficiente às mulheres russas, em face da violência doméstica. Se possível for enumerar os principais obstáculos enfrentados na Rússia, pode-se apontar para a falta de confiança na polícia, precariedade na disponibilidade de ser-

viços de apoio às vítimas, as lacunas da lei, a estigmatização das vítimas, falta de conscientização social, morosidade e alto custo do processo de ação privada como desafios complexos de serem solucionados (Я МОГУ..., 2018).

3. DADOS DA VIOLÊNCIA, DESCASO DAS AUTORIDADES E O EFEITO DA DISPERSÃO DE INFORMAÇÕES

A dispersão ou inexistência de dados acerca da violência doméstica no território russo dificulta sobremaneira o seu combate e a implementação de medidas protetivas (BUTAEVA, 2010). Em decorrência do impacto de fatores socioeconômicos diversos na Rússia, a violência doméstica se agravou nos anos 2000, chegando até 1 a cada 4 famílias russas. O que se assemelha aos dados da ONU entre 2019-2020, de que a média mundial é de 1 a cada 5 mulheres, mas se distancia da média europeia de 1 em cada 16 mulheres agredidas. Por outro lado, seria preciso considerar que a estatística russa se refere exclusivamente a mulheres, sem contar idosos e crianças, mas essa informação precisa ainda não é de conhecimento público (RELATÓRIO..., 2019). Estima-se que mulheres e crianças se tornaram 70% das vítimas dos crimes violentos praticados em ambiente familiar e 1 em cada 5 mulheres já tenham sofrido violência doméstica uma vez na vida, além da média de 15 milhões de crianças que testemunham a violência contra membros da família todos os anos (VOLOSOVA, 2017). Sabe-se que, até o ano de 2008, 2/3 dos homicídios dolosos eram cometidos por razões familiares, 14.000 mulheres por ano morriam pelas mãos de companheiros ou parentes, até 40% de todos os crimes com emprego de violência eram cometidos dentro da própria família e as mulheres russas sofriam três vezes mais violência cometidas por familiares do que por estranhos (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009).

Como mencionado anteriormente, a violência doméstica pode se apresentar de diferentes formas e alguns dados chamam à atenção. Quanto à violência física, entre 30% e 40% das mulheres russas já foram agredidas fisicamente por homens próximos a elas e 1 em cada 5 mulheres está em situação de risco, sofrendo abusos físicos regulares

por parte do companheiro. A violência sexual ainda é pouco debatida, posto que os parâmetros de 2002 mostravam que 60% dos homens e 50% das mulheres acreditavam que o estupro conjugal não poderia existir, já que relação sexual ocorria dentro do casamento. Entretanto, 18% das mulheres entrevistadas à época se disseram vítimas de violência sexual por seus companheiros e 70% das mulheres russas sentem desconforto psicológico (seja tensão, ansiedade, sentimento de impotência e etc.) ao se dirigirem aos companheiros. A violência psicológica é pacificada cotidianamente como sendo natural o fato da mulher temer a reprovação do homem e 1 a cada 5 mulheres não têm qualquer esperança de obter concordância ou apoio ao se comunicarem com seus maridos (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009). Inclusive, ainda que haja uma pena privativa de liberdade alta para o estupro de 6 anos de reclusão[28] (RÚSSIA, 1996), a reincidência é de cerca de 60%. Isso indica ineficiência no combate à prática de forma geral, o que acaba se agravando quando se trata de algo ocorrido dentro do casamento (VERETINA, 2016).

No ano de 2013, mais 9.000 mulheres morreram vítimas de crimes e mais de 11.000 sofreram grandes abalos à saúde. Em 2014, mais de 25% dos homicídios foram praticados contra a família (USHAKOVA, 2017). Novamente, percebe-se a imprecisão dos dados pelo fato de abarcarem a violência contra a mulher de maneira geral e não fazendo o recorte preciso da violência em ambiente doméstico, bem como considera crimes contra a família e não contra o gênero feminino, o que é um desafio constante na pesquisa sobre o tema na Rússia.

O fato do Estado não investir na divulgação dos dados da violência repercuti na falta de políticas públicas de conscientização e falta de medidas protetivas, bem como falta de preparo massivo dos agentes de polícia, que, geralmente, são os primeiros a entrarem em contato com os casos de violência doméstica; ocasionando uma crescente falta de credibilidade dos órgãos estatais. A desconfiança quanto à eficácia das autoridades influencia às mulheres a não procurarem socorro e cerca de 60% a 70% das que sofrem violência doméstica não procuram aju-

28 Considerando os padrões do país, é o terceiro crime de maior pena, previsto no artigo 131 do Código penal russo, perdendo apenas para o homicídio e tráfico de drogas.

da nos órgãos estatais. Além disso, uma das maiores reclamações é a dificuldade de se obter uma resposta da polícia quanto aos pedidos de assistência (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009).

As mulheres que enfrentam a violência doméstica encontram alguns poucos abrigos responsáveis pelo suporte à causa concentrados nas grandes cidades e outros espalhados pelo interior do país. As primeiras organizações especializadas na assistência de vítimas da violência doméstica surgiram na Rússia no início dos anos 90, o que coincidiu com a abertura do país após a dissolução da União Soviética, tornando possível a discussão pública do tema. Em 1993, o Centro ANNA (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009) foi o primeiro a lançar uma linha telefônica direta de prestação de socorro e, entre 2012 e 2015, houve um crescimento no número de centros especializados. Em 2017, segundo os dados oficias, eram 2.893 instituições no total. Entretanto, ainda são valores muito baixos. Segundo a recomendação do Conselho Europeu, deve ter, pelo menos, um centro de crise para cada 10.000 habitantes, caso esse abrigo seja a única ou principal forma de apoio social da comunidade. Nesse sentido, pela contagem da população russa até 2017, seria preciso 14.000 instituições no país (Я МОГУ..., 2018).

Não bastasse a quantidade ainda baixa de espaços acolhedores das vítimas, a burocracia é outro obstáculo a ser enfrentado. A exigência para conseguir uma vaga é alta e membros da *Human Wrights Watch* afirmam que cerca de 50% delas são recusadas nos abrigos do governo, sendo forçadas a procurar a assistência não-governamental. Isso quando as mulheres não acabam tendo que voltar para a habitação que compartilhavam com o companheiro violentador, criando o risco de novas agressões sem que as primeiras tenham sido apuradas e punidas. De forma geral, funcionários do Estado e dos serviços de assistência não-governamental concordam que um dos principais fatores que colaborariam na eficiência do apoio às vítimas de violência doméstica seria uma maior interação entre os órgãos e instituições, sejam independentes ou estatais, o que, infelizmente, não ocorre (Я МОГУ..., 2018).

O despreparo das autoridades em lidar com violência doméstica é retratado nos dados trazidos pela pesquisa *Silence chronicles: violence*

against women in Russia apontando que a formação de agentes policiais, promotores e juízes é ministrada, principalmente, por grupos não governamentais, sendo um total de 100 ONGs em 57 regiões russas. Aparentemente, são números significativos, porém, é preciso recordar a extensão territorial do país que é a maior do mundo, o que torna o trabalho ainda muito modesto para a dimensão do problema. Entre 2014 e 2015, 215 policiais de 81 regiões participaram do treinamento das ONGs e 91% dos participantes reconheceram a violência doméstica como um problema grave, 94% reconheceram a fragilidade legislativa do país na proteção das vítimas e 88% consideraram necessária a adoção de uma lei federal sobre o tema[29] (Я МОГУ..., 2018).

4. CONSEQUÊNCIAS DA CARÊNCIA DE UMA LEI FEDERAL E A POLÊMICA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS PRIMEIRAS AGRESSÕES EM 2017

A ausência de uma lei federal russa de envergadura semelhante à Lei 11.340/06 brasileira fez com que os tipos penais aplicáveis ficassem dispersos, tal como era vivenciado pelo Brasil antes da Lei Maria da Penha, como ficou conhecida a referida lei. Além da dispersão de artigos para processamento dos agressores, em 2017, a situação se agravou na Rússia com a descriminalização de agressões primárias em contexto doméstico, classificando-as como infrações administrativas. Antes de serem relegadas ao âmbito administrativo, até julho de 2016, as primeiras agressões eram abarcadas pelos artigos 115 (*умышленное причинение легкого вреда здоровью* – inflição dolosa de danos menores à saúde) e 116 do código penal russo (*побои* – agressão), além da possibilidade de configuração do artigo 117 (*истязание* - tortura) (RÚSSIA, 1996)[30]. Mesmo assim, essa flexibilidade de aplicação dos

29 O termo regiões aqui diz respeito à determinadas áreas ou espaços físicos e não se confunde com a terminologia classificatória da geografia russa que divide o território em 85 unidades federativas, sendo 21 repúblicas, 8 territórios, 48 regiões, 2 cidades federais (Moscou e São Petersburgo), 1 região autônoma e 6 circunscrições autônomas.

30 Os artigos 115, 116 e 177 do Código penal russo ainda permanecem sendo aplicáveis em casos de lesões corporais domésticas reincidentes, ou seja, a primeira agres-

tipos penais e tipos de ações penais justificavam parte do conforto que os agressores tinham perante a lei de que não seriam ou dificilmente seriam punidos ou ainda receberiam sanções brandas por seus atos (Я МОГУ..., 2018).

Entre 2012 e 2014, a Rússia perdeu a oportunidade de aprovar uma lei federal, já que a Duma[31] deixou o projeto parado. Em setembro de 2016, o projeto foi reapresentado à Comissão da Família, da Mulher e da Criança e devolvido aos redatores sob argumento de que haviam problemas processuais. Entretanto, esse motivo foi interpretado como um pretexto burocrático, tendo em vista a comissão ser uma forte defensora de preceitos religiosos e dos valores tradicionais (Я МОГУ..., 2018).

A Duma, então, à época, adotou emendas que flexibilizariam a aplicação dos artigos do Código penal russo sob o argumento de humanizar o sistema de justiça criminal, já que, supostamente, a cultura aceitava esse tipo de comportamento entre familiares e pessoas próximas e uma atuação do Estado seria uma invasão da privacidade familiar. Além disso, com a alteração legal, o sistema de justiça iria reduzir a punição de delitos considerados menores e aliviar os custos da máquina processual. Isso fez com que se diferenciasse as agressões entre estranhos (entendidos como desconhecidos ou conhecidos que não conviviam) e entre familiares ou de convívio próximo (entendidos como cônjuges, pais, filhos, pais adotivos, filhos adotivos, irmãos, avós, netos, tutores, curadores ou agregados da família). Ficou a cargo do artigo 6.1.1 do Código administrativo tratar da questão com penas que iam de multa até detenção (quase nunca aplicadas) (RÚSSIA, 2001) (Я МОГУ..., 2018).

Os defensores da descriminalização não levaram em consideração umas das principais características dos atos de violência em ambiente familiar: as agressões são sistemáticas e tendem a crescer. A alteração legislativa levou a três graves situações: 1. ao aumento do sentimento de impunidade dos agressores; 2. a sanções mais leves que, consequen-

são será classificada enquanto infração administrativa, enquanto as demais serão tidas como crimes.

31 Parlamento russo

temente, comprometeram a proteção das mulheres em ambiente doméstico; e 3. à geração de uma onda de novos problemas processuais. Segundo os dados do Supremo Tribunal da Federação Russa, após a descriminalização, as lesões corporais simples se tornaram mais frequentes: em 2015, eram 16.198 pessoas condenadas; número esse que saltou para 113.437 em 2017 com a medida. Parte da impunidade se deve a forma como essas pessoas condenadas foram sentenciadas: das 113.437, 90.020 foram apenas multadas. Em outras palavras, o agressor ainda podia pagar a própria multa com o orçamento familiar. Processualmente, as mulheres passaram a ter que enfrentar o problema de instaurar um procedimento administrativo: as vítimas deveriam prestar depoimento na delegacia, a polícia faria um relatório que seria submetido ao tribunal. A questão é que a definição de agressão doméstica deve constar no relatório e, na maioria dos casos, não é o que ocorre, o que prejudica a possibilidade de recurso em caso de recusa do relatório pelo judiciário, além de prejudicar a contabilização de estatísticas. Não obstante, evidencia-se uma incoerência em colocar, no mesmo ambiente legislativo, as lesões corporais e infrações menores como violações de trânsito ou a proibição de fumar em determinados locais, o que justifica a revolta de entidades que trabalham na luta contra a violência doméstica no país (Я МОГУ..., 2018).

5. PREVISÕES LEGAIS DE PUNIÇÃO VIGENTES NO PAÍS E AS DIFICULDADES PROCESSUAIS

Não obstante a falta de lei federal, os outros diplomas legais tentam suprir essa deficiência (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009). O artigo 19 e artigo 21, parte 2 da Constituição Federal Russa (RÚSSIA, 1993) preveem, respectivamente, a igualdade de direitos e liberdades para homens e mulheres e a vedação da submissão à tortura, violência ou tratamento degradante ou cruel. No âmbito cível, o qual é passível de influência no ambiente doméstico, tem-se três códigos: da Família, de Habitação e Civil, que abordam temas como o casamento, obrigações familiares de cônjuges e reparação de danos causados à vida, à saúde ou à propriedade com aplicação de danos morais. As normais

administrativas, já mencionadas, têm relevância central na atuação dos órgãos públicos quanto ao enfrentamento da violência doméstica, como as atividades policiais e de magistrados, além de abarcar a punição dos casos de primeiras agressões. No Código Penal, aplicam-se os artigos, também já mencionados, 111 a 117 e 119 (RÚSSIA, 1996) (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009).

Muito embora outros artigos do Código penal possam ser invocados, o artigo 117, que tipifica a tortura, é sempre recordado em casos de violência doméstica. O Centro ANNA constatou por meio de pesquisas internas que, mesmo com evidências físicas claras de tortura, a aplicação prática desse artigo é extremamente difícil. O posicionamento do Supremo Tribunal da Federação Russa corrobora essa informação ao não reconhecer caráter de tortura em meras agressões mútuas perpetradas em decorrência de relacionamentos desagradáveis em ambiente privado. Tal interpretação jurisprudencial não descarta a configuração da tortura, desde que ocorra por um tempo determinado, mantendo uma frequência. A questão é que não foi especificado de forma clara o período de tempo necessário para configuração da tortura, o que gera o questionamento do limite de agressão a ser recebida pela vítima para que seja considerado crime de tortura. Nas perícias realizadas nos inquéritos do ano de 2008, quase todos os peritos apontaram para a aplicação do artigo 117 em seus laudos, porém, nenhuma condenação foi feita com esse embasamento em caso de violência doméstica, o que demonstra a inoperância desse dispositivo legal (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009).

A ação penal privada na Rússia é classificada em três categorias: aquelas que dizem respeito a danos menores à saúde (com base no artigo 115 do Código penal russo), agressão por uma pessoa sujeita à pena administrativa (artigo 116, parte 1 do Código penal russo) e difamação (artigo 128, parte 1 do mesmo diploma legal). Dessa forma, os casos de lesão corporal são abarcados por esse modelo de ação privada e a discussão quanto à gravidade da lesão gerada na vítima perderia parcialmente sua força por conta dos desdobramentos processuais daí derivados (RÚSSIA, 1996) (Я МОГУ..., 2018).

A resolução de número 522 do Governo Federal russo determina que a afetação temporária das funções corporais de um órgão ou

sistema (RÚSSIA, 2007), por até três semanas contados a partir da agressão, é classificado como lesão corporal leve. Em outras palavras, se uma mulher sofrer a primeira agressão ou surras consecutivas que não tenham sido comunicadas à polícia, mas isso não afetar ou paralisar um órgão por mais de três semanas, ela deverá se sujeitar à uma ação privada, o que significa maior custo, morosidade na resolução do conflito e nova exposição ao agressor (já que a maior parte das mulheres não têm para onde ir quando são agredidas). A complacência da legislação fica mais evidenciada na classificação considerada "sem malefícios para a saúde" (gravidade anterior à lesão leve), que inclui contusões, hematomas, feridas superficiais e outras lesões que não causem problemas maiores à saúde da vítima ou incapacitação. Os casos administrativos estariam essa categoria, enquanto as lesões leves, que também seriam enfrentadas com o mesmo tipo de ação penal, exigiriam a violação temporária de órgãos até três semanas ou perda total temporária da capacidade geral de trabalho (Я МОГУ..., 2018).

Na ação privada, o ônus da prova pertence à vítima, o que, somada às exigências da classificação dos efeitos da lesão corporal e à flexibilização das primeiras agressões, agrava significativamente a situação das mulheres. As vítimas precisam fazer uma declaração perante um juiz de paz, recolher provas necessárias (exames médicos, corroboração dos fatos por testemunhas e etc.) e comparecer à todas as audiências. Todo esse procedimento tem custos, além dos honorários advocatícios, que se tornam quase obrigatórios se a mulher quiser que todos os requisitos legais sejam cumpridos (Я МОГУ..., 2018).

Nesse sentido, caso a vítima não tiver contratado um advogado, poderá procurar, por conta própria, a defensoria que, por vezes, falha ou tarda na apreciação dos casos levando à extinção da punibilidade do agressor ou ainda pode encarar a ação penal sem defesa técnica, o que a deixaria ainda mais vulnerável no processo (fato, este, inconcebível no Brasil, tendo em vista que, mesmo em ações penais privadas é necessária defesa técnica).

Por outro lado, o acusado tem direito a um defensor público pré-constituído pelo Estado, o que reflete na estatística que a maioria dos casos de ação penal privada se encerrarem devida à falta de um processo

justo, capacidade financeira de uma das partes ou reconciliação entre vítima e agressor. De acordo com os advogados da *Human Wrights Watch* de São Petersburgo, muitos casos também são encerrados por incompetência dos médicos peritos, os quais cometem diversos erros como não fazer o devido exame das lesões corporais, descrever incorretamente as lesões ou o processo de formação das lesões no laudo ou, ainda, não cumprir com os requisitos documentais exigidos pelo tribunal (Я МОГУ..., 2018).

Sobre a afetação da relação com as crianças na realidade das vítimas de violência doméstica, outro problema recorrente é a reconciliação com os maridos abusivos ou a não comunicação às autoridades sobre as agressões pelo receio da perda da guarda dos filhos. Muitas mulheres dependem da renda do agressor e, além de não poderem custear uma batalha judicial, não seriam capazes de criar seus filhos sozinhas, o que geraria a concessão da guarda das crianças para os pais (Я МОГУ..., 2018).

A dependência financeira do homem colabora de forma significativa para as reconciliações, já que muitas mulheres não têm para onde ir quando acusam o companheiro perante as autoridades, que ao invés de conduzirem a situação de maneira a proteger a mulher, acabam deixando-as desamparadas e recomendam apenas se afastarem do agressor. Mas para onde ir, se a habitação onde convivem com o agressor é, muitas vezes, sua única opção? Quando não conseguem amparo dos centros de crise estatais ou das ONGs, com impulso da pressão social de cuidar dos filhos e se entender com o marido, as vítimas fazem as pazes com companheiros violentadores (BUTAEVA, 2010).

Outro inconveniente jurídico é que os crimes considerados de menor gravidade têm sua punibilidade extinta em 2 anos, caso não sejam julgados e sentenciados dentro desse prazo (segundo os artigos 15.2 e 78.1, a, ambos do Código penal russo) (RÚSSIA, 1996). Tal previsão, dentro da realidade da violência doméstica, acaba resultando na isenção de responsabilidade dos agressores ou em reconciliações forçadas com as vítimas, que não encontram outra opção (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009) (Я МОГУ..., 2018).

Nesse sentido, são chamativos os dados da Rússia, os quais demonstram um descompasso entre o sistema de justiça com a realidade

do país. 9 em cada 10 processos são suspendidos por conta da conciliação entre as partes, permitindo que os perpetradores da violência domésticas continuem impunes e com respaldo legal (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009), apenas 10% das vítimas de violência doméstica reportam à polícia e 60 a 70% das mulheres não apresenta notícia-crime. Dentro desse percentual, somente 3% dos casos chegam ao tribunal (considerando que existe a fase administrativa das primeiras agressões) (Я МОГУ..., 2018).

6. A RÚSSIA PERANTE OS ACORDOS INTERNACIONAIS

Dentre outros acordos internacionais, a Rússia é signatária do Comitê Europeu Sobre A Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Contra A Mulher, o qual enfatiza que a violência de gênero é uma forma de violação grave dos seus preceitos e os Estados signatários devem desenvolver quadros jurídicos mais atuantes e que garantam a proteção dos direitos humanos. Também é recomendação a divulgação de informação sobre os dados da violência, o que é um impasse para a Rússia, tendo em vista a dispersão dos dados pelos fatores já relatados aqui. A situação dos dados e a descriminalização das primeiras agressões foram criticadas pelo Comitê e várias denúncias contra a Rússia estão sendo processadas (Я МОГУ..., 2018).

A Rússia, como membra do Comitê, deveria cumprir com todas as exigências previstas em prol dos direitos humanos, as quais incluem trabalhar pela eliminação da discriminação contra as mulheres por qualquer pessoa, organização ou empresa, tomar todas as medidas adequadas para alterar ou abolir leis, regulamentos, costumes e práticas existentes que fossem colaboradoras para a discriminação contra a mulher. Nesse sentido, o Comitê impõe uma postura à Rússia de modificação de padrões legislativos, econômicos, sociais e culturais que ainda promovam ou sejam complacentes com a ideia de inferioridade do gênero feminino (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009).

Algumas das recomendações mais almejadas pelos defensores do direito das mulheres do país são a adoção da lei federal, mas também a alteração do código penal russo para que se tenha um tipo penal se-

parado ou que, ao menos, fosse incluída como circunstância agravante nos artigos existentes que são aplicados em caso de violência doméstica (homicídio, lesão corporal, tortura...). Além disso, propõem que seja revogada a descriminalização das primeiras agressões de 2017 e que se introduzam sanções por má assistência (ou a falta dela) por funcionários públicos caso sua postura venha resultar em danos à saúde ou morte da vítima que se dirigiu àquela autoridade e não foi acompanhada corretamente (Я МОГУ..., 2018).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O PANORAMA ATUAL DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO PAÍS

Campanhas nacionais de educação vêm colaborando para uma mudança lenta na percepção do problema da violência doméstica. Enquanto em 1990, quando a situação passou a ser discutida, não existia nem terminologia específica para o tema, uma pesquisa de 2006 revelou que 87% dos entrevistados reconheciam a violência doméstica como um problema atual e grave para a Rússia em contraposição com os dados de 2002, quando 43% consideravam as agressões do homem contra a mulher em ambiente doméstico uma questão particular da família. Já em 2008, esses 43% caíram para pouco mais de 1% e grande parte dessa redução se deve a uma maior divulgação do tema nos meios de comunicação russos (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009).

No cenário atual, percebe-se uma tendência positiva de crescente conscientização na sociedade russa quanto à gravidade da violência doméstica e também uma maior colaboração entre as organizações estatais e não governamentais tanto na assistência das vítimas quanto no combate direto da questão, buscando rediscutir o sistema punitivo na Duma (PISKLAKOVA-PARKER; SINELNIKOV, 2009). Resta acompanhar as posturas a serem assumidas pelo governo russo nos próximos anos e que a tendência de melhora da realidade da mulher em face da violência doméstica se consolide a cada dia mais como forma de reconhecimento prático da dignidade e respeito à figura feminina. Quem sabe assim, o drama da Sonata retratada por Tolstói, finalmente, deixe de ecoar na realidade social da Rússia.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUTAEVA, Marzizhat Akhmedovna. [illegible] [Estereótipos de gênero e violência contra as mulheres]. [illegible] **[Problemas científicos na pesquisa humanitária]**, n. 9, p. 179-186, Pyatigorsky, 2010. Disponível em: <https://docplayer.ru/storage/61/45916578/1593478610/kcS6nhxw7AtVp6MOKdiHBA/45916578.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2020

[illegible] [EU POSSO te matar e ninguém vai me impedir: o problema da violência doméstica na Rússia e reação estatal]. Nova York: **Human Rights Watch**, 2018. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/russia1018ru_web_free2.pdf>. Acesso em 28 de abril de -2020

PISKLAKOVA-PARKER, Marina Petrovna; SINELNIKOV, Andrei Zinovyevich (org.). [illegible] **[Território do silêncio: direito das mulheres e o problema da violência em relação às mulheres na Rússia].** Moscou: [*s. n.*], 2009. Disponível em: <https://nasiliu.net/wp-content/uploads/2016/10/2009_Territoriya-molchaniya.pdf>. Acesso em 28 de abril de 2020

RELATÓRIO da ONU indica que violência de gênero atinge 1 de cada 5 mulheres. **G1**, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/11/25/relatorio-da-onu-indica-que-violencia-de-genero-atinge-1-de-cada-5-mulheres.ghtml>. Acesso em 10 de maio de 2020

RÚSSIA, Lei n. 195 F-3, de 30 de dezembro de 2001. **Código de infrações administrativas da Federação Russa**. Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34661/>. Acesso em 10 de maio de 2020. Tradução nossa diretamente do russo

_____, Lei n. 63 F-3, de 13 de junho de 1996. **Código Penal da Federação Russa**. Moscou: Prospekt, 2018. Tradução nossa diretamente do russo.

_____, **Constituição da Federação russa de 1993**. Disponível em: <http://www.constitution.ru>. Acesso em 09 de novembro de 2019

_____, **Resolução do Governo da Federação Russa n. 522 de 17 de agosto de 2007**. Sobre a aprovação das Regras para determinar a gravidade dos danos causados à saúde humana. Moscou, 2007. Disponível em <https://base.garant.ru/12155259/>. Acesso em 10 de maio de 2020

USHAKOVA, S.S. [illegible] [Violência contra a mulher na família]. [illegible] **[Boletim científico internacional de estudantes]**, Ulyanovsk, 2017. Disponível em: <https://scienceforum.ru/2017/article/2017035021>. Acesso em 10 de maio de 2020

TOLSTÓI, Lev. **A Sonata a Kreutzer**. Tradução, posfácio e notas de Boris Schnaiderman. São Paulo: Editora 34, 2010

VERETINA, Yulia Aleksandrovna. [illegible] [Violação como violência criminal contra as mulheres]. [illegible] **[Boletim da universidade federal do Volga]**, p. 37-40, Nº 2 (31), Oremburg, 2016. Disponível em: <https://j.jvolsu.com/index.php/ru/component/attachments/download/1330>. Acesso em 10 de maio de 2020

VOLOSOVA, Nonna Yurievna. [illegible] [A violência familiar (doméstica) como um problema interdisciplinar]. [illegible] **[Perguntas sobre direito russo e internacional]**, n. 7 (3A), p. 310-319, Oremburg, 2017. Disponível em: <https://docplayer.ru/storage/71/64028735/1593478040/iltANGhr3GMEPZFV9n6Vbw/64028735.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2020

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS TRIBUNAIS. COMPARAÇÃO BRASIL X UNIÃO EUROPEIA X ARGENTINA.

Luiz Carlos Batista Filho
Maria Vilanei Pereira Morais

1. INTRODUÇÃO

Persiste no Brasil lacuna legislativa sobre o Direito ao Esquecimento, tema de diversas normativas de órgãos especiais e leis efetivamente promulgadas, por todo o mundo. Entretanto, os tribunais brasileiros não têm se furtado da obrigação de apreciar a temática à eles apresentada.

Ser esquecido e ter notícias suas apagadas da internet, sobretudo quanto a publicações não verdadeiras, desonrozas, não autorizadas ou sem relevância social, informacional ou histórica é um direito fundamental, pelo simples fato de ser humano, sob pena de conviver desconfortavelmente por toda sua vida.

A título de exemplo, exercendo ativismo judicial, a Justiça Federal brasileira já possui enunciados sobre o assunto.

Os Enunciados 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e o enunciado 576 aprovado no evento seguinte, apontam que os estudos promovidos pelo órgão judicial brasileiro já reconhecem a presença do direito ao esquecimento no Poder Judiciário brasileiro e, mais ainda, começam a regulamentar a sua aplicação,

ainda de forma infra-legal, como orientação aos magistrados federais do Brasil.

Espelhado no modelo europeu, não tardará para que a temática seja consolidada no continente sul-americano, sendo sua aplicação e aperfeiçoamento reconhecidos e necessários.

2. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Sobre o direito ao esquecimento nos tribunais brasileiros, o jornal brasileiro O Estadão realizou pesquisa na qual aponta que em 1/3 dos processos em que fora levantada a tese do direito ao esquecimento, em tribunais de segundo grau, o postulante obteve êxito com a demanda.

O número é considerado relevante, fruto da altíssima exposição das pessoas na internet, considerando que o nível de educação no Brasil é baixo, se comparado com nações que dedicam amis tempo e eforço para o tema, e que a teoria do direito ao esquecimento ainda não é um assunto de conhecimento das massas. A pesquisa demonstra, também, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é o órgão que enfrentou o tema por mais vezes, em 55 processos, dos quais 20 foram favoráveis à aplicação do direito ao esquecimento.

Sobre o tema, vale a pena abrir um parêntese para expor a preocupação demonstrada por Paulo José da Costa Júnior (Costa Junior/2016), quando explicita:

> Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privatividade, contemplação e interiorização vêm sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.

Graças as recorrentes demandas sobre o tema, o direito ao esquecimento já chegou a Suprema Corte brasileira. Trata-se do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, em que são partes Nelson Curi e outros, como autores, e do outro lado a Rede Globo de telecomunicações. Ao processo fora atribuída a chamada repercussão geral, prevista no art. 1.035 do Código de Processo Civil brasileiro, dada a importância do tema versado no processo.

No Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria-Geral da República, órgão fiscalizador da lei, opinou pela não aplicação do direito ao esquecimento em virtude da inexistência de lei prevendo tal direito.

Nesse sentir, reforça-se a necessidade da atividade legislativa no sentido de produzir ato normativo que regulamente a aplicação do direito ao esquecimento, tendo em vista o grande número de processos que já tramitam nos Tribunais de segundo grau e nos Tribunais Superiores e que abordam o tema.

2.1. DECISÕES SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro tem o dever constitucional de preservar a interpretação e aplicação da legislação federal, sendo o órgão máximo de apreciação de decisões judiciais em matéria infraconstitucional.

Como tal, tem enfrentado o tema direito ao esquecimento, antes do STF, apesar da matéria de fundo possuir natureza principiologicamente constitucional.

Processos em que a tese sobre o direito ao esquecimento foi levantada, foram julgados pelo Tribunal no ano de 2013.

O julgamento com uso da tese ocorreu quando a 4ª turma do STJ apreciou dois recursos especiais que apresentavam tal fundamento em suas petições iniciais, juntamente com pedidos de indenização por danos supostamente provocados pelos ofensores, ao rememorar, desnecessariamente, fatos ocorridos no passado.

Nos dois recursos apreciados pela Corte, a rede Globo de comunicações foi demanda, apresentando, cada um dos processos, resultados

diferentes, sendo aplicada a tese do Direito ao Esquecimento em ambos, com condenação em indenização por danos no primeiro e negado o direito no segundo.

A relatoria das duas decisões coube ao Ministro do STJ Luís Felipe Salomão, que foi categórico ao afirmar:

> "Não se pode, pois, nestes casos, permitir a eternização da informação. Especificamente no que concerne ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, a doutrina não vacila em dar prevalência, em regra, ao último".

É identificável que a discussão sobre o tema possui viés de direito constitucional e direito civil.

O confronto nasce, certamente, quando se faz necessária a preservação dos direitos à vida privada, intimidade, imagem e à honra, enquanto permanece, no lado contrário, os direitos à informação e liberdade de expressão, todos reconhecidamente direitos fundamentais, previstos na Constituição brasileira, merecendo observação os artigos 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, e artigos 220 e 221 da Constituição Federal.

É bem verdade que esse conflito não é recente. A imprensa, como um todo, já enfrenta nos noticiários diariamente questões relacionadas a dialética do Direito à Informação e imprensa *versus* Direito à Privacidade e Intimidade.

Ocorre que a teoria do direito ao esquecimento inova quando preserva a imagem, intimidade, honra e vida privada, com possibilidade de mitigação ao direito de informação, numa ponderação muito clara quanto ao benefício que a informação produz para a sociedade, em detrimento ao bem-estar do cidadão ou de um grupo deles.

Como premissas sobre o direito ao esquecimento e os buscadores de internet, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça já possui um entendimento firmado, no seguinte sentido:

> Em razão das características dos provedores de aplicações de busca na Internet, acima resumidas, este Superior Tribunal de

> Justiça entendeu que os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas f''eitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão (REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe29/06/2012).

Os dois casos emblemáticos que deram início ao debate sobre o direito ao esquecimento no Brasil, pelas Cortes superiores, ocorreram no julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0) e o RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ(2012/0144910-7), que serão analisado a seguir.

2.1.1. ANÁLISE DO JULGAMENTO RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0)

Trata o processo acima numerado de ação de reparação por danos materiais, morais e à imagem, promovida por Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Curye Maurício Curi, em face da TV Globo Ltda.

Os autores alegam que são irmãos de uma vítima de crime de estupro seguido de morte, Aída Curi, ocorrido no ano de 1958, cujo fato ficou nacionalmente conhecido, sendo a dor esquecida com passar do tempo, mas que fora relembrado em virtude da emissora de TV ter explorado comercialmente, por meio do programa "Linha Direta", a imagem de sua falecida irmã e dos autores, os provocando danos morais e materiais.

O Ministro Luís Felipe Salomão iniciou seu voto ponderando a necessidade do julgamento do processo pelo STJ, afirmando que havia precedentes em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que em casos de conflito de princípios, como o que estava sendo ali exposto, a matéria seria infraconstitucional, havendo ordem constitucional apenas de forma reflexiva, não sendo, portanto, caso de Recurso Extraordinário para aquela casa, mas de Recurso Especial para o STJ.

O Ministro pronunciou-se no sentido de entender que apesar do direito de fundo ser notoriamente constitucional, sobretudo baseado em seus direitos fundamentais, sua infringência ocorreria a partir de um suposto ato ilícito, matéria de direito civil, motivo pelo qual há competência do STJ.

Inicia o Ministro, seu voto, lembrando que a liberdade de imprensa encontra limites já previamente definido em julgamento daquela turma do STJ, a 4ª, listando os contornos já definidos, assim expondo:

> ...analisando os contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas, abraçou a tese segundo a qual a liberdade de imprensa, por não ser absoluta, encontra algumas limitações, como: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*)" (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012)

Em síntese, firmou a Turma o entendimento de que deve ser preservado o direito à liberdade de expressão e jornalística, atenta aos balizadores de informações verossímeis e éticas, preservando os direitos da personalidade e não cometendo crimes contra a honra.

Outro ponto merece relevo no voto.

O Ministro usa a expressão "informação velha não vira notícia", para resumir que as pessoas perdem o interesse sobre fatos passados, que são esquecidos com o tempo. Tal expressão pode ser complementada pelo adágio popular "o jornal de hoje embrulha o peixe de amanhã".

Tais frases certamente ficaram no passado em virtude de perenização, muitas vezes maléfica, das informações na internet, sendo esse o grande motivo para o fortalecimento do direito ao esquecimento. A eternização de informações nem sempre é necessária ou útil e, por outro lado, pode agredir a paz das pessoas.

Ao entrar precisamente nos fatos contidos no processo em julgamento, relata o ministro:

> Nos presentes autos, o cerne da controvérsia transita exatamente na ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aída Curi, no distante ano de 1958. A tese dos autores é a proclamação do seu **direito ao esquecimento**, de não ter revivida, contra sua vontade, adorantes experimentada por ocasião da morte de Aída Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

Em suas ressalvas iniciais, o Ministro corrobora com as premissas postas nesta pesquisa, ao lembrar do perigo da eternização das informações na internet, sobretudo quando promovem desconforto ao noticiado.

Sobre o assunto, aduz:

> Cabe desde logo separar o joio do trigo e assentar uma advertência. A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade - mas também se torna mais complexa - quando aplicada à *internet*, ambiente que, por excelência, *não esquece* o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse *cyberespaço*. Até agora, tem-se mostrado inerente à *internet* - mas não exclusivamente a ela -, a existência de um "resíduo informacional" que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado. Em razão da relevância supranacional do tema, os limites e possibilidades do tratamento e da preservação de dados pessoais estão na pauta dos mais atuais debates internacionais acerca da necessidade de regulação do tráfego informacional, levantando-se, também no âmbito do direito comparado, o conflituoso encontro entre o direito de publicação - que pode ser potencialmente mais gravosa na *internet* -, e o alcance da proteção internacional dos direitos humanos.

O julgador demonstra sua preocupação com a perenização das informações na internet, clamando por uma atividade judicial e legislativa que regulamente o uso de informações pretéritas.

Citando Zygmunt Bauman, o Ministro relator demonstra concordância com a teoria da liquidez da modernidade proposta pelo sociólogo polonês, apontando para o problema da sociedade da hiperinformação, que revela seus segredos nas mídias, quebrando a barreira entre o privado e o público, espontaneamente. Alerta ainda que essa exposição de informações pode ocorrer de forma ilícita, como tem acontecido, com várias pessoas que tem sua intimidade invadia e exposta nainternet.

Após avaliar a importância da proteção à privacidade das pessoas, sobretudo com as informações postas na internet, o Ministro passa a demonstrar interesse na proteção, também, da liberdade de imprensa que, segundo o julgador, constitui um dos sustentáculos da democracia, fundamentada na liberdade de informação e pensamento, pilares da Constituição Federal brasileira de 1988, e que afastaram o que o Ministro chama de fantasmas do passado.

Considera que a liberdade construída com a Carta Magna não pode servir de trunfo para destruir e invadir os direitos da pessoa humana, deixando claro seu posicionamento quando informa:

> Com isso, afirma-se com todas as letras que, não obstante a Carta estivesse rompendo com o paradigma do medo e da censura imposta à manifestação do pensamento, não se pode hipertrofiar a liberdade de informação, à custa do atrofiamento dos valores que apontam para a pessoa humana. E é por isso que a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

O Ministro conclui o tópico sobre a liberdade de expressão revelando que a Constituição, quando no enfrentamento entre a liberda-

de de imprensa e expressão, contra os direitos da personalidade, esses enquanto frutos da dignidade da pessoa humana, tem naturalmente preferido a proteção da dignidade, o que vem sendo seguido pelos Tribunais.

Passando a analisar detidamente a aplicação do direito ao esquecimento, no caso concreto, o Ministro relator aponta diversos julgados mundo a fora em que a teoria foi aplicada, tomando como exemplos: 1) o caso *Marlene Dietrich* – julgado no Tribunal de Paris, 2) o caso **Melvin *vs* Reid** – ocorrido em 1931, no Tribunal de Apelação da Califórnia e 3) o caso ***Lebach*** – República Federal da Alemanha.

Fica ainda mais claro o entendimento do Ministro quando afirma: "Assim como é acolhido no direito estrangeiro, não tenho dúvida da aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com olhos centrados na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana...".

Em defesa clara dos termos mais básicos sobre o direito ao esquecimento, o Ministro foi enfático ao tratar sobre a limitação da liberdade de informar, relatando:

> Embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, muito menos transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado.
>
> (...)
>
> Não se pode, pois, nestes casos, permitir a eternização da informação.

Ao tratar do tema sob ótica do direito penal, o Ministro se mostra ainda mais parcial quanto a aplicação do direito ao esquecimento, por uma questão humanitária, quando escreve em seu voto:

> Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, os que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da so-

> ciedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro como presente –, fez clara opção pela segunda.

Voltando ao caso concreto, em julgamento, o Ministro Luís Felipe abre seu voto revelando:

> Não tenho dúvida, como antes salientado, em afirmar que, em princípio, assim com os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas.

Reconheceu o Julgador, no caso concreto, que o fato criminoso envolvendo a irmã dos autores possui um caráter histórico irrevogável, que deu ao fato um domínio público, por todas as circunstâncias nele envolvidas.

Entendeu que, apesar de merecer ser esquecido o fato criminoso, no seu ponto de vista não há o dever de indenizar os autores, tendo em vista que a matéria foi ao ar 50 anos após o fato, tempo suficiente, no entender do Ministro, para que a dor fosse superada.

Tampouco merecem ser indenizados os autores pelo uso da imagem de sua irmã, posto que o programa televisivo sempre enalteceu a forma correta de vida da moça, utilizando sua imagem real apenas uma vez, contratando atores para reviver o momento.

Prevaleceu, no caso em análise, a relevância histórica e social do caso, valendo mais, nesse episódio, a liberdade de imprensa.

É de se concluir que o Ministro entendeu pela existência, importância e necessária aplicabilidade do direito ao esquecimento, ponderando, sempre, a liberdade de expressão e imprensa, o caráter histórico e social da notícia, prevalecendo no caso do processo em análise, estes últimos aspectos.

2.1.2. ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097-RJ (2012/0144910-7)

Todas as considerações preliminares feitas na análise do caso anterior valem para o presente julgado.

É que, conforme afirmado pelo próprio Ministro Luís Felipe, por tratarem do mesmo tema, inclusive contra o mesmo réu, houve julgamento conjunto dos dois recursos, identificando divergência somente nos fatos, obviamente, e na conclusão do julgado.

Quantos aos fatos que motivaram a propositura da ação, nesse caso, o cidadão Jurandir Gomes de França promoveu ação de reparação por danos morais supostamente provocados também pela Globo Comunicações e Participações S/A.

Nesse caso, o autor da ação afirma que foi indiciado por coautoria numa chacina de vários moradores de rua, na madrugada do dia 23/07/1993, quando policiais militares mataram 8 pessoas, crianças e adolescentes, entre 11 e 19 anos, que dormiam na calçada da igreja da Candelária, no centro da cidade do Rio de Janeiro, no Brasil.

Entretanto, o autor da ação, em que pese tenha sido indiciado, foi absolvido no processo, por não ter sido identificado como participante do evento, após um policial da reserva, participante do evento, confessar o crime e apontar os demais assassinos.

Afirmou que foi procurado pela Globo para conceder entrevista, se negando a participar, mas que o programa fora produzido e transmitido, sendo expostos seu nome e imagem, provocando a ira de seus vizinhos, reacendendo a indignação e ódio social ocorridos na época, o que lhe provocou vários danos.

Relata que precisou, inclusive, restabelecer seu endereço, tendo em vista o medo que tomou conta de sua família após a notícia sobre sua participação no fato que ficou conhecido como a "Chacina da Candelária".

Em primeiro grau a ação foi julgada improcedente, sendo reformada a sentença no Tribunal estadual, condenando a Rede Globo a indenizar o autor no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização por danos.

Em seu voto, o Ministro Luís Felipe ponderou que, assim como o caso de Aída Curi, o evento criminoso tomou domínio público e passou a fazer parte do histórico coletivo, também em virtude da brutalidade como aconteceu.

Entretanto, sobretudo em virtude de absolvição do autor/recorrente, a matéria jornalística poderia ter sido produzida, com todos os relatos dos fatos, sem necessariamente mostrar o nome e a imagem do autor, ligando-o ao evento, apesar de ter sido informado que este não fora condenado.

No presente caso, entendeu o Tribunal, seguindo o voto do Ministro, que a demandada excedeu-se em seu direito de noticiar, apesar de tratar somente da verdade, mas expos, desnecessariamente, o nome e a imagem de alguém cujas acusações injustas foram apagadas pelo tempo, mas que após a produção jornalística, retomaram a mente das pessoas, cuja reprovação social pelos fatos era notória.

Neste, diferente do que fora concluído no recurso anterior, a matéria jornalística tratava de fatos verdadeiros, pertencentes a história do país, de conhecimento e interesse públicos, mas que ao expor desnecessariamente uma pessoa, lhe feriu a honra, a memória e a privacidade de quem já havia sido esquecida da memória social, momento em que lhe causou danos de ordem moral, aplicando, nesse caso, o direito ao esquecimento do participante do fato.

Foi mantida a condenação da Rede Globo de telecomunicações.

2.2. DECISÕES SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

No dia 12/06/2017 o Supremo Tribunal Federal brasileiro promoveu audiência pública para debater o tema Direito ao Esquecimento, convocada pelo Ministro Dias Toffoli.

Isso porque os recorrentes do processo Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0) não se deram por satisfeitos com o julgamento do recurso no STJ e o caso chegou a Supremo.

Em virtude da relevância e novidade do tema no Supremo Tribunal, o Ministor Dias Toffoli resolveu convocar uma Audiência Pública,

despachando nos autos do processo Recurso Extraordinário 1.010.606/RIO DE JANEIRO[32]:

> **Despacho**
>
> O Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, Relator do RE nº 1.010.606/RJ, no uso das atribuições que lhe confere o art. 21, inciso XVII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, CONVOCA AUDIÊNCIA PÚBLICA para ouvir o depoimento de autoridades e expertos sobre i) a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil e ii) a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando- se a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade, a ser realizada em um único dia, 12 de junho de 2017, das 9hs às 12hs e das 14 às 17hs, tendo cada expositor o tempo de quinze minutos para sustentar seu ponto de vista, sendo facultada aos participantes a juntada de memoriais.

Muitos interessados participaram e expuseram seus pontos de vista na referida audiência.

No decorrer do processo, que ainda não foi julgado, muitas instituições, sociedade civil organizada e terceiros interessados solicitaram a participação no processo, dentre eles o IBDCIVIL - Instituto Brasileiro de Direito Civil, a Google Brasil Internet Ltda, o Instituto Palavra Aberta, o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiroe outros, sendo deferidos os pedidos.

O processo ainda não foi pautado para julgamento, logo, não tem data para encerrar. Entretanto, conforme afirmado outrora, já foi reconhecida a repercussão geral para o caso, servindo o processo em análise como referência para outros casos que serão julgados, sobre o tema, posteriormente, em todo Brasil.

32 O processo é de consulta pública e pode ter seu conteúdo observado pelo site do Supremo Tribunal, por meio do endereço http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603, acessado em 12/01/2018.

Entendendo contrariamente à aplicação do Direito ao Esquecimento, o Procurador Geral da República, membro do Ministério Público Federal, atuando como fiscal de lei, já emitiu seu parecer, opinando pela manutenção da decisão do STJ, tendo a seguinte ementa:

> Recurso extraordinário com agravo 833.248/RJ Relator: Ministro Dias Toffoli
>
> TEMA 786. DIREITO A ESQUECIMENTO. APLICABILIDADENA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA VÍTIMA OU POR SEUS FAMILIARES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROGRAMA TELEVISIVO. VEICULAÇÃO DE FATOS RELACIONADOS À MORTE DA IRMÃ DOS RECORRENTES NOS ANOS 1950.
>
> 1. Tese de Repercussão Geral – Tema 786: Não é possível, com base no denominado direito a esquecimento, ainda não reconhecido ou demarcado no âmbito civil por norma alguma doordenamento jurídico brasileiro, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão por censura ou exigência de autorizaçãoprévia. Tampouco existe direito subjetivo a indenização pela só lembrança de fatos pretéritos. (...)
>
> Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário CONCLUSÃOAnte o exposto, opina o Procurador-Geral da República pelo não provimento do recurso extraordinário.
>
> Brasília (DF), 11 de julho de 2016.
> Rodrigo Janot Monteiro de Barros
> Procurador-Geral da República

É notório que a principal crítica feita pelo Procurador, recomendando a improcedência do pedido de revisão da decisão anterior, é a falta de legislação sobre o tema, impondo mais uma vez o ativismo judicial, além da preservação da história e do direito à informação.

Caberá ao STF balizar e ponderar os efeitos de sua decisão, devendo pronunciar-se sobre o tema, em virtude de sua importância e atualidade, apesar do processo aguardar julgamento desde 2018.

3. SUPREMA CORTE EUROPEIA - PROCESSO M. COSTEJA GONZÁLEZ X LA VANGUARDIA EDICIONES SL, GOOGLE SPAIN E A GOOGLE INC.

A Suprema Corte Europeia deve ser considerado o primeiro Tribunal que aplicou, no direito moderno, a teoria pura e clara sobre o direito ao esquecimento.

Tudo começou quando, no dia 05/03/2010, M. Costeja González, espanhol, apresentou na Autoridade Espanhola de Proteção de Dados Pessoais – AEPD uma reclamação contra a *La Vanguardia Ediciones SL*, a Google Spain e a Google Inc.

Afirmava o peticionante que nos resultados das buscas feitas com seu nome, por meio do Google, era possível observar duas publicações do jornal da *La Vanguardia,* de 1998[33], nas quais era observado o anúncio de uma venda de imóveis seus, em hasta pública, decorrente de uma execução fiscal de dívidas.

O autor sentiu-se incomodado com aquelas informações, tendo em vista que já havia solucionado o problema passado, tendo, por fim, a quitação da dívida e o consequente encerramento do processo, com o devido arquivamento dos autos, mas aquelas informações, que no seu entender eram negativas sobre a sua imagem, já que o expunham como devedor, permaneciam à disposição de qualquer pessoa.

O autor buscou o jornal e o motor de busca para que retirassem as informações a seu respeito, mas seu pleito não foi atendido.

Em virtude de tal fato, promoveu ação judicial, na qual requereu que: 1) o jornal *La Vanguardia* suprimisse ou alterasse referidas páginas; e 2) o Google suprimisse seus dados pessoais, para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa, desfazendo a indexação do conteúdo.

O processo foi protocolado junto a justiça espanhola, mas, diante da repercussão e atualidade do assunto, o processo foi remetido ao Tribunal de Justiça Europeu.

Diferente do Brasil, os eurepeus possuem uma norma clara e que trata expressamente sobre direito ao esquecimento, A Diretiva 2016/679 – UE.

33 Edição do jornal ainda está disponível em http://hemeroteca.lavanguardia.com/edition.html?edition=Ed.%20General&bd=19&bm=01&by=1998&ed=19&em=01&ey=1998, acessado em 10/07/2020.

Em 13/05/2014, com fundamento na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu, relativa à proteção de dados pessoais, hoje já revogada pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia e o modelo Europeu de controle de dados, mencionado Tribunal decidiu, em suma, que:

> 1) O artigo 2.°, alíneas b) e d), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, a atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada de tratamento de dados pessoais, na aceção do artigo 2.°, alínea b), quando essas informações contenham dados pessoais, e de que, por outro, o operador desse motor de busca dev eser considerado responsável pelo dito tratamento, na aceção do referido artigo 2.°, alínea d).

Referida decisão é uma marco na jurisprudência do mundo inteiro, na qual o Tribunal entendeu que deve o indexador de conteúdo na internet, Google, não mais indexar o nome do autor às informações referentes ao leilão de seu imóvel, em virtude do fato ter ocorrido a bastante tempo e a notícia não possuir mais utilidade pública, interesse econômico, histórico ou memória social.

4. DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ARGENTINA - O CASO BELÉN RODRÍGUEZ VS. GOOGLE E YAHOO!

Forte no sentido de dar mais ênfase à memória do que ao esquecimento, Eduardo Bertoni, diretor da Autoridade de Proteção de Dados da Argentina é enfático ao defender que[34]:

34 Notícia veiculada no endereço https://feed.itsrio.org/dez-dilemas-sobre-o-

> a implementação de um chamado direito ao esquecimento parece rivalizar com a **construção das democracias latino-americanas**. Superados longos períodos de regimes autoritários, vive-se no continente um momento propenso ao lembrar e não ao esquecer. Nessa direção vão as inúmeras comissões da verdade.

A Suprema Corte Argentina, em outubro de 2014, enfrentou o tema direito ao esquecimento quando julgou o caso *Belén Rodríguez vs. Google e Yahoo!*[35]

No caso, a modelo argentina culpava os motores de busca por indexar à sua imagem assuntos pornográficos, sendo as notícias inverídicas, além de lhe proporcionar gravíssimo constrangimento.

Afirma que tais episódios abalaram em muito a sua carreira, lhe causando sensações negativas, inclusive com sua família, já que seu pai, por exemplo, conseguia encontrar fotos íntimas, supostamente da atriz. Afirma a atriz que notificou os réus para que desindexassem seu nome de tais postagens, mas essas nunca a atenderam.

A Suprema Corte fixou o entendimento de que a desindexação de conteúdo não pode ser feita por mera notificação extrajudicial, com exceção de flagrantes ilegalidades, como a prática exploração sexual infantil, por exemplo.

Ao decidir assim, o Tribunal firmou o entendimento de que somente o Poder Judiciário poderia decidir o que realmente é legal ou ilegal, lícito ou ilícito. Nesse caso, por exemplo, tão logo foi notificado da decisão judicial que determinou a desindexação do conteúdo, o Google a cumpriu, não devendo lhe ser atribuída qualquer responsabilidade.

Asseverou, pois, que a alteração das notícias por mera notificação extrajudicial causaria uma censura prévia e verdadeira manipulação das informações, o que traria prejuízo ao direito de informação.

-chamado-direito-ao-esquecimento-b0ba9ff83357, acessado em 03 de julho de 2020.

35 Informações prestadas pelo site Observatório da internet, cujo link de acesso a notícia é http://observatoriodainternet.br/post/a-argentina-e-o-direito-ao-esquecimento-por-carlos-affonso-de-souza, acessado em 03 de julho de 2020.

5. CONCLUSÃO

A justiça Europeia deu o ponta-pé inicial como um marco na aplicação do direito ao esquecimento, com a Decisão da Suprema Corte da União Europeia.

Diferente do restante do mundo, a Europa já possui uma regulamentação própria sobre o direito ao esquecimento.

Trata-se do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que substitui a antiga normativa, a Diretiva 95/46/CE.

Por outro lado, a justiça brasileira, principalmente nos Tribunais superiores, em que pese a falta de legislação, vem aplicando o direito ao esquecimento, tomando como base a decisão do Tribunal Europeu e os direitos fundamentais.

A justiça brasileira também adotou os critérios de ponderação no enfrentamento dos princípios de liberdade de expressão e imprensa em conflito com os direitos da personalidade, teoria de Robert Alexy, resguardando em seus julgados a aplicação da dignidade da pessoa humana, sempre que a notícia rememorada ofendê-la.

No Brasil, o tema será enfrentado em breve pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, órgão mais apropriado do Poder Judiciário para enfrentar o tema, tendo em vista que o seu pano de fundo é eminentemente constitucional.

Na Argentina, em que pese o apego a memória, como pode ser observdo em movimentos sociais como as mães da *plaza de mayo,* o Diretio ao Esquecimento também ganha força, especialmente na proteção contra ilícitos travestidos de informações.

REFERÊNCIAS

ABREU, Alcides. **A magistratura no Mercosul: notas para uma agenda de encontro de magistrados judiciais dos países integrantes do Mercosul**. Florianópolis: Obra Jurídica. 1996

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução do direito comparado**. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1998.

ANGARITA. Nelson Remolina. **Derecho al alvido: Avavnces, retrocesos y contradiciones em la jurisprudência de la Corte Constitucional de Colombia**. In: RLPDP – Revista Latinoamaricana de Protección de datospersonales –Num. 3. Buenos Aires, 2016. Pag. 131 a 158.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**, Buenos Aires, agosto de 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – o principio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro:Renovar. 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>, acessado em 08 de novembro de 2017.

BRASIL. STJ. **REsp n. 1.334.097/RJ e REsp n. 1.335.153/RJ**. Rel.Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28.05.2013.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; BORETO, Mauricio. **Manual de Derecho Privado**. Tomo I. 1ª edição. CiudadAutonoma de Buenos Aires: Eudeba, 2017.

CARRILLO, Marc. "**El derecho al olvido en Internet**". El País (23 oct. 2009). Disponível em: <http://bit.ly/2srRjO.>. Acesso em 03/07/2020.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 16-17.

DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Habeas Data. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ARTIGO – DIREITO DOS ANIMAIS

O DIREITO BRASILEIRO E O RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS: UMA EVOLUÇÃO NECESSÁRIA.

Nelson Teodomiro Souza Alves
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza
Villeneuve Lima Rodrigues

1. INTRODUÇÃO: DO CONCEITO DA DIGNIDADE HUMANA ECOLÓGICA E A NECESSÁRIA VISÃO PARA ALÉM DO ANTROPOCENTRISMO

O presente estudo vislumbra apresentar uma evolução iminente no que tange aos direitos dos animais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, para isso, utiliza-se de uma metodologia de coleta de dados a partir da pesquisa bibliográfica e exploratória, uma vez que se baseia principalmente em obras e nas diferentes normas que versam acerca do tema tanto dentro do Estado brasileiro como fora deste.

Nesse sentido, o cenário constitucional atual traz à tona diversas questões relativas ao meio ambiente, o que faz refletir sobre a real dimensão deste no universo do direito, sendo consequentemente uma das primeiras conclusões a pertinência do conceito antropocêntrico Kantiano, pensamento que influencia o universo constitucional até os dias atuais. Tal pensamento foi formulado pelo então filósofo Immanuel Kant (2012), o qual tem o intuito de, através desse pensamento, explicar que o ser humano não deve ser visto como meio ou objeto de

vontade alheia, deve ser na verdade a finalidade terminal em qualquer relação, seja estatal ou privada. Assim surge também um conceito conhecido como "especismo", dando nome à uma discriminação entre espécies, ou seja, por fazer parte ou não de uma determinada espécie ocorrerá prestígio ou depreciação, sendo no contexto em questão o ser humano a espécie superior em relação às demais espécies existentes.

A partir desse pensamento foi criado um conceito acerca do que seria a dignidade da pessoa humana, e como é possível notar que o ser humano seria sempre o centro do universo. Como consequência, o direito teria o foco nele, sendo os outros seres vivos apenas meio para atingir o objetivo final. Baseado nisso, surge um questionamento pertinente, no campo constitucional, sobre o excessivo antropocentrismo de Kant, uma vez que vivemos um momento de "esverdear" constitucional e portanto, com transição do foco para cada vez mais enxergar o todo e não apenas o ser humano como a finalidade, dado que nossa espécie compartilha com outras o seu espaço e consequentemente o bem-estar delas implica no do homem, criando assim uma teia que justificaria o porquê de se pensar em dignidade para a vida além da humana, eis que toda forma de vida deva ser respeitada.

É com base nessa linha de raciocínio que alguns autores defendem que o texto constitucional deve ter uma visão menos "antropocêntrica" e mais "biocêntrica", ou seja, de que todas as formas de vida são igualmente importantes. A consequência desta visão "biocêntrica" é de que há o reconhecimento de valor em todas as formas de vida, não só na humana. Assim, não se pode enxergar apenas a dignidade do ser humano como finalidade terminal.

Após essa exposição, verifica-se a pertinência do assunto sobre a dignidade humana ecológica, uma vez que se tornou difícil separar nessa discussão o homem do meio ambiente, pois os atos daquele interferem diretamente neste e a reação interfere diretamente na qualidade de vida daquele. Sendo assim, pode se falar em dignidade para além da vida humana, estendendo-se ao animal não humano, o qual compartilha do mesmo ambiente sendo manifesta através de uma visão mais "biocêntrica" a influência dele na qualidade de vida humana.

1.1. DA DIGNIDADE DO ANIMAL NÃO HUMANO

Dentro do cenário constitucional atual, a dignidade do animal não humano tem sido matéria de discussão no STF, na mídia e no dia a dia da sociedade em geral. A maior prova disso são as decisões já proferidas pelo STF acerca de temas que envolvem a inconstitucionalidade de alguns eventos envolvendo animais como atração, devido à crueldade apontada por parte da sociedade. São exemplos de temas dessas discussões a farra do boi, rinha de galo, e a vaquejada, sendo esta a mais recente, julgada através da ADI 4983, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, o qual entendeu que o disposto no art. 225, §1º, VII da Constituição Federal alcança os bovinos utilizados nas vaquejadas.

Como é possível notar, existe na Carta Magna um dispositivo que visa a proteção do animal não humano, mais um sinal da visão "biocêntrica" ora já citada. É um sinal expresso no hall de normas de maior expressão no nosso ordenamento jurídico que traz claramente um valor intrínseco, um direito à dignidade dos animais irracionais. Assim, o art. 225 da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o meio ambiente equilibrado e a necessidade de protegê-lo, trazendo em seu parágrafo 1º e incisos, vedações para atingir o objetivo, sendo o inciso VII a referência aos atos de crueldade contra animais, em outras palavras, a constitucionalidade da dignidade do animal não humano, conforme disposto: "VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".

Nós vemos também uma evolução do conceito da dignidade do animal não humano no contexto internacional. Interessante ressaltar que, de certa forma, bem anterior à Constituição atual, a exemplo da Lei Fundamental da Alemanha, conhecida popularmente como Lei de Bonn, a qual traz consigo em seu art. 20 a, de forma discreta, uma proteção a esses seres vivos. Nesse sentido, também há outros exemplos de legislações com esse viés no contexto internacional, a exemplo da Constituição Suíça (1999), a qual faz referência à proteção dos animais em seu art. 80, onde pode ser visto como um dos temas referidos no dispositivo constitucional a experiência com animais e a matança de animais.

No contexto brasileiro, além do texto constitucional já aludido, é possível ver que alguns estados da federação já estão despertando para uma visão mais "biocêntrica" do direito, trazendo consigo legislações estaduais e municipais, são exemplos os estados de Santa Catarina (Lei 17.485/2018) e Rio Grande do Sul (Código Estadual de Proteção aos Animais do Estado do Rio Grande do Sul, Lei 11.915/2003). São exemplos de conteúdos abordados por essas leis o abandono, o animal que fica preso na coleira de forma inadequada, espancamento, em outras palavras os maus tratos.

1.2. DO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE HUMANA

Conforme exposto anteriormente, hodiernamente é quase impossível a separação da dignidade humana e do meio ambiente, uma vez que são elementos diretamente ligados. Fato que é reconhecido de forma expressa na Constituição Federal de 1988, conforme caput do seu art. 225, restando claro o reconhecimento da direta influência do meio ambiente no bem-estar humano, no momento em que a própria Carta Magna o cita como "essencial à sadia qualidade de vida".

No entanto, é válido ressaltar que tal reconhecimento também tem pertinência no campo internacional, visto que há dispositivos internacionais que versam sobre o tema, a exemplo da Convenção Sobre a Diversidade Ecológica de 1992 (a qual o Brasil é signatário) que tem por principal objetivo incentivar um avanço tecnológico e científico envolto por uma consciência ambiental para a efetiva proteção do ecossistema, objetivando dessa forma que os impactos ambientais sejam os mínimos possíveis.

Em se falando do disposto no art. 225 da nossa Constituição Federal, não se deve esquecer do pensador Hans Jonas (2006) que converge com o disposto em tal artigo. Consoante ele, existem os direitos da própria natureza e, deste modo deve ser reconhecida uma finalidade para além da esfera humana, ou seja, a natureza e o que fizer parte dela não figura como simples meio, mas como finalidade terminal também.

Nesta senda, há ainda a presença do princípio da solidariedade intergeracional do direito, isto é, da solidariedade entre gerações,

onde através do seu art. 225, a Constituição Federal visa a proteção do meio ambiente para garantir não só a qualidade de vida da geração atual, mas das que estão por vir no futuro. Desta feita, é pertinente a colocação presente na obra já citada "Direito Constitucional Ambiental", que dispõe:

> Assim como outrora os direitos liberais e os direitos sociais formatavam o conteúdo da dignidade humana, hoje também os direitos da solidariedade, como é o caso especialmente do direito a viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro, passam a conformar o seu conteúdo, ampliando o seu âmbito de proteção. Daí falar-se, conforme já anunciado anteriormente, em uma nova dimensão ecológica para a dignidade humana, em vista especialmente dos novos desafios existenciais de matriz ambiental que afligem o ser humano no âmbito deste mundo "de riscos" contemporâneo. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p.89).

Portanto, fica visível a presença de uma visão cada vez mais centrada no biocentrismo e menos no excessivo antropocentrismo Kantiano, tornando cada vez mais próxima da realidade atual a figura do antropocentrismo ecológico, onde por mais que o homem seja a finalidade terminal, este está em uma posição de dependência para com o meio ambiente. Devido a isso, têm sido criadas e adotadas posições cada vez mais conscientes para que o meio seja conservado e, por via de consequência, a dignidade humana.

2. DA NATUREZA JURÍDICA DO ANIMAL NÃO HUMANO

É fato que no âmbito do direito ocidental, desde os primórdios, os animais têm sido vistos apenas como objeto ou meio para a finalidade do bem-estar do homem. Tal pensamento foi solidificado pelo grande filósofo Aristóteles, através da obra conhecida como "A Política", onde através da análise feita da sociedade a qual pertencia, o então filósofo chega à seguinte conclusão:

> Depois do nascimento, igualmente a natureza proveu necessidades dos seres animados; por consequência, as plantas existem em razão das necessidades dos animais, e estes para as necessidades dos homens. Os animais que são suscetíveis de ser domesticados são destinados ao trabalho e à alimentação; e quanto aos animais selvagens, pelo menos em sua maioria, servem tanto para a alimentação como para o vestuário ou confecção de utensílios e outros instrumentos. Se a natureza nada faz em vão ou sem finalidade, necessariamente se conclui que fez tudo tendo em vista a espécie humana. (ARISTÓTELES, 2018, p. 42).

Como é possível observar, Aristóteles compartilhava de uma forte visão antropocêntrica acerca do mundo, dado o contexto em que ele viveu e o conhecimento disposto na época. No entanto, com o decorrer dos séculos, o ser humano foi entendendo mais as leis da natureza, a ciência surgiu e respostas para dúvidas existentes na era clássica foram respondidas ou geradas. Foi com essa evolução que se percebeu a ligação direta do meio ambiente com o bem-estar humano, com a alteração da categoria de simples meio ou objeto para algo além, ensejando a questão da natureza jurídica das outras espécies de animais, objeto que vem a ser debatido a seguir.

2.1. NATUREZA CIVILISTA DOS ANIMAIS

Fruto do antropocentrismo excessivo que vem sendo apresentado ao longo do presente trabalho, pensamento que nasce na era clássica a partir de Aristóteles e se enraíza na sociedade ocidental com seu desenvolvimento teórico advindo de outros pensadores a exemplo de René Descartes e Immanuel Kant, sendo este último a maior figura em se tratando de tal contexto, a natureza civilista do animal não humano nada mais é do que uma "coisa", ou seja, uma espécie de bem, que pode ser objeto de relações jurídicas, consoante dispõe o art. 202 do Código Civil. Os animais foram taxados desta forma, apesar de serem considerados seres animados por não serem possuidores de personalidade, fato que já vinha sendo objeto de observação de Aristóteles, na era clássica, quando este procurava diferenciar o homem dos outros

animais, surgindo assim um dos seus pensamentos mais famosos: o do animal político[36].

Sendo assim, é natural que no meio jurídico animais irracionais tenham apenas o status de coisa, isto é, um bem semovente, uma vez que são desprovidos de personalidade. É válido ressaltar que se trata aqui de uma condição onde figuram gênero e espécie, sendo "bem" o gênero e "coisa" a espécie.

Os animais são citados de forma pontual no ordenamento jurídico brasileiro, sendo portadores do status de bem, isso é perceptível quando a redação do art. 82 do Código Civil dispõe "São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social".

Além disso, mais à frente, no mesmo código, há o artigo 1442, o qual faz referência ao animal como objeto de penhor agrícola, ou seja, novamente como categoria de bem. Essa característica foi herdada do antigo código civil de 1916, onde o seu art. 47 possuía redação idêntica ao atual art. 82, fato que comprova a falta de análise um pouco mais aprofundada sobre a evolução das relações sociais e da influência desses seres no dia a dia das pessoas.

Entretanto, como já mencionado, essa questão é de ordem histórica e cultural, nossa legislação é reflexo disso. Todavia a visão excessivamente antropocêntrica de mundo está transitando para uma antropocêntrica ecológica e, necessário se faz adaptar-se a esse fato em algum momento. Tanto é que já existem decisões no país a respeito de guarda de animais domésticos, a exemplo da decisão proferida pela 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça em junho de 2018, referente ao REsp 1.713.167/SP, a qual garantiu o direito de visitação por parte de um dos ex-companheiros à cadela yorkshire, adquirida durante a vigência do casamento anos atrás, sendo impedida de ver um de seus antigos donos por parte do que ficou responsável por ela. Isso é um exemplo de nova interpretação do conceito de família e dignidade da pessoa humana, onde por mais que sejam apenas aspectos pontuais podem ser considerados embriões para algo maior acerca do tema no futuro.

36 ARISTÓTELES. Política. (tradução Torrieri Guimarães). – São Paulo: Martin Claret, 2017. P.31 – (Coleção a obra-prima de cada autor; 49).

2.2. DA NATUREZA HÍBRIDA DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

Consoante com o que já vem sendo discutido no presente trabalho, é possível verificar que os animais estão transitando da natureza jurídica de "coisa" para uma natureza jurídica híbrida, isto é, algo entre simples objeto e sujeito de personalidade jurídica. É lógico que, como quase tudo no direito, existirão várias vertentes acerca desse tema, alguns serão mais conservadores e continuarão a enxergar os animais não humanos como simples objeto e meio para as finalidades do homem; de antemão também existirão defensores do pensamento de que os animais são seres "sencientes", ou seja, dotados de sentimentos e possuidores de personalidade jurídica.

Uma vez dito isso, torna-se pertinente comentar sobre a figura de Peter Singer, autor da obra "Libertação Animal", onde através dela tenta discutir num campo ético as questões morais sobre os direitos dos animais não humanos, combatendo o "especismo" e o antropocentrismo excessivo já explicados anteriormente. Seria Singer um dos, senão o primeiro, a falar de senciência[37] para os animais irracionais e a questionar uma suposta "tirania" por parte do homem em relação aos outros animais, por serem tidos como inferiores, pensamento sintetizado muito bem na já citada obra "Direito Constitucional Ambiental" de Ingo Wolfgang Sarlet juntamente com Tiago Fensterseifer, que apresenta:

> Já a reflexão formulada por Singer no Campo ético, com sua obra Libertação Animal, datada de 1975, que tem o seu foco voltado especificamente para a condição moral dos animais não humanos, afirma que o princípio ético sobre o qual se assenta a igualdade humana nos obriga a ter igual consideração para com os animais não humanos, considerando, que "a defesa da igualdade não depende da inteligência, da capacidade moral, da força física ou características semelhantes. A igualdade é uma

37 Senciência é a capacidade de ter sentimentos, isto é, a capacidade de sentir e ter consciência desse fato.

> ideia moral, e não a afirmação de um fato." Nesse ponto, Singer denuncia a "tirania dos animais humanos" sobre os animais não humanos, defendendo que estes deveriam ser tratados como seres "sencientes" e independentes que são, e não como um meio para fins humanos. (SARLET, FENSTERSEIFER, 2017, p.99)

Resta demonstrado que Singer, já naquele tempo, um pouco anterior a nossa Constituição Federal despertava nas pessoas uma consciência mais "biocêntrica", afirmando que os animais irracionais não deveriam ser vistos apenas como simples meio para uma finalidade humana, refutando todo o antropocentrismo consolidado por filósofos anteriores a ele e indo de encontro a toda questão cultural construída no mundo ocidental em relação a esse tema. No entanto, Singer não é o único pensador que se propôs a discutir esse tema e a dar uma opinião diferente da conservadora, dentre alguns nomes é possível citar também os filósofos Hans Jonas e Tom Regan.

Ao se pensar em Hans Jonas, devemos ter em mente que seu foco está na discussão da Natureza como um todo e não apenas nos animais, ou seja, o foco dele é de fato sobre o embate entre antropocentrismo e biocentrismo. Dentre vários fundamentos, Jonas (2006) afirma que existem os direitos da própria natureza, e que deve se pensar na existência de um fim para além da espécie humana. Isso nos remete ao disposto no nosso art. 225, cujo foco é o equilíbrio ambiental e a qualidade de vida do ser humano. Significa dizer que há influência desse pensador na Carta Magna e, é perceptível implicitamente, que a constituição brasileira visa um antropocentrismo ecocêntrico, onde a natureza (e obviamente isso inclui os animais não humanos) deve ser protegida e não vista apenas como um meio para a finalidade terminal.

Nesta seara, torna-se interessante comentar um pouco sobre o pensamento abolicionista de Tom Regan (2004), autor da obra "The Case for Animal Rights", onde seu foco está nas questões em que se assemelham o homem e o animal não humano, ou seja, o fato de que ambos são possuidores de vida e, por consequência, esta deve ser respeitada de igual forma. Para os seguidores do pensamento abolicionista, deve ser feita a libertação completa dos animais, dando fim a

sua exploração, independentemente das implicações dessa conduta. É nítido como o pensamento de Regan, assim como dos pensadores citados anteriormente influenciam movimentos de libertação animal até os dias de hoje, e não à toa são considerados pensamentos formadores da "ética animal". É válido ressaltar, também, que há outros pensadores compondo o tema, todavia, esses já se tornam suficientes para o presente estudo.

Diante do quanto exposto, fica nítida uma evolução do pensamento com relação à natureza dos animais não humanos para um meio termo entre a personalidade jurídica proveniente da capacidade civil do ser humano e o status de mero objeto, sendo a melhor definição para essa natureza híbrida a palavra "senciência".

2.3. O ANIMAL COMO SUJEITO DE DIREITOS

Respaldado no que se discute ao longo do presente trabalho, chega o momento de cuidar da possibilidade do animal como sujeito de direitos. É nítido que se trata de um tema deveras polêmico, pois vários são os fundamentos tanto pró, quanto contra essa possibilidade. Pode-se exemplificar como argumentos pró-direitos dos animais a questão de se tratar de seres "sencientes", disfrutarem de uma vida, serem diretamente ligados ao homem por fazer parte da natureza; e por conseguinte, pode-se exemplificar como argumentos contra a aquisição de direitos pelos animais não humanos o fato de não se tratarem de seres irracionais, historicamente serem sempre utilizados como objetos ou meios para o homem com a visão antropocêntrica de mundo enraizada na sociedade há séculos.

Entretanto, em se versando sobre os direitos dos animais, a comunidade internacional tem, cada vez mais, se posicionado a favor da proteção deles, a exemplo das já citadas Lei Fundamental da Alemanha (Lei de Bonn), Constituição da Suíça (1992), Convenção Sobre a Diversidade Biológica (1999). Além dessas é válido citar exemplos de legislações a nível internacional que não foram mencionadas ainda no presente trabalho, à exemplo das: Animal Welfare Act (EUA, 1966), Cruelty to Animals Act (Inglaterra, 1876), International Guiding

Principles for Biomedical Research Involving Animals (1985), e por fim, mas não menos importante a Declaração Universal dos Direitos dos Animais da UNESCO (1978).

Uma vez expostas todas essas legislações, sendo que algumas já foram discutidas no presente estudo, é interessante debruçar-se sobre a Declaração Universal dos Direitos dos Animais da UNESCO, pois só pelo título já remete ao surgimento do conceito dos direitos fundamentais, durante a Revolução Francesa, por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, momento também onde surge o famoso lema do movimento, a famosa frase "Liberdade, Igualdade e Fraternidade". Após essa comparação, ao se dirigir à questão de direitos mais humanitários, fica muito mais simples de entender o que os envolvidos na confecção da declaração feita pela UNESCO queriam dizer quando em seu art. 1º dispuseram: "Todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência", além deste, o documento possui mais 13 artigos que dispõem sobre os direitos dos animais não humanos.

Na conjuntura brasileira, há políticos que são defensores das causas animais, porém há uma forte oposição para com esses pensamentos por parte da bancada conservadora, seja no Congresso, seja no Senado. Todavia, recentemente, como dito anteriormente, foram aprovadas leis municipais e estaduais, nos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, o que prova um embrião para uma possível mudança a nível nacional, embrião esse que já tem nome e está na fase de tramitação nas casas legislativas, conhecido como PL 27/2018.

3. A PL 27/2018 E SEUS IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A PL 27/2018 é uma proposta de lei de autoria do deputado federal Ricardo Izar, cuja finalidade é a alteração da natureza jurídica dos animais para seres *sui generis*, ou seja, seres com sentimentos e, portanto, passíveis de sofrimento ou como diria Peter Singer (2010), seres "sencientes". Para atingir esse desiderato, a proposta dispõe de cinco artigos. Apesar de poucos artigos, uma vez aprovada a PL, seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro serão enormes, com isso é inte-

ressante discutir o conteúdo de cada artigo, sendo a redação do 1º uma referência a um regime jurídico especial para os animais não humanos.

É sabido que o homem possui um regime jurídico específico para cada situação peculiar em nosso ordenamento, basta verificar a questão dos menores, dos idosos e a depender dos casos, grupos de risco, onde pode-se incluir pessoas que sofreram violência doméstica, seja idoso, mulher ou criança. Da mesma forma a ideia da lei em questão é criar um regime para os animais, vez que serão considerados sujeitos de direitos. Destarte, não podem ser sujeitos de personalidade, sendo assim algo similar ao de um menor, o qual deve sempre ser representado por seu responsável ou representante.

Seguindo o raciocínio concedido a partir do art. 1º da proposta de lei, é interessante verificar o diálogo entre este e o art. 3º, o qual faz referência à natureza *sui generis* dos animais não humanos, isto é, natureza particular deles, motivo pelo qual, segundo a proposta devem ser considerados "sujeitos de direitos despersonificados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado seu tratamento como coisa". Com isso é possível verificar uma mudança na forma de se enxergar os animais, indo de encontro ao disposto no art. 82 do Código Civil de 2002, o qual os classifica como bens móveis que podem ser objetos de relações jurídicas.

Por seu turno, o art. 2º do documento em questão fala da visão mais humanitária que é proposta pelo projeto, onde através de três incisos dispõe sobre solidariedade, confirmação dos direitos dos animais e o reconhecimento deles como seres possuidores de sentimentos, ou seja, sencientes. É possível através disso se verificar a influência biocêntrica por parte do legislador ao elaborar o projeto, enxergando o animal um ser que embora não possuidor da capacidade de raciocínio do homem dispõe também de um direito à dignidade, não podendo ser considerados inferiores, o que nos remete ao art. 4º da lei, mas não menos importante, o qual visa uma alteração na lei nº 9.605/98, conhecida como Lei de crimes ambientais, estabelecida no *art. 79-B." O disposto no art. 82 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), não se aplica aos animais não humanos, que ficam sujeitos a direitos despersonificados."*

É de se notar que a inclusão desse artigo na Lei nº 9.605/98 não foi proposta em vão. Sua intenção é justamente reafirmar os direitos desses animais, garantindo que sejam protegidos caso necessário pelo Código Penal e assim sigam o rito proposto pelo Código de Processo Penal. A Lei de Crimes Ambientais já dispõe de artigos que visam a proteção de animais silvestres, mas não há o reconhecimento destes e dos demais como de natureza jurídica *sui generis*, o que caracteriza um forte impacto, caso ocorra a sanção da proposta em estudo.

O último artigo apenas faz referência ao tempo em que entrará em vigência caso seja aprovada a lei, que será no prazo de 60 dias a contar da publicação, sendo que no momento ela está em fase de tramitação pelas casas legislativas. Durante a fase de tramitação é possível que sejam feitas emendas às propostas de leis que surgem, e com essa não foi diferente, no Senado foi aprovada uma emenda acrescentando um parágrafo único ao corpo do art. 3º, que torna uma exceção ao texto dessa lei "os animais empregados na produção agropecuária, pesquisa científica e aos que participam de manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, resguardada a sua dignidade". É válido ressaltar, ainda, que tal projeto está passível de alterações, isso pode ocorrer até sua possível sanção, caso não seja vetado por completo pela autoridade presidencial.

CONCLUSÕES

Após o exposto no presente trabalho, fica aberta a reflexão para o caminhar de uma sociedade mais solidária, fraterna e humanitária, fator de suma importância para que no futuro seja possível termos uma vida mais digna. Fica explícito como o ser humano, mesmo com o passar dos tempos ainda enxerga os demais seres vivos como inferiores a eles e com existência limitada ao que lhes convém, faltando o devido respeito para com essas vidas que também compõem o ecossistema onde vivemos.

Por conseguinte, é notável que o mundo vive uma fase de transição do modelo antropocêntrico que foi enraizado desde os primórdios da sociedade e se perpetua até os dias atuais. Com isso, é possível

se falar no conceito do antropocentrismo ecocêntrico, que seria uma espécie de equilíbrio entre antropocentrismo e biocentrismo (ou ecocentrismo).

Assim como o resto do mundo, o Brasil está vivendo essa fase de transição, sendo a preocupação com a natureza uma finalidade para além da humana e não apenas como meio. Reflexo disso são as legislações a nível estadual e municipal que têm surgido, decisões dos tribunais superiores, questões que se tornam temas de debates no dia a dia dos cidadãos brasileiros.

Resta nítida, portanto, a necessidade da implementação da Proposta de Lei 27 de 2018 como uma forma de resposta positiva à essa fase, mostrando que o país está consciente do que é ter uma visão mais humanitária, solidária e fraterna, visto que a constituição claramente enxerga uma necessidade de dignidade para além da vida humana, por mais que de forma expressa em seu art. 225. Todavia, é necessária, também, uma revisão da emenda proposta em plenário pelo Senado, uma vez que a referida proposta está para perder sua eficácia no momento em que os animais utilizados para eventos culturais, agropecuária e pesquisas não mais estarão protegidos caso a lei tenha sua vigência. A ideia da lei é a proteção dos animais como um todo e limitá-la a um grupo específico é de um tremendo desrespeito com os demais. Seria uma espécie de "especismo" onde os animais domésticos por serem animais que vivem em condições privilegiadas tem mais direitos do que os animais que visam a satisfação do ser humano, seja no ramo alimentício, de vestuário ou qualquer outro possível.

Este é, então, o primeiro e grande passo para um país mais respeitoso com os direitos dos animais, que os enxergue como seres possuidores de vidas, assim como no homem e que por isto merecem uma vida igualmente digna, seguindo assim o raciocínio proposto pelo já citado pensador Regan, pois todos que se propõem a observar o comportamento animal um mínimo possível, perceberão que realmente trata-se de seres "sencientes", assim como afirma Singer, provando que o pensamento dos respeitáveis filósofos que formularam teorias antropocêntricas a exemplo de Aristóteles e Immanuel Kant já estão ultrapassados.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha, 1949.** Disponível

https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf. Acesso em 18 mar. 2020.

ARISTÓTELES. **Política**. (tradução Torrieri Guimarães). – São Paulo: Martin Claret, 2017 – (Coleção a obra-prima de cada autor; 49).

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 27 de 2018.** Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605/95, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1574367802793&disposition=inline. Acesso em 14 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, **1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso em 13 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 18 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1.173.167/SP.** Dissolução de união estável. Animal de estimação. Aquisição na constância do relacionamento. Intenso afeto dos companheiros pelo animal. Direito de visitas. Possibilidade a depender do caso concreto. Necessidade. Recorrente: LMB. Recorrida: VMA. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de junho de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.

br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88441759&num_registro=201702398049&data=20181009&tipo=5&formato=PDF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4983/CE.** Vaquejada. Manifestação cultural. Animais. Crueldade manifesta. Preservação da fauna e da flora. Inconstitucionalidade. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874. Acesso em 18 mar. 2020.

EUA. National Agricultural Library, **Animal Welfare Act, 1966.** Disponível em: https://www.nal.usda.gov/awic/animal-welfare-act. Acesso em: 02 mai. 2020.

EUA. National Center for Biotechnology Information. **International Guiding Principles for Biomedical Research Involving Animals, 1985.** Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK25438/. Acesso em 02 mai. 2020.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: **ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Tradução de Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Vozes, 2012.

REGAN, Tom. **The Case for Animal Rights.** University of California Press, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003.** Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/seda/default.php?reg=8&p_secao=30

Acesso em 18 mar. 2020.

SANTA CATARINA. **Lei nº 17.485, de 16 de janeiro de 2018**. Altera a Lei nº 12.854, de 2003, que "Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais", para o fim de reconhecer cães, gatos

e cavalos como seres sencientes. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2018/17485_2018_Lei.html. Acesso em 18 mar. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental.** – 5. Ed. Ver. Atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SINGER, Peter. **Libertação Animal: o clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos dos animais.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SUÍÇA. **Constituição Federal da Confederação Suíça, 1999.** Disponível em: https://www.ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf. Acesso em: 14 jun, 2020.

UK. **Cruelty to Animals Act, 1876.** Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/39-40/77/enacted. Acesso em 02 mai. 2020.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais da UNESCO, 1978.** Disponível em: http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf. Acesso em 18 mar. 2020.

RESUMOS

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO FAMILIAR COMO FERRAMENTA NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL

Lariane Aparecida Maxiano Silva
Thays Cristina Carvalho Canezin

A mediação está inserida no ordenamento jurídico dentro do tribunal multiportas, como meio de resolução de litígios, ocorrendo de modo extrajudicial ou judicial. Os conflitos são intensificados no contexto da dissolução da união estável ou divórcio da sociedade conjugal, incorrendo, muitas vezes, em situações potencialmente alienantes em relação aos filhos, sendo a medição um recurso para combater a alienação parental.

Os confrontos sempre existiram e seguirão existindo pois faz parte da sociedade, vez que se constituem como uma das características da natureza humana, diante do desenvolvimento de novas relações sociais ocasionando conflitos por meio das mudanças sociais.

Frente ao egocentrismo do atual cenário, uma maneira pacífica para resolver uma situação conflituosa em uma relação familiar é fazer com que as partes compreendam e melhorem suas relações entre si. "Os conflitos integram a realidade humana, cabendo a cada um empenhar-se na busca e no comprometimento com comportamentos e atitudes que estimulem e garantam relações harmoniosas sejam elas de cunho interpessoal, intragrupal ou intergrupal" (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2016, p. 83).

Neste contexto, observa-se que dentro do Poder Judiciário o número de demandas para resolução das lides é altíssima, levando a grandes batalhas que perduram por um longo período, gerando desgastes de todas as esferas. A sociedade moderna busca por maneiras mais eficientes, céleres e com menor custo para a resolução de conflitos, que lhes tragam soluções justas e benéficas para ambas as partes.

O método autocompositivo possui em sua característica a economicidade, o sigilo, a celeridade e a informalidade para que as partes possam, rapidamente, resolver seus litígios em busca da pacificação social. A mediação de conflitos é um meio consensual que aborda os desentendimentos por meio de uma pessoa isenta ao conflito e instruída, que se utilizará de métodos específicos para proporcionar o diálogo entre duas ou mais partes de um conflito visando de uma maneira aproximá-los como bem define Fernanda Tartuce (2016).

A família é uma instituição social composta por mais de uma pessoa que se unem com o propósito de desenvolver uma relação solidária de convivência, para Maria Helena Diniz (2008, p. 09)

> família no sentido amplíssimo, seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção *lato sensu* do vocábulo refere-se àquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem com os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro).

Neste contexto, houve uma evolução das famílias e de seus integrantes, passando assim pela valorização do afeto e do melhor relacionamento com o os filhos, outrora negligenciados em segundo plano, neste cenário passa a ter como indispensável à convivência das figuras parentais para melhor desenvolvimento e crescimento individual. Entretanto, o rompimento jurídico do relacionamento não significa que os pais atingiram o rompimento emocional, a separação é uma experiência muito dolorosa tendo para cada um significado diferente, pois "esse processo difícil passa por diferentes fases e níveis que atingem diretamente a esfera familiar. A maioria das pessoas não está preparada

para o impacto advindo da separação, afetando então um grande número de membros da família" (SANTANA; SAMPAIO, 2014, s.p.).

Especialmente quando há filhos, o fim da sociedade conjugal se torna complicada devido a discussão acerca dos assuntos relativos à criança ou adolescente, por vezes os pais encontram dificuldades para estabelecerem o melhor entendimento, em face dos sentimento que são aflorados como raiva, ódio, rejeição e abandono, e as vezes, por causa destas emoções descontroladas os pais acabam se utilizam de seus filhos como instrumentos para agredir emocionalmente e agir de forma vingativa um ao outro (CARPES MADALENO; MADALENO, 2018, p. 48).

Os atos de alienação parental configuram-se como atos de abuso emocional, que poderá desembocar em um transtorno no comportamento infantil denominado de Síndrome de Alienação Parental, desencadeada pela ação abusiva de um de seus genitores. "A criança vítima de SAP tem sua ligação psicológica com um de seus genitores enfraquecida e, em casos mais severos, a criança pode até recusar o contato com esse genitor, apresentando reações hostis e agressivas" (SANTANA; SAMPAIO, 2014, s.p.).

Por ato de alienação parental tem-se toda interferência de ordem psicológica que afete o desenvolvimento da criança ou adolescente, sendo promovida ou instigada pelos genitores pelos avós ou por quem seja o guardião deles, tendo como objetivo que o menor tenha rejeição a pessoa alienada. "A relação afetiva entre pais e filhos deve ser preservada ainda que a relação entre os pais não esteja mais estabelecida na forma de uma família constituída, ou mesmo jamais tenha sido constituída", tendo como fundamento os laços de afetividade e respeito mútuo. (MAIA, 2014, s.p.).

Costumeiramente vislumbra-se os atos de alienação parental nas disputas pela guarda nos processos litigiosos, e havendo a constatação desta prática, faz-se necessário a utilização de multiprofissionais para dar amparo maior ao infante. Sendo um dos profissionais o mediador instruído pelo judiciário. Desta forma, a mediação familiar auxilia no combate à alienação parental.

A função do mediador diante desta situação é auxiliar as pessoas a conversar melhor, pensar melhor, discutir melhor os assuntos que são

realmente importantes, e sem perder o foco no melhor interesse do menor, e uma vez contatada a alienação parental, este tem como papel utilizar de métodos para trabalhar nos sentimentos e pensamentos do alienador, como uma maneira de convencê-lo a não realizar tal ato, ocasionando prejuízo a todos os envolvidos.

Deste modo, o mediador deve atuar com habilidade na identificação do momento das sessões de mediação, onde serão analisados os comportamentos para assim resolver os conflitos da maneira menos dolorosa. O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei n° 12.318, de 26 de agosto de 2010, que trata sobre a alienação parental, traz em seu bojo a conceituação legal da matéria, definindo como:

> 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 (BRASIL, 2010).

Em seguida, versa em seu artigo 4° sobre a tramitação prioritária de processos que tem indícios de alienação parental, outorgando ao magistrado poderes para decidir de maneira provisória, com base no melhor interesse do menor, a fim de garantir a integridade física e psíquica do infante. Prevendo ainda as práticas que podem ser enquadradas como alienadoras, tais como: "II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor", entre outros exemplos que configuram ato de alienação parental (BRASIL, 2010).

Sendo assim, a mediação familiar se tornou um instrumento importantíssimo para o combate da alienação parental, pois auxilia na comunicação entres as partes, no âmbito da educação da prole, dirimindo os sentimentos e principalmente na ideia de "perdedor" e "vencedor", para que estes entendam que não existe nenhum e nem outro nas contendas judiciais, e que os filhos são sempre os mais prejudicados nesta disputa.

Portanto, a mediação auxilia no princípio da convivência familiar, este que visa a melhor relação afetiva, continua e duradoura de pessoas que compõe o mesmo núcleo familiar, sendo parentes ou não. Essa convivência é igualmente assegurada e protegida quando os genitores são separados, como institui o art. 9, 3 da Convenção sobre Direitos das Crianças.

O convívio da prole com o pai não guardião não deve ser um direito suprimido, mas sim recíproco de pais e filhos, e esta convivência, se estende aos avós e parentes que compõe o núcleo familiar. Assim sendo, a mediação fazendo uso das técnicas e meio corretos, torna-se auxiliar na reconstrução de laços que outrora foram quebrados, objetivando o restabelecimento dos diálogo a fim de proporcionar aos genitores o melhor convívio com sua prole e decisão sobre a vida do mesmo, tornando, assim, tendo em vista que o laço materno e paterno nunca se rompem, tornando de fácil convívio duradouro e harmonioso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha. JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos para iniciantes**: praticantes e docentes. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARPES MADALENO; Ana Carolina; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental**: importância da detecção – aspectos legais e processuais. 5. ed. rev., atul. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAIA, Ronald. Alienação parental. **Jus.com.br**. 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/28253/alienacao-parental. Acesso em 09 jul. 2020.

SANTANA, Lara Alecrim; SAMPAIO, Luciana Coelho Leite. Síndrome de alienação parental e as consequências para o desenvolvimento da criança. **Psicologado**. 2014. Disponível em: https://

psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/sindrome-da-alienacao-parental-e-as-consequencias-para-o-desenvolvimento-da-crianca. Acesso em: 10 jul. 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO EFETIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO FAMILIAR

Lariane Aparecida Maxiano Silva
Thays Cristina Carvalho Canezin

As transformações históricas e sociais ocorridas no decorrer do século XX possibilitaram diversas formas de relacionamentos interpessoais. O afeto passou a ser o elemento fundante no direito de família. A família, base da sociedade, que historicamente constituíram-se de maneira patriarcal, composta por pai, mãe, filhos, na atual conjuntura, passa por um processo de mudança nesta estrutura familiar, os novos arranjos designam que a mulher e o homem têm seus papéis independentes e cada qual com seu grau de importância.

Em que pese o movimento não ser homogêneo, pois existem resistências e ressalvas quanto a real emancipação da mulher do patriarcado, haja vista que persiste no imaginário social, marcas da estrutura tradicional (GOMES; RESENDE, 2004, p. 119), mas há de se considerar os importantes avanços obtidos nas últimas décadas (RESENDE, 2001).

Em meio a este cenário, as preocupações em achar formas que pudessem resolver os conflitos familiares foram sendo debatidas no âmbito jurídico, pois com o divórcio da sociedade conjugal, os casais passaram a encontrar dificuldades em resolver seus conflitos de maneira amigável, recorrendo, tradicionalmente, ao Poder Judiciário para

dirimir os conflitos. Nas Varas de Famílias houve uma superlotação, pois os conflitos versavam não somente sobre as questões patrimoniais dos interessados, mas também as de cunho existencial. Dados mostram que a taxa de congestionamento chega a 63% (sessenta e três por cento) nas varas exclusivas da área de Direito de Família, segundo informação do relatório Justiça em Números de 2019, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça anualmente (CNJ, 2019). Deste modo, além do alto índice de processos no Poder Judiciário, cabe lembrar que nem sempre, a sentença será satisfatória para ambas as partes.

Os conflitos são inerentes as relações interpessoais, principalmente no meio familiar. Algumas famílias, diante dos conflitos vivenciados, conseguem resolvê-los entre si, mas outras não, sendo que recorrem às vias judiciais, de modo que, em alguns casos, surgem verdadeiras batalhas por longos períodos, para alcançar uma solução que coloque fim ao processo, mas nem sempre ao conflito (CACHAPUZ, 2005, p. 132-133).

Neste contexto, surge a mediação como uma maneira de solucionar conflitos jurídicos e sociais, que pode ser conceituada como um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida, ponderada, eficaz, com soluções satisfatórias no interesse do homem e da mulher que se responsabilizam pelos variados papéis que lhe são atribuídos, inclusive de pai e mãe. (BARBOSA, 2003, p. 340).

Deste modo a mediação, como técnica de resolução de conflitos auxilia na esfera familiar. O procedimento metodológico aplicado é o dedutivo que corresponde à extração discursiva do conhecimento, a partir da análise da medição no contexto familiar (LAKATOS; MARCONI, 2009). De acordo com Waldyr Grisard Filho (1999, p. 48), a medição é uma técnica alternativa e complementar de resolução de conflitos peculiares às questões familiares, perseguindo a superação consensual destes conflitos pelas próprias partes envolvidas. Não é meio substitutivo da via judicial, mas com ela estabelece uma relação de complementaridade, que qualifica as decisões judiciais, tornando-as verdadeiramente eficazes. Por seu caráter informal, os acordos construídos na mediação, no que for necessário, devem ser encaminhados à

homologação judicial, pois é no sistema judicial que a mediação familiar consolida os resultados obtidos.

Para doutrinadores como John Haynes e Marilene Morodim (1998, p.19), a mediação familiar, será um procedimento no qual um terceiro imparcial, através do diálogo, consegue dar continuidade nas relações das partes, cuja consequência é uma solução reciprocamente aceita. O mediador irá observar para além das relações interpessoais e focará em questões importantes e com conteúdo específico, facilitando assim, o diálogo, para que as partes consigam elaborar as melhores soluções.

A mediação é importante para o desenvolvimento social, mas não visa o acordo, tem por finalidade a comunicação entre as partes, para que sejam reconhecidos os seus conflitos e consigam resolvê-los da melhor maneira possível. A medição foi consagrada como meio de resolução de conflitos com a com a resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, bem como pela Lei nº 13.140/15, conhecida como Lei de Mediação, e pelo Código de Processo Civil Lei nº 13.105/15, a qual tem como principal objetivo incentivar a prática da mediação como meio alternativo para auxiliar na busca da solução dos conflitos.

O foco da Resolução n.º 125/2010 encontra-se atrelado à tentativa de atendimento do acesso à justiça, princípio constitucional consubstanciado no art. 5º, inciso XXXV, através da satisfação da população com serviço de conciliação no contexto social. Assim, "estabeleceu-se que o acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema para que possam ter seus conflitos resolvidos por heterocomposição ou autocomposição" (AZEVEDO, 2012, p. 29).

A autocomposição tem por objetivo que as partes cheguem e um consenso, com a ajuda de um terceiro imparcial, na qual, na mediação, sua função não é de chegar a um acordo mas restaurar a comunicação entre as partes. A resolução foi de grande influência para o desenvolvimento de uma cultura da comunicação voltada para a resolução de conflito, principalmente no interior do Poder Judiciário. Sendo um passo importante para a modificação desse paradigma.

Sendo assim, a mediação auxilia na grande sobrecarga do sistema judiciário, e tem a possibilidade de agilizar processos que tem sido procrastinado por muito tempo, pois busca compreender a origem do conflito, a partir das perspectivas dos conflitantes. A mediação traz consigo inúmeros benefícios como a redução dos gastos financeiros, emocionais e psicológicos, que, por muitas vezes, são amenizados, além de ter a garantia do sigilo e da privacidade. (SOUZA, 2011).

A mediação familiar pode ser procurada quando se inicia uma crise na família, com intuito de atuar de forma preventiva, a fim de proteger os filhos, cujo melhor interesse é tutelado pela Constituição Federal no art. 227 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 4º (GRUNSPUN, 2000, p. 787).

Dessa forma, a mediação tem sido buscada como método de resolução de conflito devido a sua eficácia, tornando-o assim, mais célere, tendendo a alcançar uma solução mais real e efetiva. Pois, a partir do momento em que as partes encontram uma maneira de estabelecer um canal de comunicação, o mediador trabalha sobre as perspectivas delas, com o intuito de fazê-las refletir e se compreenderem uma a outra, alcançando um melhor resultado, que seja capaz de pôr fim ao processo e ver o conflito de outra perspectiva.

REFERÊNCIAS

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2011.

GOMES, Aguinaldo José da Silva; RESENDE, Vera da Rocha. O pai presente: o desvelar da paternidade em uma família contemporânea. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**. mai./ago., 2004, vol. 20 n. 2, p. 119-125. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/ptp/v20n2/a04v20n2.pdf. Acesso em: 16 jun. 2020.

GRISARD FILHO, Waldyr. A Mediação como Instrumento eficaz na Solução dos Conflitos de Família. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul. p. 48, 1999.

GRUNSPUN, Haim. **Mediação Familiar**: o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LT, 2000.

HAYNES, John M.; MARODIM, Marilene. **Fundamentos da Mediação familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RESENDE, V. R. Avaliação da interação parental no desenvolvimento emocional [Resumo]. Em UEL (Org.), **Anais do Congresso Iberoamericano de Psicologia Clínica e da Saúde.** Avanços Recentes em Psicologia Clínica e da Saúde (p. 297). Londrina: UEL – APICSA, 2001.

SOUZA, Ionete de Magalhães. **Mediação no Direito de Família**: Breve Análise. Disponível em: http://www.waldirdepinhoveloso.com/index.php?idmenu=17&idd=1&codarquivo=113&return=3. Acesso em: 29 jun. 2020.

O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO EM ESTUDO COMPARATIVO COM O DIREITO PROCESSUAL CIVIL PORTUGUÊS

Delmiro Gomes da Silva Neto

INTROITO

Inobstante, o negócio jurídico processual tenha como ordenamento embrionário, o direito francês, entendemos que a perspectiva enfrentada pelo nosso Código de Processo Civil, mais precisamente em seu Art. 190, coaduna com as ideias que embasam o mesmo instituto nas disposições processuais civis do direito português.

É possível que a primeira das explicações para a harmonização entre o instituto do negócio jurídico processual seja a similaridade do pensamento constitucional das constituições de ambos os países, uma vez que é muito comum se observar em depoimentos de estudiosos da seara constitucional, o fato de que a *Lex Mater* brasileira, seria uma "quase" reprodução da Constituição lusitana, especialmente na parte alusiva aos direitos e garantias fundamentais.

Aliado a esse pensamento de ordem constitucional acerca das similaridades contidas nas duas leis regentes das nações estudadas no presente trabalho não é preciso fazer um estudo aprofundado da história entre os dois países já que sendo nutridas juridicamente pelo modelo romano-germânico, que estatui o sistema de direito positivista pre-

ponderante em países da Europa, inserindo Portugal nesse contexto e também de forma massiva na América Latina, modelo ao qual o Brasil é aderente em sua concepção.

É de bom alvitre frisar, no campo da historicidade do direito brasileiro, de que até o ano de 1822, o Brasil era território português, regido no campo normativo pelas chamadas Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), isto é, tais modelos normativos eram utilizados para regular as questões pertinentes à sociedade colonial brasileira antes da independência, na primeira metade do século XIX.

Notadamente, há a influência do direito português no positivismo jurídico adotado pelo direito brasileiro.

Saindo do contexto histórico e emplacando a juridicidade contemporânea, resta patente e óbvio que as peculiaridades dimensionais e o formato de Estado que faz do Brasil uma federação, denotariam a existência de aspectos que diferenciariam os modelos aplicados nas duas nações em várias frentes, e isso não seria diferente na seara processual civil, o que poderia justificar como pressuposição do devido processo legal, porquanto tanto a norma ápice portuguesa quanto a brasileira deram à Declaração dos Direitos do Homem das Nações Unidas, significativa ênfase, balizando o que se conhece nos dois regimes constitucionais, por direitos e garantias fundamentais.

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL DO BRASIL E DE PORTUGAL

O laço de estreitamento entre as duas mais importantes normas de Brasil e Portugal, por uma questão de observância ao princípio da supremacia constitucional em vigência, diga-se de passagem, em ambos os sistemas jurídicos aqui analisados, faz com que passe a reverberar também nas hipóteses infraconstitucionais de normatização de direitos, atingindo, obviamente, o Direito Processual Civil de ambas as Nações.

É fato que a abordagem que se dá ao instituto do negócio jurídico processual ganha força com o advento da Lei 13.105 de março de 2015, muito embora já constasse no revogado diploma de 1973, dispositivo semelhante, *ex vi*, Art. 158 do CPC 1973, sem, contudo, possuir o

mesmo enfoque, especialmente no campo da aplicação prática, enfoque este, conseguido com a entrada em vigor do novel caderno, em março de 2016, após um ano de *vacatio legis*.

O Art. 190 do Código de Processo Civil, disciplina no modelo procedimental brasileiro, a possibilidade de as partes dialogarem com o propósito de ajuste situacional durante a tramitação processual, de modo que exista *interpartes*, o senso de entendimento quanto à necessidade ou não-obrigatoriedade da realização de determinados atos, sem que isso venha a ocasionar, *a posteriori*, um enfrentamento no que atine a eventuais argumentações acerca de nulidades do processo.

Frise-se que o mencionado Art. 190 do CPC vigente não possui natureza absoluta de manejo, devendo existir a compreensão entre os atores processuais de que, ainda que o diploma em vigor tenha garantido a participação dos envolvidos na discussão processual, máxime na parte alusiva à formatação do modelo procedimental a ser trabalhado, traz também em seu escopo algumas limitações à utilização do negócio jurídico processual em determinadas situações.

Essa ideia de autonomia de vontades goza do mesmo prestígio no direito luso, que não se limitando a um ou dois artigos como ocorre com o Código de Processo Civil brasileiro, apresenta situações dispersas no código processual civil português, que garantem a utilização do instituto ora discutido, possuindo semelhantes ressalvas no que concerne à mitigação de sua aplicabilidade em situações cujas atuações deliberadas das partes na condução do rito possam ser encaradas de maneira inoportuna, o que poderia ocasionar eventual nulidade do processo por inobservância ao devido processo legal, corolário dos chamados princípios fundamentais constitucionais do Direito Processual Civil brasileiro e que recebe igual grandeza no direito português.

Discorrendo sobre a plausibilidade da convenção processual entre as partes envolvidas em uma quezília processual, o escritor português, Rui Manuel de Freitas Rangel, assinala:

> "Estas convenções não mais do que verdadeiros contratos probatórios. Os contratos probatórios são convenções ou acordos processuais pelos quais as partes regulam o modo de produção de prova" (RANGEL, 2006, p. 189)

Em posição assemelhada, Rosa Maria de Andrade Nery, acerca do instituto do negócio jurídico processual, em harmonia com o entendimento do direito processual lusitano nos presenteia:

> Cria-se no processo um ambiente propício à proporcionalidade das pretensões deduzidas em juízo, que abre espaço para a compreensão do processo como um sistema semiaberto de normas, com cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados e conceitos determinados pela função, com todas as suas implicações estruturais e funcionais". (NERY, 2015, p. 261)

Inegavelmente, a influência do direito comparado para esta situação de pesquisa específica, no que atine ao instituto do negócio jurídico processual, resta demonstrada pelo modelo de aplicabilidade existente entre os dois modelos jurídicos, que enfrentam, praticamente, as mesmas temáticas, com a pertinência prática em modo muito similar e incidindo em restrições que muito se ambientam.

CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

Não se pode ignorar o fato de que alguns exercícios do negócio jurídico processual dentro do direito português esbarrariam em nosso direito pela simples inaplicabilidade procedimental, por exemplo, no caso do Código Processual Civil luso, que permite que parte do pedido seja analisado pela via estatal, enquanto a outra parte seria resolvida pelo juízo arbitral.

Em decorrência do axioma empregado pela Lei 9.307/96, que rege a Arbitragem no Brasil, tal situação seria incabível, porquanto ao elegerem um árbitro, as partes renunciariam à pretensão em juízo estatal, sendo verdadeira a reciproca, por força da redação do Art. 337, §6º do Código de Processo Civil brasileiro vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Há, contudo, mais consonância do que discordância entre os modelos adotados no Brasil e em Portugal, especialmente na parte concernente à possibilidade de as partes convencionarem na tramitação procedimental, incidindo em questões de competência, supressão de atos,

renúncia ao duplo grau de jurisdição, conforme a viabilidade demonstrada nas situações exemplificativas e consubstanciada na inexistência de norma de caráter impeditivo para a formalização do consenso.

Portanto, com o escopo de apresentar, ainda que de maneira muito sintética, a proximidade entre o direito brasileiro em comparação com o direito português, raciocina-se que há uma evidente harmonização entre os dois modelos legislativos, tanto no âmbito constitucional, quanto na parte alusiva às normas infraconstitucionais, especialmente na parte ligada à processualística cível, corroborando por oportuno o entendimento firmado na presente pesquisa, que encontra resultado de conformidade entre o que pensa o legislador brasileiro sobre o negócio jurídico processual comparando-o ao direito luso, dentro de um viés prático, face à liberalidade entre aos envolvidos na demanda, como atores definidores do caminho a ser percorrido para a consecução de uma decisão que de forma justa e efetiva, venha a ser proferida sem macular a disciplina processual e seus princípios.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17 mai de 2020.

BRASIL, 1996. Lei 9.307. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 07 jul de 2020.

BRASIL, 2015. Lei 13.105: Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 07 jul de 2020.

CARVALHO, Jorge Moraes. **O critério da disponibilidade na arbitragem, na mediação e noutros negócios jurídicos processuais. *in*: estudos em homenagem ao Prof. Doutor José**

Lebre de Freitas. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 831-860.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Fatos Processuais: atos jurídicos processuais simples, negócio jurídico processual (unilateral e bilateral), transação**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 64, p. 261-274, out./dez. 2015. Disponível em: <http://migre.me/wGEIa>. Acesso em: 19 maio 2017.

PORTUGAL, 1976. Constituição da República Portuguesa. Disponível em https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em 07 jul 2020.

PORTUGAL, 2013. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis. Acesso em 07 jul 2020.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil**. 3.ed., Coimbra: Almedina: 2006.

O CABIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA PELO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO ANIMAL

Caio Oliveira dos Santos

INTRODUÇÃO

Este estudo se destina a verificar a possibilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada, que é bastante utilizado no Direito de Família em relação aos filhos, nos casos envolvendo as disputas pela guarda de animais domésticos, levando em consideração o melhor interesse do animal.

Trata-se de tema muito íntimo do Direito de Família haja vista sua discussão incluir outros aspectos desse ramo do direito, como modelos familiares, divórcio, direitos e obrigações dele decorrentes, modalidades de guarda dos filhos menores e a guarda compartilhada destes como regra.

É de grande relevância o estudo da guarda compartilhada dos filhos, uma vez que inexiste norma específica que trate da guarda de animais domésticos, tampouco na modalidade compartilhada. Assim, resta a compreensão do tema da guarda compartilhada dos filhos para então adequar aos casos envolvendo animais domésticos.

A escolha do tema se justifica em face da evidente mudança na forma como a sociedade enxerga os animais, o que vem repercutindo nas decisões judiciais e na doutrina, como resultado da transição do antropocentrismo para o biocentrismo, como pretende-se demonstrar.

DESENVOLVIMENTO

Boa parte da doutrina e da jurisprudência não enxergam os animais enquanto sujeitos de direitos (HACHEN; GUSSOLI, 2017, p. 141). Essa visão explica-se pela lógica antropocêntrica que ainda permeia o ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o grande número de animais domésticos existente no Brasil, colocando-o no segundo lugar no mundo nessa categoria, tem desencadeado uma série de processos envolvendo questões relacionadas aos animais, inclusive disputas por guarda.

Alterações legislativas recentes resultaram em relativa flexibilização dos divórcios no Brasil. De acordo com o artigo 733 do Código Civil é possível realizar divórcio por escritura pública, lavrada em Cartório de Registro na presença de advogado. Basta que não haja nascituro nem filhos incapazes (BRASIL, 2002).

Nos casos em que há nascituro ou filhos incapazes ou não havendo consenso do casal em relação ao divórcio ou quaisquer questões relacionadas, este divórcio será realizado em juízo. Havendo consenso, mas diante da existência de nascituro ou filho incapaz, é possível que esse divórcio se dê por homologação judicial. Não havendo consenso, por meio de sentença (BRASIL, 2002). Seja, como for, percebe-se maior celeridade e flexibilidade no procedimento de divórcio, quando comparado com o Código Civil anterior.

Consequentemente, houve um aumento no número de divórcio nos últimos anos. Exemplo disso é que em 2017 esse número foi de 1 a cada 3 casamento (IBGE, 2018), representando um aumento de 8,3% em relação ao ano de 2016. Desse percentual de divórcio, houve também um aumento da taxa de divórcio com guarda compartilhada dos filhos incapazes, que subiu de 16,9% para 20,9%.

Diante de todo esse cenário no qual cresce o número de divórcio e consequentemente a discussão em torno da guarda dos filhos, considerando ainda o grande número de animais de estimação inseridos nos lares brasileiros, é compreensível que haja cada vez mais discussão em torno de quem seria responsável pelo animal de estimação após o divórcio.

Infelizmente, do ponto de vista legislativo, o Código Civil ainda se refere aos animais como sendo coisas. Exemplo disso é o artigo 445 que trata dos prazos para pleitear redibição, o parágrafo segundo em particular cita a venda de animais e os prazos para alegação de vício redibitório nos animais adquiridos (BRASIL, 2002).

Boa parte da jurisprudência também possui o mesmo entendimento, conforme se depreende do julgado em sede de Recurso Especial nº 1.713.167/SP no julgamento da Quarta Turma cujo Relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça.

> [...]decerto, porém, que coube ao Código Civil o desenho da natureza jurídica dos animais, tendo o referido diploma os tipificando como coisas – não lhes atribuiu a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica, não podendo ser tidos como sujeitos de direitos – e, por conseguinte, objeto de propriedade. (STJ. Resp. nº 1.713.167/SP. 4ª Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 19/06/2018. Dje. 09/10/2018).

Contudo, trata-se de uma visão muito limitada sobre os animais, que hoje são classificados por muitos estudiosos sobre o Direito Animal como sendo seres sencientes, ou seja, dotados de capacidade de sofrer, sentir dor, prazer ou felicidade (SINGER, 2013, p. 24). Ora, uma vez que do ponto de vista científico e biológico os animais há muito tempo não são vistos como coisas, é inconcebível que o ordenamento jurídico não tenha avançado no sentido de reconhecer a personalidade jurídica dos animais.

Sobre a guarda compartilhada de filho incapaz, trata-se da convivência deste com ambos os pais de forma isonômica. Contudo, isso não implica em ter dois lares, mas diz respeito ao poder de ambos os pais em decidir as questões relacionadas ao filho de forma isonômica, ainda que haja alguma diferença em relação ao tempo passado com um e com outro, visto que isso pode acontecer em observância ao melhor interesse da criança ou adolescente, nos termos do enunciado 603 da VII Jornada de Direito Civil que destaca: "a distribuição do tempo de convivência na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos" (CJF, 2015).

No que tange aos animais, foi dito que eles são vistos pelo ordenamento jurídico brasileiro como coisas. Todavia, tem-se percebido, uma mudança de paradigma da sociedade e na forma como esta visualiza os animais de estimação. Tanto que tem sido cada vez mais comuns ações envolvendo a guarda de animais domésticos que para as famílias não são coisas, mas entes queridos. Isso tem levado a jurisprudência a mudar também sua visão para com os animais e as relações destes com seus tutores. Exemplo disso é que no mesmo julgado acima mencionado, onde o Ministro Luis Salomão afirmou que o ordenamento jurídico brasileiro vê os animais como coisas, ele acrescenta:

> A despeito de animais, possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. O Judiciário necessita encontrar solução adequada para essa questão, ponderando os princípios em conflito, de modo a encontrar o resguardo aos direitos fundamentais e a uma vida digna. (STJ. Resp. nº 1.713.167/SP. 4ª Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 19/06/2018. Dje. 09/10/2018).

Assim, apesar da visão legal, o juízo reconhece a necessidade de ir além no sentido de assegurar uma existência minimamente digna a esses animais, resguardando-lhes direitos fundamentais. Contudo, deve-se destacar que, apesar de na guarda de filhos imperar o melhor interesse da criança, Chaves (2019, p. 21) destaca que não existe um conceito jurídico para o melhor interesse do animal e este não constituirá critério absolutamente preponderante em relação ao interesse dos pais. Deve-se, então, compatibilizar ambos os interesses. O que não ocorre na guarda dos filhos, em que o melhor interesse dos filhos é critério absoluto.

METODOLOGIA

Nesta pesquisa optou-se por adotar o método dedutivo que se utiliza de premissas, que por sua vez são reformuladas ou enunciadas posteriormente de modo explícito. No que tange aos métodos de pro-

cedimentos, optou-se por realizar pesquisa bibliográfica, cuja finalidade é "colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto" (MARCONI & LAKATOS, 2017, p. 183).

CONCLUSÃO

Analisou-se o instituto da guarda compartilhada e a possibilidade de aplicação nos casos envolvendo a disputa pela guarda de animais de estimação. Constatou-se que o tema já foi e ainda é objeto de discussão no judiciário brasileiro e que, não obstante a visão legal no sentido de que os animais são coisas, o judiciário avança no sentido de compreender a necessidade de se assegurar direitos fundamentais mínimos aos animais, mesclando o interesse do animal com os dos seus tutores. Além disso, em São Paulo, tal discussão já ocorre na própria Vara de Família e Sucessões, o que demonstra que a visão biocêntrica vem, pouco a pouco, avançando em face da visão antropocêntrica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado nº 603.VII Jornada de Direito Civil.** 2015. Disponível em:https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/832. Acesso em: 13 jun. 2019.

CHAVES, Marianna. 2016. **Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e de dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie.** Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066/2788> acesso em: 15 jun. 2020.

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro? **Revista Brasileira de Direito Animal - RBDA**, SALVADOR, V.13, N. 03, PP. 141-172, Set-Dez 2017, p. 141.

IBGE. **Registro Civil 2017: homens de 20 a 24 anos têm 11 vezes mais chances de morrer por causas externas do que as**

mulheres. Publicado em: 31/10/2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22879-registro-civil-2017-homens--de-20-a-24-anos-tem-11-vezes-mais-chances-de-morrer-por--causas-externas-do-que-as-mulheres> Acesso em: 13 jun. 2020.

MARCONI, Marina de Andrad; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia da pesquisa científica**. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2017.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. 2. ed. São Paulo: Martinsfontes, 2013.

STJ. **Resp. nº 1.713.167/SP.** 4ª Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 19/06/2018. Dje. 09/10/2018.

A ULTRAJE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EXERCIDA PELO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES NO BRASIL

Emanuelle Catherine da Fonseca Caneppele

Resumo: O princípio da proporcionalidade é um dos mais importantes do direito penal brasileiro e significa que a pena que o indivíduo sofrerá deve ser proporcional ao crime por ele cometido, ou seja, deve ser suficiente para repreende-lo para que este não reincida no ato. O Tráfico de Animais Silvestres no Brasil retira milhares de animais da natureza por ano, causando consequências para o próprio animal, meio ambiente e população. Neste contexto o presente trabalho possui o intento de demonstrar a desproporcionalidade da pena imposta ao tráfico de animais silvestres.

Palavras-chave: tráfico de animais silvestres; princípio da proporcionalidade; penas irrisórias.

Introdução

São vários os princípios que regem o direito penal brasileiro, mas um dos que possuem maior relevância é o denominado Princípio da Proporcionalidade, que consiste no fato de que a pena a ser imposta a determinado crime deve ser proporcional ao ato infracional cometido.

O Tráfico de Animais Silvestres é a terceira maior atividade ilícita do mundo, movimentando cerca de 3 bilhões de reais e retirando cerca

de 38 milhões de animais da natureza por ano no Brasil, segundo a Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres (RENCTAS – relatório nacional, 2001; RODRIGUES, P., 2020). Essa prática ilegal prejudica os ecossistemas brasileiros, a população e, principalmente, os animais que são retirados de seu habitat, sofrendo maus tratos durante o transporte.

O crime de tráfico de animais silvestres está previsto no art. 29, §1º, inciso III da Lei 9.605/98 com pena de detenção de seis meses a um ano e multa, sendo considerado um crime de menor potencial ofensivo, ou seja, com regime inicial em semi-aberto ou aberto.

Sendo assim, este trabalho apresenta a afronta ao princípio da proporcionalidade no que tange o crime do Tráfico de Animais Silvestres, demonstrando que este é um dos, se não o principal, problema deste ilícito.

Materiais e métodos

A pesquisa foi realizada por um ano e seis meses por meio de revisões bibliográficas e pesquisa empírica. E-mails foram enviados aos Batalhões de Polícia Militar Ambiental – BPMAs de todos os estados brasileiros, com o objetivo de obter informações atualizadas a respeito do tema e como as apreensões funcionam na prática. A tentativa de contato com Organizações Não Governamentais – ONGs que trabalham na área também foi realizada e, apesar de ambas tentativas terem gerado pouco retorno, o resultado foi satisfatório para se demonstrar a importância do tema a ser tratado.

Resultados e discussão

O modo como os animais são transportados – locais apertados, com pouco oxigênio e luz e extremamente sujos com as secreções destes – além de prejudiciais ao próprio animal, favorecem a proliferação de zoonoses, que podem ser levadas de um estado a outro ou de um país a outro que não estejam preparados para lidar com a mesma.

Os animais, além do transporte sem o mínimo de condições necessárias para sobrevivência, sofrem outros tipos de maus tratos, como aplicação inadequada de calmantes, bicos e penas machucadas e olhos

furados, com o intuito de não chamarem a atenção da fiscalização (ZAGO, D. C., 2008).

As leis brasileiras não impedem o tráfico da fauna de maneira suficiente, pelo contrário, os traficantes consideram as sanções que podem ser sofridas compensáveis em relação ao valor que recebem por cada animal, não em vão o Tráfico de Animais Silvestres é o terceiro maior crime existente no mundo (RENCTAS – Relatório Nacional, 2001).

Os preços de cada animal variam de acordo com a sua raridade. Quanto mais difíceis de encontrar, mais caros, ou seja, animais em extinção são os mais procurados e os mais rentáveis.

A tabela 1 ilustra o referencial do valor dos animais traficados no mercado internacional e a multa imposta ao traficante caso sofra apreensão do órgão competente. Isso prova que o valor recebido pelos traficantes por cada animal compensa em relação às multas que podem sofrer.

Nome do animal	Valor no mercado internacional	Valor da multa
Arara-azul-de-lear	U$60.000,00	R$5.000,00
Ararinha-azul	U$25.000,00	R$5.000,00
Mico-leão-dourado	U$20.000,00	R$5.000,00
Harpia ou gavião-real	U$20.000,00	R$5.000,00
Papagaio-cara-roxa	U$6.000,00	R$500,00
Arara-canindé	U$4.000,00	R$500,00
Arara-vermelha	U$3.000,00	R$500,00
Tucano-toco	U$2.000,00	R$500,00
Periquitambóia	U$2.000,00	R$500,00

Valores de cada animal extraídos do Relatório Nacional da RENCTAS, 2001 e lista dos animais em extinção, da Portaria MMA n. 444 de 17 de dezembro de 2014.

Os valores das multas estão previstos no Decreto n. 6.514/2008, sendo R$5.000,00 (cinco mil reais) para cada animal apreendido caso esteja na lista de animais ameaçados de extinção e R$500,00 (quinhentos reais) caso não faça parte dessa lista.

Vale ressaltar que o juiz do caso pode deixar de aplicar a multa de R$500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 24, §4º do Decreto 6.514/2008 e, segundo art. 29, §2º da Lei n. 9.605/1998, se o animal

estiver em guarda doméstica e também não estiver ameaçado de extinção, a pena do art. 29, §1º da mesma Lei, qual seja, detenção de seis meses a um ano e multa, pode não ser aplicada.

A pena possui a função de privação e restrição de algum bem jurídico com a tentativa de castigar o infrator a ponto de que o mesmo não queira reincidir no crime, evitando que o mesmo aconteça novamente (MASSON, C., 2017, p. 612). Porém, no caso do tráfico de animais silvestres a pena possui um efeito reverso, qual seja, ao invés de punir o agente de maneira suficiente para que não volte a agir criminalmente, o influencia e incentiva a fazê-lo, já que os valores recebidos por cada animal é demasiado superior às multas que podem chegar a enfrentar.

Os princípios, no Direito brasileiro, possuem a função de orientar regras gerais e devem ser respeitados desde a criação da norma, passando por sua interpretação, até a aplicação desta (CASTRO, C. B., 2012). Além disso, possuem o dever de nortear a aplicação da norma, o que faz com que um princípio tenha a capacidade de resolver um problema ou divergência conforme os valores do ordenamento jurídico (DIMOULIS, D., 2016, p. 192).

Pois bem, o princípio da proporcionalidade, conforme exposto anteriormente, é a existência de um equilíbrio entre a gravidade da conduta e a pena aplicada (BITENCOURT. C. R., 2012, p. 30). Considerando as consequências que o tráfico de animais silvestres gera e que em entrevista ao Ecoa, Dener Giovanini, coordenador geral da Renctas, afirma que os resgates realizados não chegam a meio por cento da real quantidade de animais comercializada (RODRIGUES, P., 2020), resta comprovada a lesão a tal princípio, já que a descarada desproporcionalidade da pena não é suficiente para cumprir a função da mesma.

Considerações finais

No presente trabalho fora realizada uma análise a respeito das consequências que a retirada de animais da natureza gera e dos valores de cada um no mercado ilegal, fazendo uma comparação à multa imposta em uma possível apreensão e correlacionando o tema ao princípio do direito penal denominado princípio da proporcionalidade.

Com a análise realizada comprova-se a ineficácia da pena imposta ao crime do tráfico de animais silvestres no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que o crime continue a ser praticado incessantemente, prejudicando o meio ambiente e ferindo de maneira exorbitante o princípio então tratado.

Conclui-se, portanto, que a legislação a respeito deste crime ambiental deve ser atualizada, impondo uma pena que seja eficaz e que cumpra a finalidade de prevenção e repressão para então respeitar este princípio fundamental para o direito penal brasileiro, qual seja, a proporcionalidade entre delito e pena.

Referências

1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre. Renctas, 2001. Disponível em: <*.renctas.org.br/sp-content/uploads/2014/02/REL_RENCTAS_pt_final.pdf*> Acesso em: 27. abril. 2019.

AMADO, F. **Curso de direito e prática ambiental**: v. 2. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral: 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei n. 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Brasília, DF. Disponível em: <*www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm*> Acesso em: 22. abril. 2019.

CASTRO, C. B. **Teoria geral dos princípios.** Disponível em: <*https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-104/teoria-geral-dos-principios/#:~:text=Um%20princ%C3%ADpio%20%C3%A9%20o%20fundamento,definidas%20em%20nenhum%20diploma%20legal.&text=Princ%C3%ADpios%20informam%2C%20orientam%20e%20inspiram,e%20d%C3%A3o%20origem%20a%20institutos.*> Acesso em 09. junho. 2020.

DIMITRI, D. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MASSON, C. **Direito Penal esquematizado**: parte geral: volume 1. Rio de Janeiro: Ed. Método, 2017.

Portaria MMA 444 de 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <*https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/biodiversidade/fauna-brasileira/avaliacao-do-risco/PORTARIA_N%C2%BA_444_DE_17_DE_DEZEMBRO_DE_2014.pdf*>. Acesso em 18. junho. 2020.

RODRIGUES, P. **A máfia dos bichos.** Ecoa, 2020. Disponível em: <*https://www.uol.com.br/ecoa/reportagens-especiais/trafico-no-brasil-tira-por-ano-35-milhoes-de-animais-da-floresta-e-gira-r-3-bilhoes/#tematico-13*> Acesso em 16. maio. 2020.

ZAGO, D. C. **Animais da fauna silvestre mantidos como animais de estimação**. 2008. Disponível em: <*http://jararaca.ufsm.br/websites/unidadedeapoio/download/Daniane.pdf*> Acesso em: 19. setembro 2019.

O SACRIFÍCIO DOS ANIMAIS NOS CULTOS RELIGIOSOS: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE ANIMAL E UNIVERSALIDADE

Caio Oliveira dos Santos

INTRODUÇÃO

O tema em análise decorre do conflito existente entre o direito à liberdade religiosa e direito a vida animal. Pretende-se, diante desse conflito, analisar criticamente o sacrifício de animais nos cultos religiosos e demonstrar de que forma essa prática viola os princípios da dignidade animal e da universalidade.

Pretende-se ainda apontar que a crueldade animal deve ser abolida não apenas por solidariedade ou para não causar desconforto nos seres humanos, mas com base no entendimento de que os animais são seres sencientes e devem ser considerados sujeitos de direitos.

Certamente, diante do conflito entre a vida humana e a liberdade religiosa não há dúvidas de que a vida humana, pressuposto básico para exercícios de todos os demais direitos, irá se sobrepor à liberdade religiosa e a tantos outros princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, aceitar o sacrifício de animais é menosprezar a vida animal e reiterar a lógica antropocêntrica, pela qual o homem se coloca como centro de tudo e num patamar de superioridade em relação a todas as demais vidas existentes no planeta.

DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal de 1988 no art. 5º inciso VI assegura o direito fundamental à liberdade religiosa (BRASIL, 1988) Com isso, o legislador constituinte impõe limites a si próprio, vez que o Estado brasileiro é laico, devendo haver separação entre governo e religião.

Por outro lado o legislador constituinte também impõe limites à sociedade, no sentido de assegurar a realização dos cultos religiosos e proporcionar ao povo um ambiente de respeito e compreensão, combatendo qualquer tipo de intolerância que venha a cercear a liberdade religiosa de alguém. Sobre o tema, Jorge Miranda (2000, p. 409) lecionou:

> A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinar crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis.

Assim, o Estado deve propiciar que as pessoas exerçam a sua fé e realizem os seus cultos com liberdade e segurança.

Por outro lado, a Constituição Federal também prevê em seu artigo 225 o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como precisamente em seu inciso VII atribui ao Estado e à sociedade o dever de "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade" (BRASIL, 1988). Portanto há claramente um conflito entre dois direitos constitucionais: a liberdade religiosa e a proteção da fauna, por meio da vedação à crueldade animal.

Em 2004 foi editada lei estadual, a Lei nº 12.131/2004, que inseriu nova redação à Lei nº 12.131/2004 autorizando o sacrifício animal em cultos de religiões de matriz africana. O referido dispositivo foi acusado de inconstitucional resultando no Informativo 935, cujo trecho segue transcrito:

> É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que discutida a constitucionalidade da Lei estadual 12.131/2004, que acrescentou o parágrafo único (1) ao art. 2º da Lei 11.915/2003 do estado do Rio Grande do Sul (Código Estadual de Proteção aos Animais) (STF. Informativo 935. Plenário. J. 10/08/2018)

Assim, por meio do referido informativo o Supremo Tribunal Federal afasta a inconstitucionalidade da Lei Estadual em comento e reitera o direito dos religiosos realizarem o sacrifício de animais em privilégio ao direito à liberdade religiosa e ao direito de crença.

Ocorre que o Direito Animal possui alguns princípios norteadores, dentre eles estão o princípio da dignidade animal e da universalidade. Ambos foram extraídos do art. 225 da Constituição Federal de 1988. São princípios importantes que devem ser cuidadosamente analisados.

No que tange ao princípio da dignidade animal, este visa promover uma nova análise dos status jurídicos dos animais não-humanos, no sentido de reconhecer que os animais são dignos de proteção e respeito, bem como a imposição ao poder público e a sociedade de limites, vedando a utilização de práticas cruéis.

Deve-se ter em mente que os animais são seres sencientes, ou seja, eles são capazes de sentir dor, prazer, e felicidade. Sobre essa capacidade de sentir dos animais, Peter Singer leciona:

> Os animais são capazes de sentir dor. Como vimos anteriormente, não há justificativa moral para considerar que a dor (ou o prazer) sentida pelos animais seja menos importante do que a mesma intensidade de dor (ou prazer) experimentada por seres humanos (SINGER, 2013, P. 24).

Assim, a vedação a crueldade animal não deve se dá por conta da compassividade do homem, mas pelo reconhecimento de que os

animais são capazes de sofrer e devem ter sua dignidade reconhecida e respeitada. Nesse sentido, Ataíde Júnior leciona:

> [...] Da regra constitucional da proibição da crueldade – e dos princípios que também emanam do mesmo dispositivo constitucional, como o princípio da dignidade animal e o princípio da universalidade – é que exsurge o direito fundamental animal à existência digna. É direito fundamental – e não apenas objeto de compaixão ou de tutela –, porquanto é resultado da personalização e positivação do valor básico inerente à dignidade animal [...] (ATAÍDE JUNIOR, 2018)

Assim, é com fundamento nos princípios da dignidade animal e no princípio do universalismo ou universalidade, que proíbe-se a crueldade animal. Esses princípios são resultado de uma nova forma de ver o direito animal, porque durante muito tempo os animais foram vistos como coisas e a ideia de não se permitir a crueldade animal estava muito mais voltada a evitar o desconforto humano do que a respeitar a dignidade do animal. Logo, os animais não eram reconhecidos como sujeitos de direitos.

É também com base no princípio da dignidade animal que a Lei 9.605/1995 em seu art. 32 criminaliza a prática de maus-tratos a animais e é com base no princípio da universalidade que todos os animais são sujeitos do direito fundamental a uma existência digna (ATAÍDE JÚNIOR, 2018) como uma decorrência do próprio texto constitucional com amparo no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Contudo, na prática, essa visão biocêntrica ainda não é uma unanimidade na doutrina e nem na jurisprudência (HACHEN; GUSSOLI, 2017, p. 141). Prova disso é o entendimento jurisprudencial que homenageia o direito de crença em detrimento do direito a dignidade animal.

METODOLOGIA

A metodologia empregada no presente estudo se ampara na pesquisa bibliográfica por meio de livros, revistas, artigos que abordem o tema e que possibilitem a sistematização das ideias centrais e o desen-

volvimento do estudo a partir dessas ideias, servindo como fundamento dos argumentos levantados.

CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa restou evidenciada a importância da proteção constitucional dada ao direito de liberdade religiosa, de crença e a realização dos cultos religiosos. Contudo, não obstante se reconheça essa importância, entende-se que alguns direitos precisam ser sopesados quando em conflito com outros direitos ou princípios constitucionais.

Como demonstrado, o texto constitucional protege a vida em todas as suas formas, de modo que, assim como é impensável se permitir a subtração da vida humana com fundamento do direito à liberdade religiosa e o direito de consciência e de crença, deve, na mesma medida, ser inconcebível a permissão da subtração de qualquer forma de vida sob o mesmo pretexto.

REFERÊNCIAS

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao direito animal brasileiro. **Revista brasileira de Direito Animal, Salvador**, v. 13, n. 3, set.-dez. 2018. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/28768. Acesso em: 4 jul. 2020.

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro? **Revista Brasileira de Direito Animal - RBDA**, SALVADOR, V.13, N. 03, PP. 141-172, Set-Dez 2017, p. 141.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, direitos fundamentais. 3 ed. rev. atual. Coimbra Editora. 2000.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. 2. ed. São Paulo: Martinsfontes, 2013.

STF. **Informativo 935**. Plenário em sede de RE 494601/RS, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9.8.2018.

O PORQUÊ DE HOSPITAIS VETERINÁRIOS PÚBLICOS NO BRASIL

Carolina Soares Hissa
Veronica Trindade Costa Póvoa
Pollyanna Christina Gonçalves Sobrinho Zandonai

Os animais têm obtido cada vez mais espaço nas questões cotidianas dos cidadãos e o respeito a eles é marca de uma sociedade ética que reflete no bem comum de todos. Neste contexto, a sanidade dos animais domésticos é tema de significativa importância, especialmente porque interfere diretamente no equilíbrio do meio ambiente, no bem-estar dos animais e na saúde pública.

Os pets (do inglês: animal de estimação, isto é, animal favorito) convencionais, em especial gatos, cachorros e aves cantoras e ornamentais, são, para o direito brasileiro, assim como os demais animais, bens semoventes, ou seja, coisas que se movem sozinhas.

Segundo dados da ABINPET (Associação Brasileira da indústria de produtos para Animais de Estimação), o Brasil tem a segunda maior população dos animais supramencionados, além de ser "o terceiro maior país em população total de animais de estimação. São 54,2 milhões de cães, 23,9 milhões de gatos, 19,1 milhões de peixes, 39,8 milhões de aves e mais 2,3 milhões de outros animais. O total é de 139,3 milhões de pets" (ABINPET, 2018, *ONLINE*).

A UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), ainda em 1978, elaborou a Declaração Universal

dos Direitos dos Animais. Porém, no Brasil, a referida Declaração não tem força jurídica, pois não foi aprovada pelo Congresso, tampouco ratificada pelo Presidente da República.

Assim, a instalação de um hospital veterinário público se baseia em uma estratégia que visa compreender e resolver os problemas contemporâneos de saúde criados pela convergência humana, animal e ambiental, conceito conhecido como "Saúde Única" (CFMV, *ONLINE*). Esta abordagem vem incentivar a atuação conjunta para atingir uma saúde ótima para as pessoas, animais e ambiente.

Por fim, os animais domésticos são tutelados pelo Estado, e sua proteção é assegurada pelo artigo 225, *§ 1º, VII* da Constituição Federal, assim como pelo artigo 32, da Lei de Crimes Ambientais (nº 9.605/1998). Em âmbito municipal (Goiânia – GO) a Lei nº 9.843 de 09/06/2016, estabelece sanções e penalidades administrativas para aqueles que praticarem maus-tratos aos animais. Ressalta-se também a lei 10.290/2018 que cria o Fundo Municipal de proteção e Bem Estar Animal, a qual está com efeitos suspensos por medida cautelar, com eficácia *ex nunc*, deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade em tramitação no TJ-GO.

Em âmbito federal há o Projeto de Lei nº 1374/2015, apresentado pelo deputado Antônio Goulart (PSD-SP) que na ementa institui Hospitais Públicos Veterinários e Postos de Saúde para atendimento de animais. No entanto tal projeto encontra-se apensado aos PL 5236/2009 (que estabelece o controle populacional e de zoonoses de cães e gatos, proibindo o extermínio de animais domésticos excedentes ou abandonados) e PL 215/2007 (que institui o Código Federal de Bem-Estar Animal). Todos estes Projetos de Lei estão em tramitação no Congresso Nacional, sendo que o PL 215/2007 que apensou todos os demais está aguardando criação de Comissão Temporária pela MESA.

No primeiro semestre de 2019, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a dignidade dos animais não humanos (REsp 1.797.175-SP, Rel. Min. Og Fernandes, por unanimidade, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019), a decisão integra o informativo 645 do STJ, o que é um grande passo para o desenvolvimento do direito dos animais.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, reconhece e atribui o status de coisa aos animais, em conformidade com o Código Civil pátrio, porém não deixa de reconhecer, também, a senciência dos animais não humanos.

Fato é que os animais não humanos também são titulares de direitos, incluindo aí, o direito à assistência veterinária. Logo, a disponibilidade de serviços públicos veterinários é essencial, tendo como principal objetivo o atendimento com dignidade e respeito, de modo gratuito e universal.

Vejamos sob a ótica da saúde no Brasil que passou a ser um direito de todos e um dever do Estado, na promulgação da Constituição Federal de 1988, e foi através da instituição do SUS pela lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, que aconteceu a integração e descentralização das atividades de saúde entre as três esferas do governo (Federal, Estadual e Municipal) voltadas à proteção, recuperação e livre acesso à Saúde. Foram incluídas no campo de atuação do SUS, a execução de ações de: vigilância sanitária e epidemiológica, saúde do trabalhador; fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas, para consumo humano.

A vigilância epidemiológica, portanto, é uma das ciências bases da Saúde, que tem como objetivo conhecer as condições ambientais e gerais de Saúde da população através: da coleta, processamento e análise de dados; organização e operacionalização dos serviços de Saúde; definição do perfil demográfico e o perfil de morbimortalidade em relação às doenças agudas e crônico-degenerativas; fornecimento de orientação técnica para os profissionais de Saúde; e divulgação das informações pertinentes.

A partir desta perspectiva geral do quadro da Saúde Pública no Brasil, a Saúde Pública veterinária incide no bom emprego do conhecimento do profissional Médico Veterinário para a proteção e promoção da saúde humana, sendo incluído como categoria profissional de saúde através das resoluções nº 038/1993 e nº 287/1998. Daí a importância desse profissional no contexto geral da saúde no Brasil, e por óbvio, ele é peça central no funcionamento de um hospital veterinário.

Há um projeto em andamento para a implementação de um hospital veterinário público em Goiânia – GO. Em 2019, o então Prefei-

to Iris Rezende autorizou o início das obras da Unidade Ambiental de Saúde e de Bem Estar Animal. Dada a longa demora, a AMMA (Agência Municipal do Meio Ambiente) foi questionada acerca da entrega do hospital, e informou que estaria pronto no primeiro semestre de 2020 (ANDA, online, 2020), o que não aconteceu.

A pesquisa tem por método o dedutivo, de natureza aplicada, com abordagem quali-quantitativa, quanto aos objetivos explicativa e quanto aos procedimentos utiliza-se as técnicas bibliográfica e documental; o lapso temporal enfocado é o de 2020.

Levando em consideração as dignidades da pessoa humana e dos animais não humanos e no dever que o Estado brasileiro tem de assistir os animais não humanos, a solução já foi apresentada: implementação de hospitais veterinários públicos. No entanto tal dever não tem sido observado. Os projetos estão tardando a sair desta fase.

Referências:

ABINPET - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. **Informações gerais do setor Pet: A Indústria Pet e seus números**. Disponível em: <http://abinpet.org.br/infos_gerais/>. Acesso em: 31 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). RECURSO ESPECIAL: REsp nº 1.797.175-SP. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília – DF, 21/03/2019. DJe 28/03/2019.

CÃES e gatos não possuem atendimento veterinário gratuito em Goiânia (GO). **ANDA – Agência de Notícias de Direitos Animais: informar para transformar,** 16 mar. 2020. Notícias. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2020/03/caes-e-gatos-nao-possuem-atendimento-veterinario-gratuito-em-goiania-go/>. Acesso em: 01 jul. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. **Saúde Única**. Disponível em: <http://portal.cfmv.gov.br/site/pagina/index/artigo/86/secao/8>. Acesso em 02 jul. 2020.

FREIAS, Ingrid Letícia Pereira. ***O Papel do Médico Veterinário em Saúde Pública*. 2019. 45f**. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Rondônia, Rolim de Moura. 2019. Disponível em: <http://ri.unir.br/jspui/handle/123456789/2838>. Acesso em: 03 jul. 2020.

GOIÂNIA. **Lei Municipal nº 10.239, de 05 de setembro de 2018**. Dispõe sobre a instituição e funcionamento da Unidade Ambiental de Saúde e Bem-Estar Animal, no Município de Goiânia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.goiania.go.gov.br/html/gabinete_civil/sileg/dados/legis/2018/lo_20180905_000010239.html>. Acesso em 01 jul. 2020.

GOIÂNIA. **Lei municipal nº 10.290, de 12 de dezembro de 2018**. Cria o Fundo Municipal de Proteção e Bem-Estar Animal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.goiania.go.gov.br/html/gabinete_civil/sileg/dados/legis/2018/lo_20181212_000010290.html> Acesso em 01 jul. 2020

DIMENSÕES JURÍDICAS DOS DIREITOS HUMANOS – VOL. 2

Alessandra Bentes Teixeira Vivas, Daniel Machado Gomes, Eduardo Antônio Klausner, Luis Antonio Reis Júnior (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Setembro de 2020