



04, 05 e 06 de novembro de 2019

ANAIS

Data

04 a 06 de novembro de 2019

Fundação de Ensino Superior de Cajazeiras – FESC

Mantenedora

Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC

Mantida

Dom Francisco de Sales Alencar Batista

Presidente da FESC

Pe. Josinaldo Pereira de Lima

Diretor Geral da FAFIC

Pe. Severino Elias Neto

Diretor Acadêmico da FAFIC

Prof. Antônio Braz Rolim Filho

Diretor Executivo

Pe. Antônio Sérgio Mota da Silva

Diretor de Relações Institucionais

Joelma Pereira Bezerra Dias

Coordenadora Pedagógica

Flávio Franklin Ferreira de Almeida

Coordenador do NEPA

Celda Rejane Ferreira

Secretária Geral da FAFIC

Prof. Antônio Braz Rolim Filho

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Éverton Gonçalves Moraes

Coordenador do CONDIF

Maria do Carmo Gonçalves Rolim

Revisão Textual

COMISSÃO CIENTÍFICA

Prof. Éverton Gonçalves Moraes
Prof. Antônio Braz Rolim Filho
Prof. Francisco Paulino Júnior
Prof. José Antônio Albuquerque Filho
Prof. Josenildo Alves Formiga
Prof. Raul Gonçalves Holanda Silva
Prof. Kyeve Moura Maia
Prof. Wesley Rodrigues Dutra
Prof^a Cristiana Russo Lima da Silva

COMISSÃO ORGANIZADORA

Gervásio Eufrazino Teixeira
Jórya Arruda Xavier
Joanselma das Neves Medeiros Freitas
Kariny Macêdo Duarte
Gisanny da Silva Lira
Mayara Mabel Soares de Souza
Sara Pinheiro de Figueiredo
Thalyta Oliveira Costa
Solon Alexandre de Moraes

COMISSÃO GERAL

Prof. Antônio Braz Rolim Filho
Diretor Administrativo e Coord. do Curso de Direito

Prof. Éverton Gonçalves Moraes
Coordenador do Evento

Os resumos e artigos aqui publicados são de inteira responsabilidade de seus autores, e não expressam, necessariamente, a opinião desta Comissão Científica.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Pedro Bosco da Silva – Bibliotecário/Documentalista - CRB 15/376
Faculdade de Filosofia Ciência e Letras de Cajazeiras - FAFIC

C749

Anais do III Congresso de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e
Letras de Cajazeiras / Organizador Éverton Gonçalves Moraes –
Cajazeiras-PB: FAFIC, 2019.

1.154fl.

1. Autonomia Privada. 2. Dignidade Humana. 3. Direito Privado.
I. Moraes, Everton Gonçalves. II. Título.

CDU: 34(813.3)

APRESENTAÇÃO

A quem diga que os ideais são o alimento da alma dos tolos, já que os sábios trilham o caminho do que é ao menos provável.

Será que essa máxima faz realmente sentido?

Há pouco mais de três anos, idealizamos realizar o maior evento jurídico da região em nossa cidade, em nossa Faculdade e vinculado ao nosso Curso de Direito. Tudo era desafiador, a começar pelo orçamento para tanto. Contudo, como Professores, somos entusiastas natos do possível, da transformação e do saber como libertação.

Rompemos barreiras geográficas, trazendo ao Alto Sertão da Paraíba os maiores nomes nacionais da ciência jurídica. Desconstruímos pilares, conceitos e pré-conceitos, abordando em nossos debates temas considerados sensíveis ou mesmo inadequados para muitos.

O Congresso de Direito Da FAFIC – CONDIF, aquele ideal quase impossível de ser conquistado outrora, hoje comemora sua terceira edição, demonstrando que a força do trabalho de sua comissão gestora desconhece barreiras.

Nosso mais sincero agradecimento aos docentes, alunos, participantes e, especialmente, ao maestro – como o tenho chamado – Prof. Everton Moraes, coordenador geral do evento.

O CONDIF é realidade e os trabalhos a seguir apresentados demonstram o amadurecimento científico de nosso discentes.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Cidade de Cajazeiras da Paraíba, final de dezembro de 2019.

Prof. Antônio Braz Rolim Filho

Coordenador do Curso de Direito

SUMÁRIO

GT 01 – Linha 05: Propriedade Privada: Liberdade Econômica e Meio Ambiente.....	12
A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE UMA EXCLUDENTE DE ILICITUDE EM FACE DE UMA AGRESSÃO AO MEIO AMBIENTE	14
ASPECTOS JURÍDICOS NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: uma revisão.....	23
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL	34
TRIBUTAÇÃO VERDE: a aplicação da tese da reciclagem de receitas como forma de promover a preservação ambiental	49
OS LIMITES DA EXPLORAÇÃO AMBIENTAL E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO APLICANDO O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	58
EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS COISAS COM ÊNFASE NAS MODALIDADES DE USUCAPIÃO	72
A PROBLEMÁTICA DA APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE TERRAS FRENTE A IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE PRIVADA	83
COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – TRANSFUSÃO DE SANGUE EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: PARA ALÉM DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS.....	96
A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO STF	113
A RELAÇÃO DA RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA COM O PROCESSO DE LOGÍSTICA RESERVA	128
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA CAPACIDADE CIVIL	140
DIREITO À INTIMIDADE E A PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	150
RESTRIÇÃO ESTATAL SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA E O DIREITO À INDENIZAÇÃO JUSTA.....	161
O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DA PESSOA TRANS, FRENTE AOS OBSTÁCULOS PARA ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO GÊNERO NO BRASIL	174
REVENGE PORN: ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS SOCIOJURÍDICAS À “CYBER VINGANÇA” E A PROTEÇÃO AO DIREITO DA PRIVACIDADE DAS VÍTIMAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	189
GT 03 – Linha 02: Consumo, Contratos e Responsabilidade Civil	202
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SUPERMERCADOS DE CAJAZEIRAS-PB, PELO CRESCIMENTO DE SACOLAS PLÁSTICAS E CONSEQUENTE AO DANO AMBIENTAL	204
OS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS FRENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	213
ABANDONO AFETIVO: (in) possibilidade de indenização frente ao ordenamento jurídico brasileiro	226
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS EM REDES SOCIAIS	236

O DESENVOLVIMENTO DO EMPREENDEDORISMO E DAS TÉCNICAS JURÍDICO-DIGITAIS NO ÂMBITO DO DIREITO MODERNO	246
NOVOS ARRANJOS FAMILIARES CONTEMPORÂNEOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	256
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM ÂMBITO FAMILIAR SOB PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO	269
O NASCITURO E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS	285
A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i> À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR	296
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO EXISTENCIAL DECORRENTE DOS CASOS DE REVENGE PORN NO BRASIL .	312
DIREITO E LITERATURA: A OBRA SHESPEREIANA “O MERCADOR DE VENEZA” (1596): ANÁLISE DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS E O DIREITO COMERCIAL NO CLÁSSICO	327
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR FAMÍLIAS POLIAFETIVAS NO BRASIL	336
A ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS INFERÊNCIAS NOS CASOS DE DISPUTA DE GUARDA.....	347
SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL	363
POLIAMOR: OS DESAFIOS SOCIAIS E A LUTA POR DIREITOS CONSTITUCIONAIS	375
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ATO DE INFIDELIDADE.....	387
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO OU FATO DE OUTREM.....	400
A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL (12.318 DE 2010) E SEUS DESDOBRAMENTOS NO ÂMBITO FAMILIAR.....	412
GT 04 - Linha 01: Dignidade da Pessoa Humana, Arranjos Familiares e Direito Sucessório	421
A EVOLUÇÃO DO GRUPO FAMILIAR: A Proteção à Dignidade dos Casais Homossexuais.....	423
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATUAL CONCEITO DE FAMÍLIAS À LUZ DA AFETIVIDADE	432
OS OBSTÁCULOS À ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	442
ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS: O ENTENDIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO X O PRECONCEITO SOCIAL	456
O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS ENTIDADES FAMILIARES POLIAFETIVAS NO BRASIL	468
RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS	482
A EFICÁCIA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO IDOSO NO CONTEXTO FAMILIAR E SOCIAL	493

A RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE O ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL	510
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL	519
A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL.....	533
ANÁLISE ACERCA DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E SUA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	540
ALIENAÇÃO PARENTAL E GUARDA COMPARTILHADA: A RELAÇÃO FAMILIAR EM QUESTÃO	551
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS EM DECORRÊNCIA DAS FAKE NEWS DIVULGADAS EM SUAS PLATAFORMAS QUANDO VIOLADORAS DE DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	563
DIREITO DAS SUCESSÕES: União Estável e a Análise do Art.1790 do Código Civil	573
CONSEQUÊNCIAS TRAZIDAS COM O NOVO CÓDIGO CIVIL SOBRE A QUESTÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO	584
A TEORIA DA IMPREVISÃO E A SUA NÃO CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS CONTRATOS	593
EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA DO CASAMENTO DE MENORES DE 18 (DEZOITO) ANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	608
GT 05 – Linha 04: Liberdade Econômica, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Trabalhistas.....	620
DIREITO AO ESQUECIMENTO VIRTUAL DIANTE DO DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE: HAVERÁ UM MEIO TERMO?	621
PROCESSO DE NEGAÇÃO DOS TRABALHADORES POR PROBLEMAS RELACIONADOS PELAS DOENÇAS OCUPACIONAIS.....	640
EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E REFLEXÕES GERAIS ACERCA DAS MUDANÇAS NA JORNADA 12X36 APÓS A REFORMA TRABALHISTA	649
RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS NA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO	660
A MITIGAÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR EM FACE DO CUMPRIMENTO DE METAS ESTABELECIDAS PELAS EMPRESAS DE SALÕES DE BELEZA	672
ADOÇÃO “À BRASILEIRA”: uma análise acerca da (in) possibilidade jurídica de seu reconhecimento à posteriori	683
A EVOLUÇÃO DO TRABALHO DAS MULHERES: EXPLORAÇÃO DE SEUS CORPOS EM CONTRASTE COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	695
FAKE NEWS: As Consequências da Ampla Divulgação de Notícias Falsas na Internet e as Possibilidades de Responsabilização Civil	709
AS INTERFACES DO SALÁRIO-FAMÍLIA E A SUA EFICÁCIA NA VIDA DOS BENEFICIÁRIOS	722

TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: TRANSFORMAÇÕES ACERCA DA TUTELA DE EVIDÊNCIA E APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO.....	732
GT 06 – Linha 03: Direitos da Personalidade, Autonomia da Vontade e Limites Éticos	745
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA CAPACIDADE CIVIL	747
NEURODIREITO E AUTONOMIA DA VONTADE: UMA REVISÃO INTEGRATIVA NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL.....	757
ECONOMIA COMPORTAMENTAL E DIREITO: A RACIONALIDADE EM MUDANÇA.....	762
OS MOVIMENTOS DE REESTRUTURAÇÃO DE MOVIMENTOS ÉTNICO- RACIAL E O DIREITO A IGUALDADE TUTELADO	770
O RECONHECIMENTO DO VALOR JURÍDICO DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE HUMANA	782
IMPORTÂNCIA DA LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS NO ENSINO SUPERIOR E AS EVIDÊNCIAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	799
ANÁLISE DA RESISTÊNCIA DOS CARTÓRIOS DO INTERIOR DO CEARÁ EM REGISTRAR E RECONHECER AS UNIÕES HOMOAFETIVAS	808
LIBERDADE: ELA REALMENTE EXISTE OU SE TORNOU UMA PRÉ- DETERMINAÇÃO JURÍDICA?.....	828
DIREITO À EDUCAÇÃO EM FACE DA PESSOA COM AUTISMO	838
UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DOS LIMITES ÉTICOS FRENTE AO PERFIL DE PESSOAS LGBTs E OS DESAFIOS PARA A SUA EFETIVAÇÃO	848
AUTONOMIA DA VONTADE E A DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO EM MEIO ÀS LIMITAÇÕES LEGAIS.....	863
VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM EM DETRIMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO.....	873
ACESSO À EDUCAÇÃO JURÍDICA: PELA INCLUSÃO DO ENSINO JURÍDICO NA GRADE CURRICULAR REGULAR	885
REFLEXÕES SOBRE A ALTERAÇÃO DO NOME CIVIL APÓS O FIM DO CASAMENTO	892
IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL EM FUNÇÃO DO ELEVADO ÍNDICE DE PLÁGIO ACADÊMICO E DE MARCAS	901
A MORTE HUMANIZADA COMO RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: Dilemas e Confrontos do Instituto da Eutanásia e Semelhantes	909
GT 07 – LINHA 07- ARTIGOS	922
OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO UMA ALTERNATIVA PARA O DESAFOGAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO.....	924

A PRATICIDADE DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS DE PACIFICAÇÃO SOCIAL DE LITÍGIOS: CARACTERÍSTICAS, PROCEDIMENTOS E LEGALIDADE	939
ACESSO À JUSTIÇA E MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	953
ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DO CONCEITO DOUTRINÁRIO DE MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH APLICADO AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	963
MOROSIDADE PROCESSUAL: COMO A JUSTIÇA PODE FAZER USO DOS INSTRUMENTOS DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PARA REDUZIR O ACÚMULO DE PROCESSOS NO ÂMBITO JURÍDICO	977
OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA: UMA DISCUSSÃO ACERCA DE TEMAS CONTEMPORÂNEOS	988
CELERIDADE DOS PROCESSOS CÍVEIS E OS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ALTERNATIVOS.....	1001
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) E O ACESSO À JUSTIÇA	1011
MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROMOÇÃO DE JUSTIÇA	1025
MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E A ARBITRAGEM COMO EQUIVALENTES JURISDICIONAIS	1039
O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO: PACIFICANDO E PREVENINDO A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR	1048
OFERTA DE ALIMENTOS SOB O CRIVO DA AFETIVIDADE	1060
OS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E SUA EFICÁCIA EM RELAÇÃO AOS MÉTODOS JUDICIAIS.....	1069
A ARBITRAGEM, A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS MUNICÍPIOS DA PARAÍBA QUE TIVERAM SUAS COMARCAS DESINSTALADAS.....	1080
GT 02 – Linha 06: Propriedade Intelectual, Direito Autoral e Propriedade Industrial	1092
STREAMING E A FALTA DE ESPECIFICIDADE DA LEI	1093
GT 04 - Linha 01: Dignidade da Pessoa Humana, Arranjos Familiares e Direito Sucessório	1096
O NASCITURO E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS	1097
RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E OS OBSTÁCULOS NO PROCESSO DE ADOÇÃO	1101
INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO	1105
DISCUSSÕES ACERCA DAS DISCRIMINAÇÕES QUANTO AOS FILHOS ADOTIVOS DE CASAIS HOMOAFETIVOS NO NÚCLEO SOCIAL.....	1109
O OBSTÁCULO ANTROPOLÓGICO DO ACESSO À JUSTIÇA	1113
O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	1117

A USUCAPIÃO FAMILIAR E O ABANDONO DO LAR	1120
GT 05 – Linha 04: Liberdade Econômica, Dignidade da Pessoa Humana	1125
A VALIDADE DAS CRIPTOMOEDAS COMO MOEDA FIDUCIÁRIA	1126
A NOVA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA FRENTE A DESBUROCRATIZAÇÃO DOS ALVARÁS E LICENÇAS	1130
GT 06 – Linha 03: Direitos da Personalidade, Autonomia da Vontade e Limites Éticos	1134
EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ENSINO REGULAR NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL	1135
DISCUSSÃO ACERCA DA EUTANÁSIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	1140
GT 07 – Linha 07: Autonomia Privada, Mediação, Conciliação e Resolução Conflitos	1144
A EUTANÁSIA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	1145
TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....	1149
A EFICÁCIA DOS SERVIÇOS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA FAFIC, ENQUANTO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA.....	1152

GT 01 – Linha 05: Propriedade Privada: Liberdade Econômica e Meio Ambiente**Coordenador:** Prof. José Antônio Albuquerque Filho

TÍTULO	AUTORES/ORIENTADOR
A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE UMA EXCLUDENTE DE ILICITUDE EM FACE DE UMA AGRESSÃO AO MEIO AMBIENTE	SOUSA, JAMILLA CRUZ DE CAETANO, RENATA DE SOUZA DANTAS, JOSEPH RAGNER ANACLETO FERNANDES (Orientador)
ASPECTOS JURÍDICOS NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA REVISÃO	QUEIROZ, FRANCISCO KLEBER DE MACÊDO SOUSA, ERMESON LIRA DE JUNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL	BEZERRA, RAFAEL CIPRIANO BEZERRA, RODOLFO CIPRIANO DANTAS, JOSEPH RAGNER ANACLETO FERNANDES (Orientador)
TRIBUTAÇÃO VERDE: A APLICAÇÃO DA TESE DA RECICLAGEM DE RECEITAS COMO FORMA DE PROMOVER A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL.	MACÊDO, MATHEUS RANGEL DE LEITE, RENAN SAMPSON VILLAROUCA FREITAS MEDEIROS, JUCIÊ FERREIRA DE (Orientador)
OS LIMITES DA EXPLORAÇÃO AMBIENTAL E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO APLICANDO O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	SOUSA, ANA MARIA MADALENA DE OLIVEIRA MOREIRA, TEREZINHA VERÍSSIMO DE SOUSA MORAES, ÉVERTON GONÇALVES (Orientador)
EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS COISAS COM ÊNFASE NAS MODALIDADES DE USUCAPIÃO	LUXDÊI, IZAQUE SILVA, JOSÉ RAUL BATISTA DA QUIRINO, CÍCERO ERNANY ALVES (Orientador)
A PROBLEMÁTICA DA APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE TERRAS FRENTE A IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE PRIVADA	FERREIRA, MARCOS ANDRADE LINS, ANNA BEATRIZ ABREU OLIVEIRA, LEONARDO FIGUEIREDO DE (Orientador)
COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – TRANSFUSÃO DE SANGUE EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: PARA ALÉM DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS	MORAIS, SOLON ALEXANDRE DE ALMEIDA, WEBERTONE SILVA DE
A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO STF	MARQUES, LOUISE HERMANIA DE OLIVEIRA SILVA, LUCIANO DO NASCIMENTO
A RELAÇÃO DA RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA COM O PROCESSO DE LOGÍSTICA RESERVA	OLIVEIRA, ROBERTA LÍGIA DUARTE DE SOUSA, JACIANA FRANCISCA VALDIVINO DE DANTAS, JOSEPH RAGNER ANACLETO FERNANDES (Orientador)

<p>CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA CAPACIDADE CIVIL</p>	<p>PASSOS, ALINE MOREIRA OLIVEIRA, JESSICA ARAÚJO JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)</p>
<p>DIREITO À INTIMIDADE E A PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL: EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</p>	<p>SOUSA, CAMILA BEZERRA DE SILVA, MARIA IMACULADA BESERRA DA DANTAS, JOSEPH RANGER ANACLETO FERNANDES (Orientador)</p>
<p>RESTRIÇÃO ESTATAL SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA E O DIREITO À INDENIZAÇÃO JUSTA</p>	<p>MONTE, ISRAEL DE LIMA FERREIRA, MARCOS ANDRADE QUIRINO, CÍCERO ERNANY ALVES (Orientador)</p>
<p>O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DA PESSOA TRANS, FRENTE AOS OBSTÁCULOS PARA ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO GÊNERO NO BRASIL</p>	<p>GOMES, AMANDA CAMILO ALMEIDA, RODRIGO GALDINO DE JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)</p>
<p>REVENGE PORN: ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS SOCIOJURÍDICAS À “CYBER VINGANÇA” E A PROTEÇÃO AO DIREITO DA PRIVACIDADE DAS VÍTIMAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</p>	<p>ALENCAR, EMILIA THAIANE LACERDA DE GOMES, ANDRESSA MICHELY PRAXEDES JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)</p>

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE UMA EXCLUDENTE DE ILICITUDE EM FACE DE UMA AGRESSÃO AO MEIO AMBIENTE

Jamilla Cruz de Sousa¹

Renata de Souza Caetano²

Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas (Orientador)³

RESUMO

O referido artigo tem, como principal finalidade analisar a possibilidade de aplicação de uma excludente de ilicitude em face de uma agressão ao meio ambiente. Analisa-se, ainda a responsabilização dos danos, civil e moral, causados pelo degradador, devendo-se, contudo, observar que o direito ambiental possui em nosso ordenamento jurídico, regulamento próprio e específico, com base no artigo. 225, caput e §3º da Constituição Federal e no artigo 14, §1º da Lei 6.938/1981 que fora recepcionado pela referida Constituição, visando, nestes termos, a preservação e proteção. O tipo de pesquisa abordado fora o método dedutivo e quantitativo, em que fora realizada uma revisão documental e bibliográfica, tendo finalidade explicar sobre a mencionada excludente de ilicitude.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente. Responsabilidade. Danos.

ABSTRACT

The main purpose of this article is to analyze the possibility of applying an exclusionary illicit in the face of aggression to the environment. It is also analyzed the liability of civil and moral damages caused by the degrader, however, it should be noted that the environmental law has in our legal order, its own specific regulation, based on the article. 225, caput and §3º of the Federal Constitution and in article 14, §1º of Law 6.938 / 1981 that was received by the referred Constitution, aiming, in these terms, the preservation and protection. The type of research approached was the deductive and quantitative method, where a documental and bibliographic review had been performed, aiming to explain about the mentioned exclusion of illicitude.

KEY WORDS: Environment. Liability. Damage.

¹Jamilla Cruz de Sousa, acadêmica do 10º período da Instituição FESC-FAFIC do Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais.

²Renata de Souza Caetano, acadêmica do 8º período da Instituição FESC-FAFIC do Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais.

³ Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas

INTRODUÇÃO

A preservação e a proteção ao meio ambiente é uma responsabilização dos cidadãos e do Estado assegurado pela Constituição Federal de 1988, a qual dá a todos os cidadãos o direito de ter acesso a um meio ambiente salubre e ecologicamente equilibrado, visando, assim, a boa qualidade de vida para todos.

Nesse contexto, ressalta-se que é obrigação do Poder Público, bem como, da coletividade, preservar o meio ambiente de todas as agressões advindas das gerações presentes e futuras. No entanto, as medidas de proteção só vieram a serem adotadas nas últimas duas décadas, ficando a encargo dos órgãos públicos o dever de adotar todos os meios para a proteção dessa bem maior, ora tutelado.

Quando algum ato ilícito for praticado por qualquer do povo, contra o meio ambiente, cabe ao Código de Direito Penal intervi-lo e puni-lo. Entretanto, em virtude do princípio da Intervenção Mínima do direito penal, esse instrumento só pode ser utilizado quando todos os meios de proteção e preservação ao meio ambiente forem adotados e não surtirem nenhum efeito.

Ainda que por todos os meios não restarem provas suficientes para caracterização de crime contra o meio ambiente praticado por um indivíduo, nada obsta que este venha a ser penalizado em outro âmbito do direito como, por exemplo, na esfera cível e/ou administrativa.

Esse trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de uma excludente de ilicitude em face dos crimes ambientais, vez que a Lei 9.605 de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais), apesar de ter sido uma grande evolução do direito penal em relação a proteção ao meio ambiente, teve como foco, os instrumentos que excluem a antijuridicidade da conduta ilícita, tornando-a em conduta lícita e legítima.

A referida lei traz um rol taxativo de excludentes de ilicitude, as quais se encontram previstas em seu art. 37. Desse modo, cabe aos operadores do direito aplica-las de acordo com o caso concreto.

Nesse sentido, a análise que deve ser feita é em relação a como o direito penal vem sendo aplicado na proteção ao meio ambiente, levando em consideração, ser este, um bem jurídico difuso, ou seja, que pertence a toda a coletividade e diante disso, se seria possível à aplicação das causas excludentes de ilicitude, bem como as consequências que estas podem causar.

REFERÊNCIAL TEÓRICO

CONCEITO E FUNDAMENTOS

O Código Penal atual, diferentemente dos demais de 1830 e 1890, não traz o conceito de crime. Alguns doutrinadores procuram trazer o conceito na esfera formal, material e analítica, esta última, divide-se em duas classificações: I) bipartida, que define o crime através do critério subjetivo (força moral) e o critério objetivo (força física); e a II) tripartida, a qual define o crime como sendo uma ação ou omissão típica, ilícita e culpável. Essa concepção tripartida é a conceituação pacífica em nosso ordenamento jurídico.

Para tornar possível a compreensão do que são as excludentes de ilicitude, é necessário discorrer, brevemente, sobre as características da concepção ora mencionada.

De início, cabe ressaltar que a antijuridicidade/ilicitude é formada por um juízo de negatividade que se faz em relação ao fato típico que fora praticado. De acordo com Nucci, ilicitude é a “contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido”. Ou seja, ilicitude exprime uma relação de contrariedade entre o ato praticado e o ordenamento jurídico como um todo.

Primeiramente, deve-se levar em consideração a tipicidade do fato, ou seja, se ele está previsto em lei como crime ou não. Para Luiz Régis Prado (2008), tipicidade é a subsunção de um fato concreto a o tipo legal, e este tem um caráter positivo, enquanto que o juízo de ilicitude possui um caráter negativo.

Se o fato praticado for atípico, ou seja, se ele não estiver previsto no Código Penal como crime, não será classificado como um ilícito penal. Sendo ele considerado fato típico, analisa-se a sua ilicitude.

DAS CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

A prática de uma conduta prevista no tipo penal será classificada como crime, tendo em vista ser ela típica e ilícita. Todavia, existem situações em que o agente, mesmo tendo praticado uma conduta típica, não estará agindo com ilicitude, desde que haja uma causa que justifique a prática de tal conduta.

Desse modo, aquele que pratica fato típico admitido por uma excludente de ilicitude, não comete ato ilícito. Trata-se, assim, de uma exceção à regra, que é a de que todo fato típico é ilícito.

As causas excludentes de ilicitude encontram-se regulamentadas no artigo 23 do Código Penal, que assim dispõe:

Art. 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único – o agente, em qualquer das hipóteses desse artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

A Lei 9.605 de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais), mais precisamente em seu artigo 37 também prevê algumas causas excludentes de ilicitude, assim vejamos:

Art. 37 – Não é crime o abate de animal, quando realizado:

I – em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;

II – para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou distribuidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;

III – (VETADO);

IV – por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente. (BRASIL, 1998).

De acordo com a doutrina, para que haja a configuração das causas excludentes de ilicitude é necessário que dois requisitos se façam presentes, quais sejam: I) objetivo, neste, para que a conduta do agente se justifique não é necessário que o agente tenha conhecimento da situação justificante, ou seja, o agente não precisa saber que está agindo amparado por uma causa excludente de ilicitude, bastando apenas que o ordenamento jurídico reconheça; II) subjetivo, que se caracteriza quando o agente tem consciência de estar agindo amparado por uma causa excludente de ilicitude.

Como foco do presente trabalho, destacaremos uma das causas excludentes de ilicitude, o Estado de necessidade, a qual é de suma importância para o estudo sobre a possibilidade de aplicação desta na proteção ao direito ambiental.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO MEIO AMBIENTE

No Direito brasileiro a responsabilidade civil ambiental está sujeita a regime jurídico específico e próprio, baseado em normas legais do artigo 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal e do artigo 14, parágrafo 1º, da Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

Este regime de responsabilidade é fundado na admissão da reparação do *dano causado ao meio ambiente*, na consagração da *responsabilidade objetiva*, na amplitude com que a legislação brasileira trata os sujeitos responsáveis, e na ampliação dos efeitos da responsabilidade civil, que abrange não somente a *reparação propriamente dita do dano causado*, como também a remoção do fato danoso à qualidade ambiental, por meio do que se obtém a *extinção definitiva da atividade causadora de degradação* ao meio ambiente.

A responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, já que não depende de demonstração de culpa, basta que haja a comprovação do dano e a existência de nexo causalidade para que ocorra a obrigatoriedade de indenizar tendo assim como alicerce o risco criado pelas atividades degradantes e não pela culpa do agente causador, de forma que configuraria uma verdadeira contradição caso passasse a levar em conta a culpa deste para a delimitação da reparação pretendida.

O objetivo da Lei 6.938, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, é a proteção e em decorrência desta, a preservação do meio ambiente, porém, nem sempre esse objetivo é alcançado e áreas que deveriam ser protegidas acabam sendo utilizadas de maneira indevida e degradadas.

Limitar a reparação dos danos ambientais em virtude da menor culpa ou da ausência de culpa significaria, *reinsserir* na responsabilidade objetiva a discussão da culpa do agente, não para a determinação da responsabilidade civil, mas sim para a definição de quantia reparatória.

A reparação do dano ambiental deverá sempre remeter o meio ambiente a uma situação equivalente àquela anterior caso não tivesse havido dano. Devendo-se levar em consideração não somente o dano sofrido ao bem ou ao recurso ambiental atingido, como também a todos os danos produzidos em relação ao fato danoso, incluindo o dano moral ambiental caso verificado.

A RESPONSABILIDADE DO DANO MORAL AMBIENTAL

Dano moral ambiental nada mais é do que a agressão praticada pelo agente ao meio ambiente. Diferentemente da responsabilidade no Direito Civil, no Direito Ambiental esta não visa satisfazer um particular, mas sim, a um grupo de pessoas que dependem das condições naturais para sobreviverem.

De acordo com o artigo art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, a responsabilidade civil por dano moral é objetiva. Ela está fundamentada na teoria do risco da atividade. Deste modo, para que a responsabilidade civil se efetive, não é necessário que se prove a culpa do poluidor, mas tão somente, que se demonstre o evento danoso e o nexo de causalidade com o agente poluidor, nesse sentido redige Édís Milaré:

Segundo a ótica objetiva, para tornar efetiva a responsabilização, basta a prova da ocorrência do dano e do vínculo causal deste com o desenvolvimento – ou mesmo a mera existência – de uma determinada atividade humana. Não cogita de indagar como ou porque ocorreu o dano. É suficiente apurar se houve o dano, vinculado a um fato qualquer, para assegurar à vítima uma indenização (MILARÉ, 2011, p. 1249).

Assim, para que esta seja caracterizada basta que se prove a existência de três requisitos, quais sejam, o evento danoso; a conduta lesiva do agente; e o nexo causal entre o dano e a conduta lesiva praticada pelo poluidor.

O evento danoso é aquele causador do prejuízo ao meio ambiente, sendo este grave e não eventual. A conduta lesiva nada mais é do que a ação ou omissão a qual causou tal prejuízo, independentemente da constatação dos elementos culpa ou dolo. Para que haja nexo causal basta que seja comprovada a lesão ao meio ambiente e, além do mais, que esta tenha sido provocada através de uma ação ou omissão humana.

A doutrina é pacífica a respeito da ideia de que o direito ao meio ambiente é um direito novo, de terceira geração, e tem uma grande repercussão social com o objetivo de assegurar ao ser humano uma vida saudável e consciente, sem, contudo, retirar destes o direito ao desenvolvimento comercial e industrial, bem como a todos os direitos fundamentais e sociais assegurados pela Constituição Federal.

José Luiz Júnior (2008) defende a possibilidade de tanto as pessoas jurídicas quanto as pessoas físicas serem responsabilizadas pelo dano moral ambiental que concorreram. Nesse

sentido, faz-se necessário termos consciência do conceito de dano ambiental e de meio ambiente, respectivamente.

O conceito de meio ambiente surgiu através da Lei 6.938/81, a conhecida Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Essa definição foi, posteriormente, recepcionada pela atual Carta Magna, em seu art. 225, o qual buscou tutelar tanto o meio ambiente natural, como também, o meio ambiente artificial, o cultural e o do trabalho, assim, vejamos: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações”.

Em outras palavras, meio ambiente é entendido como sendo um bem jurídico pertencente a todos os seres humanos podendo, assim, ser gozado por todos. Entretanto, isso não exime a responsabilidade e o dever de proteção que a sociedade deve ter para com este. Para tanto, é necessário que haja uma fiscalização através do Estado. Nesse sentido, trata o § 1º do artigo 225 da CF/88:

- § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
- I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
 - II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
 - III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
 - IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
 - V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
 - VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
 - 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.

Diante de todo o exposto, dano ambiental pode ser caracterizado como sendo o prejuízo causado aos recursos ambientais, os quais são indispensáveis para uma vida ecologicamente equilibrada.

O dano ambiental, por sua vez, tanto pode ser patrimonial como moral. Dano moral patrimonial é aquele em que há uma obrigação de reparação a um bem ambiental que tenha sido lesado, bem este que pertence a toda a sociedade. Já o dano moral ambiental é a lesão sofrida pelo meio ambiente e que está relacionado a todo prejuízo que não seja econômico, causado a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se esse presente trabalho, salientando que a pretensão era a de fomentar a aplicação do direito penal acerca dos instrumentos que devem ser utilizados como forma de proteção ao meio ambiente, que só está legitimado a atuar quando as demais normas estiverem omissas ou fracassarem em sua atuação, ou ainda, quando não houver previsão de restauração por um dano moral, podendo, nesse caso, haver a aplicação no âmbito penal ou civil, bem como, a aplicação cumulativa.

Analisou-se as causas excludentes de ilicitude, a responsabilidade civil do meio ambiente, bem como, a responsabilização pelos danos morais ambientais que, por sua vez, é uma obrigação objetiva do agente causador do dano ao meio ambiente e que faz com que este responda pelo dano que causou, independentemente de culpa, havendo apenas a comprovação do dano pode-se caracterizar o agente como sendo o causador do evento danoso.

Essa responsabilização se faz necessário para que haja a reparação do dano efetivamente causado, bem como, para coibir a ação desordenada do homem, cumprindo, assim, com a determinação legal trazida pelo artigo 225 da Constituição Federal, qual seja, o dever que tanto o Poder Público quanto a coletividade têm de preservar e proteger o meio ambiente, proporcionando, desta forma, um equilíbrio ecológico e saudável para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Alessandro Rafael Bertollo de. O conceito de crime. In: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3705/o-conceito-de-crime>. Acesso em: 30 out. 2019, às 15:09h.

BRASIL. Decreto **Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Artigo 23 do Código Penal. Dispõe sobre as excludentes de ilicitude.

BRASIL. **Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002.** (Código Civil).

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Artigo 37. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Artigo 14, §1º. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

CASTRO, L.S; **BONINI**, L.M.M; **LEME**, M.L.C.S. A Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente. In: **Revista Jus Navigandi**. Junho de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66987/a-responsabilidade-civil-por-danos-ao-meio-ambiente>

JÚNIOR, José Luiz. Responsabilidade Civil por Danos Ambientais. In: **Direito Net**. 25 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1934/Responsabilidade-civil-por-danos-ambientais>. Acesso em 15 out. 2019, às 12:23h.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade Civil Ambiental e a Reparação Integral do Dano. In: Revista **Consultor Jurídico**, 29 de outubro de 2016, 8h05. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-29/ambiente-juridico-responsabilidade-civil-ambiental-reparacao-integral-dano>. Acesso em: 15 out. 2019, às 12:48h.

MILARÉ, Édis. **Direito ambiental**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Régis. Direito Penal. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ASPECTOS JURÍDICOS NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: uma revisão

QUEIROZ, Francisco Kleber de Macêdo¹

SOUSA, Ermeson Lira de²

JUNIOR, Francisco Paulino da silva³

RESUMO

O meio ambiente tem sido alvo de diversas atividades humanas que o prejudica, promovendo impactos ambientais, políticos e sociais. O direito ambiental apresenta-se como um campo do direito que produz um discurso oficial do aspecto ambiental, tornando-se fundamental. Objetivou-se verificar os aspectos da proteção ambiental no âmbito jurídico brasileiro. Trata-se de um estudo realizado por meio de uma revisão bibliográfica de literatura, com abordagem qualitativa. Foi necessário o desenvolvimento de leis, como a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), por meio da Lei nº 6.938/1981. Essa lei foi muito importante no contexto do direito ambiental, tendo em vista que os estudos mostram que o meio ambiente sempre foi alvo de atitudes humanas. A constituição, por sua vez, aborda que é direito de todas as pessoas ter um ambiente com equilíbrio. Foi possível verificar os aspectos da proteção ambiental no contexto jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito ambiental. Leis. Proteção Ambiental.

ABSTRACT

The environment has been the target of several human activities that harms it, promoting environmental, political and social impacts. Environmental law presents itself as a field of law that produces an official discourse environmental aspect, becoming fundamental. The objective of this study was to verify the aspects of environmental protection in the Brazilian legal sphere. This is a study conducted through a literature literature review, with a qualitative approach. It was necessary to develop laws, such as the National Environment Policy (PNMA), through Law no. 6,938/1981. This law was very important in the context of environmental law, considering that studies show that the environment has always been the target of human attitudes. The constitution, in turn, addresses that it is the right of all people to have an environment with balance. It was possible to verify the aspects of environmental protection in the Brazilian legal context.

Keywords: Environmental law. Laws. Environmental protection.

¹ Francisco Kleber de Macêdo Queiroz. Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC). klebermacedo@gmail.com

² Ermeson Lira de Sousa. Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC). higorqueiroga@gmail.com

³ Francisco Paulino da Silva Júnior. Docente do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC). franciscopaulino@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O meio ambiente, de acordo com a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), pode ser definido como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (BRASIL, 1981). Ele tem sido alvo de diversas atividades humanas que o prejudica, promovendo impactos ambientais, políticos e sociais, decorrentes de variados fatores históricos, como as revoluções industriais, que promoveram diversas alterações no meio ambiente, e contribuíram para a contaminação de águas, reservatórios e aquíferos, queimadas e poluição do ar (MACEDO *et al.*, 2016).

Isso ocasiona destruição da natureza, além de ser responsável pela contaminação e pelo desenvolvimento de doenças do sistema respiratório. Dentre os eventos de contaminação ambiental, destacaram-se no decorrer da história, como os eventos de poluição da atmosfera em 1930, promovendo a morte de 60 pessoas (POTT; ESTRELA, 2017).

Diante desse contexto, surge o direito ambiental, atuando, sobretudo, na proteção do meio ambiente e na prevenção dos impactos ambientais, apresentando alguns princípios, tais como: desenvolvimento sustentável, participação, prevenção e ubiquidade. O desenvolvimento sustentável refere-se ao conjunto de desenvolvimento econômico, social e ecológico, interligados e de grande importância na garantia da preservação do meio ambiente. Ou seja, o desenvolvimento sustentável promove a ideia que pode-se desenvolver economicamente e de forma social, sem prejudicar o meio ambiente, sendo necessário estabelecer e colocar em prática estratégias para a sustentabilidade (SILVA *et al.*, 2013).

A sustentabilidade, então, surgiu como uma proposta de solução para o problema de desmatamento e prejuízos ao meio ambiente, e o termo está relacionado à conservação, preservação e manutenção dos recursos ambientais. Esse conceito adentrou no campo das organizações, sendo que muitas delas utilizam a frase para divulgação “Empresa sustentável” (MACEDO *et al.*, 2016).

O direito ambiental apresenta-se como um campo do direito que produz um discurso oficial sobre o aspecto ambiental. Ele tornou-se fundamental por atuar na proteção do meio ambiente de forma legal, incrementado em diversos acervos jurídicos, como leis, políticas ambientais e até mesmo na Constituição Federal de 1988 (LIMA; SHIRAIISHI NETO, 2015).

Dentre as ferramentas para promover a saúde do meio ambiente, está a educação ambiental, que caracteriza-se como um conjunto de ações educativas, informando sobre a importância da preservação ambiental, de como o manuseio inadequado do meio ambiente pode promover uma série de riscos à saúde e qualidade de vida das pessoas, além de desperdiçar recursos necessários para a vida, como a água. Um dos principais fatores que incentivam ao desperdício desses recursos está a falta de informação ou achar que pequenas ações de desgaste não causam prejuízos ao meio ambiente (DEMOLY; DOS SANTOS, 2018).

Outro problema recorrente é o descarte incorreto de resíduos, mesmo que já tenha em vigor a Política Nacional de Resíduos Sólidos, por meio da Lei nº 12.305/2010, que objetiva organizar a forma como são gerenciados os resíduos sólidos e a proteção de saúde pública e da qualidade ambiental (BRASIL, 2010).

O Ministério do Meio Ambiente e da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações destacou um aumento dos índices de desmatamento na Amazônia no ano de 2017 e 2018, aumentando 13,7% nesse bioma. Dessa forma, evidenciou-se uma redução de mais de 70% da área nos anos 2000.

Nesse contexto, surgiram os seguintes questionamentos: quais os aspectos jurídicos da proteção do meio ambiente no Brasil? Como se caracterizam os princípios do direito ambiental e qual a sua importância? O que a Constituição Federal de 1988 aborda sobre o meio ambiente? Quais as leis que dispõem sobre a proteção do meio ambiente?

Em virtude das repercussões dos impactos ambientais relacionados às atitudes humanas no Brasil, torna-se necessário realizar um estudo sobre os aspectos jurídicos da proteção ambiental nessa nação, abordando políticas públicas, leis, bem como o que a Constituição Federal de 1988 destaca sobre a proteção ao meio ambiente.

O presente estudo apresenta relevância para o âmbito da ciência, profissionais do direito e demais áreas, por abordar as leis vigentes sobre a proteção ao meio ambiente, e para a sociedade, proporcionando conhecimento sobre a temática.

O presente estudo teve por objetivo geral: verificar os aspectos da proteção ambiental no âmbito jurídico brasileiro.

Como objetivos específicos, foram utilizados: identificar a importância do direito ambiental; analisar a política nacional do meio ambiente; caracterizar as leis que abordam sobre a proteção ao meio ambiente.

MATERIAL E MÉTODOS

Trata-se de um estudo realizado por meio de uma revisão bibliográfica de literatura, com abordagem qualitativa. A revisão bibliográfica é de considerável relevância, considerada como uma importante fonte de disseminação de conhecimentos, realizado com base nas publicações contempladas (GALVÃO; SAWADA; TREVIZAN, 2004).

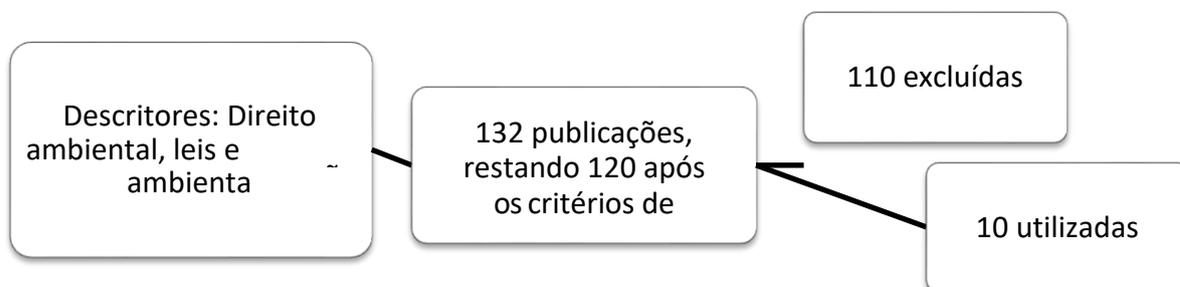
A abordagem qualitativa não está ligada a dados estatísticos e numéricos, estando relacionado à maior discussão dos resultados (AUGUSTO *et al.*, 2013).

O estudo foi realizado na base de dados dos portais e diretórios disponíveis na íntegra, utilizando-se as palavras-chave: “Direito ambiental”, “Leis” e “Proteção ambiental”. Esses termos estão relacionados aos objetivos do estudo, sendo utilizados para garantir uma precisão dos dados, e foram inseridos em uma planilha a apresentação título, autores, ano e tipo da publicação, garantindo melhor análise dos estudos contemplados.

Foram utilizados como critérios de inclusão: estudos e publicações compreendidos entre 2014 e 2019, disponíveis na íntegra e em língua portuguesa. Serão utilizados ainda portarias e leis que estão vigentes no contexto jurídico brasileiro.

Serão excluídos os estudos que não responderem ao objetivo da pesquisa e os que tiverem fora da temática.

Gráfico 01 – Fluxograma para revisão bibliográfica



Fonte: Elaboração própria.

Com a pesquisa pelas palavras-chave, constituíram-se 132 publicações, restando 120 após os critérios de inclusão. Destas, excluídas 110 mediante aos critérios de exclusão e utilizando 10, sendo 04 leis e 06 estudos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Tabela 01 – Distribuição das publicações da revisão bibliográfica

ANO	TÍTULO	AUTOR	TIPO DE PUBLICAÇÃO
1981	Lei nº 6.938	Poder Legislativo Brasileiro	Lei
1988	Constituição Federal do Brasil	Poder Legislativo Brasileiro	Lei
1998	Lei nº 9.605	Poder Legislativo Brasileiro	Lei
2009	Proporcionalidade no direito ambiental	OLIVEIRA, B. L.	Livro
2010	Lei nº 12.305	Poder Legislativo Brasileiro	Lei
2013	A construção fragmentada do Direito Ambiental Internacional: realidade e perspectivas	NEGRIRI, A. C.	Dissertação

2014	Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: uma taxonomia no campo da literatura	SARTORI, S.; LATRÔNICO, F.; CAMPOS, L. M. S.	Artigo
2015	Conflitos socioambientais: o direito ambiental como legitimador no Estado do Jardim Icaraiá, Curitiba	LIMA, R. M.; SHIRAISHI NETO, J.	Artigo
2015	Evolução e desafios no gerenciamento dos resíduos sólidos urbanos no Brasil.	NASCIMENTO <i>et al.</i>	Artigo
2017	Histórico ambiental: desastres ambientais e o despertar de um novo pensamento	POTT, C. M.; ESTRELA, C. C.	Artigo

Fonte: Elaboração própria.

Foi possível verificar que a sustentabilidade ainda é um desafio no cenário brasileiro, uma vez que os danos ao meio ambiente ainda são alarmantes, e portanto, foi necessário o desenvolvimento de leis, como a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), por meio da Lei nº 6.938/1981, que de acordo com os achados, tem o objetivo de preservar, melhorar e recuperar no que diz respeito à qualidade ambiental, que é fundamental para a vida, e tem a visão de assegurar aos brasileiros condições para o desenvolvimento social e econômico, aos interesses da segurança nacional e a proteção da dignidade da vida humana (BRASIL, 1981; OLIVEIRA, 2009).

Essa lei foi muito importante no contexto do direito ambiental, tendo em vista que os estudos mostram que o meio ambiente sempre foi alvo de atitudes humanas que promovem o desmatamento e sua degradação, prejudicando a fauna e flora. Nesse sentido, foram desenvolvidos diversos estudos sobre a sustentabilidade no Brasil, sendo fundamental para garantir o manuseio adequado dos recursos disponíveis no meio ambiente (LIMA; SHIRAISHI NETO, 2015).

Dentre os princípios da PNMA, destaca-se a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo. Esse princípio é fundamental, pois compreende que o meio ambiente é utilizado por diversas pessoas e que é público, portanto, necessita de uma proteção do governo para garantir sua preservação, uma vez que é necessário para a vida (BRASIL, 1981; POTT; ESTRELA, 2017).

Outros princípios que merecem destaque são: racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar, planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais (BRASIL, 1981). Esses princípios objetivam o uso correto dos recursos ambientais, e que esse uso deve ser planejado de forma estratégica, bem como será fiscalizado pelos órgãos a quem compete essa função. Para a PNAM, poluição é a ação que acarreta prejuízos para a saúde, segurança e bem-estar da população, criando condições adversas às atividades sociais e econômicas, afetando de forma desfavorável a biota, as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente e lançando matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

O direito ambiental constitui um dos pontos para a proteção do meio ambiente, atuando na compreensão da relação entre ele e os seres humanos, contribuindo para o contexto jurídico, analisando as leis sobre a proteção ambiental, que por sua vez instituem as normas, a ética ambiental pública para o equilíbrio dos ecossistemas, promovendo a qualidade de vida e o uso correto dos recursos (NEGRIRI, 2013).

A diminuição dos recursos do meio ambiente é uma das ameaças à vida, e frente a isso, a ciência jurídica busca subsídios para criação de procedimentos que regulem o uso dos recursos ambientais e os processos para a sustentabilidade, uma vez que o desenvolvimento sustentável atua com papel especial na saúde ambiental. Os principais desafios a proteção do meio ambiente são: implementação na prática das regras de uso do ambiente e da proteção ambiental, fiscalização, reconhecer a sustentabilidade, combater problemas sociais, como a

pobreza, diminuir o consumo, buscar medidas alternativas para reduzir os impactos ao meio ambiente (SARTORI; LATRÔNICO; CAMPOS, 2014).

O direito ambiental apresenta diversos princípios, como o do desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador, prevenção e da participação. Esses princípios estão na Constituição Federal de 1988 de forma implícita, destacando-o informações no capítulo VI, intitulado de “Do meio ambiente”, no artigo 225 (NEGRIRI, 2013; BRASIL, 1988).

O princípio do desenvolvimento sustentável é definido pela capacidade da população humana ao se adaptar-se à mudança endógena ou exógena por tempo indeterminado, e é uma forma de mudança intencional e melhoria que mantém ou aumenta esse atributo do sistema, ao responder às necessidades da população presente, sem prejudicar o meio ambiente (SANTORI; LATÔNICO; CAMPOS, 2014).

Já o princípio do poluidor-pagador é evidenciado nos parágrafos 2 e 3 do inciso VII, destacando que:

[...] aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei, e que 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).

Ou seja, esse princípio mostra que as pessoas que causarem danos ao meio ambiente são responsáveis pelas suas ações e vão responder por elas de maneira legal. Os crimes ambientais são praticados por pessoas físicas ou jurídicas, e ambas vão responder por eles, cumprindo a penalidade a que for responsável (BRASIL, 1988).

Já o princípio de prevenção é abordado ainda no artigo 225 que preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, que são estratégias importantes para prevenir os impactos ao meio ambiente, propiciando o manuseio correto dos recursos, como água e solo. Outra medida de prevenção é definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. Isso confere proteção ambiental, e evidencia o poder que a lei exerce, pois tudo deve ser feito de acordo com a lei (OLIVEIRA, 2009).

A constituição aborda que é direito de todas as pessoas ter um ambiente com equilíbrio, necessário para a saúde e qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e coletivo defender e preservar para as gerações atuais e futuras, destacando tanto o princípio da participação da população, bem como o da prevenção. Essa denotação é importante para mostrar que a proteção do meio ambiente não é só responsabilidade do governo, mas também de cada cidadão, que deve prezar pelo bem-estar ambiental, e prevenindo os impactos ambientais (BRASIL, 1988).

Outra lei importante é a nº 12.305, de 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, que é muito importante, uma vez que o gerenciamento incorreto dos resíduos sólidos gera impactos ambientais, econômicos, políticos e sociais, constituindo uma das principais causas da poluição do meio ambiente. Essa política tem como princípios a prevenção e precaução, o desenvolvimento sustentável, a ecoeficiência, dentre outros princípios referentes ao direito ambiental. No entanto, algumas regiões ainda apresentam gerenciamento desses resíduos de forma inadequada (NASCIMENTO *et al.*, 2015).

Os resíduos sólidos constituem um dos principais agentes que causam desastres ambientais, o qual tornou-se necessário o desenvolvimento dessa política. Essa lei fala da importância da reutilização e reciclagem. A reciclagem é o processo de transformação desses resíduos em outras substâncias e é de grande relevância para diminuir os impactos ao meio ambiente. Já a reutilização, é utilizar novamente uma substância, sem alteração em sua natureza, mas reduzindo sua dispersão no meio ambiente. Essa política apresenta como um dos princípios:

[...] a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta (BRASIL, 2010).

Para fins de pena, existe a Lei nº 9.605, de 1998, que é de grande importância para regulamentar as penalidades, apresentando as penas restritivas, como “prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, suspensão parcial ou total de atividades, prestação pecuniária e recolhimento domiciliar” (BRASIL, 1998).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o estudo permitiu verificar os aspectos referentes à proteção do meio ambiente no contexto jurídico brasileiro, onde observou-se diferentes leis, como a Lei nº 9.605, e políticas fundamentais para essa proteção, como a Política Nacional do Meio Ambiente, que apresenta princípios que norteiam essas atividades, como a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, sendo que a questão ambiental é abordada ainda na Constituição Federal de 1988 e há registros de leis desde a década de 80.

Verificou-se, ainda, que o direito ambiental é um campo muito importante, pois contribui para o contexto jurídico e analisa as leis, apresentando os princípios e o desenvolvimento sustentável, como poluidor-pagador, prevenção e da participação. Eles, assim, contribuem para a sustentabilidade ambiental, possibilitando o desenvolvimento sem prejuízos ao meio ambiente. Torna-se necessário, diante de diversas leis, criar mecanismos para aplicação de leis em áreas com dificuldade de acesso às essas informações.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, C. A.; *et al.* Pesquisa qualitativa: rigor metodológico no tratamento da teoria dos custos de transação em artigos apresentados nos congressos da Sober (2007-2011). **Rev. Econ. Sociol. Rural**, v. 51, n. 4, 2013.

BRASIL. Poder Legislativo Brasileiro. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. Poder Legislativo Brasileiro. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 21 set. 2019.

BRASIL. Poder Legislativo Brasileiro. **Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. Poder Legislativo Brasileiro. **Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 30 de set. 2019.

DEMOLY, K. R. A.; SANTOS, J. S. B. Aprendizagem, educação ambiental e escola: modos de en-agir na experiência de estudantes e professores. **Ambient. Soc.**, v. 21, 2018.

GALVÃO, C. M.; SAWADA, N. O.; TREVIZAN, M. A. sistemática: recurso que proporciona a incorporação das evidências na prática da enfermagem. **Rev. Latino-Am. Enfermagem [on-line]**, v. 12, n. 3, p. 549-556, 2004.

LIMA, R. M.; SHIRAISHI NETO. Conflitos socioambientais: o direito ambiental como legitimador da atuação do estado no jardim Icaraí, Curitiba. **Ambiente & Sociedade**. São Paulo, v.7, n. 2 n p. 133-148, 2015.

MACEDO, J. M. *et al.* Estudo do consumo de copos descartáveis no campus porto velho calama e os impactos ambientais e econômicos da substituição dos mesmos. **South American Journal of Basic Education, Technical and Technological**, v. 2, n. 2, 2016.

NASCIMENTO, V. F. *et al.* Evolução e desafios no gerenciamento dos resíduos sólidos urbanos no Brasil. **Rev. Ambient. Água**, v. 10 n. 4, Taubaté, 2015.

NEGRIRI, M. C. **A construção fragmentada do Direito Ambiental Internacional: realidade e perspectivas**. 2013. 86 f. Dissertação (Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo/SP, 2013.

OLIVEIRA, B. L. **Proporcionalidade no direito ambiental**. 1. ed. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009.

POTT; C. M.; ESTRELA; C.C. Histórico ambiental: desastres ambientais e o despertar de um novo pensamento. **ESTUDOS AVANÇADOS**, v. 31, n. 89, p. 271-283, 2017.

SARTORI, S.; LATRÔNICO, F.; CAMPOS; L. M. S. Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: uma taxonomia no campo da literatura. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo v. 7, n. 1, p. 1-22, 2014.

SILVA, J. M. *et al.* Desenvolvimento sustentável e saúde do trabalhador nos estudos de impacto ambiental de refinarias no Brasil. **Saúde soc. [online]**, v. 22, n. 3, p. 687-700, 2013.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL

Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas¹

Rafael Cipriano Bezerra²

Rodolfo Cipriano Bezerra³

RESUMO

Este trabalho apresenta um estudo sobre os princípios constitucionais explícitos do Direito Ambiental. Os princípios estabelecem os conceitos centrais do ordenamento jurídico. As suas funções estão pautadas na promoção dos valores sociais que se encontram inseridos em toda a atuação de interpretar e executar o Direito. Primeiramente é realizada uma pesquisa em torno do percurso histórico do Direito Ambiental no Brasil destacando como as constituições abordavam e aborda as questões referentes ao meio ambiente. Em seguida são expostas algumas considerações acerca dos princípios constitucionais do direito ambiental, enfatizando-se o conceito, a natureza jurídica e as suas características. Por fim, a descrição de alguns princípios ambientais, princípios estes que se encontram no núcleo de todo regramento normativo ambiental, e que são de grande relevância para o alcance da pacificação social.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Preservação. Princípios.

ABSTRACT

This paper presents a study on the explicit constitutional principles of environmental law. The principles lay down the central concepts of the legal system. Its functions are guided by the promotion of the social values that are inserted in all the action of interpreting and enforcing the Law. First, a survey is conducted around the historical path of Environmental Law in Brazil highlighting how the constitutions addressed and addressed environmental issues. Below are some considerations about the constitutional principles of environmental law, emphasizing the concept, the legal nature and its characteristics. Finally, the description of some environmental principles, principles which are at the core of all environmental regulations, and which are of great importance for achieving social pacification.

Keywords: Environment. Preservation. Principles.

¹ Advogado, Professor, Mestre, Orientador, FAFIC, e-mail: josephragner@gmail.com.

² Pedagogo (FASP), Bacharelado em Direito, FAFIC, e-mail: rafaelcipriano19@hotmail.com.

³ Advogado, Professor de História, Assessor Jurídico ENSF e ENSR, e-mail: rodolfo.cipriano.b@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Os princípios estabelecem os conceitos centrais do ordenamento jurídico. Estar a par de cada um deles é requisito primordial para aplica-los corretamente. É por meio deles que o sistema jurídico apresenta uma relação harmoniosa entre todos os ramos do direito. As suas funções estão pautadas na promoção dos valores sociais que se encontram inseridos em toda a atuação de interpretar e executar o Direito.

Os princípios são de grande relevância na organização da sistemática jurídico ambiental, visto que são eles que apontam um direcionamento a ser seguido, são eles que dão veracidade ideológica ao sistema jurídico, além de desempenharem diversos papéis no plano jurídico, eles são encarregados de conduzir o intérprete ao longo dos caminhos a serem trilhados na busca de encontrar os melhores meios de pacificação social.

De acordo com Nelson Rosenvald (2005, p. 45-46):

Os princípios não são apenas a lei, mas o próprio direito em toda a sua extensão e abrangência. Da positividade dos textos constitucionais alcançam a esfera decisória dos arestos, constituindo uma jurisprudência de valores que determina o constitucionalismo contemporâneo, a ponto de fundamentar uma nova hermenêutica dos tribunais.

Os princípios ocupam lugar de proeminência no ordenamento jurídico, pois são orientadores da hermenêutica jurídica. Estando eles expressos na carta magna, são dotados de poder de decisão em todos os assuntos que busquem a intervenção da justiça visando à promoção da paz e da ordem social. Na verdade eles não são apenas normas, mas o direito vivo em toda sua essência e amplitude.

A proposta do presente artigo é apresentar os princípios constitucionais explícitos do direito ambiental. Em um primeiro momento será feita uma explanação a cerca do percurso histórico do Direito Ambiental no Brasil, destacando como os textos constitucionais abordavam e aborda a questões ligadas ao meio ambiente, logo após será exposto algumas concepções sobre a natureza e características dos princípios constitucionais e por fim a descrição de alguns princípios do direito ambiental.

MATERIAIS E MÉTODO

O método adotado é o hipotético dedutivo, com revisão da literatura composta por autores de Direito Constitucional e de Direito Ambiental, além de contar com informações advindas de artigos com conteúdo dentro do critério de inclusão, o qual seria o de abordar os princípios constitucionais explícitos da Constituição voltados ao Direito ambiental.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

ASPECTOS HISTORIOGRÁFICOS DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

A descoberta do Brasil se deu no ano de 1500, e nesse mesmo período tem início o processo de exploração dos recursos ambientais pelos povos portugueses. Diante da grandiosidade de jazidas encontradas no solo brasileiro, a caravana portuguesa não hesitou em acelerar o processo de investigação que proporcionou a descoberta do ouro, café, açúcar e do precioso pau brasil.

A partir de então, Portugal passou a outorgar as primeiras leis como forma de monopolizar todas as riquezas naturais da terra recém-descoberta. O primeiro código europeu instituído foi o Código Afonsino, que durou nos primeiros dez anos após o descobrimento. As grandes proporções territoriais do Brasil continuamente foram um convite aos exploradores, para que usassem da terra pelo simples prazer de explorar, estimulando, o esgotamento dos recursos, a procura de novas regiões a serem “desbravadas” (BENJAMIN, 1993. p. 85).

A madeira era em sem dúvida um bem de grande relevância que atraiu a atenção de outros povos como França e Inglaterra, interessados nas riquezas brasileiras passaram também a explorar o território, o que implicou em atrito com os povos portugueses.

Diante de tal situação, a coroa portuguesa preocupada em resguardar as abundâncias florestais, a prática de desmatamento de árvores foi considerada crime de injúria ao rei, estando assim terminantemente proibido tal ato a partir de 12/03/1393, pela ordenação do rei

D. Afonso IV. A esse respeito, é notório que a real intenção dos portugueses não era promover a conservação da flora brasileira, mas sim, tornar os recursos de uso exclusivo.

A primeira lei de proteção florestal brasileira foi criada em 1605, o regimento do pau-brasil. Por meio deste, ficou instituído que ninguém poderia praticar o corte da madeira sem a

devida autorização real, aquele que descumprisse tal determinação sofreria penas rígidas. Em março de 1609, a Relação e Casa do Brazil, primeiro Tribunal brasileiro situado na cidade de Salvador, inseriu esse regimento no Regimento do tribunal acima citado, com jurisdição em toda a colônia.

As primeiras definições constitucionais, que abordavam medidas de proteção ambiental não foram expressas de forma explícita, e sim implícita na Constituição do Império em 1824. O art. 179, nº 24, apresenta as seguintes medidas:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, indústria, ou comercio póde ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos (BRASIL, 1824).

Observa-se que a norma jurídica não apresenta nitidamente uma preocupação com o meio ambiente, nota-se apenas uma menção a proibição de atividades que ponham em risco as atividades, a segurança e a saúde dos cidadãos.

Percebe-se que com a primeira Constituição Republicana Brasileira, promulgada em 1891, a temática ambiental foi abordada apenas no art. 34, inciso XXIX, apresentando que a obrigação de legislar acerca das minas e das terras era de competência da União. “art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: legislar sobre terras e minas de propriedade da União”.

Na Constituição de 1934, ficou estabelecido por meio do decreto federal de nº 23.793, art. 10 e art. 148, a incumbência das tarefas de proteção das belezas naturais e dos monumentos de valor histórico e artístico.

Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte; Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

No Brasil, as décadas de 70, 80 e 90 foram de grande relevância para o Direito Ambiental, pois a partir de então iniciaram as discussões acerca das questões ambientais. Em 1981 foi criado o Conselho Nacional do Meio Ambiente, pela lei federal 6.938/81. A partir de então, o crescimento normativo em defesa do meio ambiente não parou, outras leis foram sendo criadas e instauradas no ordenamento jurídico.

As Constituições de 1937, 1946 e 1967 não apresentaram nenhuma alteração no texto constitucional, permanecendo as normativas da Constituição de 1934.

Em 05 de outubro de 1988, a Carta Magna atribuiu um real valor as questões ligadas ao meio ambiente, destinando uma matéria voltada inteiramente para questões de cunho ambiental. O legislador passou a descrever o meio ambiente como um bem jurídico autônomo, independente e integrado ao conjunto de direitos fundamentais estabelecidos pela constituição vigente. O meio ambiente está devidamente expresso na Constituição Federal de 1988, capítulo VI:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

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.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3.º - 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.

§ 4.º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5.º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6.º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Com relação ao exposto no artigo 225, trata-se de um direito difuso que apresenta a importância de um meio ambiente protegido, respeitado e equilibrado, uma garantia que se destina a todos, da qual ninguém poderá renunciar. É preciso considerar que a tarefa de assegurar esses bens não cabe unicamente ao poder público, pois trata-se de um direito transindividual, ou seja, um direito de cunho coletivo. Com a Constituição Federal de 1988, finalmente, o legislador “além de autorizar a tutela de direitos individuais, o que já era feito, passou a admitir a tutela de direitos coletivos, porque compreendeu a existência de uma terceira espécie de bem: o bem ambiental” (FIORILLO, 2010, p. 53).

Ainda com relação ao art. 225, é preciso mencionar a relevância do inciso VI, que abordou o grande diferencial não contido nas demais redações do texto constitucional: Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; Ao expandir a proposta de uma educação que incentive a valorização do meio ambiente, o legislador possibilita que as instituições escolares possam adotar em seu currículo o meio ambiente como objeto de estudo, desta forma os estudantes poderão enxergar que o cuidado com o meio ambiente proporciona a sobrevivência do indivíduo, e a preservação de toda a espécie.

A missão de preservar os bens ambientais deve estar centrada nas mãos de toda a sociedade. A primeira instrução acerca da conservação ambiental deve partir do ceio familiar, de forma que o cidadão cresça colocando em prática aquilo que lhe ensinaram.

NATUREZA E CARACTERÍSTICAS DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais possuem características específicas, expressam mais do que normas gerais fixados no texto constitucional. Abordam opiniões políticas fundamentais, e adotam uma ideia de Estado e de Sociedade alicerçados por valores sociais e éticos. Ambos são compostos por uma natureza jurídica, política, ideológica e social.

Inicialmente, o princípio, deve ser observado como um item precursor do ordenamento constitucional, provido de extensão oficial e ética. Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho (2002, p. 17):

Os princípios devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis. (...) Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o direito em vigor [...].

A esse respeito pode-se dizer que os princípios são critérios que subsidiam o intérprete na resolução das diversas problemáticas sociais. Estes por sua vez, apontarão quais decisões poderão ser tomadas para se chegar a solução de um problema. A sua meta é irradiar o caminho a ser trilhado com base na interpretação da lei.

Os princípios constitucionais são dotados de características individuais, que ampliam a compreensão sobre a natureza jurídica dos princípios, enquanto regras constitucionais. Para melhor abordar a temática, Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994) elaborou uma classificação bem clara acerca das características pertinentes dos princípios, a seguir serão elencadas algumas delas:

A primeira característica da generalidade significa dizer que os princípios são normas que se aplicam a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza, mostrando assim que todos são iguais perante a lei. Pela segunda característica da primariedade eles representam o alicerce de toda produção das regras essenciais do Estado; Já no que se refere a terceira característica da dimensão axiológica, os princípios constitucionais estão sempre em movimento e na discussão em torno do contexto sociopolítico que constituem (ROCHA, 1994).

Dando prosseguimento a quarta característica da objetividade: destaca o entendimento com relação as garantias de segurança jurídica, no sentido de impedir compreensões contrárias daquilo que está estabelecido no texto constitucional. Por sua vez, a quinta característica da atualidade mostra que deve manter-se uma compatibilidade entre os princípios constitucionais

e as carências, asseios e convicções idealizadas pela sociedade no texto jurídico. Pela sexta característica da poliformia apresenta que ambos estão sujeitos a alterações para se adequarem as circunstâncias do âmbito social. A sétima característica da vinculabilidade informa que os princípios constitucionais estão interligados a ideologia político, social e jurídico prevalecente. Pela oitava característica da informatividade temos que, os princípios constitucionais são esclarecedores de todo o ordenamento jurídico de um Estado. A nona característica da complementariedade: eles são interdependentes um do outro. A última característica décima é a da normatividade jurídica. Por meio dela são estabelecidas regras de conduta preestabelecida pelo ordenamento jurídico (ROCHA, 1994).

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO AMBIENTAL

A aplicação do direito em nosso ordenamento jurídico conta com a orientação e direcionamento das suas fontes, essas por sua vez servem de subsidio para consolidar a lei em um determinado caso concreto. A lei é a fonte primária do direito, sendo fontes secundárias a analogia, os costumes, a jurisprudência, os princípios gerais do direito e a doutrina. Dentre as fontes secundárias destacam-se os princípios como fundamento de todo o organograma jurídico, eles servem de base para a aplicação do Direito.

O termo princípio significa: Começo ou início de algo. O termo tem origem do latim *principium*, que significa "origem", "causa próxima", ou "início". Os princípios podem ser considerados pilares essenciais, que embasam o ordenamento jurídico possibilitando assim o respeito aos direitos e as garantias fundamentais.

As prescrições apresentadas no texto constitucional devem ser ponderadas por princípios e valores. Os princípios são enunciados normativos de caráter universal que direcionam a orientação do sistema jurídico no tocante à elaboração, aplicação, integração, alteração (derrogação) ou supressão (ab-rogação) das normas. Assim, não encontrando soluções nos costumes e nas analogias, por exemplo, para o preenchimento das lacunas deixadas na lei, o legislador buscará através dos princípios gerais do direito, a orientação necessária para um determinado caso que exija a mediação do estado para o alcance da conciliação comunitária.

Uma grande parte dos princípios constitucionais está elencada no artigo 5º da Carta Magna, estes estão previstos no Título de Direitos e Garantias Fundamentais. Todos eles são efetivados, podendo eles estar ou não mencionados no texto da constituição federal.

O Direito Ambiental é norteado por princípios que orientam as regras mais específicas sob a ótica do princípio da legalidade, ou seja, dentro do ordenamento jurídico deve-se sempre respeitar a lei vigente. Ambos podem estar expressos ou implícitos na carta constitucional, ou seja, estes podem aparecer nitidamente explicados ou subentendidos, são princípios setoriais e auxiliam na concretização do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A seguir serão apresentados os seguintes princípios: princípio da prevenção, princípio do usuário pagador, princípio da participação, princípio da equidade e princípio da educação ambiental.

PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

O Princípio tem por objetivo encontrar meios para se evitar possíveis desastres ambientais na natureza e a cima de tudo conscientizar a sociedade da importância de se preservar os recursos naturais para as futuras gerações.

Tendo em vista que algumas ações são de caráter irreversível, vejamos o que o art. 225 da CF/88 nos apresentar sobre a proteção ambiental: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

A sociedade tem o direito de usufruir de todas as riquezas ofertadas pela natureza, no entanto, é preciso despertar no íntimo de cada cidadão desde a infância o sentimento de pertencimento por um bem que é coletivo. O estado por sua vez deverá garantir por meio de políticas públicas a conscientização da humanidade em defesa dos recursos ambientais, e os currículos escolares devem estimular essa defesa através de projetos e campanhas que favoreçam essa preservação desde os primeiros níveis de escolarização.

A palavra prevenção reporta-se à ideia de precaução, de prudência, ou seja, de uma atuação tomada no sentido de driblar um prejuízo ambiental. Entendemos assim que:

Os meios a serem utilizados na prevenção podem variar conforme o desenvolvimento de um País ou das opções tecnológicas. O Princípio 8 da Declaração do Rio de Janeiro/1992 diz: “A fim de conseguir-se um desenvolvimento sustentado e uma qualidade de vida mais elevada para todos os povos, os Estados devem reduzir e eliminar os modos de produção e de

consumo não viáveis e promover políticas demográficas apropriadas”. A prevenção empregada no sentido de previdência é “uma chance para a sobrevivência” (MACHADO, 2019, p. 123).

Em síntese, o princípio da prevenção orienta que, uma vez que se tenha conhecimento de alguma atitude que possa prejudicar o sistema ambiental, tal conduta deverá ser impedida, evidentemente porque tal infração acarretará males irreparáveis para a sociedade atual e dos tempos futuros. Vale salientar que uma vez prejudicada a natureza, nada poderá reparar as inúmeras consequências. Assim sendo prevenir é a melhor opção para se garantir a conservação ecológica ambiental.

PRINCÍPIO DO USUÁRIO PAGADOR

Apesar de ser bem parecido com o Princípio do Poluidor Pagador, ambos não se confundem. Pelo Princípio do Poluidor Pagador, o poluidor é responsável pelos custos sociais dos danos causados pela sua atividade ou pelo seu empreendimento. Já o Princípio do Usuário Pagador significa que as pessoas que utilizam recursos naturais devem pagar pela sua utilização ainda que não haja poluição.

É importante promover o seu uso de forma adequada, evitando-se os desperdícios por parte daqueles que utilizam individualmente. Assim sendo, o princípio objetiva amedrontar a ação predatória e desenfreada dos recursos naturais, além de favorecer uma indenização financeira pelo uso de recursos naturais, que são bens de uso frequente. Nesse sentido, tal princípio tem como finalidade a racionalização dos recursos naturais, apesar de não possuir nenhuma previsão expressa na legislação. É importante lembrar que este princípio não permite que ninguém pratique a poluição e nem possa pagar para poluir.

Para Maria Luiza Machado Granziera (2006, p. 59), o Princípio do Usuário-Pagador “refere-se ao uso autorizado de um recurso, observada as normas vigentes, inclusive os padrões legalmente fixados. Trata-se de pagar pelo uso privativo de um recurso ambiental de natureza pública, em face de sua escassez, e não como uma penalidade decorrente do ilícito”.

Segundo a autora pode-se dizer que este princípio fundamenta-se no instrumento que busca o uso racional dos recursos naturais compartilhando a responsabilidade social pelos gastos ambientais decorrentes da atividade econômica obrigando todos aqueles que usam os recursos naturais a pagarem pela sua utilização.

PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

O Princípio da Participação, também é conhecido como princípio da participação cidadã, princípio da participação popular e princípio democrático. Trata-se de uma das bases do direito ambiental moderno, e visa possibilitar a todas as pessoas interessadas o direito de manifestação sobre choques ambientais que venham a ser causados em suas extensões.

Participar significa que a opinião de uma pessoa pode ser levada em conta. É um desafio permanente ensinar a participação. José Saramago, Prêmio Nobel de Literatura, afirmou que “às vezes as coisas correm melhor no mundo e isso leva-nos a pensar que estamos em paz, mas o mesmo não poderiam dizer os milhões de seres humanos cujas opiniões contam tão pouco que praticamente não se dá por elas. E se de alguma maneira chegam a manifestar-se, os modos de as silenciar, não faltam”. A impotência de grande parte da população não pode levá-la à resignação de não agir, pois “o fato de as pessoas se tornarem presentes e, importante, se tornarem visíveis umas para as outras, pode alterar a natureza de sua impotência”, contendo a possibilidade de “criar o político, o cívico, ou a história” (MACHADO, 2013, p. 129-130).

A participação dos cidadãos junto à tomada de decisões é de vital importância para o crescimento da nação. O Princípio da Participação instiga esse direito a toda a população, no entanto, a grande dificuldade observada é de garantir que todos esses pontos de vista sejam verdadeiramente levados em consideração. Diante de algumas realidades embasadas num jogo de interesses, certas argumentações não são levadas em conta, e tendem a ser deixadas de lado, haja vista que a massa superior e detentora do poder opta por uma decisão que favoreça o interesse de uma pequena minoria, desprezando assim as argumentações que beneficiariam o bem da coletividade.

Para Machado (2013) a cooperação da população através das organizações não governamentais sobre as questões acerca do meio ambiente vem crescendo diariamente. As associações ambientais atuam em defesa dos elementos da natureza e do próprio homem, ambas tratam de interesses difusos, ou seja, que não beneficiam unicamente a um determinado grupo ou parcela de indivíduos, mas a uma coletividade de pessoas. A participação na proteção ambiental tem uma atuação mais ampla, tal atuação não visa interesses de cunho particular, e sim ideais que ultrapassem os diversos setores da sociedade.

A ideia do Princípio da Participação é fazer com que as pessoas que recebem a maior descarga decorrente de projetos ambientais tenham o direito de poder expressar sua opinião sobre determinados projetos quando se localizam próximos as suas residências, ambientes de trabalho, lazer, etc. O princípio tem respaldo na constituição, e garante a todo cidadão o direito

de requerer por meio de ação popular o embargo de qualquer ação patrocinada pela administração pública que venha a causar qualquer prejuízo ao meio ambiente.

Em suma, a melhor opção para se tomar decisões sobre o contexto ambiental é contando com a presença e atuação de todos os cidadãos interessados, devendo estes, estar a par de todas as informações referente ao meio ambiente, ter conhecimento de todos os casos e objetos que proporcionem risco a sua comunidade e participando democraticamente das tomadas de decisões, sejam elas comunitárias ou de processos judiciais. Assim sendo, a participação caracteriza-se como a forma mais sensata de contribuir com o destino da nação atual e dos dias futuros.

PRINCÍPIO DA EQUIDADE NO ACESSO AOS RECURSOS NATURAIS

A utilização justa dos recursos naturais constitui tema de orientação do Direito Ambiental, por meio do princípio da equidade a comunidade será orientada de como deve fazer uso dos elementos da natureza. “A prioridade do uso dos bens ambientais não implica exclusividade de uso. Os usuários prováveis ou simplesmente os que desejam usar os bens e não os usam precisam provar suas necessidades atuais” (MACHADO, 2013, p. 90).

O acesso igualitário aos recursos naturais tem por objetivo a equiparação ao direito de gozar, desfrutar, aproveitar, usar tais recursos a todos os indivíduos, sem nenhuma distinção de ser vivo.

Para Machado (2013) as reservas dos bens ambientais só podem ter seu uso resguardado, através da justificativa de que tais bens serão mantidos para as futuras gerações, ou caso esta atitude esteja ocorrendo devido ao possível esgotamento de tais reservas. A igualdade das riquezas ambientais só será justa de fato e de direito quando a coletividade se convencer de que uma vida saudável requer a perfeita harmonia da natureza, e para se obter essa perfeição é preciso que ambos os indivíduos protejam o ambiente para si próprio e para o próximo. Em suma, o princípio da equidade estabelece igualdade de acesso para todos respeitando as normas estabelecidas pelas leis ambientais.

PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Pela Lei Federal 9.795/1999, foi criada a Política Nacional de Educação Ambiental, em atenção ao comando do inciso VI do artigo 225 da Constituição. O referido texto apresenta a definição de educação ambiental: “entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à qualidade de vida e sua sustentabilidade”.

Nesse contexto, a educação tem por objetivo desenvolver nas pessoas a consciência dos problemas ambientais e incentivá-las a tentar buscar alternativas para estes problemas. No entanto, a missão de promover e incentivar a preservação ecológica não é tarefa única da escola e do estado, mas de todos os cidadãos.

Assim sendo, a educação ambiental configura uma das ferramentas para se atingir uma política ambiental de sucesso. É através dela que se adotar uma consciência social sobre a questão ecológica, levando o homem a perceber desde a sua infância que as ações praticadas contra a natureza implicam no bem estar de todos, cabendo a comunidade o desejo de conservar as riquezas naturais tão favoráveis a dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerar que o direito a um meio ambiente salutar, configura a amplitude do direito a vida, seja ela com vista às condições físicas e de saúde dos indivíduos, seja ela com relação à dignidade da pessoa humana, é concordar com a ideia de que todos os seres humanos necessitam conviver num ambiente benigno e ecologicamente equilibrado.

O presente artigo possibilitou um estudo sobre o direito ambiental, esclarecendo sobre a importância de se conhecer as garantias estabelecidas pela legislação a cerca do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos os seres vivos. Além disso, propiciou o conhecimento e a distinção de alguns dos princípios constitucionais do direito ambiental.

A temática ambiental está sempre em discussão, pois apresenta em contrapartida o bem-estar do indivíduo para as presentes e futuras gerações. Assim sendo, a que se levar em consideração que a compreensão dos princípios anteriormente estudados é imprescindível para a correta aplicabilidade de todas as normas jurídicas interligadas com a proteção ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de março de 1824, disponível em www.planalto.gov.br, acesso: 17 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891, disponível em www.planalto.gov.br, acesso: 17 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934, disponível em site www.planalto.gov.br, acesso: 18 out. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937, disponível em www.planalto.gov.br, acesso: 18 out. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946, disponível em site www.planalto.gov.br, acesso: 18 out. 2019.

BRASIL. **Constituição do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967, disponível em www.planalto.gov.br, acesso: 18 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 17 de outubro de 1969, disponível em www.planalto.gov.br, acesso: 19 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988, disponível em www.planalto.gov.br, acesso: 19 out. 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.281/2002. **Regulamenta a Lei no 9.795, de 27 de abril de 1999, que institui a Política Nacional de Educação Ambiental, e dá outras providências**. DOU 26.6.2002.

BAYER, Diego Augusto. **Princípios norteadores do Direito Ambiental**. Publicado em 2013. Disponível em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943191/principios-norteadores-do-direito-ambiental-resumo>. Acesso em: 12 de out. 2019.

BENJAMIN, A. H. A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v.1, p. 85, 1993.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**, 11ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRANZIERA, M. L. M. ; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira . **Seminário 25 anos da Política Nacional do Meio Ambiente**. 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Análise dos conceitos de ação, pretensão e direito material em face da prescrição. Estudos jurídicos (direito civil, teoria do direito). Fortaleza: IOCE, 1985.

GUERRA FILHO. **A filosofia do direito (aplicada ao direito constitucional e ao direito processual)**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17°. ed, São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21°. ed, São Paulo: Malheiros, 2013.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSEVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRIBUTAÇÃO VERDE: a aplicação da tese da reciclagem de receitas como forma de promover a preservação ambiental

Matheus Rangel de Macedo¹
Renan Sampson Villarouca Freitas Leite²
Jucie Ferreira de Medeiros (Orientador)³

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito realizar uma análise jurídica e social acerca da tributação ambiental, em especial um estudo sobre as consequências de uma reforma tributária ambiental, aplicando-se a Teoria da Reciclagem de Receitas como solução para as externalidades negativas derivadas da atividade empresarial. Uma reforma tributária ambiental nestes moldes ainda se mostra um desafio, entretanto, estudos apontam que tal reforma pode gerar empregos, reduzir os danos ambientais da atividade empresarial sem impactar negativamente o PIB. No Brasil, as recentes políticas públicas buscam o desenvolvimento econômico sem considerar o impacto aos recursos naturais. O que se procura com a criação do duplo dividendo ambiental é tornar o modelo atual de produção mais sustentável.

Palavras-chave: Tributação Ambiental. Encargos Sociais. Duplo Dividendo. Reciclagem de Receitas.

ABSTRACT

This paper aims to conduct a legal and social analysis about environmental taxation, in particular a study on the consequences of an environmental tax reform, aiming at the replacement of social charges by a tax calculated on the negative impact of business activity. An environmental tax reform is still a challenge, however, studies indicate that such a reform can create jobs, reduce the environmental damage of business activity without negatively impacting GDP. In Brazil, recent public policies seek economic development without considering the impact on natural resources. What is sought with the creation of the double environmental dividend is to make the current model of production more sustainable.

Keywords: Environmental Taxation. Social charges. Double Dividend. Recipe Recycling.

¹Graduando da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. Curso: Direito. 8º Período; E-mail: matheusrangel17@hotmail.com

²Graduando da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. Curso: Direito. 8º Período; E-mail: renansampson@hotmail.com

³Docente na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC; E-mail: jucei.medeiros@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A atividade empresarial é essencial para o desenvolvimento social e econômico, ocorre que destas atividades derivam-se custos, alguns destes são suportados pelo empresário, já outros pelos adquirentes dos bens ou serviços.

No entanto, existe outra espécie de custos, os ambientais, estes são suportados por toda a sociedade. Trata-se de um custo social e não empresarial.

A Carta Magna brasileira, através de seu **art. 225**, nos mostra que o meio ambiente é bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Assim fica claro o custo social da atividade empresarial, uma vez que esta afeta e prejudica o meio ambiente, bem comum da sociedade presente e futura.

Esses efeitos que resultam da atividade empresarial, cujas consequências recaem não somente sobre os envolvidos diretamente, mas sobre toda a coletividade, são chamados de externalidades. No caso de tais efeitos acarretarem prejuízos para a sociedade consideram-se externalidades negativas.

Como forma de ressarcir a sociedade pelas externalidades negativas, em 1920 o economista inglês Arthur Pigou, propôs a criação de um novo tributo que estabeleceria um valor monetário aos prejuízos sociais, este seria somado aos custos empresariais, logo elevaria o custo da produção e conseqüentemente o valor final do produto. Para Pigou tal medida reduziria as externalidades negativas e desestimularia a produção exagerada. Tendo como ponto de partida o Tributo Pigouviano, foi desenvolvido um modelo de *imposto ambientalmente relacionado*, buscando amenizar as externalidades ambientalmente negativas.

Ocorre que na prática, os tributos ambientalmente relacionados trazem prejuízos ao mercado, reduzindo a competitividade, uma vez que produtos produzidos em países com a incidência destes tributos, serão por consequência mais caros que os de países que não cumprem a agenda ambiental. Além disso, apenas ocorreria à migração da devastação ambiental, pois as

empresas deixariam os locais ambientalmente tributados e passariam para países menos desenvolvidos onde não há esse tipo de tributação.

Surge então a Teoria da Reciclagem de Receitas, visando não à criação de novos tributos, mas sim, a desoneração de tributos existentes, responsáveis por distorções socioeconômicas sendo a perda da receita compensada pela criação de tributos verdes.

MATERIAL E MÉTODOS

A abordagem do tema teve por base, sobretudo, a análise dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, da Legislação Ambiental e do Código Tributário Nacional concernentes à proteção do meio ambiente, especialmente relativo à possibilidade da desoneração de tributos existentes e a criação de uma tributação verdes.

Fez-se um estudo de natureza bibliográfica, com a utilização de livros especializados e trabalhos científicos que fundamentaram o estudo realizado, o qual buscou analisar a existência de tributos causadores de distorções, e a sua substituição por uma agenda tributária verde sem comprometer a arrecadação da administração pública. Desse modo, vê-se que o método de pesquisa utilizado foi o bibliográfico, por meio do qual, se buscou dar embasamento legal e teórico às considerações aqui propostas. Por fim, as referências citadas e utilizadas relativas ao tema proposto encontram-se elencadas no tópico relativo às referências bibliográficas.

DISCUSSÕES E RESULTADOS

O Poder Público é responsável direto pela preservação do meio ambiente, tema imprescindível ante ao contexto socioambiental que enfrentamos atualmente. Não é permitido ao Estado, omitir-se ou aquietar-se devendo procurar dentre as possibilidades as mais eficazes para o combate da degradação ambiental. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Não obstante, deve o setor empresarial, cumprindo com a função social da empresa, promover medidas capazes de reduzir as externalidades negativas derivadas de sua atividade produtiva.

O princípio da prevenção, norteador do direito ambiental, nos mostra a importância da colaboração entre poder público e sociedade para evitar a produção de danos ao meio ambiente, uma vez que tais danos, após causados, são praticamente impossíveis de serem reparados.

Daí surge a ideia da utilização de tributos como meio para fomentar a preservação ambiental, uma vez que as medidas de comando e controle apenas surgem após causado o dano.

A criação de uma Agenda Tributária Verde se apresenta como forma eficaz de redução dos danos ambientais causados pela atividade empresarial, apesar de ser imensurável o valor de ecossistemas saudáveis, a monetização das externalidades negativas se mostra como meio justo de reparação dos danos causados e prevenção de outros que possam ocorrer. Trata-se de contraprestação oferecida à sociedade em troca dos prejuízos trazidos ao meio ambiente enquanto bem de uso comum.

Não se deve esquecer, no entanto, que a atividade empresarial possui importância impar na sociedade, neste sentido, o modelo de Tributo Pigouviano resta prejudicado, por mais que a ideia de monetizar os danos causados à sociedade e agregá-los aos custos de produção seja, até então, a forma mais simples de ressarcir e prevenir a sociedade, encarecer o produto ou serviço apenas transfere para o consumidor final (sociedade) os custos dos danos causados pela produção.

Na mesma linha, desestimulando o consumo, reduz-se a necessidade produtiva, o que conseqüentemente gera desemprego. Em relação à balança comercial as conseqüências são



ainda mais drásticas, com produtos mais caros, as empresas perdem competitividade no mercado internacional, produtos produzidos em países subdesenvolvidos cuja tributação verde não existe, ganham força. Por fim, apenas ocorrerá a migração dos prejuízos ambientais, uma vez que as empresas passarão seus polos produtivos para locais livres de tributação ambiental em busca de custos de produção menores.

Fonte: Pensamento Verde, 2015.

Dito isto, ganha cada vez mais força a ideia de uma tributação verde baseada na Teoria da Reciclagem de Receitas, a qual se apresenta como forma mais eficaz e direta para a redução dos custos ambientais causados pela atividade empresarial. Nessa teoria, continua-se com proposta de quantificar monetariamente as externalidades ambientais negativas, só que desta vez, o tributo ambiental derivado dessa quantificação, não será agregado aos custos empresariais, mas sim, ocuparia o espaço deixado pela desoneração de encargos sociais sobre a folha de pagamento.

A teoria da tributação ambiental acolheu, ainda, a tese da “reciclagem de receitas” (RR – revenue recycling), buscando aplicar, na prática, a já mencionada substituição dos tributos sobre “bens” por tributos sobre “males”. Ou seja, desoneram-se os tributos tradicionais, fontes de distorções econômico-sociais, sendo a perda de receitas compensada pela criação de tributos verdes (OCDE, 2003, p. 22). Novamente tomando como exemplo a mudança do clima, o caso paradigmático seria a redução da contribuição sobre a folha de pagamentos, tributo que distorce o mercado de trabalho e desincentiva a oferta e contratação de mão de obra, e a criação de um tributo sobre a emissão de carbono para compensar a queda de arrecadação (SOARES; JURAS, 2015, p. 8).

Analisando essa nova forma de tributar, notamos o surgimento do que a economia traz como duplo dividendo, com a possibilidade de promover melhores condições ambientais, e reduzir as distorções tributárias sobre a economia. Distorções tributárias são efeitos da exacerbada carga de tributos existentes no Brasil, o que acaba gerando custos para gerir impostos. Seguindo neste raciocínio, a redução das distorções tributárias na economia gera um benefício direto a sociedade, uma vez que estimularia a produção e conseqüentemente a geração de empregos, isso sem mencionar o benefício ambiental que esta forma de tributação verde resultaria. “Um tributo ambiental tem motivação extrafiscal, ou seja, não objetiva o aumento da

arrecadação. O que se pretende é estabelecer incentivos (e desincentivos) para que a produção de bens e serviços seja sustentável” (NERY, 2014, p. 2).

A escolha pela aplicação de um tributo ambiental se mostra a mais eficiente, uma vez que a aplicação de sanções penais ou pecuniárias apenas surtem efeito em situações nas quais o dano ambiental já foi causado, o que conforme nos mostra o princípio da prevenção, não basta, uma vez que o dano causado ao meio ambiente é praticamente impossível de ser reparado.

Neste mesmo sentido, os tributos são em regra mais flexíveis que as normas, ou seja, as normas são aplicadas de forma geral, impossibilitando a diferenciação entre as empresas. Já com os tributos, é possível compatibilizar os custos econômicos e sociais.

Desta forma, não se tributa mais o bem produzido e sim o processo de sua produção, o que estimularia a modernização dos meios de produção, já que produtos cujo processo de fabricação ocorreu de forma mais limpa e sustentável, receberiam uma carga tributária ambiental menor, tornando o produto final mais barato e competitivo e aumentando a margem de lucro dos fabricantes.

Apesar de evidentes os benefícios de uma tributação verde realizada nesses moldes, o jogo de interesses que envolve o cenário político nacional, faz com que a classe política ainda opte preferencialmente pelas medidas de comando e controle. Talvez pelo fato da criação de leis duras e multas altas, seja uma resposta mais impactante para a sociedade que a criação de um tributo.

De fato, as penas duras parecem agradar mais a população que a possibilidade de uma preservação voluntária, nesse contexto, grupos ambientalistas mostram-se resistentes aos tributos verdes como forma de fomentar a preservação, temendo que as grandes empresas ignorem a tributação mais elevada e insista em meios produtivos poluidores e insustentáveis. “O prêmio Nobel James Buchanan, em trabalho de 1975 demonstra que normas podem causar um aumento de custo menor para os poluidores do que os tributos, motivo pelo qual eles teriam maior resistência aos impostos ambientais” (NERY, 2014, p. 4).

Na realidade, ainda é difícil falar sobre a aplicação da tributação verde no Brasil, seja por fatores sociais ou políticos, seja pela pouca atenção que a agenda ambiental recebe. Ocorre que não se trata de uma maneira de burocratizar a produção de bens ou de onerar ainda mais os setores produtivos, mas sim, com uma oportunidade de beneficiar aos processos de produções limpos e sustentáveis, e incentivar que mais empresas desenvolvam formas mais sustentáveis de produzir.

Atualmente, não existe estímulo para que uma empresa responsável pela fabricação de um produto cujo processo produtivo degrada o meio ambiente passe a buscar formas limpas de produção, uma vez que o tributo incide sobre seu produto independentemente do processo produtivo.



Fonte: Revista Galileu, 2019.

CONCLUSÃO

Diante do que já foi exposto, conclui-se que ante a crise ambiental que se aproxima, faz-se necessário a intervenção eficaz do Poder Público com intuito de garantir o direito da sociedade a um meio ambiente equilibrado. Isto posto, utilizar-se da tributação como forma de fomentar a preservação ambiental, se mostra como meio mais eficaz, justo e dinâmico.

Uma vez que o caráter preventivo do direito ambiental não faz jus as medidas de controle, sendo estas eficazes apenas após a produção do dano ambiental, cuja reparação é praticamente impossível.

No entanto, a forma com devemos utilizar a tributação verde precisa ser analisada mais profundamente, uma vez que a criação de um tributo que encareça o produto final, acarretará em prejuízos ainda maiores para sociedade, por mais que a ideia de monetizar os danos causados e agregá-los aos custos de produção seja, até então, a forma mais simples de ressarcir e prevenir a sociedade, encarecer o produto ou serviço apenas transfere para o consumidor final (sociedade) os custos dos danos causados pela produção.

Nessa mesma linha, uma tributação voltada à taxaço do produto final, independentemente do processo de fabricaço não estimula o fabricante a buscar formas limpas de produzir. Com o aumento no preço do produto final o consumo será reduzido, desestimulando a produço e gerando desemprego. Por fim, os impactos ambientais não serão reduzidos, sendo apenas transferidos para zonas livres de tributação verde.

Ao analisarmos desta forma, vemos que o modelo de tributação verde correto, trata-se não da tributação sobre o produto final, mas sim sobre o processo produtivo. Desonerando tributos sobre folha de pagamento que geram distorço tributárias, e os substituindo por uma tributação verde sobre o meio de produço se obtém o duplo dividendo, a reduço das distorço tributárias estimularia a produço e a criação de novos postos de trabalho, ao passo que o benefício ambiental seria imensurável.

Assim, tributando o meio de produço e não o produto final, os setores produtivos seriam estimulados a modernizarem os meios de produço de modo a reduzir as externalidades negativas. Além disso, tributos possuem mais flexibilidade quando comparados com as normas o que facilitaria uma compatibilidade entre o impacto causado pelo meio de produço e a cobrança do tributo verde nos diferentes tipos de empresas.

Ainda assim, os políticos, os produtores e os grupos ambientalistas, mostram resistência quanto à utilização de tributos verdes como forma de fomentar a preservação ambiental. Os políticos acreditam que a criação de penas mais duras e de multas mais altas agradam mais seus eleitores que a criação de um novo tributo. Os produtores acreditam que um novo tributo vai burocratizar e onerar ainda mais o seu processo produtivo. Já os grupos ambientalistas acreditam que as grandes empresas podem ignorar a existência de um tributo e continuar a utilizar meios de produço agressivos e pouco sustentáveis.

Na realidade, ainda é difícil falar sobre a aplicação da tributação verde no Brasil, seja por fatores sociais ou políticos, seja pela pouca atenção que a agenda ambiental recebe. Ocorre que não se trata de uma maneira de burocratizar a produço de bens ou de onerar ainda mais os setores produtivos, mas sim, com uma oportunidade de beneficiar aos processos de produço limpos e sustentáveis, e incentivar que mais empresas desenvolvam formas mais sustentáveis de produzir.

De toda forma, as medidas de combate à devastação ambiental precisam ser rápidas, fortes e eficazes, não atuarem como remédio depois que o dano for causado, mas sim como uma vacina prevenindo o dano antes que ele aconteça, olhando deste ponto, a criação de um

tributo verde, incidente sobre o meio de produção que substitua impostos geradores de distorções sócioeconômicas, se apresenta como a saída correta.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. **Instrumentos econômicos de política ambiental e reforma tributária**. Cadernos Aslegis, Brasília, n. 33, p. 109-127, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Vademecum. 27. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
JARDIM, Evilásio Joaquim Machado. **A eficácia da tributação ambiental como instrumento de proteção ambiental**. Teresina, 2010. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/52730498/6/A-TRIBUTACAO-AMBIENTAL-NA-ATUALIDADE>. Acesso em: 17 out. 2019.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MENDES, Francisco Eduardo; SEROA DA MOTTA, Ronaldo. **Instrumentos econômicos para o controle ambiental do ar e da água: uma resenha da experiência internacional**. Rio de Janeiro: Ipea, 1997.

NERY, P. F. **Como Nossos Impostos Afetam o Meio Ambiente?** Política Tributária e Sustentabilidade. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, dezembro/2014 (Boletim do Legislativo nº 18, de 2014). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 15 out. 2019.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3. Ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2011.

SILVA, João Carlos Bezerra da. **Os instrumentos jurídico-econômicos conciliadores do conflito entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2419, 14 fev. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14347>. Acesso em: 15 out. 2019.

VIOLA, Eduardo. As potências climáticas e as perspectivas de transição para uma economia de baixo carbono. In: BENEVIDES, M.; VALDEZ, S. (org.). **Nós e a sustentabilidade**. Florianópolis: Relata Ed., 2012. p. 12-28.

OS LIMITES DA EXPLORAÇÃO AMBIENTAL E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO APLICANDO O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Me. Éverton Gonçalves Moraes
Ana Maria Madalena de Oliveira Sousa
Terezinha Veríssimo de Sousa Moreira

RESUMO

A evolução social há muito entra em choque com a noção de preservação. Para muitos o meio ambiente tornou-se um inimigo do desenvolvimento. Entretanto, a atual crise socio-econômica-ambiental, reflete uma realidade caracterizada por um momento crítico na vida social, que exige uma urgente e necessária mudança de paradigmas nas políticas públicas voltadas ao desenvolvimento. Estas mudanças passam necessariamente pela aplicação dos ideais do desenvolvimento sustentável, com vistas a atender as demandas, ambientais, sociais e econômicas, enfatizando e estabelecendo as diferenças entre crescimento e desenvolvimento econômico. O foco principal aqui trabalhado será o desenvolvimento sustentável numa perspectiva econômico-ecológica, a partir de uma abordagem histórico-evolutiva e de uma análise sistemática dos princípios ambientais e da legislação vigente pertinente ao tema proposto.

Palavras-chave: Desenvolvimento Econômico. Sustentabilidade. Crise ambiental. Crescimento econômico.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento sustentável surge como uma maneira de equilíbrio pensando no desenvolvimento a favor da vida humana de forma digna e em benefício de toda coletividade, que sofre devido as degradações ambientais ansiando por melhores condições.

A exploração de atividades que de algum modo impactam no meio ambiente devem acontecer de maneira economicamente viável, socialmente justas e ambientalmente saudáveis, constituindo assim o *triple bottom line* (tripé da sustentabilidade), interagindo de forma conjunta para dar concretude ao desenvolvimento sustentável.

¹ Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, Especialista em Gestão Tributária e Docência do Ensino Superior. Professor de Direito da FAFIC.

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-FAFIC.

¹ Licenciada em Ciências Biológicas pela Universidade Regional do Cariri – URCA. Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC.

O objetivo principal desse estudo acadêmico é mostrar a importância do desenvolvimento sustentável como medida urgente, que deve ser seguida e colocada em prática diante do crescimento econômico acelerado, que acaba por colocar o meio ambiente em risco. Assim, se faz necessário traçar um modelo de desenvolvimento voltado ao equilíbrio da vida humana e a manutenção dos recursos naturais.

Como base da discussão, serão analisados os princípios do direito ambiental e do desenvolvimento sustentável, bem como serão feitas reflexões sobre a legislação ambiental, a exemplo do Código Florestal que regulamenta a atividade econômica em detrimento de determinados grupos empresariais.

Para o desenvolvimento do textual lançou-se mãos de pesquisa bibliográfica, valendo-se do método dedutivo, com a utilização também, de técnicas concernentes a pesquisa documental e legislativa, com aporte de doutrinas específicas sobre a temática estudada.

ASPECTOS HISTÓRICOS

Enquanto o homem primitivo retirava da natureza apenas o suficiente ao seu sustento e às suas necessidades básicas, o caminhar da sociedade moderna está diretamente atrelado a ideia de desenvolvimento pela exploração.

Com o avanço industrial, a natureza passou a ser vista como uma grande fonte de exploração econômica, tornando os recursos naturais matérias-primas para produtos industrializados, com foco meramente voltado para o crescimento econômico, não zelando pela qualidade do ambiente e, conseqüentemente, pela saúde da população. Nesse período a concentração de renda foi muito grande, favorecida pela situação em que se encontrava a estrutura social, política e econômica.

Com a noção de desenvolvimento sustentável, a questão ambiental passa, então, a ser incorporado de forma gradativa no planejamento das atividades desenvolvidas pelo Estado, e

este, como agente regulador vai impor às empresas medidas de contenção da poluição e degradação ambiental.

A inserção da variável ambiental na gestão pública dos recursos naturais e econômicos marcou uma nova era para a decisão e o planejamento do desenvolvimento. Isso só foi possível devido à ação do movimento ambientalista em decorrência dos problemas gerados pelo modo de produção de escala, tão somente baseado nas vendas e induzido pelo consumo. A variável ambiental entrou no processo decisório dos governos na década de setenta, no entanto, ela ainda precisa de algum tempo para se firmar.

No final da década de 1960, as discussões sobre os riscos da degradação do meio ambiente se intensificaram, vez que os indicadores de que crescimento econômico e o processo de industrialização predatória estavam trazendo resultados cada vez mais desastrosos para o planeta. A degradação, somada a exploração desenfreada, não dava margem para que a natureza pudesse repor o que estava sendo retirado, onde a tida como “fonte inesgotável” estava secando. Os impactos da industrialização sobre o meio ambiente já começavam a ser percebidos na década de 50 (MILARÉ, 2014).

A preocupação e a conscientização da necessidade de proteção do meio ambiente, fez com que várias entidades governamentais e não governamentais se manifestassem diante da problemática. Neste sentido, a ONU (Organização das Nações Unidas) promoveu a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, na cidade de Estocolmo, em 1972, impulsionada pelo número crescente de questões ambientais que afetavam uma quantidade cada vez maior de países. Este evento, é considerado um divisor de águas, pois a é partir dele que as questões ambientais são inseridas de maneira mais incisiva no contexto internacional.

A Conferência de Estocolmo teve como objetivo conscientizar a sociedade sobre o uso do meio ambiente, atendendo as necessidades da população, sem que esse uso comprometa a presente e as futuras gerações, mas ainda não havia, de forma clara, uma projeção especificamente volta para a sustentabilidade.

Em 1987, o Relatório de Brundtland é o primeiro documento internacional a trazer o conceito de desenvolvimento sustentável, usando por base os ditames estabelecidos pela Conferência de Estocolmo de 1972, onde a população mundial passou a cogitar a possibilidade de desenvolvimento e sustentabilidade, sem que houvesse a degradação de modo excessivo ao planeta. Além disso, definiu três princípios básicos a serem cumpridos: desenvolvimento econômico, proteção ambiental e equidade social.

Diante da amplitude que o termo estava ganhando, o desenvolvimento sustentável atinge seu ápice na Conferência Internacional das Nações Unidas de 1992 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como a ECO/92, que objetivou reforçar o que seria conceituado como desenvolvimento sustentável, voltando-se a preocupação com o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. A mesma também ficou conhecida como a Cúpula da Terra, adotando a Agenda 21, onde os governos delinearão um programa detalhado para ações que afastassem o mundo do atual modelo insustentável de crescimento econômico, onde as atividades deveriam proteger e renovar os recursos ambientais, dos quais o crescimento e desenvolvimento dependem.

Em 2012, no Brasil, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, conhecida como RIO+20, que trouxe uma nova expressão para a sustentabilidade através do documento final intitulado como “O futuro que queremos”, definindo a sustentabilidade como a economia verde, sendo esta, um conjunto de processos produtivos em busca de um desenvolvimento pautado nos aspectos ambientais e sociais.

CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM UMA PERSPECTIVA ECONÔMICA-ECOLÓGICA

O modelo de gestão do território e do meio ambiente pautado no uso planejado dos recursos naturais de forma eficiente é o do desenvolvimento sustentável, padrão de desenvolvimento econômico que vem sendo almejado pela sociedade global. Esse novo padrão foi definido a partir do reconhecimento da situação crítica do meio ambiente em razão da exploração econômica exacerbada, de uma economia em escala global.

O conceito de desenvolvimento sustentável surgiu em meados da década de 1970 com o nome de “ecodesenvolvimento”, porém foi uma definição passível de controvérsias, pois os desenvolvimentistas se opunham de um lado e, de outro, os neomalthusianos, acreditando que os limites ambientais levariam a uma catástrofe caso o crescimento econômico desenfreado não cessasse, trazendo consequências irreversíveis.

Atualmente a definição sucinta de desenvolvimento sustentável, é aquele capaz de suprir as necessidades das gerações atuais sem que haja comprometimento de atender as necessidades das futuras gerações, pautando-se por um desenvolvimento que não esgote os recursos futuros, somando-se a um conseqüente desenvolvimento social, econômico e ambiental.

O desenvolvimento sustentável obedece ao duplo imperativo ético da solidariedade com as gerações presentes e futuras, e exige a explicitação de critérios de sustentabilidades social e ambiental e de viabilidade econômica. Estritamente falando, apenas as soluções que considerem estes três elementos, isto é, que promovam o crescimento econômico com impactos positivos em termos sociais e ambientais, merecem a denominação de desenvolvimento (SACHS, 2008, p. 36).

A aplicação do desenvolvimento sustentável não implica conter ou estacionar o processo de desenvolvimento territorial. A sustentabilidade impõe que o crescimento das nações não determinem os limites naturais para que o mesmo ocorra futuramente, voltando-se sempre para a dimensão social, econômica, ética e jurídico-política, devendo-se pautar no caráter qualitativo e não quantitativo, pois o desenvolvimento não significa apenas crescimento econômico, mas também o aumento do bem-estar social, e a qualidade de vida da presente e das futuras gerações.

O desenvolvimento, distinto do crescimento econômico, cumpre esse requisito, na medida em que os objetivos do desenvolvimento vão bem além da mera multiplicação da riqueza material. O crescimento é uma condição necessária, mas de forma alguma suficiente (muito menos é um objetivo em si mesmo), para se alcançar a meta de uma vida melhor, mais feliz e mais completa para todos (SACHS, 2008, p. 13)

O mero crescimento econômico pauta-se no objetivo específico de aumentar o Produto Interno Bruto (PIB), ou seja, aumentar a qualquer custo a produção de produtos e serviços, que se traduz no aumento das riquezas produzidas, sem se preocupar com a divisão social destas, como efetivo, tem-se a mercantilização exacerbada dos recursos naturais e suas trágicas consequências. Em contraponto a esta conjuntura, o desenvolvimento sustentável pauta-se no crescimento econômico alinhado a qualidade de vida das pessoas e o bem-estar social, buscando um parâmetro quantiqualitativo.

O TRIPÉ DA SUSTENTABILIDADE

As agressões ao meio ambiente decorrentes das atividades humanas acarretam diversos problemas que alteram a dinâmica da Natureza. Na modernidade, um dos desafios mais urgentes é encontrar uma medida justa e eficiente que possibilite o desenvolvimento da vida

humana sem colocar em risco a qualidade do meio ambiente em favorecimento as futuras gerações.

Desse modo, partindo da premissa de que o sustentável é entendido como aquilo que pode ser mantido ao longo do tempo, é necessário pensar na sustentabilidade ambiental como multidimensional, envolvendo todos os setores da sociedade. Neste sentido, Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.367.923 de 27.08.2013, destaca que as normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*.

Logo, partindo da premissa da multidimensionalidade, passa-se a analisar os três pilares da sustentabilidade:

a) Dimensão social da Sustentabilidade:

Para analisar o aspecto social da sustentabilidade é necessário que os direitos sociais tidos como fundamentais sejam garantidos de forma positiva pelo Estado ao cidadão, devendo ser respeitados, desenvolvidos e protegidos, pois para que haja uma boa qualidade do meio ambiente é primordial que também haja uma favorável qualidade de vida, sendo respeitados ao menos, os aspectos mínimos de bem-estar.

b) Dimensão econômica da Sustentabilidade:

Na esfera econômica a sustentabilidade representa uma melhor distribuição de renda. Havendo um aumento do poder aquisitivo das famílias menos favorecidas, supõe-se que, conseqüentemente, se elevaria a paridade do poder de compra, ocorrendo uma melhoria do padrão da qualidade de vida da população, priorizando-se a consciência ecológica.

“É necessário uma combinação viável entre economia e ecologia, pois as ciências naturais podem descrever o que é preciso para um mundo sustentável, mas compete às ciências sociais a articulação das estratégias de transição rumo a este caminho” (SACHS, 2009, p. 60).

Nessa dimensão são analisados os temas referentes à distribuição, à produção e ao consumo de bens e serviços. De acordo com a Agenda 21, esta dimensão refere-se a uma gestão eficiente dos recursos em geral e caracteriza-se pela regularidade de fluxos do investimento público e privado. Implicando também, numa avaliação da eficiência por processos macro sociais.

c) Dimensão ambiental da sustentabilidade

No que concerne a dimensão ambiental, esta pode ser definida como aquela que se refere ao capital natural da sociedade ou de um determinado empreendimento e que presa pela preservação do meio ambiente com ações efetivas por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como preceitua o artigo 225 da Constituição Federal de 1988: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para que a dimensão ambiental seja concretizada basta que os recursos naturais sejam utilizados de forma ponderada, buscando-se uma justa medida de consumo, usufruindo somente daquilo que é suficiente para auferir o objetivo de desenvolver-se, prezando pela qualidade do ar, da água, da proteção da saúde humana, reduzindo-se a poluição e a contaminação química, sempre na conservação dos recursos, sejam ou não renováveis. “Portanto, é necessária uma política deliberada de desenvolvimento, em que se garanta tanto o desenvolvimento econômico como o social, dada a sua interdependência. Deste modo, o desenvolvimento só pode ocorrer com a transformação das estruturas sociais” (BERCOVICI, 2005, p.53).

Para a construção de uma consciência ecológica, faz-se necessário que outros problemas que estão ligados diretamente ao meio ambiente sejam solucionados. Assim sendo, é necessário que ocorra uma transformação tanto social, como do sistema produtivo, com vistas ao desenvolvimento e a sustentabilidade.

PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

Os princípios são de fundamental importância e primordiais para o ordenamento jurídico, dando base ao Estado Democrático de Direito. São inúmeros os princípios que respaldam a questão ambiental, porém no referido instrumento acadêmico serão arrolados os princípios considerados abrangentes e que possuem parâmetros com os valores constitucionais.

a) Princípio do desenvolvimento sustentável

O referido princípio, é a base do Direito Ambiental, devendo ser analisado diante de uma esfera econômica, mediante uma ideia protecionista, pois o mesmo procura conciliar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico.

Sustentabilidade, em outras palavras, tem por finalidade buscar compatibilizar o atendimento das necessidades sociais e econômicas do ser humano com a necessidade de preservação do ambiente. Visa-se, com essa conciliação, assegurar a manutenção de todas as formas de vida na Terra, inclusive a humana. Busca-se, por meio desse princípio, melhorar a qualidade de vida, respeitando a capacidade de suporte dos ecossistemas. Objetiva-se, com isso, a diminuição da miséria, da exclusão social e econômica, do consumismo, do desperdício e da degradação ambiental (SIRVINSKAS, 2013, p. 168).

Para que uma determinada atividade seja sustentável é necessário atender aos três pilares: econômico, ambiental e social. Neste contexto, há uma ideia de equidade e solidariedade intergeracional (entre gerações), pois o mesmo se preocupa com a atual e as futuras gerações. O referido princípio possui amparo na Constituição Federal nos art. 170, inciso IV, e no art. 225, possuindo caráter multidimensional, pois todos os impactos ocasionados ao meio ambiente deverão ser analisados consoante o princípio do desenvolvimento sustentável.

b) Princípio da Prevenção

O objetivo deste princípio é prevenir e conhecer os danos. A ideia do Direito Ambiental não é evitar o desenvolvimento econômico, mas prevenir o desenvolvimento predatório. A partir do momento que se conhece os danos da atividade, é possível criar mecanismos para evitá-los ou ao menos mitigá-los.

O Estudo de Impacto Ambiental (EIA) é a referência mais direta do princípio da prevenção, pois o mesmo serve para conhecer os possíveis danos de uma atividade potencialmente poluidora, contribuindo para criar mecanismos de proteção.

c) Princípio da Precaução

Diferentemente do princípio da prevenção, a precaução deve ser invocada quando os danos da atividade são desconhecidos, evitando assim a sua realização. Existe uma ausência de certeza científica sobre as potencialidades negativas de determinadas atividade ou empreendimento. Assim, o referido princípio preza pela cautela, pois a existência de um possível dano pode ser irreparável.

d) Princípio do Poluidor Pagador

O referido princípio deve ser analisado mediante duas perspectivas: I - obrigação de reparar o dano, de acordo com o artigo 225, parágrafo 2º, da CF, que trata das responsabilidades ambientais; e mediante o caráter preventivo através da internalização dos custos da produção na atividade poluidora. O poluidor é obrigado a reparar os danos, arcando com o prejuízo causado ao meio ambiente, independentemente da existência de culpa, pois no ordenamento jurídico brasileiro vigora o sistema da responsabilidade objetiva. O mesmo encontra-se presente no Princípio 16 da Rio/92, que preceitua:

Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.

e) Princípio da Intervenção Estatal

A Constituição Federal, no caput do artigo 225, estabelece que é dever do Estado a preservação ambiental, onde o mesmo pode intervir nas relações econômicas e sociais, almejando a preservação ambiental, prevalecendo o caráter público das normas ambientais.

f) Princípio da Função Socioambiental da propriedade

Mediante esse princípio, a propriedade deve seguir não só a função social, mas também deve respeitar o meio ambiente, utilizando os meios adequados a preservação. No uso da propriedade há limites que devem ser respeitados, não só apenas o social, mas também o ambiental, corroborando ao princípio do desenvolvimento sustentável outrora analisado. O Estado pode impor um limite ao uso da propriedade voltado a preservação ambiental, não podendo utilizá-la na ideia de degradação.

g) Princípio do limite

O referido princípio encontra amparo legal no artigo 225, parágrafo 1º, inciso V, da CF, atribuindo ao Estado o dever de orientar, fiscalizar e impor limites ao uso dos recursos ambientais, controlando a produção dentro da ideia do poder de polícia.

CRISE AMBIENTAL X CÓDIGO (DES)FLORESTAL

Os impactos do homem sobre o meio ambiente se dão fundamentalmente em razão de um modelo de desenvolvimento pautado no consumo desenfreado dos recursos naturais, cuja ação visa atender a uma indústria ávida por matérias-primas e uma sociedade consumista. Sociedade esta que pouco se pergunta o porquê de tais ações e quais são as consequências de seu consumo exacerbado.

A crise ambiental se fez sentir a partir de momentos históricos da humanidade, muito mais evidente quando o mundo vai tornando-se gradualmente mundializado. Inicialmente pelo capitalismo e socialismo pós-guerra como sistemas político-econômicos e com a divisão territorial do trabalho.

Com o mundo globalizado, a dependência entre países ricos e pobres ficou mais evidente, e fica refletida na balança comercial, visto que os países que detêm tecnologia agregam valores aos seus produtos, enquanto os países pobres não conseguem melhores preços para suas matérias-primas.

É notório que o desenvolvimento dos países ricos se deu, em parte, via transferência de recursos naturais dos países do antigo terceiro mundo. Esse modelo de desenvolvimento também é responsável pela crise no sistema econômico e ambiental. A crise, que em primeira instância era local, regional e nacional, passa a ser global devido a dependência do sistema econômico mundial.

Atualmente, enfrentamos a maior crise ambiental causada pelas formas de intervenção humana sobre a natureza de forma descontrolada, sendo esta uma crise de origem antropogênica, caracterizada pelas mudanças climáticas e dos ecossistemas. Segundo os ideais do filósofo Thomas Hobbes “o homem é o lobo do homem, em guerra de todos contra todos”, diante da atual situação, é difícil discernir o que nos diferencia do animal, pois a crise ambiental chegou ao limite mediante atos impensados do ser humano, onde os recursos naturais são utilizados de forma irracional e indiscriminada, sendo uma consequência do uso inadequado dos solos e dos recursos naturais.

A lei nº 12.651/12 (Código Florestal) surgiu com o intuito de conciliar a necessidade de proteção com a necessidade de produção, tendo os seguintes princípios: objetiva o desenvolvimento sustentável, reafirma o compromisso nacional pela preservação das florestas, reafirma a importância da atividade agropecuária, pressupõe a responsabilidade de todas pela fiscalização e a utilização de instrumentos econômicos para fomentar a preservação.

Diante das catástrofes ambientais que chegamos, analisar o Código Florestal de acordo com o que estabelece o desenvolvimento sustentável chega a ser uma utopia, pois o mesmo não é um instrumento apto e capaz de superá-la. A crise ambiental é um dos efeitos do crescimento descontrolado seja ele econômico, demográfico ou tecnológico.

O artigo 1º da referida lei e os seus incisos estabelecem as regras de exploração econômica da terra, sendo utilizado o termo exploração de maneira exaustiva ao longo dos demais artigos, submetendo a natureza ao propósito econômico, onde os recursos naturais são transformados em um produto com o único objetivo de exploração e auferir vantagens econômicas.

Não restam dúvidas de que o legislador teve como objetivo a exploração com consequente resultado econômico, pautando-se da “ideia” de proteção ambiental, podendo ser considerado como um código econômico, pois não pauta-se pelos ideais protecionistas em favor dos recursos naturais e da Terra Viva, mas apregoa normas que se voltam à exploração econômica rural em detrimento de determinados grupos econômicos.

Para que fosse considerado um código florestal o mesmo deveria ter como objetivo a proteção ambiental, a recuperação de áreas degradadas tidas como inutilizadas, a perda de biodiversidade, desertificação dos solos, poluição e a punição severa pelos desmatamentos incessantes.

No Capítulo XIII do referido código encontram-se expressas as disposições transitórias que se voltam ao passado com normas mais brandas, buscando facilitar a regularização daqueles que estavam utilizando determinadas áreas de forma irregular.

O instituto da anistia presente no artigo traz a viabilidade daquele que sofreu uma multa ambiental por infração cometida anteriormente ao Decreto nº 6.514 de 22 de julho de 2008 a possibilidade da conversão das multas pelos atos infracionais em serviços ambientais nas áreas.

O segundo instituto trazido pelo Código é o uso consolidado, que é a possibilidade de manutenção da área, que no Código anterior seria considerado irregular, podendo continuar a utilizá-la de forma integral ou parcial em área na qual não poderia ter havido a exploração da vegetação nativa, beneficiando o infrator que descumpriu as regras estabelecidas pelo Código Florestal de 1965.

Portanto, o Código (des)Florestal preza pelo desmatamento em prejuízo ao equilíbrio ecológico, baseando-se em um crescimento econômico voltado ao consumo destrutivo dos recursos naturais, visando o mercado econômico em favorecimento a determinados grupos

econômicos e o aumento do Produto Interno Bruto (PIB) à medida que fomenta a produção agropecuária com a utilização de altas taxas de agrotóxicos, uso de transgênicos e grandes quantidades de hormônios, pouco preocupando-se com a saúde, bem estar, qualidade de vida e equilíbrio ecológico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da realidade ambiental, não restam dúvidas da importância do desenvolvimento sustentável como meio capaz de solucionar ou ao menos reduzir os problemas ambientais, desde que respeitados os fatores ambientais, econômicos e sociais, sendo necessário excluir o parâmetro quantitativo pelo qualitativo, desde que a ideia seja uma menor exploração para que haja uma melhor condição ambiental e social.

O desenvolvimento sustentável pode ser uma solução viável em resposta aos anseios da sociedade diante das condições ambientais que se encontram prejudicadas diante do padrão de desenvolvimento acentuado e do consumo desenfreado, pouco priorizando-se pela conservação dos recursos naturais.

É necessário encontrar meios para que ocorra uma produção qualitativa, havendo uma distribuição e consumo dos recursos existentes de forma igualitária, economicamente eficaz e ecologicamente viável.

É possível que o crescimento econômico seja mantido de forma eficiente e sustentável ao longo prazo, estando acompanhado de melhorias para as condições sociais, havendo distribuição de renda e respeitando o meio ambiente de forma que a solidariedade, equidade e igualdade sejam vistas como três pilares fundamentais do conceito de desenvolvimento sustentável, compatibilizando o desenvolvimento socioeconômico com a conservação ambiental, sendo implantadas políticas públicas ecologicamente viáveis, de forma a estimular o viés ecológico e reduzindo o risco de perdas ambientais, favorecendo assim os países pobres, dando-os a oportunidade de ter um crescimento econômico sustentado. Para Shachs (2008): “[...] o desenvolvimento traz consigo a promessa de tudo - a modernidade inclusiva propiciada pela mudança estrutural” (SACHS, 2008, p. 13).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENDA 21 BRASILEIRA. **Resultado da consulta nacional / Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional**. 2. ed. Brasília : Ministério do Meio Ambiente, 2004. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/consulta2edicao.pdf . Acesso em: 26 set. 2019.

BARBOSA, Gisele Silva. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. 2008. Disponível em: http://www.fsma.edu.br/visoes/ed04/4ed_O_Desafio_Do_Developolvimento_Sustentavel_Gisele.pdf. Acesso em: 28 set. 2019.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. **DECRETO Nº 6.514, DE 22 DE JULHO DE 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 12.651, DE 25 DE MAIO DE 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 4.771, DE 15 DE SETEMBRO DE 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm Acesso em: 26 set. 2019.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PERNAMBUCO. **ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL**. 2017. Disponível em: http://www.cprh.pe.gov.br/arquivos_anexo/estudo%20de%20impacto%20ambiental.pdf. Acesso em: 1 out. 2019.

RIO DE JANEIRO. **Declaração do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. **Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica**. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142012000100006. Acesso em: 28 set. 2019.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado**. São Paulo: Garamond, 2008.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SÃO PAULO. **ESTUDOS AVANÇADOS**.1992. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013 Acesso em: 27 set. 2019.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STJ. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1367923 RJ 2011/0086453-6**. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ: 27/08/2013. JusBrasil, 2013. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24158298/recurso-especial-resp-1367923-rj-2011-0086453-6-stj/inteiro-teor-24158299?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 set. 2019.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS COISAS COM ÊNFASE NAS MODALIDADES DE USUCAPIÃO

Izaque Luxdêi*

José Raul Batista da Silva**

Cícero Ernany Alves Quirino***

RESUMO

O direito das coisas tem origem romana e desde o seu surgimento vem sofrendo constantes alterações, com ênfase na propriedade que, de acordo com o direito privado romano, tinha uma perspectiva individualista. No sistema feudal, também foi alterado, momento em que passou a ser visto por um dualismo de sujeitos, sendo que quem podia ter a disponibilidade da propriedade era aquele que detinha o poder político. E assim foi sofrendo alterações até chegar a definição que se tem hoje, o direito de propriedade que é dado aos homens sobre a natureza física dos bens e como deve ser a sua utilização econômica. Do direito à propriedade, a usucapião também é uma forma de aquisição, dada aquele que tem a posse de algum bem, depois de algum tempo, desde que haja a inércia do proprietário, devendo ser observados todos os seus requisitos previstos em lei.

Palavras-chave: Direito das coisas. Propriedade. Usucapião.

ABSTRACT

O direito das coisas tem origem romana e desde o seu surgimento vem sofrendo constantes alterações, com ênfase na propriedade que, de acordo com o direito privado romano, tinha uma perspectiva individualista. No sistema feudal, também foi alterado, momento em que passou a ser visto por um dualismo de indivíduos, sendo quem poderia ter disponibilidade de propriedade era aquela que detecta ou pode ser político. E assim foi sofrendo alterações até chegar a definir que tem hoje, o direito de propriedade que é dado aos homens sobre a natureza física dos bens e como deve ser sua utilização econômica. O direito de propriedade, um uso também é uma forma de aquisição, dado que tem uma posse de algum bem, depois de algum tempo, desde que haja uma inércia do proprietário, devendo ser observado todos os seus requisitos necessários em lei.

Keywords: Law of things. Adverse possession. Property.

INTRODUÇÃO

Para que qualquer conteúdo seja compreendido de melhor forma, deve-se observar o contexto histórico, bem como o seu surgimento e evolução, com isso aqui é trazido informações sobre a evolução histórica do direito das coisas com ênfase nas modalidades de usucapião para acrescentar de forma bem fundamentada conhecimento acerca do tema. O direito das coisas, assim como muitos outros ramos do direito civil, teve grande influência do direito privado romano, o direito civil moderno baseia-se nesse direito, apesar de ter sofrido muitas alterações ao longo da história. A palavra “coisa” pode ser definida juridicamente como objeto de direitos reais, da mesma forma, pode-se afirmar de forma bem objetiva que o direito das coisas, segundo leciona Calos Roberto Gonçalves, é resumido em regular o poder que é dado aos homens sobre a natureza física, nas mais variadas manifestações, de forma mais precisa os bens e como deve ser a sua utilização econômica. Segundo Lafayette “[...] são todas as disposições que organizam a propriedade em cada país”.

Originalmente, a propriedade tinha uma perspectiva bem individualista, e foi bastante modificada, modificações vieram com o sistema feudal, ficou marcado por um dualismo de sujeitos que eram aqueles que podiam dispor da terra e aquele que servia a outrem, mas a disponibilidade do bem dependia do sujeito que detinha o poder político. No final do século VIII ocorre outras alterações, porém dessa vez mais fiel as origens, foi na Revolução Francesa que instalou-se nos sistemas jurídicos a propriedade fiel aos sistema individualista do direito privado romano, nele era legítimo ao proprietário abusar do direito de propriedade, sendo a propriedade colocada em um verdadeiro altar e o proprietário o sacerdote.

De forma gradativa, a concepção individualista e egoísta da propriedade foi sendo modificada, surgindo assim o aspecto que hoje prepondera a função social, fazendo-se necessário defender a propriedade, porém, também se faz necessário que o Estado reconheça a função social da propriedade para que com isso venha a regulamentá-la para a finalidade social que é o bem comum. O nosso direito, por exemplo, abarca esse instituto, separando a jazida e o solo sendo incorporadas ao patrimônio da União, também a todas as jazidas até então desconhecidas, bem como outros hidrocarbonetos fluidos, gases de raridade que estejam em solo nacional.

No direito brasileiro, o que prevalece é sempre a preponderância do interesse público sobre o privado, isso em qualquer setor, a nossa Constituição Federal de 1988 no texto do art.5º, XXIII está posto que a propriedade atenderá sua função social, outras limites que foram

impostos pelo legislador, como é o caso de leis ambientais, toda com a finalidade de promover a função social, exemplo o (Dec.-Lei n. 1.985/40) e também o nosso código florestal.

O Código Civil de 2002 proclama também no mesmo raciocínio na art. 1.228

[...] direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de com o estabelecimento em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

O direito de propriedade também foi modificado nas zonas urbanas, criando também pelo mesmo Código Civil uma nova modalidade de desapropriação, de acordo com o § 4º do art.1.228,

[...] se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas houverem nela realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Dessa forma, foi dado um entendimento sobre a evolução do direito das coisas dando ênfase a propriedade, para focarmos na usucapião.

MATERIAL E MÉTODOS

Este trabalho científico foi elaborado por fontes de pesquisa seguras, confiáveis e de muita credibilidade no meio acadêmico, além de termos usado outro trabalho científico como base e inspiração, sendo usado notebook, Vade Mecum, Código Civil 2002 e doutrinas, a biblioteca de nossa instituição nos fortaleceu muito nesta caminhada, pois nela encontramos ótimos livros. Conseguimos obter os métodos mais práticos e responsáveis, nos quais procuramos sempre dar clareza ao artigo, e tentando sempre fazer com que os leitores se sintam à vontade para fazer uma boa leitura.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Há uma unanimidade quanto à origem da palavra usucapião entre os estudiosos, historiadores, o consenso é que a palavra tem raízes romanas, devido ao crescimento do império romano que se estendeu por quase toda a Europa, Oriente-Médio, e até mesmo na África do Norte, então, por consequência dessa grande expansão, foi necessário o seu aprimoramento para sanar problemas sociais e fundiários. O instituto da Usucapião tem caráter de aquisição, devido à inércia do proprietário durante um certo período de tempo.

Origem da palavra Usucapião, a etimologia, vem do latim *usucapio*, que significa uma forma de aquisição da propriedade. Pode-se ver que o Instituto da Usucapião entre os romanos, em épocas, era um modo de aquisição da propriedade, pela boa fé e posse durante um período, mas também sobre as Servidões e a Enfitese que é direito real em contrato perpétuo, alienável e transmissível para os herdeiros. A Servidão (Direito Real sobre imóvel alheio) é assegurada no atual Código Civil Brasileiro. Quanto à Enfitese (Domínio útil – semelhante ao aluguel) também era prevista no Ordenamento Jurídico Brasileiro (Código Civil de 1916, em vigor até 2002), mas foi expressamente vedada pelo vigente Código Civil de 2002. No Direito Romano, havia a Lei das XII Tábuas e na tábua 6ª, intitulada “Da Propriedade e da Posse”, tem nove incisos sobre o tema.

Segundo Barrufini, na civilização romana, quem adquirisse o patrimônio privado pela *Mancipatio* que exatamente coisas que são transferidas por o instituto Usucapião e *In Iure Cessio* (cessão de direito), depois surgiu a Propriedade Quiritária, essa era exclusiva dos cidadãos romanos e somente em terras itálicas, a Pretoriana ou Bonitária 18 – *Usus*: Hábito, costume de longo tempo. Expressão empregada, entre os romanos, para indicar situação em que uma mulher residia com um homem por tempo prolongado (objeto de decisões dos Pretores, juízes da época) e a Provincial (terras conquistadas nas guerras).

Portanto, o instituto da Usucapião, instituto este que foi criado para solucionar problemas que envolviam a sociedade romana sobre propriedade e posse há dois milênios, está ligado também evolução histórica do Império Romano, desde a fundação e colonização de Roma, a partir do ano 753 a.C. até quando foi elaborada a Lei das XII Tábuas, entre os anos 303 e 304 a.C.; à expansão do Império Romano e a uma, continuando em Roma e a outra na cidade de Bizâncio; teve grande influência do imperador Justiniano no Direito Romano, aperfeiçoando e consolidando as leis existentes em um único Código: o *Corpus Juris Civilis*; à queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C. e a continuação do Império do Oriente, ou Império Bizantino, até à tomada de Constantinopla pelos turcos no ano de 1453. Assim, com

a denominação de Usucapião ou de Prescrição, o Ordenamento Jurídico Brasileiro, desde o período colonial, sob as normas da coroa portuguesa (1500-1822) e até os nossos dias trata o Instituto da Usucapião com fundamentos nos preceitos de Justiniano.

E assim desde a sua origem nos primórdios de Roma criado para solucionar conflitos, tendo outras mudanças no período medieval, sendo influenciado por o imperador Justiniano, no período em que os europeus chegam ao Brasil (1500-1822) por influência da coroa portuguesa como já mencionado no parágrafo que antecede, o usucapião chega a ser o que é nos dias de hoje como está posto no Código Civil Brasileiro.

Art. 1238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Art. 1239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

USUCAPIÃO COMO DIREITO

Usucapião é o direito que o indivíduo adquire em relação a posse de um bem móvel ou imóvel em decorrência da utilização de um bem por determinado tempo, contínuo e incontestadamente. Em caso de imóvel, qualquer bem q não seja público pode ser adquirido através do usucapião.

Podemos perceber que todo e qualquer cidadão pode usufruir da usucapião, visto que o mesmo traz o direito de posse para todos. Com efeito, argumenta Cunha Gonçalves,

[...] a propriedade, embora seja perpetua, não pode conservar este caráter senão enquanto o proprietário manifestar a sua intenção de manter o seu domínio, exercendo uma permanente atividade sobre a coisa possuída: a sua inação perante a usurpação feita por outrem, durante 10, 20, ou 30 anos, constitui uma aparente e tácita renúncia ao seu direito.

De outro lado, a sociedade interessa muito que as terras sejam cultivadas, que as casas sejam habitadas, que os móveis sejam utilizados: mas um indivíduo, que durante longos anos,

exerceu seu direito numa coisa alheia pelo seu dono deixada abandonada, é também digno de proteção.

Com isto, é necessário que o possuidor que pedir usucapião realmente esteja no imóvel com intenção de posse, explorando o bem sem subordinação a quem que seja, com exclusividade como proprietário fosse. Que a posse não seja clandestina, precária ou mediante violência. Que seja então posse de forma mansa, pacífica e contínua.

Contudo, não poderá ser alegada nos seguintes fatos; durante a vigência da condição suspensiva, pois ela como moraliza o ato ou negócio jurídico, impede a aquisição de direitos enquanto não se verificar o evento futuro e incerto. Durante ação de evicção; Com a citação pessoal do devedor; Com o ato jurídico que constitui devedor em mora; Com o protesto; Com a apresentação do título de crédito em juízo do inventário ou do concurso de credores.

Orlando Gomes apud Roberto Gonçalves (2014, p. 287) por sua vez, conclui que o fundamento do usucapião está assentado, assim, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade a propriedade, bem como consolidar as aquisições e facilitar as provas de domínio. Podemos assim analisar que tal instituto estabelece firmeza a propriedade e traz paz social, além de ter a aprovação consolidado pelos povos romanos e modernos. O direito brasileiro consolida três espécies de usucapião, sendo elas usucapião de bens imóveis: a extraordinária, a ordinária e a especial ou constitucional, dividindo-se a última em rural (pro labore) e urbana (pro moradia ou pro misero). Porém há ainda uma modalidade em especial, a usucapião indígena, que está estabelecida no estatuto do índio (lei nº 6011/73).

MODALIDADES DE USUCAPIÃO

Usucapião extraordinário é disciplinado pelo art.1238 do código civil, segundo o qual, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu imóvel, adquiri-lhe a propriedade, independente de título ou boa-fé, podendo requerer o juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no cartório de registro de imóveis.

Tem como requisitos, a posse interrupta de 15(quinze) anos, exercida de forma mansa e pacífica com ânimo de dono, que poderá ser reduzida para 10(dez) anos nos casos em que o possuidor estabelecer no imóvel a sua moradia habitual, ou nele estiver realizado obras e serviços de caráter produtivo.

O art. 1260, esclarece que o possuidor que possuir coisa móvel como sua, continua e incontestadamente durante 3(três) anos, com justo título e boa-fé adquirir-lhe-á a propriedade. Com isto, podemos perceber que o prazo entre coisas móveis e imóveis mudam, visto que as coisas imóveis necessitam de aproximadamente 15(quinze) anos ou poderá ser reduzida em até 10(dez) anos, enquanto a móvel será necessário apenas 3(três) anos se cumprir todos os requisitos mencionados.

Usucapião ordinário – A ação de usucapião ordinário tem como escopo regularizar a aquisição da propriedade imóvel por aquele que, com justo título e boa-fé, mantém a posse mansa, pacífica e ininterrupta de um imóvel pelo prazo de 10 (dez) anos, podendo ser reduzido para 5 (cinco), caso o bem houver sido adquirido, onerosamente, sob o registro constante do respectivo cartório com o posterior cancelamento, devendo os possuidores terem estabelecido nele a sua moradia, ou realizado investimentos.

Esta modalidade de usucapião traz algumas diferenças da modalidade extraordinária, visto que a ordinária é necessária que o possuidor tenha agido de boa-fé e com justo título, além do prazo ser menor.

A usucapião especial – é uma modalidade pode ser dividida em duas espécies, sendo ela a especial rural e a especial urbana. A usucapião especial rural surgiu no direito brasileiro, com a Constituição Federal de 1934, porém ao decorrer dos anos foram sendo retiradas do texto brasileiro, até que em 30 de novembro de 1964 aplicou-se a lei 4.504, sendo denominada estatuto da terra, até que em 1981 foi elaborada a lei 6.969, elaborada especialmente para regulamentar o usucapião de imóveis rurais.

Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5(cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente 25(vinte e cinco) hectares, e nela houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio.

A usucapião rural – não se aplica a simples posse. O seu objetivo é a fixação do homem no campo, exigindo ocupação produtiva do imóvel, devendo neste morar e trabalhar o usucapiente. Constitui a consagração do princípio ruralista de que deve ser dono da terra rural quem a tiver frutificado com o seu suor, tendo nela a sua morada e a de sua família.

Usucapião especial urbano – traz inovação na Constituição Federal de 1988, estando regulamentada pelo art. 183, aquele que possuir como área urbana de até 250(duzentos e cinquenta) metros quadrados, por 5(cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-

a para sua moradia, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Foi acrescentado ainda que o direito não será reconhecido ao novo possuidor mais de uma vez e que imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Coletiva do estatuto da cidade – O estatuto da cidade (LEI N°10.257/2001) introduz no nosso ordenamento mãos uma modalidade de usucapião, no artigo 10. “As áreas urbanas com mais de 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, em que não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Esta inovação visa a regulamentação de áreas de favelas ou de aglomerados residenciais sem condições de legalização de domínio. Deve preponderar o uso de imóvel para fins residenciais, não se afastando utilização outra para finalidade comercial acanhada, como pequeno bar, por exemplo.

O estatuto da cidade cria assim, por meio das diretrizes gerais e dos instrumentos de política urbana, um complexo de normas que permitem o racional aproveitamento do solo urbano, dando a propriedade sua função social, decorrente dos princípios encampados em todo o mundo.

Usucapião familiar – está previsto no art. 1.240-A, aquele que exercer, por mais de 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados, cuja propriedade dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Conforme Mario Delgado, aquele que ficou no imóvel deve exercer diretamente a posse, de forma exclusiva e sem interrupção, fazendo uso do bem para sua moradia e de sua família. Optando, antes de implementado o prazo de dois anos, por deixar o imóvel fechado ou alugado, não poderá mais invocar a usucapião familiar, que exige a “posse direta” e ininterrupta, a implicar a permanência do abandonado no imóvel.

A posse também precisa ser exercida sem oposição. Se antes de ultimados os dois anos, o parceiro conjugal que deixou o imóvel ingressar, por exemplo, com uma notificação

extrajudicial ou com qualquer medida judicial que demonstre interesse em exercer os atributos da propriedade, restará afastado o direito a usucapião familiar.

Usucapião indígena – o diploma legal que atualmente assegura a situação jurídica dos índios no país é a lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o estatuto do índio. É beneficiário pelo favor legal, podendo usucapir, portanto, o índio já integrado na civilização, bem como aquele que ainda não integrado segundo dispõe o art.3º do mesmo diploma. Se o índio possuir plena capacidade, poderá propor diretamente a ação de usucapião. Não a tendo, será necessário ser representado pela FUNAI.

PRESSUPOSTOS DA USUCAPIÃO

Os pressupostos da usucapião são aqueles requisitos indispensáveis para que se possa usucapir, são eles: coisa hábil (*res habilis*), posse (*possessio*), decurso do tempo (*tempus*), justo título (*titulus*) e boa-fé (*fides*). Destes 5(cinco) requisitos, três são exigidos em todas as modalidades de usucapião, coisa hábil, posse, decurso do tempo.

Na coisa hábil, deve ser analisado se quem pretende usucapir é suscetível de prescrição aquisitiva. São insuscetíveis de apropriação bens que se acham em abundância na natureza, no universo como o ar atmosférico, o mar, a luz. Os bens inalienáveis que são aqueles que por lei não podem ser transferidos a outrem, bens públicos também não podem ser usucapidos de acordo com a Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal, também de acordo com a nossa Constituição Federal de 1988, que declara ao tratar da usucapião urbana e rural, nos seus arts.183 e 191, consagra que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Neste pressuposto da coisa hábil, nada mais é do que os bens que possuem direitos de se usucapi. Segundo entendimento do STF (Supremo Tribunal Federal), os bens públicos não poderão ser objetos de Usucapião, está previsto na súmula 340. Os bens legalmente indisponíveis são os de uso especial, uso comum, uso de incapaz, órgão do ser humano como também os indisponíveis pela vontade humana.

A boa-fé está prevista no art. 1201 da lei Nº10.406, de 10 de janeiro de 2002, em que nos mostra que se o possuidor estiver com o entendimento firmado que é possuidor daquela coisa e que não há vício o mesmo está obtendo a aquisição de boa-fé. O legislador dá ênfase ao fato de que a boa-fé na maioria dos casos esta seguida do justo título, ou seja, quando o possuidor estiver com o título justo na mão, já é um grande sinal que não está com má-fé.

Porém, infelizmente acontece do possuidor está com o título na mão, mas esteja usando de má-fé.

A posse é fundamental para que se configure a prescrição aquisitiva. Para se exigir Usucapião, não deve ser qualquer tipo de posse, deve estar de acordo com a lei ser revistas certas características.

Segundo leciona Lafayette, a posse jurídica é a base de toda prescrição aquisitiva:

Carece que ela seja adquirida de um modo justo, isto é, que não começasse ou por violência (vi), ou clandestinamente (clam), ou título (precário). O vício da violência continua a subsistir, ainda que a posse no decurso de sua duração se torne pacífica; e, enquanto não é expurgado, impede a prescrição; mas não se transmite à posse do terceiro que em boa-fé recebe a coisa de esbulho.

O tempo é uma fator necessário para usucapir, esse tempo vai depender do sistema jurídico, o Código Civil de 2002 voltou a reduzir os prazos para usucapir, para a extraordinária, é exigido 15 (quinze anos) de acordo com o (art. 1.238), que reduzirá a 10 (dez) anos, já para a ordinária, em que o possuidor deve ter justo título de boa-fé, basta o prazo de 10 (dez) anos. Já o usucapião ordinário, houve a redução de 10 (dez) anos para 5 (cinco) anos. Podemos destacar ainda a usucapião especial, que obtém critérios mais sólidos sobre a detenção da coisa, sendo 5 (cinco) anos para os urbanos e rurais e 2 (dois) anos quando houver litígios entre cônjuges.

O justo título é usado para transferir de indivíduos para outros o direito da posse e do domínio, devemos analisar acima de tudo se o título realmente é justo, ou seja, não possui nenhuma irregularidade ou vício, podendo está sujeito a anulação desta transferência. Com o decorrer do tempo, foram havendo algumas mudanças por parte dos legisladores, como por exemplo, antigamente o título seria justo se obtivesse alguma escritura no registro imobiliário, porém, hoje em dia, é visto um título justo aquele que obtiver um sinal positivo da compra do lote e do pagamento, em que a jurisprudência do STJ entende que não seja necessário o registro e o instrumento público para a ação de usucapião ordinário, e sim apenas a promessa de compras e vendas, desde que acompanhada de provas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos assim concluir que a usucapião está se tornando algo frequente no ordenamento jurídico, visto que o instituto traz aos indivíduos o direito de posse sobre

determinados bens, sejam móveis ou imóveis. A usucapião vem sendo fundamentada pelo princípio da utilidade social e com isso evidenciou-se que não há sentido um cidadão ficar sem moradia, sendo que está na posse de um bem que não esteja tendo utilidade para o seu proprietário, como por exemplo a usucapião rural, em que este não está usufruindo de nenhuma forma, e a propriedade está em desuso, não tem sentido um indivíduo que esteja usando esta propriedade com o interesse familiar e de produção não obtenha a titularidade daquela propriedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Volume 4: direito das coisas. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Calos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 5: Direito das coisas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANGEL, Tauã Lima Verdan; OLIVEIRA, Danilo de; SOUZA FILHO, Claudio Contarini. **A usucapião e suas espécies previstas no ordenamento jurídico brasileiro**. 2014. Disponível em: [https:// jus.com.br/artigos/29230/a-usucapião-e-suas-especies-previstas-no-ordenamento-juridico-brasileiro](https://jus.com.br/artigos/29230/a-usucapião-e-suas-especies-previstas-no-ordenamento-juridico-brasileiro). Acesso em: 25 out. 2019.

RODRIGUES, Rivaldo de Jesus. **Ordenamento jurídico brasileiro no século XXI**. Anápolis: dissertação de (mestrado)

A PROBLEMÁTICA DA APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE TERRAS FRENTE A IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE PRIVADA

Marcos Andrade Ferreira*
Anna Beatriz Abreu Lins**
Leonardo Figueiredo de Oliveira***

RESUMO

Dentre as discussões atuais da conjuntura social moderna, vem surgindo uma pauta acerca do conflito entre o direito fundamental de propriedade (artigo 5º da Constituição Federal de 1988) e a Reforma Agrária (lei nº 8.629/1993), a problemática surge a partir das apropriações indevidas de terras, perante justificativas legais infundadas e frente a uma legislação não aplicada. Tal fator é fruto da omissão do Estado em fiscalizar e punir condutas transgressoras da ordem mantida pelas tipificações presentes no Código Penal (1940) referentes ao tema. Portanto, os objetivos gerais do presente artigo consistem em realizar análises à luz da legislação penal e de determinadas legislações acerca das chamadas “invasões de terras”, assim como por objetivos específicos busca-se abordar a omissão do Estado, compreender a reforma agrária e firmar um entendimento sobre o esbulho possessório, usando para atingir tais resultados a pesquisa oriunda do método dedutivo paralelamente ao estudo da legislação nacional.

Palavras-Chave: Propriedade. Reforma agrária. Omissão do Estado e Apropriação.

ABSTRACT

Among the current discussions of the modern social conjuncture, there has been an agenda about the conflict between the fundamental right of property (article 5 of the Federal Constitution of 1988) and the Agrarian Reform (law 8.629/1993), the problem arises from the misappropriation of land, in the face of unfounded legal justifications and in the face of unapplied legislation. This factor is the result of the State's failure to supervise and punish transgressive behaviors of the order maintained by the provisions of the Penal Code (BRAZIL, 1940) related to the theme. Therefore the general objectives of this consist in carrying out analyzes in the light of criminal law and certain legislations concerning so-called “land

invasions”, as well as specific objectives, it seeks to address the omission of the state, to understand land reform, and to establish an understanding of possessive debris, using to achieve such results the research derived from the deductive method in parallel with the study of national legislation.

Keywords:

Property; Land reform; State Omission and Appropriation.

METODOLOGIA

A temática em foco nesse trabalho científico, surgiu após diversos debates acerca da atual problemática que prejudica o direito fundamental da propriedade, tendo em vista que tal meio vem perdendo a importância nas discussões sociais, portanto surgiu a necessidade de elaborar um texto que abordasse essa circunstância e desse a merecida atenção a essa garantia imprescindível. Para tanto, utilizando do método dedutivo apoiado a uma base doutrinária bibliográfica com diversos autores renomados da área civil como por exemplo Carlos Roberto Gonçalves e Washington de Barros, assim como escritores que abordam a questão agrária, dentre eles Juvelino José Strozake, além de pensadores filosóficos de importância internacional e histórica tendo por exemplos Aristóteles e Hans-Hermann Hope. Tais conteúdos foram aplicados de maneira a abordar a problemática analisando-a paralelamente a legislação brasileira, tendo por base legal: o Código Civil de 2002, o Código Penal de 1940, o Estatuto da Terra de 1964, a Constituição Federal de 1988 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

INTRODUÇÃO

Os atuais entendimentos gerais acerca da propriedade são oriundos, principalmente, dos estudos de especialistas do ramo do Direito Civil e do próprio Código relacionado, portanto, propriedade pode ser considerada como o direito real que dá a uma pessoa o domínio de um bem, em todas as suas relações, assim como expresso no artigo 1228 do Código Civil de 2002 que mesmo não oferecendo uma definição de propriedade aborda os poderes do proprietário,

sendo esses: usar, gozar, dispor e reaver a coisa de quem injustamente a possua ou detenha (GONÇALVES, 2013).

Diversos doutrinadores ao longo do tempo tentaram conceituar a propriedade devido a importância dessa garantia constitucional expressa dentre os direitos fundamentais no artigo 5º caput e em seu inciso XXII que aborda a garantia do direito à propriedade, contudo, a configuração desse instituto recebe de forma direta e profunda a influência dos regimes políticos ao qual está inserido (GONÇALVES, 2013). Baseando-se em uma das mais famosas obras sobre política e forma de estado em toda a história, “Política” do exímio filósofo Aristóteles, existem, três tipos de regimes políticos, são eles: a monarquia (poder concentrado nas mãos de um só indivíduo), a oligarquia (poder de alguns poucos sobrepondo a grande maioria) e a democracia (o ideal de poder de todos, sendo as decisões obtidas por meio do voto), modificando o entendimento acerca da propriedade conforme ocorre a centralização ou descentralização do poder .

Tendo em vista o exposto anterior, busca-se entender a propriedade não apenas como um conceito aberto, mas também dinâmico, uma vez que ela está constantemente sendo alvo de um processo de relativização, ou seja modificando-se e adaptando-se com o passar do tempo, chegando a ser considerado o mais completo dos direitos subjetivos, o núcleo do direito das coisas e a matriz dos direitos reais, assim como descrito por Washington de Barros Monteiro em sua renomada obra Curso de Direito Civil, Volume 3: “Constitui o direito de propriedade o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas”.

Dessa maneira, se faz possível observar que a relação formulada pelo autor diz respeito a ligação entre o dono e a coisa, o modo que o proprietário possui e exerce domínio sobre o objeto, portanto faz-se imprescindível dissertar acerca dos poderes taxados no artigo 1228, caput, presente no Código Civil de 2002, estando dentro desse rol o direito de uso, gozo, de dispor e reaver o bem, sendo que aquele que possui utilizar todos os atos descritos, ou seja, ter acesso a todos os elementos possui propriedade plena, de fazer o que quiser com aquilo que é seu, enquanto aquele que possui apenas a capacidade de usufruir de alguns dos elementos terá a propriedade limitada.

O primeiro elemento enunciado no já citado artigo 1228, trata-se do direito de usar (*Jus Utendi*), ou seja, a possibilidade de o proprietário servir-se da coisa como ele bem entender, podendo excluir terceiros de igual uso; o segundo elemento é o direito de gozar ou usufruir (*Jus*

Fruendi) que constitui a garantia de aproveitar os frutos naturais e civis do objeto, além de tudo que advém dele; o terceiro refere-se ao poder de dispor do bem da forma que o proprietário achar mais conveniente (*Jus Abutendi*), em outras palavras, a possibilidade de transferir a coisa, atribuir preço, alienar para quem ele desejar; o quarto e último elemento presente no dispositivo legal é o direito de reaver a coisa (*Rei Vindicatio*), isto é, se um terceiro passa a deter ou possuir objeto de outrem, tem esse o direito de reivindicar aquilo que possui, portanto constitui uma proteção específica da propriedade (GONÇALVES, 2013).

Mesmo havendo tal aparato legal, é certo que nos dias atuais o direito à propriedade não tem recebido a devida preocupação por parte do Estado, seja pela falta de fiscalização das apropriações, pela não aplicação das normas penais relacionadas a atos criminosos contra esse direito fundamental ou pela fragilidade das punições adequadas a tais normas, sendo assim, o objetivo do presente artigo é realizar uma análise acerca da problemática existente relacionada a atual desonra para com uma garantia constitucional de extrema importância para todos os indivíduos que compõe a sociedade.

DESENVOLVIMENTO

PROTEÇÃO À PROPRIEDADE PRIVADA:

A propriedade privada sempre foi motivo de discussões devido a sua importância na vida de cada indivíduo, seu conceito está na grande maioria das vezes ligado a imagem de um imóvel ou remetendo de alguma forma a um local determinado, contudo, deve ser considerada como propriedade privada qualquer coisa que tenha posse comprovada legalmente, garantindo a seu dono usufruir do que é seu e negar tal fato terceiros se assim desejar. Porém, uma prática comum vem se instaurando nos dias atuais, atos que têm gerado polêmica devido a quebra dos poderes da propriedade, são esses: as invasões de terra, ocupações de locais aparentemente sem donos e limitações abusivas propiciadas pelo próprio ente que devia garantir a efetivação dos direitos (o Estado).

Como abordado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Note-se que, enquanto a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, proclamava ser a propriedade “direito inviolável e sagrado”, o Código de Napoleão, de 1804, pretendendo ser individualista, consagrou,

como princípio, a legitimidade da limitação do Estado sobre a propriedade, ao definir esse instituto, no artigo 544, como “o direito de gozar e de dispor das coisas de modo absoluto, contanto que isso não se torne uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos” (DI PIETRO, 2017, p. 201).

Para observar de forma mais objetiva o assunto em questão, faz-se importante perceber a relevância do direito à propriedade e os fatos expressos nos dispositivos legais, do ponto de vista da legislação nacional, a definição de propriedade privada foi incorporada inicialmente na Constituição de 1988, na qual foi instaurada como um direito fundamental junta a diversos outros bens jurídicos indispensáveis a todos os indivíduos, com o passar do tempo, em 2002, o direito à propriedade privada passou a ser previsto no artigo 1228 do Código Civil brasileiro, especificando os poderes e deveres do proprietário, contudo, ele também foi alvo de preocupações em âmbito global ao ser disciplinado no artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos com as seguintes prerrogativas: “Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outras. Nenhuma pessoa será arbitrariamente privada de sua propriedade”.

A propriedade privada pode ser considerada como um dos instrumentos capazes de fazer com que as pessoas, enquanto viver em sociedade, não abusem de seus direitos e assim ultrapassem os limites pertencentes aos outros indivíduos, portanto esse direito pode ser considerado como uma ferramenta de expansão e manutenção da paz e da liberdade entre os membros que compõe o grupo social, efetivando essas benfeitorias por meio da garantia dos poderes exercidos pelo dono, ou seja, se uma coisa pertence a alguém apenas o proprietário ou quem ele permita, pode usufruir dela em sua totalidade, dentro dos limites legais previamente estabelecidos.

Diversos ideais que reafirmam a importância da propriedade privada vem ganhando força na atualidade, alguns deles baseados nos pensamentos do filósofo e economista alemão-americano da escola austríaca, de tradição econômica liberal, Hans-Hermann Hoppe, conhecido principalmente por dois de seus livros sobre o assunto em questão: *A Short History of Man: Progress and Decline* e *The Economics and Ethics of Private Property*, que tratam importância da propriedade privada no decorrer do tempo, sua influência na delimitação das posses de cada indivíduo, na evolução da sociedade, no mantimento da paz e da liberdade e na garantia de segurança, contudo, mesmo sendo base para tais melhorias esse imprescindível direito vem

sendo violado no Brasil não atendendo assim as normas programáticas presentes na Constituição Federal nos direitos fundamentais.

O atual Código Penal (CP) também busca efetivar a defesa da propriedade privada, dentro do capítulo VI que disciplina os crimes contra a liberdade individual, tipificando a condutas que prejudicam esse direito como por exemplo: da violação de domicílio (art. 150, CP) e alteração de limites (art. 161, CP), porém, tais tipificações não condizem com um dos princípios norteadores do Direito Penal, a proporcionalidade que prega a necessidade da pena por um ato ilícito ser condizente com a gravidade do ato, tal afirmação pode ser justificada pelo fato das infrações impedirem que um dono exerça seus poderes sobre seus pertences, seja porque algum indivíduo invadiu e tomou seu território ou devido a uma demarcação que ilicitamente diminuiu suas posses, portanto, o proprietário originário passa a ser prejudicado e a ter sua liberdade limitada, danos que não são suficientemente sanáveis por sanções que não chegam a um ano de reclusão nas formas simples dos crimes citados.

REFORMA AGRÁRIA:

Referindo-se à reforma agrária obtêm-se um conceito muito controvertido, por exemplo, para José Afonso da Silva (2005, p. 821), trata-se de um: “Programa de governo, plano de atuação estatal, mediante a intervenção do Estado na economia agrícola, mas apenas para promover a repartição da propriedade e da renda fundiária”.

Inspirado pelo princípio da função social da propriedade, o Estatuto da Terra – Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 – designa que o propósito da reforma agrária compreende possibilitar o “acesso à propriedade rural [...] mediante a distribuição ou a redistribuição de terras” (art. 17), e eventualmente “estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio” (BRASIL, 1964).

O autor Juvelino José Strozake (2002, p. 65), em seu livro “Questões agrárias”, ampara a ideia de que “[...] a reforma agrária é um programa governamental com fins de evitar a concentração da propriedade e realizar a justiça social instituído na Constituição Federal e em leis especiais”.

Ainda, faz-se importante saber que a propriedade agrária é espécie do gênero propriedade privada, da qual o regime jurídico foi integralmente alterado pela Constituição Federal de 1988. Na nova ordem constitucional, a função social decorreu a compor o assunto do direito de propriedade. Desse modo, a mudança realizada tem ligação com o modelo de Estado adotado em 1988, sendo ele, o Estado Democrático de Direito, que engloba como principais fundamentos a soberania, inclusive a popular, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a cidadania, pluralismo político, e a livre iniciativa (BRASIL, 1988).

Trata-se também dos objetivos da República Federativa do Brasil, uma vez que esta fala e defende a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a garantia do desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

O caput e o inciso XXII do artigo 5º da Constituição menciona o direito de propriedade, no entanto, em todas essas menções está sempre envolvendo outros direitos como a igualdade, a liberdade, a vida e a segurança, ou a função social também presente no inciso CF, art. 5º, inciso XXIII.

A Constituição, em seu artigo 170, afirma que “[...] a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, examinados, além de outros, os princípios da soberania nacional, da defesa do meio ambiente, da propriedade privada, da redução das desigualdades regionais, da função social da propriedade e sociais e da busca do pleno emprego.

O termo moradia deve vir acompanhado do conceito de dignidade, não basta ter um local para habitar, é necessário que este lugar possua condições mínimas que respeitem a dignidade da pessoa humana, a moradia adequada deve assegurar as necessidades naturais e sociais dos seus habitantes, assim é essencial que se tenha uma moradia que proteja e respeite a vida humana digna que nela habitar.

A propriedade pode ser sobre um bem móvel ou imóvel. A moradia é, em regra um bem imóvel, assim ter uma moradia significa ter uma propriedade imóvel. Desde o surgimento da propriedade “moradia”, surgiu uma relação com a fixação do indivíduo em um local facilitando a manutenção da vida, possibilitando proteção ao homem e contribuindo como ferramenta, mesmo que indireta, no processo de produção dos mais variados itens, alimentos e criações

humanas, portanto, em algum nível, ela se relaciona com o trabalho dos homens. Deste modo Sarlet, sustenta:

Tendo em conta que no caso do direito à moradia a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca, pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna, parece-nos dispensável dadas as proporções deste estudo, avançar ainda mais na sua fundamentação. Aliás, provavelmente é o direito à moradia – bem mais que o direito à propriedade – que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (Sphäre ihrer Freiheit). Com efeito sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com o mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, o direito à vida (SARLET, 2003).

A propriedade residencial constitui o conjunto básico de valores do grupo social, é uma das instituições centrais da civilização com que se orientam e pautam pessoas e coisas, também estabelece e materializa a estrutura com que historicamente se regem e reproduzem as relações entre Estados, sociedades e indivíduos. A propriedade privada, como direito fundamental do homem, modificou-se junto ao processo histórico e do desenvolvimento social, onde a evolução dos direitos de geração em geração, propiciaram o surgimento de novos bens e valores a serem tutelados pelo Direito.

A moradia é uma forma de existência mútua das pessoas físicas, jurídicas e estatais, que possibilita as mais diversas formas de trabalho, afetando diretamente a estrutura básica da sociedade e a economia.

Com o Estado Democrático de Direito atuando no Brasil a propriedade ganhou uma nova convicção. “A implantação do Estado Democrático de Direito, em meados do século XX, conferiu a propriedade novos contornos sociais, políticos, econômicos e jurídicos”.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 865) definição de desapropriação dá-se nos seguintes termos:

Do ponto de vista teórico, pode-se dizer que desapropriação é o procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse

público. Trata-se, portanto, de um sacrifício de direito imposto ao desapropriado.

Hely Lopes Meirelles (1998, p. 487) ainda assegura,

A desapropriação é o moderno e eficaz instrumento de que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos; para propiciar a implantação de planos de urbanização; para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições; e para realizar a justiça social, com a distribuição de bens inadequadamente utilizados pela iniciativa privada. A desapropriação é, assim, a forma conciliadora entre a garantia da propriedade individual e a função social dessa mesma propriedade, que exige usos compatíveis com o bem-estar da coletividade.

Ao tratar sobre o instituto jurídico da desapropriação se torna relevante sobretudo quando se constata que dele depende a efetivação da reforma agrária no Brasil. Os objetivos da desapropriação no Direito Brasileiro são listados no art. 18 da Lei n. 4.504/1964 e, segundo o autor Benedito Ferreira Marques, estes se confundem com os próprios fins da reforma agrária, *in verbis*: a) condicionar o uso da terra à sua função social; b) promover a justa e adequada distribuição da propriedade; c) obrigar a exploração racional da terra; d) permitir a recuperação social e econômica de regiões; e) estimular pesquisas pioneiras, experimentação, demonstração e assistência técnica; f) efetuar obras de renovação, melhoria e valorização dos recursos naturais; g) incrementar a eletrificação e a industrialização no meio rural; h) facultar a criação de áreas de proteção a fauna, à flora ou a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias.

Em síntese, observamos que a desapropriação sempre tem um caráter impositivo, configurando-se como transferência forçada da propriedade para o Poder Público, em razão de interesse social maior. Nesse contexto, a garantia de indenização, conforme Marques (2015, p. 140) "serve como elemento neutralizador da tomada do bem, embora nem sempre se apresente justa".

ESBULHO POSSESSÓRIO:

A problemática em questão no presente artigo apresenta-se de forma direta, a invasão da propriedade privada é um crime e o silêncio do Estado passou a ser uma omissão gravosa pois prejudica os direitos garantidos por meio da propriedade. É fato que existe previsão

constitucional da Reforma Agrária no Brasil, assim como é um direito social a moradia, porém dentre esses textos não se permite a dedução de que é aceitável invadir qualquer propriedade, ou seja, deve existir previamente a certeza de que um determinado local se encaixa aos critérios da desapropriação, sendo que apenas após o devido processo legal fica possível concluir tal fator a partir da não caracterização da função social do imóvel. Portanto essa convicção criada para apropriação deve ser jurídica e não meros pensamentos incertos de movimentos leigos.

Levando em consideração a finalidade especial de agir presente no tipo penal e abordada por Rogério Greco:

Somente se configurará a infração penal em exame se o agente atuar com essa finalidade, dita especial pela doutrina, que é a de *esbulhar a posse* de terreno ou prédio alheio. Esbulhar deve ser entendido no sentido de passar a ocupar o lugar que originariamente era do possuidor ou do proprietário, razão pela qual Noronha afirma que “se o agente invade o imóvel com o fito de fruir ou explorar, momentaneamente, uma parte do imóvel, sem desalojar o possuidor, nem essa intenção tendo, não poderá ser punido nos termos do artigo” (GRECO, 2017).

Assim como, ainda nas palavras do renomado autor, deve-se salientar quando é consumado tal atitude criminosa para compreender de forma eficaz o crime em pauta:

Consuma-se o delito de esbulho possessório com a efetiva invasão do terreno ou prédio alheio, mesmo que por curto espaço de tempo, não havendo necessidade, dada a sua natureza formal, de o agente permanecer na posse do imóvel, como se fosse o legítimo proprietário ou possuidor, pois, caso isso venha a acontecer, será considerado mero exaurimento do crime (GRECO, 2017).

A apropriação indevida de terras é muitas vezes fruto de manifestações de grupos populares que utilizam a base legal, porém indevidamente afirmam determinada propriedade não possuir finalidade produtiva, não atender a função social ou estar abandonada, enquanto os mesmos alegam não ter onde produzir ou morar, chegando a arruinar propriedades, depredando instalações e/ou destruindo plantações e criações para comprovar tais alegações. Tal absurdo passa diversas vezes por despercebido aos olhos do Estado, deixando a esses indivíduos a sensação de poder sobrepor a lei e antecipar ao processo devido de desapropriação.

Outro fator de importância a ser mencionado trata-se da explícita intenção fraudulenta nas invasões indevidas, pois, via de regra, não existe a vontade sincera de haver uma boa

distribuição das propriedades com finalidade produtiva e de subsistência, pois por diversas vezes não são encontrados invasores instalados plantando e cuidando do local, ou seja, por diversas vezes consiste apenas de uma forma lucrativa para os líderes do movimento que usam a causa nobre e exemplos de ações para cometerem tais abusos.

Faz-se importante considerar que a problemática perdura no decorrer dos anos não por falta de tipificação penal, mas sim por omissão dos órgãos fiscalizadores e punitivos, além da falta de proporcionalidade das penas muito leves em comparação as infrações cometidas, tal afirmação pode ser justificada pela existência da previsão legal do Esbulho Possessório (artigo 161 do Código Penal) que é caracterizado pelas invasões de propriedade, possuindo pena de detenção de até seis meses. Contudo não deve ser levado em consideração apenas o referido tipo penal, pois exercer de forma indevida o direito à Reforma Agrária, ou outra política municipal de habitação, conforme o artigo 345 do Código Penal, caracteriza o crime de Exercício Arbitrário das Próprias Razões, punido com detenção de no máximo um mês; deve-se salientar ainda que o fato de praticar tais delitos em grupo que se organizam em prol de realizar tais condutas configura crime de Associação Criminosa, tipificada no artigo 288 do mesmo código, possuindo pena de até três anos de reclusão. Por fim, ainda é deixada de lado uma das premissas garantidas na Lei 12.850/2013, Organização Criminosa, pois a mesma afirma que crimes relacionados com organizações criminosas receberão tratamentos mais rígidos nas investigações.

Baseado no artigo 345 do Código Penal, o sistema jurídico brasileiro não autoriza realizar “justiça com as próprias mãos”. Não se admite o argumento de ausência de regulamentação sequer. Se o direito está previsto na Constituição e a regulamentação não foi feita, o caso seria de Mandado de Injunção, ou seja, o Estado o responsável pelas omissões, portanto, não se pode permitir que proprietários que adquiriram esses bens legitimamente sofram as consequências como se fosse deles a responsabilidade pela ausência de suporte do Estado. Contudo o referido artigo aborda no final de seu caput exceções que permitem realizar ações onde um indivíduo por si só pratica a justiça, contudo muitas vezes é complexo delimitar quando ocorre realmente tais situações que excluem a ilicitude.

Dentre os casos acima citados estão: a Legítima Defesa, uma causa de exclusão da ilicitude que se caracteriza pela existência de agressão ilícita, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, que pode ser repelida usando-se moderadamente dos meios necessários (garantida no artigo 25 do Código Penal); as situações de Estado de Necessidade, que por sua vez trata-se de

uma causa especial exclusão da responsabilidade civil e/ou penal devido a não restar ao indivíduo outra possibilidade de agir (presente no artigo 24 do Código Penal); o Cumprimento do Dever Legal, sendo esse a prática de um fato típico sem antijuridicidade, por um agente público, exatamente para assegurar o cumprimento da lei (garantido pelo artigo 23 do Código Penal); e por fim e mais importante para as discussões em pauta a Restituição de Posse Incontinenti, também chamada de autotutela da posse ou desforço imediato, pois trata-se de uma forma lícita de reaver a propriedade que está ilicitamente em posse de outro por meio de uso não exagerado da força.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, faz-se possível observar que o estudo em questão apresenta como objetivo principal ressaltar o conjunto de questões referentes a apropriação indevida de terras perante a importância da propriedade privada, buscando, assim, uma melhor compreensão sobre os crimes relacionados a invasão de propriedades.

Ao se tratar da sociedade livre como um todo, é necessário que haja um forte posicionamento visando o respeito frente a economia de mercado e principalmente a propriedade privada como uma das bases fundamentais de uma república democrática.

Apenas um sujeito onusto de liberdade será capaz de enxergar de forma materializada seu aprazimento próprio, como possuidor de sua propriedade, exercendo sua cidadania plena e gozando dos frutos de seu trabalho.

Assim, deve-se considerar como fundamental para a preservação da democracia e da bonança as leis que configurem como crimes e infrações toda e qualquer atitude que viole a autonomia do indivíduo sobre o que é seu. Resguardar a propriedade e a liberdade é preservar a própria dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ARISTOTELES. **A política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº10.496 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº2.848 de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Estatuto da Terra**. Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. 30. ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume IV: Responsabilidade civil**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: Direito das coisas**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco**. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HOPPE, Hans-Hermann. **The Economics and Ethics of Private Property**. Second Edition. Ludwig von Mises Institute Auburn, Alabama, 1993.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 11. ed. Rev. E ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO Washington de Barros **Curso de direito civil: direito das coisas**. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 606 p. 3v. ISBN 9788502196407.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na constituição: Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. Revista de direito e democracia. Canoas, v.4, n.2, p. 327 – 383, 2003. p. 345.

SILVA, J. A.. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STROZAKE, J. J. **Questões agrárias**. São Paulo: Método, 2002.

VADEMECUM / JusPODIVM. 3. ed. rev. Ampl. Atual. Salvador, BA: EDITORA JusPODIVM, 2018. P. 527-579.

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – TRANSFUSÃO DE SANGUE EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: PARA ALÉM DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS

Solon Alexandre de Morais¹
Webertone Silva de Almeida²

RESUMO

O presente artigo é uma discussão acerca das questões que envolvem o processo da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová e as suas implicações jurídicas, médicas, éticas e religiosas. Traz uma análise da técnica do princípio da ponderação de direitos, bem como o seu fio condutor – a dignidade da pessoa humana. Como metodologia trazemos uma pesquisa com uma abordagem qualitativa e dedutiva para obtenção das informações utilizadas ao longo do texto. Nesse caso em questão pode-se concluir que essa técnica não se apresentar como uma solução equânime da colisão de direitos fundamentais, no tocante aos agentes envolvidos. É também objetivo do presente trabalho apontar as técnicas e procedimentos de cirurgia sem o uso da transfusão de sangue, bem como a sua utilização no Brasil o que se mostra possível afastando assim a celeuma judicial envolvida nesse liame. Destarte atender o que manda a nossa carta maior (CF/88), em relação ao direito de crença e a inviolabilidade da vida.

Palavras-chave: Ponderação de direitos. Direitos fundamentais. Transfusão de sangue. testemunhas de jeová.

ABSTRACT

This article is a discussion of the issues surrounding the process of blood transfusion in Jehovah's Witnesses and their legal, medical, ethical, and religious implications. It brings an analysis of the technique of the principle of the weighting of rights, as well as its common thread - the dignity of the human person. In this case, it may not present itself as a unanimous solution to the collision of fundamental rights with regard to the actors involved. It is also the objective of the present study to point out the surgical procedures techniques without the use of blood transfusion, as well as their use in Brazil and in the world, which proves possible, thus removing the judicial jealousy involved in this line. Thus, to attend to what our major letter (CF / 88) says, regarding the right of belief and the inviolability of life.

Key-words: Weighting of rights. Fundamental rights. Blood transfusion. Witnesses and Jehovah.

¹ Graduado em História pela Universidade Regional do Cariri – URCA. Crato/CE; Especialista em História Contemporânea pela Faculdade de Juazeiro do Norte – Juazeiro do Norte/CE; Técnico em Segurança do Trabalho pelo Master Gold Colégio e Curso. Cajazeiras/PB; Estudante de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. Cajazeiras/PB.

² Estudante de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. Cajazeiras/PB.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais começaram a ser pensados num contexto de autoritarismo, a princípio nasceram com a finalidade de limitar os abusos cometidos pelos monarcas da época. “É inegável a importância da Magna Carta de 1215, já que podemos considerá-la como sendo a fonte normativa de vários direitos fundamentais largamente reconhecidos pelas legislações dos povos” (NUNES JUNIOR, 2019, p. 52).

Num segundo momento, os direitos fundamentais ampliaram sua esfera de proteção, agora além de proteger os indivíduos contra os abusos do Estado, deram mais autonomia para que seus detentores pudessem cobrar uma ação positiva, na qual o Estado era obrigado a realizar ações voltadas ao bem comum, tornando-se indispensáveis no ordenamento jurídico de qualquer nação. Fundamentados na dignidade da pessoa humana, logo foram positivados em várias constituições pelo mundo, resultado de um processo histórico e gradativo.

Embora os direitos fundamentais sejam dotados de uma certa supremacia, servindo como parâmetro para qualquer legislação derivada de seus valores, há uma característica que os tornam sujeitos a análise de conflito dando margem ao surgimento de colisão de direitos, ou seja, eles não são absolutos. “Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais [...] utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização [...] evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros (MORAES, 2017, p. 31)”.

Este trabalho tem como objetivo dar ênfase à importância dos direitos para o pleno exercício de uma vida digna, porém serão tratados debates envolvendo as possibilidades de conflitos de direitos fundamentais entre dois ou mais depositários dessa garantia. Serão abordados quais métodos da hermenêutica da lei e o magistrado devem proceder para adequar uma colisão de direitos, e solucionar esse impasse de maneira proporcional ao caso concreto, tendo como lineamentos a dignidade da pessoa humana.

Em um tópico específico será discutido o emblemático caso da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová e as novas descobertas médicas hematológicas bem como um outro olhar sobre a técnica da ponderação de direitos.

Este trabalho foi realizado através de uma pesquisa básica com uma abordagem qualitativa para obtenção das informações utilizadas ao longo do texto. A partir de uma pesquisa teórico-bibliográfica foi realizada uma análise da Teoria dos Direitos Fundamentais, embasada em textos de grandes teóricos que explicaram a pesquisa levantada.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: Surgimento e Evolução

O surgimento do primeiro ato contra os abusos cometidos por quem detinha o domínio e poder nas mãos, data de 1215 com a Magna Carta Inglesa, proposta pelos barões com a finalidade de limitar o poder absolutista que predominava na idade média, em suma, os direitos propostos naquele documento não tratavam de proteger o bem comum, mas garantir poder político aos barões mediante uma limitação aos poderes do rei. A partir desse documento, iniciou-se uma evolução gradativa ao longo dos séculos pela busca de direitos que ao mesmo tempo que pertenciam a natureza do homem, estavam tão distantes do seu cotidiano, futuramente chamados de Direitos Fundamentais.

Os primeiros direitos fundamentais têm o seu surgimento ligado à necessidade de se impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas. Nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Por esse motivo, por exigirem uma abstenção, um não fazer do Estado em respeito à liberdade individual, são denominados de direitos negativos (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 98).

A partir do século XVIII, surgiram importantes documentos que continham a intenção de efetivar os direitos inerentes ao homem, eram direitos que atuavam na busca pela limitação dos abusos praticados pelo Estado. A primeira declaração a ganhar destaque foi a Declaração da Virgínia em 1776, ao firmar a independência dos estados americanos em relação à Inglaterra.

Alguns anos mais tarde, em 1789, surge a Revolução Francesa e, conseqüentemente, a elaboração dos Direitos do Homem e do Cidadão, forjados nas ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, tornando-se marco revolucionário da universalidade dos direitos do homem, afirmando que todos os sujeitos, independentemente, de qualquer fator sócio-político têm que ter seus direitos garantidos pelo Estado, isto é, direitos que abrangem o homem de forma incondicional.

Após toda fase de evolução e conquistas dos direitos fundamentais, o resultado foi o surgimento das constituições liberais dos Estados ocidentais nos séculos XVIII e XIX. Os direitos fundamentais agora surgem com status de norma protetora a ser aplicada a qualquer sujeito que tivesse sua vida privada violada pela ação abusiva do Estado, ampliando sua autonomia individual frente à ação estatal. Todos os direitos do cidadão voltados à liberdade, propriedade, direito de expressão do pensamento e o principal, direito à vida, tinham que ser

garantidos por uma não interferência do Estado na vida privada do indivíduo, os primeiros direitos dotados de proteção individual são classificados de primeira dimensão ou geração.

Num primeiro momento exigiu um não fazer do Estado, mas como a sociedade é formada por seres com capacidade para evoluírem, sendo muito dinâmica e estando em constante necessidade de criar novos modos de vida, ao direito só resta se adequar e acompanhar as mudanças, e foi nesse sentido que, no início do século XX, surge a necessidade de atuação positiva do Estado, desta feita tendo que garantir o cumprimento dos direitos sociais, culturais e econômicos, assim nascia os direitos de segunda dimensão. Os direitos fundamentais passaram a possuir a feição de positivo, a atuação estatal agora seria responsável pela prestação e garantia de direitos relacionados à educação e segurança. “Aponta que ocorreu uma ampliação na proteção contra o autoritarismo do Estado, para logo após exigir uma atuação positiva, evoluindo para uma categoria mais abrangente dos direitos fundamentais (BARROSO, 2018, p. 72)”.

Um novo tipo de direito fundamental, norteados pela solidariedade e fraternidade surge para ampliar a esfera de proteção humana, não se restringindo mais a um direito individual ou destinado a proteger um grupo específico de pessoas, tendo como suas principais características a coletividade e a transindividualidade, alcançando todo gênero humano, consagrando os direitos fundamentais de terceira dimensão.

Como exemplos, podemos citar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à defesa do consumidor, à paz, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da humanidade, ao progresso e desenvolvimento.

Não só o Estado possui a responsabilidade de defender e preservar esses direitos, mas a própria coletividade também deve defende-los. Sua titularidade é difusa ou coletiva, haja vista que têm por preocupação a proteção, da coletividade e não do homem individualmente (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 104).

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS CARACTERÍSTICAS

Todo Estado democrático de direito tem o dever de garantir e asseverar o pleno exercício da cidadania a todos os indivíduos inseridos na nação, e o principal e indispensável direito assegurado, são os direitos fundamentais, e são embasados na dignidade da pessoa humana e

munidos de um ampliativo grau de proteção, sendo imprescindíveis para o harmônico convívio entre as diferentes necessidades humanas que rodeiam a sociedade, tornando-se direitos orientadores de todo ordenamento jurídico de um país.

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, cor, condição social e econômica ou status social (BOULOS, 2018, p. 527).

O professor Alexandre de Moraes sintetiza como principais características dos direitos fundamentais as seguintes: imprescritibilidade; inalienabilidade; irrenunciabilidade; inviolabilidade; universalidade; interdependência; complementariedade; relatividade ou limitabilidade.

Embora os direitos fundamentais estejam em posição superior aos demais, não possuem caráter absoluto, isto é, nenhum destinatário poderá se amparar no seu direito invocado na tentativa de se blindar de uma possível punição do Estado ou alegar uma supremacia em relação ao direito de outrem, que se encontra no grau de hierarquia. Quando surge um conflito de direitos fundamentais em um caso concreto, e os envolvidos se veem amparados por normas idênticas, estaremos diante de uma colisão de direitos fundamentais.

COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS

A sociedade é formada por indivíduos que possuem diferentes vontades, interesses e necessidades. De acordo com o modo de vida que cada ser segue, seja no âmbito profissional, familiar ou em outros planos, é quase inevitável que não haja conflito de interesses, ocasionado pela individualidade de cada ser humano. No entanto, quando nasce esse desejo diferente, mas que seja protegido por direitos que derivam de uma mesma fonte, por exemplo, bens jurídicos que são protegidos diretamente pelos direitos fundamentais, estaremos diante de uma colisão de direitos, podemos citar como colisão, a liberdade de direito à expressão do pensamento e o direito à honra e a imagem, ambos garantidos pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) como direitos fundamentais, no entanto, aqueles quando utilizados de maneira excessiva, causando danos a moralidade ou ferindo a honra de um terceiro, que possui assegurado seu direito de

imagem e sinta-se prejudicado pela publicação ou teor do conteúdo publicado, como por exemplo, um escritor ou jornalista, invocando seu direito à liberdade de expressão do pensamento, publica uma obra que possua declarações que denigram a dignidade de alguém, seja direcionada a um indivíduo ou grupo, ou jornalista que divulgue matéria indevida e sem fundamento e que atinja a honra da pessoa cuja matéria teria sido veiculada, claramente ocorreu um desvio na finalidade de tal direito que não pode simplesmente ser alegado como garantia, por se tratar de um direito constitucional, embora seja pleno seu exercício, e se sobreponha a um ou a outro direito constitucional, pois a relatividade permite uma análise de proporcionalidade.

Considerar um direito como sendo absoluto é aceitar dois “efeitos colaterais” igualmente graves: a) sempre que houver um outro direito colidindo com esse direito tido como absoluto, será ele aprioristicamente descartado, desprezado, violado. b) se um direito é absoluto, provavelmente seus titulares abusarão de seu exercício (NUNES JUNIOR, 2019, p. 678).

Como não existem direitos absolutos no ordenamento jurídico, a hermenêutica constitucional da lei deve especificamente, nesses casos, utilizar técnicas que sirvam como ponderação para uma adequada análise do conflito. Outro assunto envolvendo o tema colisão de direitos fundamentais e que tem rendido diversas decisões jurídicas, é o direito à vida e a liberdade de religião. Esse ponto vem sendo bastante discutido no meio jurídico, despertando o entendimento de juristas e magistrados das cortes superiores do judiciário brasileiro, por envolver delicada relação de respeito à liberdade religiosa de fiéis e o direito à vida, resultando em conflito de direitos.

Alguns métodos são utilizados pela medicina, como forma de avigorar ou até mesmo salvar a vida de algum paciente enfermo, e que muitas vezes são indispensáveis para o sucesso do procedimento cirúrgico, um deles é a transfusão sanguínea, a qual é, terminantemente, proibida pela religião Testemunhas de Jeová, embasados em seus costumes religiosos. Nenhum membro poderá utilizar esse método para salvar a sua própria vida ou de outro, seja em qual circunstância for, prevalecerá o caminho da crença.

Diante de um conflito dessa natureza, embora a vida seja um bem jurídico indisponível, o direito de religião goza de idêntica proteção constitucional, gerando uma colisão, que merece ser analisada e convencionaada por quem possui capacidade de decidir qual maneira será a mais

adequada para resolver o conflito e consiga manter a essência dos direitos em questão, isto é, uma maneira ponderada na decisão final. Essa técnica deve ser usada mediante critérios:

Adequação ou da conformidade (apropriada e idônea a promover os fins pretendidos), da necessidade ou da exigibilidade (dentre as disponíveis, a menos restritiva possível), e a da assim chamada proporcionalidade em sentido estrito, onde se processa a ponderação propriamente dita, ou seja, a verificação de se a medida, embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de “justa medida” entre os meios utilizados e o fim almejado (SARLET, 2018, p. 226).

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – “O EPICENTRO AXIOLÓGICO” DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A dignidade da pessoa humana é o princípio regente das decisões que envolvem a técnica da ponderação. Ela determina, mediante discussão valorativa, qual direito prevalecerá diante de cada caso concreto.

Etimologicamente o termo vem do Latim *dignitas*, “o que tem valor”, de *dignus*, “digno, valioso, adequado, compatível com os propósitos”, do Indo-Europeu dek-no, de uma base dek, “tomar, aceitar”.

Em outras palavras, aquilo que não pode ser vendido por nenhuma cifra de valor econômico financeiro, ou tratado como mercadoria em uma sociedade que se apresenta assustadoramente capitalista, de valores descartáveis. A dignidade é inerente à condição de humano sendo também o que o diferencia dos demais seres vivos.

Não é fácil definir com precisão o conceito de dignidade, talvez porque ele seja de cunho tenuamente subjetivo, em alguns aspectos pessoais, levando em consideração a contextualização sócio-político-cultural de cada indivíduo, que como tal se encontra em um constante processo de construção e reconstrução.

A constituição federal de 1988 está expressamente norteadada por esse princípio, por exemplo, em seu artigo 1º. III, afirma-se que a dignidade da pessoa humana é um dos elementos fundantes do estado democrático de direito. Já o artigo 170 caput, (CF/88) prevê que: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL, 1988, art. 170).

O capítulo VII que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, no seu artigo 226, §7º diz que “o planejamento familiar é livre e de decisão do casal fundada nos

princípios da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988, art. 226). O artigo 227 complementa dizendo:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, art. 227).

A respeito do idoso a constituição (1988) também solidifica o entendimento que a pessoa idosa deve ser tratada com dignidade, o que se positiva no artigo 230 assim expresso: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988, art. 230).

Os exemplos acima citados não são taxativos, mesmo estando expressos, uma vez que esse princípio também se manifesta subjetivamente. Destarte temos:

A dignidade da pessoa humana assume, em certo sentido, a condição de norma de direito fundamental, o que não se confunde (pelo menos não necessariamente) com a noção de que os direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição encontram – pelo menos em regra – seu fundamento na dignidade da pessoa humana, mas, sim, se traduz na ideia, amplamente difundida, de que do princípio da dignidade da pessoa podem e até mesmo devem ser deduzidas posições subjetivas fundamentais e deveres, ainda que não expressamente positivados (SARLET, 2018, p. 268). Bastaria lembrar que a regra que proíbe a tortura e todo e qualquer tratamento desumano e degradante (art.5º, III, da CF/88) constitui regra diretamente deduzida do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que inexistisse previsão de tal proibição no texto constitucional (SARLET, 2018, p. 268).

A aplicabilidade desse princípio pode ser percebido no plano internacional, existindo como afirma Sarlet (2018, p. 265) “uma íntima e indissociável ligação entre dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais reconhecidos e protegidos na esfera do direito internacional e do direito constitucional”. Nesse sentido:

A Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece, já no seu preâmbulo, a necessidade de proteção da dignidade humana por meio da proclamação dos direitos elencados naquele diploma, estabelecendo, em seu art. 1º, que “todos

os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos” [...] A Convenção Americana de Direitos Humanos exige o respeito devido à “dignidade inerente ao ser humano” (art. 5º) (RAMOS, 2018, p. 83).

No plano jurídico a dignidade humana pode assumir dois polos, um negativo e outro positivo. No negativo ao Estado se impõe regras de não fazer, ou melhor, a proibição de toda e qualquer ação que venha a ferir essa dignidade. No positivo, que seria a obrigação de fazer, impõe-se ao Estado a implementação de mecanismos que venham a garantir sua efetivação coletiva. “Uma vez que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário” (SARLET, 2018, p. 267).

O fazer Estatal seria no sentido de garantir “o mínimo existencial” materialmente exortando à promoção da dignidade humana, que necessariamente passaria pelo direito à educação básica, saúde, assistência social, alimentação, lazer, segurança e acesso à justiça. Sendo esse último “as pessoas poderem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado, produzindo resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI, 1988, p. 8).

O princípio da dignidade da pessoa humana dentro do ordenamento jurídico brasileiro gera cinco momentos específicos a saber: cria novo direito; atua na interpretação e na aplicação da norma jurídica; é o fio condutor da resolução da colisão de direitos fundamentais; norteia a ação do estado no sentido de fazer e não fazer e participa da efetivação de outro grande princípio do direito, sendo esse o objetivo do próprio direito, a segurança jurídica.

No entanto, corroboramos com Ramos (2018, p. 79) “[...] o uso abusivo e retórico da “dignidade humana” pode banalizar esse conceito, dificultando a aferição da racionalidade da tomada de decisão pelo poder judiciário em especial no que tange ao juízo de ponderação entre direitos em colisão”.

TRANSFUSÃO DE SANGUE NAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: PARA ALÉM DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS

Testemunhas de Jeová, surgem no findar do século XIX, tendo como idealizador Charles Taze Russell (1852-1916), Pittsburg, Pensilvânia. Em 1876, juntamente com o líder da Igreja Adventista do Sétimo Dia, Nelson Barbour, editam os livros Três Mundos e A Colheita Deste Mundo. Em 1879 Russell dá início ao movimento das Testemunhas de Jeová, que

inicialmente se chamava “Estudantes da Bíblia”, Publica o livro Torre de Vigia de Sião (A Sentinela) e Arauto da Presença de Cristo, ambos apresentam as bases da comunidade.

Doente, Charles falece a 31 de outubro. Joseph Franklin Rutherford assume a liderança da comunidade, com ele, a mensagem das Testemunhas de Jeová espalhou-se por todo o mundo, principalmente através da revista *Despertai*, em publicação até os dias de hoje. É com Rutherford que as Testemunhas de Jeová adquirem esta nomenclatura, pela primeira vez, na Conferência de Columbus, Ohio, em 1931 (JW, 2019).

Atualmente no Brasil, segundo IBGE (2010), temos 1.393.208 Testemunhas de Jeová, que se distribuem em 11.911 congregações. O que já o coloca no ranking dos países com maior número de adeptos no mundo. Esse número aumentará, uma vez que o próximo censo só acontecerá em 2020.

A JW (2019) apresenta as principais crenças das Testemunhas de Jeová: Deus, bíblia, o reino de Deus, salvação, céu, terra, maldade e sofrimento, morte e família. No entanto é no tocante ao sangue, especificamente a sua transfusão, que se trava as maiores discussões, dissensos e consensos. Esses embates envolvem três esferas do conhecimento que tem atuação estruturantes e revolucionárias na sociedade; a religião, a ciência e o direito.

Em primeiro lugar a religião. As testemunhas de Jeová se recusam a passarem por um processo de transfusão de sangue, mesmo que sem isso venham a perder a vida.

As bases dessa recusa são mais religiosas do que médicas. Retiram suas explicações das seguintes passagens bíblicas:

Tudo vos tenho dado como a erva verde. A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis (GÊNESIS, 9:3,4). E qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma porei a minha face, e a extirparei do seu povo; porquanto a vida de toda a carne é o seu sangue; por isso tenho dito aos filhos de Israel: Não comereis o sangue de nenhuma carne, porque a vida de toda a carne é o seu sangue; qualquer que o comer será extirpado (LEVÍTICO, 17:10-16). Somente empenha-te em não comeres o sangue, pois o sangue é a vida; pelo que não comerás a vida com carne (LEVÍTICO, 12: 13). Que vos abstenhais das coisas sacrificadas a ídolos, bem como do sangue, da carne de animais sufocados (ATOS, 15:29).

Assim introduzir sangue no indivíduo pela boca ou pelas veias viola a lei de Deus, tornando-o impuro, contaminado com o sangue de outra pessoa passando com isso a ser rejeitado entre os seus, sendo preferível a morte.

Em segundo lugar, a ciência que no caso da transfusão de sangue comumente utilizada em situações de risco por perda hipovolêmica sanguínea apresenta respostas consideráveis para o paciente. Com o avanço da tecnologia médica esse entendimento começa a divergir. Novas descobertas apresentam sérios perigos para esse processo, não sendo a única alternativa viável. É importante lembrar que toda transfusão de sangue traz em si riscos imediato ou tardio, devendo ser criteriosamente indicada. O médico deve considerar a melhoria clínica que a transfusão trará ao paciente, se os benefícios são maiores que os riscos associados a ela (ARRUDA; SARAIVA; VASCONCELOS, 2018).

Os riscos para a saúde que o protocolo ressalta são aquelas que dentro da janela imunológica, um período em que os testes laboratoriais são insuficientes para detectarem a presença de agentes patológicos no sangue de doador, podem sim, contaminar o transfundido, mesmo passando por criteriosos exames.

Conhecemos os vários problemas da transmissão de doenças como a sífilis, Doença de Chagas e AIDS, só para citar algumas. Os defensores da transfusão podem dizer que o sangue passa por uma série de testes que o torna isento de ser transfundido com essas doenças. Entretanto, devemos lembrar que, além do tempo de espera, os custos acarretados são altos. No passado, quando não se conhecia a AIDS, vários pacientes foram contaminados em transfusões. Será que não estamos transfundindo alguns vírus que não sabemos que existem, e no futuro, estaremos nos lamentando novamente, como fazemos hoje com a AIDS? (GUSMÃO; VALOES; LEITÃO NETO, 2014, p. 292).

Outra vertente da ciência traz procedimentos cirúrgicos que podem ser realizados sem a necessidade de transfusão de sangue, ideal para os pacientes Testemunhas de Jeová, e as pessoas que recusam a transfusão é também a saída para a religião e o direito.

A ciência está em constantes transformações, descobertas antes solidificadas agora com o advento das novas tecnologias, começam a ser repensadas. As Testemunhas de Jeová não recusam os procedimentos médicos, sejam eles cirúrgicos ou ambulatoriais. Entendem e estão sempre em busca de uma vida saudável e recorrem a ciência para isso, apenas religiosamente não aceitam esse procedimento especificamente.

Diante disso a ciência começa a desenvolver as chamadas cirurgias sem sangue, métodos que possibilitam procedimentos cirúrgicos complexos, por exemplo, as cardíacas “No dia 16 de maio de 1962, o Dr. Denton Cooley, fundador do Instituto do Coração do Texas,

Estados Unidos, realizou a primeira cirurgia de coração aberto em paciente Testemunha de Jeová” (ANDRADE, 2014, p. 94).

Outros métodos já vêm sendo usados, com grande sucesso, por exemplo, a Eritropoietina, a Interleucina, o *Aranesp*, *Cell Saver* e a *hemodiluição*. A Eritropoietina é uma droga e é usada no Brasil e disponível pelo SUS (BRASIL, 2013). Combinada com o suplemento de ferro endovenoso ela acelera a produção de hemácias. O *Aranesp* estimula a produção de glóbulos vermelhos. A Interleucina atua na hematopoese e proliferação celular, reduzindo a incidência de sepse, além disso, é responsável por inibir fatores pró-inflamatórios. *Cell Saver* (Recuperação Celular) é um equipamento que mantém um circuito fechado e contínuo com o corpo do paciente, coleta, processa e reinfunde o sangue perdido durante o ato cirúrgico.

Hemodiluição Normovolêmica:

Consiste em desviar parte do sangue do paciente para bolsas antes do procedimento cirúrgico. Em seguida, soluções sintéticas são injetadas no paciente, o que promove a diluição do sangue. Dessa forma, durante o procedimento cirúrgico a perda de sangue é minimizada. No fim da cirurgia, o sangue que foi desviado para as bolsas é novamente reinfundido. A vantagem dessa técnica é que o sangue do próprio paciente é utilizado sem sofrer drásticas alterações preservando as plaquetas e fatores de coagulação (ANDRADE, 2015, p. 95).

São várias as técnicas em uso no mundo que suprem a não transfusão de sangue, principalmente nas Testemunhas de Jeová, que podem ser acessíveis a todos. Isso evita as colisões entre direitos constitucionais e até mesmo do uso da técnica da ponderação para esse caso concreto. Porém é na seara do direito que temos os debates mais calorosos.

Em terceiro lugar temos o direito. A constituição federal de 1988 assevera no artigo 5º caput, a inviolabilidade do direito à vida. O inciso VI do referido artigo traz a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

A legislação infraconstitucional, positivou no artigo 15 do Código Civil (BRASIL, 2002), "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica". A lei 8.080/90 (Lei do SUS), artigo 7º, II, IV e V, garante a preservação da autonomia do paciente na defesa de sua integridade física e moral, o atendimento sem preconceitos e o direito à informação adequada.

Nesse sentido, e se uma Testemunha de Jeová recusar tal tratamento diante do risco de vida alegando toda essa celeuma legal? De um lado, direito a vida, do outro, a liberdade religiosa, ambos, direitos constitucionais de prima facie. Estamos diante de uma colisão de direitos fundamentais. “Quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Os direitos fundamentais de um único titular não podem ser excluídos entre si, devendo ser equalizados” (CANOTILHO, 2003, p. 251).

Temos com isso a técnica da ponderação ou balanceamento. Ainda segundo o mesmo autor, “coordenação e combinações de bens jurídicos em conflitos de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros” (CANOTILHO, 2003, p. 252).

A constituição não expressa padrões para esse sopesar de direitos os que nos leva para subjetividade, a interpretação em cada caso específico, mesmo à luz dos fatores norteadores da sua aplicação como preleciona Canotilho. “Não quer dizer que também nessa hipótese não se possam colocar problemas de interpretação e aplicação” (SARLET, 2018, p. 224).

No código penal (BRASIL, 1940) artigo 146, §3º, I expressamente diz “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou do seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida” não será considerado para efeito de aumento de pena. Isso nos leva, para o entendimento no caso das Testemunhas de Jeová, a prevalência do direito à vida, a dignidade da pessoa (Discutido no tópico anterior), em detrimento ao da crença religiosa. Mesmo com essa previsão legal tal procedimento é motivo de ações constantes na justiça, tais como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Recurso extraordinário (RE), entre outros.

A Procuradoria-geral da União ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 618/2019 com pedido de medida cautelar, no qual visa assegurar às Testemunhas de Jeová maiores de idade e capazes o direito de não se submeterem a transfusões de sangue por motivo de convicção pessoal.

O que configura risco de vida? Quais os parâmetros para tal classificação? Questões como essas continuam a surgir em cada caso prático (o que não nos permite adentrar nessa seara no momento), o fato é que essa técnica nem sempre será uma boa saída, o que não deixa de ser uma saída. O que seria plausível era não ter que usá-la ou, ir além dela. “Sendo possível o tratamento alternativo, já não mais poderemos imputar a prática de qualquer infração penal aos

responsáveis pelo paciente que, supostamente, necessitava da transfusão de sangue, ficando, agora, os médicos obrigados a optar pela alternativa que não agrida suas crenças” (GRECO, 2019, p. 116).

O que a ciência já demonstrou ser possível e prático e com isso o respeito a crença religiosa e a inviolabilidade da vida estariam efetivamente garantidos. O direito mostrou poder ir além da técnica da ponderação, a exemplo do Recurso Extraordinário (RE) 979.742/2017 – Manaus- Amazônia. Nesse acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF) que teve o ministro Roberto Barroso como relator, diz já na sua ementa o “custeio pelo estado de tratamento médico diferenciado em razão de convicção religiosa”. Entende-se por “diferenciado” os métodos alternativos de cirurgia sem transfusão de sangue.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito sendo fruto da humanidade vem se renovando a cada dia para atender e se adequar as novas transformações da sociedade. Mesmo sendo uma ciência autônoma com métodos próprios sempre necessitará de uma inter-trans-disciplinaridade auxiliando nas suas decisões na busca pela segurança jurídica de acordo com cada caso concreto.

A Constituição Federal de 1988 traz dispositivos de prima facie que busca a satisfação da coletividade. Em muitos casos, por exemplo, os das Testemunhas de Jeová, causam um choque na aplicação desses direitos.

O ordenamento que traz a inviolabilidade da vida é o mesmo que protege a liberdade de crença. A ponderação de direitos usado na resolução dessa colisão, embora seja uma saída muito significativa, não se apresenta como a mais eficaz gerando um descontentamento de uma das partes com consequências irreversíveis, por se tratar de um dogma de fé.

A ciência e suas descobertas hematológicas vem demonstrando a eficiência de procedimentos que viabilizam tratamentos ambulatoriais e cirúrgicos sem a necessidade de transfusão de sangue, como a que já aconteceu no “Hospital Piedade em Lençóis Paulista/SP (<https://hpiedade.com.br/home>) e no Hospital regional de Franca S/A | CNPJ: 68.392.604/0001-64 - São José - Franca/SP).

As inserções nesse ambiente dialético geram divergências e convergências que deixam trêmulos os operadores do direito em busca da justiça e do bem comum, pois se trata de posições filosóficas, religiosas e éticas que se aproximam da irredutibilidade dos seus adeptos.

Cada agente envolvido defenderá suas opiniões de acordo com suas convicções pessoais e elas passam também por esse campo de crença, e em muitos casos podem dificultar nas formulações de decisões totalmente pautada na isonomia.

Nesse sentido todas essas asseverações poderiam ser evitadas e amortizadas pelo uso alternativo de tratamentos sem a transfusão de sangue, acessível não somente para as Testemunhas de Jeová, como também para aqueles que por convicções as recusem.

Não se trata de negação ou diminuição da aplicabilidade da técnica da ponderação, reconhecemos a sua importância em outras colisões (como as discutidas nesse texto) a questão é que para esse caso específico é preciso ir além dela ou até mesmo não chegar ao ponto de ponderar consequências, levando em consideração que não existe uma hierarquia de direitos nesse sentido. Com isso estaremos respeitando ao mandamento maior da nossa magna carta.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Eloberg Bezerra Andrade. Coexistência de princípios constitucionais: Direito à vida e liberdade de crença religiosa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Minas Gerais, v. 42, n. 1, p. 86-103, 2014. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/26029>. Acesso em: 28 jul. 2019.

ANDRADE, Eloberg Bezerra de. Aplicação do princípio constitucional da eficiência no tratamento de pacientes com anemia pela saúde pública. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, ano 18, n. 18, p. 79-102, jan./dez. 2015. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/1781/905>. Acesso em 07 out. 2019.

ARRUDA, Germana de Fátima Paiva de; SARAIVA, Nathalia Costa Gonzaga; VASCONCELOS, Romero Henrique Teixeira. **Protocolo de transfusão segura de hemocomponentes**. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Hospital Universitário Lauro Wanderley. Universidade Federal da Paraíba. Paraíba: Agência Transfusional, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

BASILIO, Felipe Augusto. O princípio da dignidade da pessoa humana e a recusa a tratamentos médicos com hemotransfusão por motivos de convicção religiosa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7311/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-recusa-a-tratamentos-medicos-com-hemotransfusao-por-motivos-de-conviccao-religiosa>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Nota Técnica nº 221/2013**. Brasília, maio 2013. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/agosto/13/Alfaepoetina.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/16434817>. Acesso em: 14 out. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.021/80**. Resolve: Adotar os fundamentos do anexo PARECER, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida. Rio de Janeiro, 26 set. 1980. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1980/1021_1980.htm. Acesso em: 08 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: Parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, v. 2.

GUSMÃO, Luiz Carlos Buarque; VALOES, Sérgio Henrique Chagas; LEITÃO NETO, José da Silva. Reinfusão transoperatória: Um método simples e seguro na cirurgia de emergência. **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 4, p. 292-296, jul./ago. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-69912014000400292&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 30 set. 2019.

JW. **Testemunhas de Jeová**. Disponível em: <https://www.jw.org>. Acesso em: 03 out. 2019.
MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2019.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; METIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 6018/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Processo Eletrônico. Dj: 17/09/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402>. Aceso em: 01 out. 2019.

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO STF

Louise Hermania de Oliveira Marques¹
Luciano do Nascimento Silva²

RESUMO

Diante de todo o clamor social que envolve a violência contra a comunidade LGBTQIA+, o Supremo Tribunal Federal prolatou, por maioria dos votos, a decisão que torna crime a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nos moldes da Lei de Racismo 7.716/89. Este estudo se justifica pelo interesse da autora em aprofundar-se na temática, além de que sua relevância sócio jurídica se assenta no fato de que se tratam de questões que geraram intensos debates na sociedade e comunidade acadêmica, haja vista o aumento da violência, e incentivo a perseguição a comunidade LGBTQIA+. Assim, o presente estudo busca analisar a necessidade de se estabelecer a criminalização da homofobia por foro adequado, diante da Teoria Constitucional dos Procedimentos Jurídicos e respeito a Legalidade. Cumpre informar o conceito de ódio ao LGBTQIA+ e a importância de se trabalhar a alteridade na construção de nossas relações, analisando a decisão do STF de criminalizar a homofobia pela Lei de Racismo; apontando a possível crise democrática decorrente da invasão de competências existente entre os poderes no Brasil. O método utilizado na realização da pesquisa foi dedutivo e analítico de caráter exploratório e bibliográfico. Foi realizada a pesquisa bibliográfica baseada em artigos científicos e doutrinas, materiais disponíveis na internet, juntamente da utilização de pesquisa documental. A conclusão que se pode extrair das leituras e de todo aparato doutrinário e jurisprudencial é de que a resistência predominante nos representantes do povo em editar leis direcionadas a comunidade LGBTQIA+, e a dificuldade de se aprovar Projetos de Leis que os atendam, mascara na verdade preconceitos compartilhados por nossos gestores. O STF ao decidir criminalizar a homofobia dentro dos moldes da lei de racismo 7.7716/89, equiparou categorias de natureza distintas, ultrapassando as fronteiras de sua competência, refletindo em sérios problemas para a Democracia Política.

Palavras-chave: Homofobia. Ódio. Racismo. Juízes.

¹ Bacharel em Direito (FAFIC), Pós-graduanda em Direito Constitucional (IPEMIG), Pós-graduanda em Direito Administrativo (IPEMIG), Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas (UFPB). louisemarques@hotmail.com

² Pós-Doutor em Sociologia e Teoria do Direito no Centro di Studi sul Rischio dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo. lucianonascimento@hotmail.com

¹ O artigo academico parte de uma pesquisa realizada no formato de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras no ano de 2017, intitulado "O Discurso de Ódio na Internet Contra a Comunidade LGBT", elaborado pela autora.

ABSTRACT

In the face of all the social outcry surrounding violence against the LGBTQIA + community, the Federal Supreme Court handed down, by majority vote, the decision that makes discrimination based on sexual orientation and gender identity a criminal offense in accordance with the Racism Law 7.716 / 89 . This study is justified by the author's interest in deepening the theme, and its socio-legal relevance is based on the fact that these are issues that generated intense debates in society and the academic community, given the increasing violence, and I encourage persecution of the LGBTQIA + community. Thus, the present study seeks to analyze the need to establish the criminalization of homophobia by appropriate forum, given the Constitutional Theory of Legal Procedures and respect for Legality. The concept of hatred for LGBTQIA + and the importance of working on otherness in the construction of our relations should be informed, analyzing the STF's decision to criminalize homophobia by the Racism Law; pointing to the possible democratic crisis resulting from the invasion of competences existing between the powers in Brazil. The method used in the research was deductive and analytical exploratory and bibliographic. Bibliographic research based on scientific articles and doctrines, materials available on the internet, along with the use of documentary research was performed. The conclusion that can be drawn from the readings and all doctrinal and jurisprudential apparatus is that the prevailing resistance in the people's representatives to edit laws directed to the LGBTQIA + community, and the difficulty of passing bills that meet them, actually masks prejudices. shared by our managers. In deciding to criminalize homophobia within the framework of the law of racism 7.7716 / 89, the Supreme Court equated distinct categories of nature, crossing the boundaries of its competence, reflecting on serious problems for Political Democracy.

Keywords: Homophobia. Hate. Racism. Judges.

INTRODUÇÃO

O exercício da sexualidade humana é um aspecto importante da sua existência, abrangendo não apenas o ato sexual em si, mas a identidade, os papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução.

As noções que definiram a heterossexualidade como única e natural expressão da sexualidade humana abriram margem para a propagação de um discurso proselitista que busca converter a ela todos aqueles que vivenciam sua sexualidade de maneira distinta da heteronormatividade.

A violência simbólica em razão da identidade de gênero e orientação sexual tem o objetivo de suprimir os direitos conferidos aos sujeitos com ataques preconceituosos e discriminatórios. A violência simbólica contra a comunidade LGBTQIA+ ficou popularmente conhecida como homofobia. A homofobia é entendida como a hostilidade desferida contra

aqueles que sentem desejo ou tem práticas sexuais com indivíduos do mesmo sexo, ela rejeita todos que vivem em desacordo ao papel predeterminado para o seu sexo biológico.

Diante de todo o clamor social que envolve a questão em tela e a falta de legislação específica em nosso ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal, ultrapassando suas fronteiras de competência, prolatou por maioria dos votos a decisão que torna crime a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Desta feita, indaga-se quais os limites da atividade judicante no Brasil?

O objetivo geral deste trabalho é apontar a necessidade de se estabelecer a criminalização da homofobia, por foro adequado, diante da Teoria Constitucional dos Procedimentos Jurídicos e respeito a Legalidade. Advindo desse objetivo geral, temos como específicos: compreender o conceito de ódio ao LGBTQIA+ e a importância de se trabalhar a alteridade na construção de nossas relações; analisar a decisão do STF de criminalizar a homofobia pela Lei de Racismo; e apontar a possível crise democrática decorrente da invasão de competências existente no Brasil.

A violência contra a comunidade LGBTQIA+ gera exclusão e rejeição em várias searas da sociedade, a discriminação pode estar presente no mercado de trabalho, nas redes de ensino, na comunidade, ou no poder público. Nesse sentido, é de fundamental relevância realizar um estudo sobre o ódio homofóbico, averiguando quais as dificuldades de se estabelecer direitos a essa parcela da população pelo Poder Legislativo Federal, além de refletir a respeito do desrespeito a legalidade que vem tomando parte das decisões judiciais em nosso país.

Para a apresentação das teorias relativas o estudo realizado foi dividido em dois tópicos, o primeiro versa sobre a verdade do outro e o ódio ao LGBTQIA+, o segundo apresenta as discussões acerca da criminalização da homofobia pelo STF.

METODOLOGIA

O método utilizado na realização da pesquisa foi dedutivo e analítico de caráter exploratório e bibliográfico. Foi realizada a pesquisa bibliográfica baseada em artigos científicos e doutrinas, e materiais disponíveis na internet, juntamente da utilização de pesquisa documental, de acordo com o que prega a legislação brasileira para efetivar a compreensão dos direitos que norteiam o tema. Foram utilizadas as seguintes fontes: a Constituição da Republica

Federativa do Brasil de 1988, o Projeto de Lei 7582/14, a decisão do STF em punir a LGBTfobia pela Lei de Racismo 7.716/89, e o Código Penal brasileiro de 1940.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A VERDADE DO OUTRO

O exercício da sexualidade humana é um aspecto importante da sua existência, abarcando não apenas o ato sexual em si, mas a identidade, os papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução.

A sexualidade faz parte da vida, e é um direito fundamental que lhe é atribuído desde o nascimento de maneira imprescritível e inalienável.

Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. O direito de tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana (DIAS, 2007, p. 3).

As práticas de relações entre pessoas do mesmo sexo estiveram presentes nas mais diversas civilizações, incorporadas de diferentes formas de acordo com a cultura e época, não correspondendo assim a degradação de valores morais da modernidade, ou permissibilidade enquanto conduta.

A exclusão e perseguição a um indivíduo em virtude de sua orientação sexual e identidade de gênero formam um dano não divisível, ainda que direcionado de forma determinada em particular, esses ataques acarretam a propagação da violência a todo o grupo social configurando um dano difuso em sua abrangência.

Daniel Borrillo (2010, p. 34), ao abordar o tema homofobia afirma que se trata da hostilidade geral, psicológica e social contra aqueles e aquelas que sentem desejos ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo, e por ser forma específica do sexismo a homofobia rejeita igualmente todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para o seu sexo biológico. Para o autor isso seria fruto da construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade em detrimento de outra.

As acepções que determinam o modelo de comportamento que se torna socialmente naturalizado advém do poder simbólico que é ditado pela ordem heteronormativa.

A heteronormatividade busca converter, através da opressão de um discurso proselitista, todos aqueles que vivenciam sua sexualidade e papéis de gênero de modo distinto da verdade vigente da heterossexualidade.

Temos aqui a verdade segundo Raffaele De Giorgi (1998, p.10-14) enquanto construção de realidades, a norma vigente se apresenta como aquilo que é verdade, deduzida logicamente a partir do princípio que a determina.

De acordo com a subjetividade humana, viver em sociedade significa conviver com pessoas que possuem valores e opiniões diferentes, formamos então um processo contínuo de construção de verdades.

A exposição à alteridade propõe a inclinação de se posicionar no lugar do outro, passando a compreender as diferenças e a assimilá-las de acordo com o respeito mútuo.

Reinaldo Fleuri (2003, p. 497), discutindo a questão da alteridade, afirma: “Trata-se do desafio de se respeitar as diferenças de integrá-las em uma unidade que não as anule, mas que ative o potencial criativo e vital da conexão entre diferentes agentes e entre seus respectivos contextos”.

Quanto mais praticamos essa troca de linguagem mais mundos nascem deste contato. O conflito existe na medida em que nascem mundos convergentes e nascem mundos divergentes.

Esse contato com a diversidade impulsiona a sair da zona de segurança, o que desencadeia um desconforto quando o indivíduo não se dispõe a abrir-se e respeitar um mundo além de seus valores e crenças. Por vezes, temos a indisposição em expandir nossos horizontes e aceitar aquilo que é diferente.

É impregnado em nossa cultura a ideia de que o conflito, a troca de convicções e percepções, precisa ser evitado, e quando entramos em choque com o outro na promoção de um debate esclarecido de ideias não conseguimos compreender que o exercício do diálogo pode produzir algum tipo de fruto, porque ainda partimos da noção de que o desgaste patrocinado pelo embate de ideias é mais nocivo do que o silêncio daquela relação.

O grande desafio que enfrentamos na construção das nossas relações é com a assertividade. É por meio de uma linguagem assertiva que conseguimos amadurecer o modo de ver o mundo e de se comportar perante outro.

Acreditamos que enquanto for possível devemos optar por maneiras de driblar o confronto de nossas verdades, pois nossa percepção é completamente viciada a respeito de que esse confronto é desgaste.

A consequência disso é que nossa sociedade deixa de amadurecer enquanto autor desse processo de aprendizagem que participamos ao entrar em contato com a alteridade, porque se o indivíduo não a promove passa a ficar sujeito a reproduzir o mesmo discurso, o mesmo modo de agir, os mesmos vícios e a mesma percepção equivocada que historicamente se consolidou.

Diante disso, Habermas aponta a necessidade de se estabelecer uma ética do discurso que condene a discriminação e ressalte a inclusão de cada marginalizado em particular. Para ele: “A ‘inclusão do outro’ significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos – também e justamente àqueles que são estranhos um ao outro – e querem continuar sendo estranhos” (HABERMAS, 2007, p. 7-8).

Quando em nossa convivência nos fechamos a tolerar o outro admitimos a existência de uma só verdade, o ódio então passa a ser o meio para destilar as imposições contra aqueles que não estão em conformidade com aquilo que acreditamos.

A intenção do ódio é por sua vez amedrontar e excluir aquele que está em posição hierarquicamente inferior dentro daquele conflito, tentando retirar a sua dignidade enquanto cidadão, com fulcro na imposição de uma latente assimetria entre o ofendido e o agressor.

Segundo Owen Fiss (2005, p. 47) o discurso de estímulo ao ódio volta-se a reduzir a auto-estima das vítimas, impossibilitando a sua total atuação em várias áreas da sociedade civil, incluindo o debate público, e ainda quando essas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras.

O ódio homofóbico fere diretamente uma série de direitos fundamentais, a liberdade e a igualdade como também, a dignidade da pessoa humana. Quando os direitos das minorias sexuais são atacados e questionados por manifestações violentas e odiosas, surgem consequências para além daquele momento, pondo em risco sua igualdade material no reconhecimento de identidades e o direito a não discriminação que lhe é atribuído e deve ser assegurado pelo Estado.

A propagação da violência contra a comunidade LGBTQIA+¹ pode envolver problemas de aceitação pessoal e personalidade.

Sofrer perseguições faz com que o indivíduo passe a encarar sua orientação sexual como abominação acarretando desordens, visto que a comunicação plena da sua identidade, e do próprio corpo com a sexualidade, é necessária para uma boa saúde física e mental.

A DECISÃO DO STF DE CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA

Haja vista o aumento da discriminação, violência e incentivo a perseguição a comunidade LGBTQIA+ nos deparamos com a necessidade do Estado Democrático de Direito de estabelecer no ordenamento jurídico mecanismos de proteção e efetivação de seus direitos.

Diante desta realidade o Supremo Tribunal Federal sinalizou haver mora por parte do Poder Legislativo sobre a criminalização da homofobia, decidindo, por maioria dos votos, punir a conduta pela Lei de Racismo 7.716/89.

Assim, como os crimes de ódio racista, o ódio em razão da orientação sexual e identidade de gênero produz danos jurídicos que geram reflexos concretos ao Direito, todavia, ao legislar sobre a matéria a corte igualou dois tipos diversos, não respeitando as singularidades e necessidades correspondentes a cada um.

Além de ser uma trivialidade que a ampliação da interpretação de tipo penal viola o princípio da legalidade — garantia elementar de qualquer acusado — por *analogia in malam partem*, a corte quer igualar duas categorias ontologicamente distintas: raça e gênero. Sem adentrar nas controvérsias semânticas sobre o tema, os conceitos “raça” e “gênero” se referem a aspectos categoricamente diferentes da realidade. No primeiro caso, tradicionalmente a indivíduos cujos caracteres físicos e biológicos são constantes e hereditários; no segundo, ao conjunto de propriedades atribuídas ao seu sexo. A possibilidade de existir as mais diversas combinações entre raça e gênero deixa ainda mais claro que são categorias com natureza distinta (BARBA, 2019).

¹ “LGBTQIA+ é uma sigla que significa Lésbicas, Gays, Bi, Trans, Queer/Questionando, Intersexo, Assexuais/Arromântiques/Agênero... e mais”. (Disponível em: <<https://orientando.org/o-que-significa-lgbtqiap/>>. Acesso em: 15 de out. de 2019).

O ativismo judicial se enquadra em função da precariedade de leis que se apliquem aos casos concretos, na tentativa de sanar lacunas criadas pela omissão do legislador. Nesse caso os órgãos do Poder Judiciário tomam a frente nas decisões de matérias que possuem grande repercussão no meio social e político.

É positivado no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 2002).

A possível mora, apontada pelo STF, sobre o Poder Legislativo diante da criminalização da homofobia pode ser contestável.

Ao longo dos anos, e por meio da luta da comunidade LGBTQIA+, nos deparamos com Projetos de Leis, como PL 7582/14 da deputada Maria do Rosário, que buscavam punir crimes de ódio e intolerância em razão da orientação sexual, mas que não sobrevieram efetivamente como lei.

Na medida em que a CF não estabelece a obrigação de criminalizar a homofobia, o deferimento do Mandado de Injunção faria com que o Judiciário legisse, substituindo os juízos políticos, morais e éticos, próprios do legislador, pelos seus. Como já referido, a CF estabelece a obrigação de criminalizar o racismo, mas a extensão do conceito de racismo para a homofobia ou transfobia é um claro exercício do que se poderia designar de *panhermeneutismo*, sem considerar aqui a ocorrência da absolutamente vedada analogia *in malam partem*. Não há abrigo constitucional para tal.(...) Portanto, não há qualquer comando constitucional que exija tipificação específica para a homofobia e transfobia. Se a opção for pela criminalização e pela punição tal decisão cabe aqui com exclusividade ao legislador infraconstitucional, o que não pode ser superado mesmo por uma exegese extensiva de legislação em vigor (CLÉVE; SARLET; COUTINHO; STREC; PANSIERI, 2014).

Destarte, nenhuma produção por parte do Poder Legislativo Federal, até o presente momento de submissão deste artigo científico, veio efetivamente a conferir proteção a comunidade LGBTQIA+ contra condutas homofóbicas, o que representa, na esfera social, claro entrave ao desenvolvimento do país.

A resistência preponderante dos representantes do povo em editar leis direcionadas ao público LGBTQIA+, e principalmente a dificuldade de serem aprovadas, mascara na verdade preconceitos compartilhados por nossos gestores.

O receio de ser rotulado homossexual, o medo de desagradar seu eleitorado e comprometer sua reeleição inibe a aprovação de qualquer norma que assegure direitos a quem é alvo de discriminação. Esta dificuldade não significa que este segmento da população não possui direito algum. Não. O silêncio tem caráter punitivo. O parlamentar incorpora o papel de guardião de um moralismo conservador e condena à exclusão tudo o que foge ao modelo convencional (DIAS, 2011, p. 251).

É inaceitável, para o Direito, que por meio de um discurso proselitista, conservador e antiquado, se queira convencer ao outro que a verdade que ele acredita e a maneira como escolheu vivenciar suas experiências, desde que dentro da legalidade, é errada. É fechar os olhos para os novos rearranjos e demandas incorporados em nossa sociedade.

Opiniões que significam invariabilidade e, com isso, prometem certeza – nomeadamente aquelas opiniões segundo as quais as normas jurídicas são qualquer coisa já acabada, são verdadeiras e extraem seu fundamento de validade no passado, na ordem dos mortos ou na antiguidade imemorable – colocam o homem perante uma complexidade já reduzida e compreendem sua relação com o mundo sob este aspecto... A verdade nega às outras possibilidades a qualidade de existir e o passado, igualmente, não mais conhece o espaço de execução de disposição (LUHMANN, 2003, p. 146).

A incorporação de uma lei punitiva para a homofobia que retire a comunidade LGBTQIA+ da presente situação de inferioridade sócio jurídica, de acordo com o que prega a democracia política, deve emanar do Poder Legislativo Federal e não do Poder Judiciário.

Conforme a mobilização e luta da comunidade LGBTQIA+, a mídia tem dado maior visibilidade para casos de crimes de ódio cometidos contra essa parcela da população, bem como o incentivo aos debates, sejam acadêmicos ou em qualquer outra seara, foram intensificados nos últimos anos, esse clamor social pressiona o Estado Democrático de Direito a agir.

Por mais que a requisição sobre essa criação seja justa, seja humanitário e civilizatório, haja vista o crescente número de vítimas a ataques homofóbicos no Brasil, o Poder Judiciário tomar a frente de tal decisão representa um perigoso meio a efetivação destes direitos por partir de um foro não adequado para a satisfação dessa pretensão.

Cezar Roberto Bitencourt e Lenio Streck², apontam que mídia e moral(ismo) não são fontes de direito, desrespeita-se constantemente a legalidade em nome de uma correção moral do direito, como no caso da interpretação que coloca o LGBTQIA+ dentro do conceito de raça.

O voto do Ministro Gilmar Mendes (2019, p. 10), no julgamento que igualou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, aponta uma possível construção positiva de diálogos entre os poderes:

Ressalto ainda que o caso em tela parece contribuir positivamente para a construção de uma teoria de diálogos institucionais entre os Poderes. Isso porque a reação legislativa deflagrada a partir do início da apreciação desta ADO e deste MI pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal não fustiga, mas, na realidade, apenas avaliza a relevância da atuação desta Corte Constitucional na colmatação de omissões legislativas.

Todavia é preciso sinalizar que, partindo da Democracia Política, há uma razão histórica para que os poderes, por mais que harmônicos e comunicáveis, sejam separados.

Retirar da competência do Congresso Nacional a criação de crimes ou delitos e conceder-lha ao Supremo Tribunal Federal é automaticamente zerar a Democracia Política e sobrecarregar o âmago de uma possível Democracia Judicial, que por não ser submetida ao poder do povo é evidentemente antagônica em sua existência.

O sistema democrático só tem sentido quando caminha com a representatividade do povo ou a participação direta. O Poder Judiciário não admite investigação sobre ele, o que já é suficiente para impossibilitar essa “democracia judiciária”. Como bem indagou o ex-ministro da justiça José Eduardo Cardozo³ (2018), durante a programação do Fórum Sergipano de Direito Eleitoral, “Quem controla o controlador? Quem tem poder para controlar o Judiciário?”.

Cada poder tem a sua fronteira, função e papel. É inadmissível, do ponto de vista do respeito a legalidade jurídica, que o Poder Judiciário cruze os limites e ocupe as competências que cabem ao Congresso Nacional.

² Em “Ainda há juízes no Brasil?! Em busca da legalidade perdida!” (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-14/ainda-juizes-brasil-busca-legalidade-perdida>. Acesso em: 14 de out. 2019

³ Crítica feita na Conferência “Oito anos da Lei da Ficha Limpa: avanços e retrocessos”, durante a programação do Fórum Sergipano de Direito Eleitoral. (Disponível em: < <https://al.se.leg.br/lei-da-ficha-limpa-e-obscura-e-tem-problemas-tecnicos-fecha-jose-eduardo-cardoso/> > Acesso em: 15 de out. de 2019)

Devendo ser respeitado a Teoria Constitucional dos Procedimentos Jurídicos, cujas demandas devem ser criadas legislativamente, de competência da Câmara Federal, do Senado da República e do Parlamento.

A consequência disso, além da clara politização do Direito e o desrespeito a legalidade, é que, aqueles que deveriam atuar na criação e aprovação de tipos penais adequados que vislumbrem a subjetividade da comunidade LGBTQIA+, continuaram a atuar conforme interesses próprios e de seu eleitorado, reproduzindo preconceitos historicamente consolidados com discursos proselitistas.

Ao criminalizarem a homofobia, o STF fulminou com a democracia política ultrapassando sua competência, desconsiderando o Princípio da Legalidade Criminal.

Semelhante princípio atende, pois, a uma necessidade de segurança jurídica e de controle do exercício do jus puniendi, de modo a coibir possíveis abusos à liberdade individual por parte do titular desse poder (o Estado). Consiste, portanto, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressiva do imperium da lei, da supremacia do Poder Legislativo – e da soberania popular – sobre os outros poderes do Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguardados direito e liberdade individuais (QUEIROZ, 2005, p. 26).

Por mais que a decisão tomada pelo STF tenha sido comemorada, do ponto de vista da efetiva proteção batalhada pela comunidade LGBTQIA+, segundo o Princípio da Legalidade decisão não é lei, e tipo penal só é criado por lei que o defina.

O Princípio da Legalidade Criminal é ainda uma forte ferramenta aliada ao cidadão contra as possíveis arbitrariedades do Estado que não deve, conforme seu alvedrio, deliberar decisões e punições irracionais ou injustas, ainda enaltecendo a devida importância aos poderes que se submetem a contestação do povo.

Isso nos remete a criação da figura mítica, livre e imponente, dos juízes, como percebe-se no manifesto dos Juízes Federais do Rio Grande do Norte em apoio a Ribeiro Dantas e sua independência judicial na Operação Lava Jato (2015):

Nenhuma democracia floresceu sem independência judicial, simplesmente porque não há como garantir direitos sem juízes que decidam corajosamente segundo suas convicções, ainda que em desacordo com a opinião pública, no afã de fazer valer a ordem jurídica. A História é pródiga em exemplos sobre os graves danos ao processo democrático nas civilizações que descuraram da defesa intransigente da independência de seus juízes, em particular no

processo penal, que constitui o instrumento mais genuíno de salvaguarda da liberdade individual. [...] Desde tempos imemoriais, como expresso até mesmo no Evangelho, nossa civilização aprendeu lição valorosa quanto aos riscos de interferência da opinião pública nos julgamentos.

O que em suma está sendo criado em decorrência disso, é uma latente assimetria entre o Poder Judiciário e demais poderes, como identificado na fala do Ministro Dias Toffoli⁴ (2019): “não existe estado democrático de direito, não existe democracia, sem Judiciário Independente”.

Um sistema democrático sem o Poder Judiciário é um sistema exclusivamente sem controle do poder político.

Obviamente o Judiciário é importante para se alcançar o Estado Democrático de Direito, mas não significa que deva ser colocado como mais relevante que os demais poderes e instancias que se submetem ao poder do povo.

Os juízes então transcendem de meros aplicadores do direito à construtores edificantes da verdade do direito, decidindo “corajosamente segundo suas convicções”, desrespeitando a norma, a Constituição Federal e os Tratados Internacionais.

Não há em nosso ordenamento jurídico um controle das decisões judiciais por não existir uma teoria de inconstitucionalidade das mesmas, enquanto que nas matérias produzidas no âmbito legislativo há o controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado, do trabalho legiferante, limitações que partem da ideia de inconstitucionalidade das normas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As noções que definiram a heterossexualidade como única e natural expressão da sexualidade humana propagaram um discurso proselitista que busca converter a ela todos aqueles que vivenciam sua sexualidade de maneira distinta da heteronormatividade.

A comunidade LGBTQIA+ é vítima constante de atitudes preconceituosas e discriminatórias. Apesar de terem seus direitos apoiados nos princípios constitucionais, sofrem diariamente diante de uma inferioridade sócio jurídica imposta pela não criação de tipo penal que criminalize a homofobia por parte do Poder Legislativo Federal.

⁴ Na abertura do ano Judiciário. (Disponível em: 01 de fev. 2019. Acesso em: 15 de out. 2019)

Nesse contexto, constatou-se que a resistência predominante nos representantes do povo em editar leis direcionadas a comunidade LGBTQIA+, e a dificuldade de se aprovar Projetos de Leis que os atendam, mascara na verdade preconceitos compartilhados por nossos gestores. Desde convicções pessoais, medo de ser rotulado como homossexual, ou desagradar grande parte do eleitorado.

O STF ao decidir criminalizar a homofobia dentro dos moldes da lei de racismo 7.7716/89, equiparou categorias de natureza distintas, ultrapassando as fronteiras de sua competência o que representa sérios problemas para a Democracia Política.

De fato, existe a latente necessidade de se punir condutas homofóbicas, haja vista o aumento da discriminação, violência e incentivo a perseguição a toda comunidade LGBTQIA+. Todavia, foi demonstrado a necessidade de que essa seja feita pelo foro adequado para satisfazer efetivamente essa pretensão.

Quando a corte decidiu por criminalizar a homofobia, por mais que o clamor social sobre a demanda fosse real, desrespeitou-se toda a Teoria Constitucional dos Procedimentos Jurídicos, o Princípio da Legalidade Criminal, e a Constituição Federal, colocando-se em posição hierarquicamente superior aos demais poderes e também a própria população.

Vivemos em um momento de crise, onde o Poder Judiciário assumiu a posição de criador da verdade no Direito.

Em nossa sociedade não existe a imagem do juiz enquanto aplicador do direito, mas sim um enaltecimento de sua figura que quase como um herói passa a ocupar o centro do sistema jurídico, prolatando decisões conforme suas convicções e em muitos casos desrespeitando a norma, sendo aclamado pela população criando a politização do Direito.

Não há um controle da atividade judicante, a figura do juiz diz o que quer e decide o que quer, e prolata. Quando se recorre, nos deparamos com outro como ele, enfrentamos assim uma instabilidade que nasceu na deslegitimação do sistema positivista do direito para o sistema constitucionalista.

Aquele que deveria agir com imparcialidade está mergulhado, e a expansão dessa complexidade, do ponto de vista civilizatório, fará com que não se consiga mais controlar a produção de linguagem dentro do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Legislativo está mesmo em mora em relação à criminalização da homofobia?** 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-15/diario-classe-legislativo-mora-relacao-criminalizacao-homofobia>. Acesso em: 10 de out. de 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto; STRECK, Lenio Luiz. **Ainda há Juízes no Brasil (!) Em busca da legalidade perdida!**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-14/ainda-juizes-brasil-busca-legalidade-perdida>. Acesso em: 11 de out. de 2019.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2010.

BRASIL. **Ação Direta De Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**. Relator : Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 13 de junho de 2019.

BRASIL. CÂMARA. **Projeto de 7582/14**, 2014.

BRASIL. **Código Penal, de 1940**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Justiça Federal. **Nota de Solidariedade**. Natal, 12 de dezembro de 2015.

CARDOSO, José Eduardo. **Conferência Oito anos da Lei da Ficha Limpa: avanços e retrocessos**. 2018. Disponível em: <https://al.se.leg.br/lei-da-ficha-limpa-e-obscura-e-tem-problemas-tecnicos-fixa-jose-eduardo-cardoso/>. Acesso em: 15 de out. de 2019.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Igo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito**. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>> Acesso em: 09 de out. 2019.

DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legittimazione**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

DIAS, Maria Berenice. (org.) et al. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. 2007. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_632\)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FLEURI, Reinaldo Matias. Intercultura e educação. **Revista Brasileira de Educação**, Santa Catarina, n. 23, p. 16-35, 2003.

FOSTER, David W. **Consideraciones sobre el estudio de la heteronormatividade em la literatura latinoamericana**. Letras: Literatura e Autoritarismo. Santa Maria, n. 22, jan./jun. 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro**: estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

LUHMANN, Niklas. Legitimation durch Verfahren. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

A RELAÇÃO DA RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA COM O PROCESSO DE LOGÍSTICA RESERVA

OLIVEIRA, Roberta Lígia Duarte de ¹
SOUSA, Jaciana Francisca Valdivino de ²
DANTAS, Joseph Ragner Anacleto Fernandes ³

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar e colocar em evidência a responsabilidade compartilhada como um instrumento para solucionar um dos grandes desafios da atualidade, que diz respeito ao excesso de resíduos gerados. E para isto, se faz necessário que a lei exige que as empresas assumam o retorno dos seus produtos descartados e passem a cuidar da destinação dos mesmos. Desse modo, a fim de viabilizar esta responsabilidade, entra em cena o instrumento da logística reserva, que trata sobre o desenvolvimento econômico e social, mediante procedimentos que são destinados, por meio de um conjunto de ações para viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos, com a finalidade de reaproveitar, em ciclos produtivos ou com destinação final ambientalista adequada. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva relacionar a responsabilidade compartilhada com a logística reserva, em direção a responsabilização das empresas. Para tanto, este estudo tem caráter eminentemente bibliográfico, bem como apoio teórico em artigos científicos coletados em periódicos eletrônicos. Como resultados, pode-se apontar que neste processo, as empresas devem ser responsabilizadas, bem como, os produtores têm que prever como se dará a devolução, a reciclagem do produto e a sua destinação ambiental adequada.

Palavras - Chaves: Responsabilidade Compartilhada. Logística reversa. Responsabilização.

¹ Graduanda em Curso Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. E-mail: duarteroberta1@outlook.com

¹ Graduanda em Curso Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. E-mail: jaciaonavdivino04@gmail.com

¹ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Professor da FAFIC. E-mail. josephragner@gmail.com

ABSTRACT

The present study aims to analyze and highlight shared responsibility as an instrument to solve one of the major challenges of today, regarding the excess of waste generated. And for this, it is necessary that the law requires companies to assume the return of their discarded products and take care of their destination. Thus, in order to make this responsibility viable, comes the reserve logistics instrument, which concerns the economic and social development, through procedures that are intended, through a set of actions to enable the collection and return of solid waste, for the purpose of reusing, in productive cycles or with adequate environmental final destination. In this sense, this paper aims to relate shared responsibility with reserve logistics, towards corporate accountability. Therefore, this study has eminently bibliographic character, as well as theoretical support in scientific articles collected in electronic journals. As a result, it can be pointed out that in this process, the companies must be held responsible, as well as the producers have to predict how the product will be returned, recycled and its proper environmental destination.

Keywords: Shared Responsibility. Reverse logistic. Accountability.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade compartilhada abordada na Política Nacional dos Resíduos Sólidos PNRS (Lei Federal nº 12.305/2010), institui importantes mudanças na condução dos interesses do poder público, do setor empresarial e da coletividade, no que diz respeito à proteção e a sustentabilidade ambiental.

Diante disso, quanto à proteção ambiental, a mesma nos faz refletir sobre a necessidade de um planejamento para o uso racional dos recursos naturais, e ao mesmo tempo, quanto à correta destinação dos resíduos produzidos nos processos de transformação empregados pelo homem, por meio de Políticas Públicas eficientes que possam proporcionar uma boa qualidade de vida, assim como o respeito à dignidade da pessoa humana.

O instituto, por sua vez, tem como objetivo agregar os interesses econômicos e sociais da gestão empresarial e ambiental, com a finalidade de reduzir a geração de resíduos sólidos, de danos ambientais e da poluição, bem como estimular a produção e consumo de materiais recicláveis. Desse modo, entende-se por responsabilidade compartilhada um conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes e consumidores.

Nesse sentido, o Brasil tem demonstrado grande preocupação em relação a compreensão de uma política que vislumbre as normas e sua aplicação pelo poder público, tendo em vista o papel do setor industrial e empresarial no desafio para a adequada proteção ao meio ambiente,

ao trazer como instrumento a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos e os sistemas de logística reversa, a legislação determina que a responsabilidade pelos resíduos sólidos gerados pertence a todos os atores envolvidos no ciclo além de atribuir deveres e obrigações a cada um deles.

A responsabilidade compartilhada e logística reversa foram criadas a fim de minimizar o volume de resíduos gerados. Além disso, reduzir os impactos negativos causados à saúde humana e ao meio ambiente quando o descarte não é realizado de forma correta. A fim de atender à exigência legal, foi criada com o objetivo de minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, além dos impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos mal descartados.

O propósito da lei é obrigar as empresas a retornarem os resíduos descartados aos seus processos, ou a destinarem para outros processos. Evitando assim o descarte incorreto e a poluição ambiental, podendo as mesmas utilizarem como instrumento para o retorno desses resíduos a implantação de um sistema de logística reversa.

A logística reversa é realizada através de ações que viabilizam a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial.

MATERIAL E MÉTODOS

O atual estudo tem caráter eminentemente bibliográfico. Para tanto, buscamos apoio teórico em artigos coletados em periódicos eletrônicos, bem como em livros de acervos bibliográficos e legislação. Consecutivamente, foram feitas leituras com o intuito de entender com melhor clareza a questão voltada para as responsabilizações e atribuições de cada um dos atores envolvidos no ciclo de vida dos produtos no âmbito da Responsabilidade Compartilhada e a conhecer o funcionamento do sistema de logística reversa, em especial para os produtos com obrigatoriedade de implantação imediata. Por fim, o presente trabalho visa a estimular o leitor e consumidor a cumprir suas obrigações, a fim de reduzir o volume de rejeitos gerados e minimizar os efeitos danosos decorrentes de uma destinação ambientalmente inadequada.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA

A responsabilidade compartilhada consiste em um conjunto de atribuições que são desempenhadas de maneira individualizada encadeada por todos os atores envolvidos no ciclo, de forma que se inicia com o desenvolvimento do produto, passando pela obtenção de matérias-primas, processo produtivo e pelo consumo, finalizando com a disposição final dos resíduos.

Desse modo, podemos classificar como autores: o setor empresarial que são eles, os fabricantes, importadores, distribuidores comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos. Diante disso, a lei determina que o poder público, o setor empresarial e a coletividade sejam responsáveis pela efetividade das ações que são voltadas para reduzir o volume de resíduos e rejeitos gerados, assim como reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos que devem ser reutilizados. Além disto, o mesmo objetiva reduzir o desperdício de materiais e minimizar a poluição, a promover o reaproveitamento de resíduos sólidos.

Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e dá outras providências.

Art. 3 - Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

XVII - responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei.

Trilhando ainda no caminho de se tentar apresentar uma especificação sobre responsabilidade compartilhada, a mesma coloca o Brasil em patamar de igualdade aos principais países desenvolvidos no que diz respeito ao marco legal, inovando desse modo com a inclusão de catadores de materiais recicláveis e reutilizáveis, tanto em relação a logística reversa quando na coleta seletiva.

Consecutivamente, objetiva também incentivar a responsabilidade socioambiental e a utilização de insumos que causem uma menor agressão ao meio ambiente e de maior sustentabilidade; como meio de buscar estimular o desenvolvimento de mercado, a produção e o consumo dos produtos que são derivados de materiais recicláveis.

Cabendo aos titulares encarregados pelos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, organizar e posteriormente prestar os serviços, seja de forma direta ou indireta, sendo desse modo de sua competência dar disposição final ambientalmente adequada e adotar procedimentos para reaproveitar os resíduos reutilizáveis e que são reciclados.

Além disso, cabe ainda ao Poder Público estabelecer sistema de coleta seletiva e implantar sistemas de compostagem para resíduos orgânicos.

Diante disso, partindo da ideia que a responsabilidade do setor empresarial, deve ser exigido que estes realizem investimentos no desenvolvimento, bem como na fabricação e na colocação no mercado de produtos que sejam aptos, após o uso pelo consumidor, que venham a ser reutilizados à reciclagem ou a outra forma de destinação final ambientalmente adequada e cuja fabricação e uso gerem a menor quantidade de resíduos sólidos possível.

A fim de promover a educação ambiental da população consumidora no geral, é de responsabilidade do setor empresarial a divulgação de informações referentes às formas de evitar, reciclar e eliminar os resíduos associados a seus respectivos produtos.

LOGÍSTICA REVERSA

A logística reversa ilustra-se como um conjunto de meios e métodos que tratam da movimentação de um produto ou embalagem, do seu nascedouro, sua comercialização, seu consumo e retorno ao ponto de partida e sua destinação subsequente. Em outras palavras, entende-se por logística reversa como um mecanismo que possibilita que alguns produtos após o consumo retornem ao setor empresarial, o que acaba refletindo de forma direta na titularidade dos resíduos sólidos.

O conceito de logística reversa ainda não está totalmente definido. Devido às novas possibilidades de negócios relacionados ao interesse empresarial e as pesquisas que surgem na área, diante disso, esse conceito ainda está em constante evolução. Uma das definições pesquisadas de Logística Reversa é do autor Leite (2005, p. 16-17), assim definida:

Entendemos a logística reversa como a área da logística empresarial que planeja, opera e controla o fluxo e as informações logísticas correspondentes, do retorno dos bens de pós-venda e de pós-consumo ao ciclo de negócios ou ao ciclo produtivo, por meio dos canais de distribuições reversos, agregando-lhes valor de diversas naturezas: econômico, ecológico, legal, logístico, de imagem corporativa, entre outros.

Nesses termos, de acordo com a Lei 12.305/2010, o gerador de resíduos sólidos é toda e qualquer pessoa física ou jurídica que gere resíduos através de suas atividades, incluindo o consumo, reputando-o como detentor daquele detrito produzido, cabendo ao mesmo possibilitar e efetuar sua destinação final ambientalmente adequada.

Segundo Lacerda (2002 *apud* GARCIA, 2006, p. 4) define que:

Logística reversa pode ser entendida como um processo complementar à logística tradicional, pois enquanto a última tem o papel de levar produtos de sua origem dos fornecedores até os clientes intermediários ou finais, a logística reversa deve completar o ciclo, trazendo de volta os produtos já utilizados dos diferentes pontos de consumo a sua origem. No processo da logística reversa, os produtos passam por uma etapa de reciclagem e voltam novamente à cadeia até ser finalmente descartado, percorrendo o “ciclo de vida do produto”.

Assim, seguindo nessa linha de raciocínio em relação a logística reversa, um dos conceitos que está por trás da logística reversa é o conceito de ciclo de vida do produto. O ciclo de vida dos produtos pode ser dividido em quatro estágios: lançamento, crescimento, maturação e declínio.

Portanto, o objetivo principal da logística reversa é a gestão e a distribuição do material descartado, na perspectiva de que diante da visão da recuperação sustentável é possível o retorno de bens ou materiais constituintes ao ciclo produtivo agregando valor econômico, ecológico, legal, entre outros. E em relação aos custos o reaproveitamento de materiais e embalagens estimula novas iniciativas e melhorias no processo de logística reversa, mesmo tendo custos para que estes materiais retornem a empresa, há economia para a empresa e para o meio ambiente.

Dessa forma, existem várias maneiras de o produto retornar à empresa. Dentre as formas estão inseridas às campanhas de reciclagem, acordo entre fornecedor e canal de vendas, empresas de reciclagem. Além disso, segundo Lacerda (2009, p. 2):

Os produtos podem ser revendidos se ainda estiverem em condições adequadas de comercialização, recondicionadas desde que haja justificativa econômica e recicladas se não houver possibilidade de recuperação gerando materiais que retornam ao sistema produtivo, ou em último caso, descarte.

PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA LOGÍSTICA REVERSA

Nos moldes do que traz a Constituição Federal de 1988, ao fazer referência a diversos dispositivos relacionados ao meio ambiente, estabeleceu um amplo sistema protetivo no que diz respeito a questão ambiental. Como é possível visualizar em seu artigo 225, considerado a matriz de toda a proteção ecológica do Brasil, busca pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo tanto à sociedade quanto ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo.

Assim, constitui como obrigação de todos agir em prol da sanidade ecológica. Com isso, dentre as disposições, a CF/88 incumbiu como obrigação dos governantes, no art. 225, §1º, V, controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente.

Nesse sentido, os artigos 23 e 24 atribuíram competência material e legislativa aos Entes Federativos para protegerem o meio ambiente e combaterem a poluição em qualquer de suas formas, ao passo que o seu art. 170 estabeleceu a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica.

Diante disso, sobre o que diz o conceito de logística reversa como um instrumento que visa à tomada de decisões com o objetivo de minimizar a ocorrência de dano ambiental por disposição incorreta do lixo. Devendo a destinação final dos resíduos ser realizada por meio de sistema de logística reversa após o consumo, que consiste na organização dos canais de captação de produtos que são descartados, para que recebam tratamento adequado no retorno ao meio ambiente.

Conforme explicitado na legislação, a implantação dos sistemas de logística reversa deve ser feita de forma independente dos serviços públicos. Contudo, é possível que o Poder Público, por meio da prestação dos referidos serviços, se encarregue de atividades que são de responsabilidade do setor empresarial no âmbito dos sistemas de logística reversa. Tal fenômeno apenas é possível quando há acordo setorial ou termo de compromisso firmado entre governo e fabricantes, distribuidores, comerciantes e importadores. Tais acordos devem prever,

entre outras coisas, de que forma se dará a devida remuneração ao Poder Público pelas ações realizadas.

SANÇÕES

Os descumprimentos legais referentes à logística reversa pode acarretar sanções civis, penais e administrativas. Com isso, a Constituição Federal estabelece que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Diante disso, a responsabilidade ambiental é dividida em três esferas independentes entre si:

a) civil, que tem como objetivo o ressarcimento do prejuízo causado decorrente de conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, Lei 7.347/198543 (Ação Civil Pública) e 4.717/196544 (Ação Popular); desse modo o seu descumprimento ou o seu cumprimento insuficiente pode ensejar a propositura de Ação Civil Pública com pedido de obrigação de fazer, sob pena de aplicação de multa, pela inobservância de preceito legal, implementar logística reversa, independentemente da ocorrência de degradação ecológica.

b) administrativa, que se origina, na prerrogativa de o Poder Público impor condicionantes e condutas aos particulares, aplicando as sanções pertinentes no caso de descumprimento das ordens legais das autoridades competentes o que, na esfera ambiental-federal, estão descritas, principalmente, no Decreto Federal 6.514/200846;

c) criminal, que deriva da mera subsunção do fato à norma tipificada, notadamente os tipos previstos na Lei 9.605/1998.47 Aponta nessa direção, também, o art. 5148 da PNRS, ao preconizar que a inobservância de seus preceitos ou de seu regulamento sujeita os infratores às sanções previstas em lei, independentemente da ocorrência de danos ambientais.

E por fim, por fim, é oportuno ressaltar que as responsabilidades decorrentes do descumprimento das normas acima citadas tanto na esfera civil quanto na administrativa e na criminal, independem da ocorrência de degradação ambiental; visam tão somente a apenar quem descumpre as obrigações que lhe são incumbidas pela lei.

PRODUTOS COM OBRIGATORIEDADE DE LOGÍSTICA REVERSA

A obrigatoriedade pode ser estendida na forma que for disposta em regulamento ou em acordos setoriais ou termos de compromisso firmados entre o Poder Público e o setor empresarial a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, bem como aos demais produtos e embalagens. Na implantação do sistema, devem ser considerados o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente decorrente dos resíduos gerados, além da viabilidade técnica e econômica da logística reversa.

Segundo o artigo 33 da PNRS (Política Nacional de Resíduos Sólidos), são obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos seguintes produtos:

- I) agrotóxicos, seus resíduos e embalagens e outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso;
- II) pilhas e baterias;
- III) óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens;
- IV) lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;
- V) produtos eletroeletrônicos e seus componentes e
- VI) pneus.

Uma vez que, a gestão inadequada do lixo gera inúmeros danos ambientais que de forma direta ou indireta acabam comprometendo seriamente a qualidade de vida, como por exemplo: a emissão de gases nocivos; descarte em galerias pluviais provocando alagamentos e inundações; depósito em áreas de preservação ambiental que contaminam o solo e poluem as águas superficiais e subterrâneas; disposição inadequada que contribui para transmissão de doenças; entre outros.

Pois, na proporção em que se aumenta o número de habitantes nas cidades, cresce a geração de lixo. Tendo em vista que, as cidades cada vez mais apresentam dificuldades para implantar, ordenar e gerenciar de modo sustentável os resíduos por si gerados. Por isso, desde 12 de agosto de 2010, pela Lei 12.305/10, foi instituída a Política Nacional de Resíduos Sólidos, que definiu os princípios, objetivos e instrumentos, bem como diretrizes, relativas à gestão e ao gerenciamento de resíduos sólidos.

Desse modo, portanto caberá aos consumidores devolver os produtos que não são mais usados. Às indústrias cabe a retirada destes produtos, através de um sistema de logística, seja para reciclá-los ou reutilizá-los. Contudo, sendo dever administração criar campanhas de

educação e conscientização para os consumidores, além de forma subsidiária fiscalizar a execução das etapas da logística reversa.

CONCLUSÃO

Não é de hoje que o Brasil tem demonstrado grande preocupação em relação a compreensão de uma política que vislumbre as normas e sua aplicação pelo poder público, tendo em vista o papel do setor industrial e empresarial no desafio para a adequada proteção ao meio ambiente, ao trazer como instrumento a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos e os sistemas de logística reversa.

Nesse sentido, a legislação determina que a responsabilidade pelos resíduos sólidos gerados pertence a todos os atores envolvidos no ciclo além de atribuir deveres e obrigações a cada um deles.

De certo, considera-se que o aceitável que a responsabilidade compartilhada se estende e toma a forma de um sistema de logística reversa, no qual o consumidor devolve os produtos utilizados ao setor empresarial, que dá ao resíduo uma destinação final ambientalmente adequada.

A análise normativa mostrou ainda a necessidade de campanhas de educação ambiental para informação a população sobre o tema e estimular os consumidores a cumprirem suas

Atribuições dentro do sistema de gestão de resíduos. Neste contexto, sendo necessário conhecer o sistema de logística reversa proposto, a fim de viabilizar e auxiliar na devolução dos resíduos sólidos ao setor empresarial.

Além disso, é importante compreender que cada ator envolvido no ciclo de vida dos produtos tem parcela de responsabilidade pelo resíduo e deve fazer sua parte para reduzir os danos causados pelos rejeitos. Se a responsabilidade pelo resíduo for de fato compartilhada entre todos os agentes, pode-se diminuir o volume e a periculosidade dos resíduos gerados, bem como reduzir os impactos causados à saúde humana e ao meio ambiente.

Diante disso, quanto à proteção ambiental, a mesma nos faz refletir sobre a necessidade de um planejamento para o uso racional dos recursos naturais, e ao mesmo tempo, quanto à correta destinação dos resíduos produzidos nos processos de transformação empregados pelo homem, por meio de políticas públicas eficientes que possam proporcionar uma boa qualidade de vida, assim como o respeito à dignidade da pessoa humana.

O propósito da lei é obrigar as empresas a retornarem os resíduos descartados aos seus processos, ou a destinarem para outros processos. Evitando assim o descarte incorreto e a poluição ambiental, podendo as mesmas utilizarem como instrumento para o retorno desses resíduos a implantação de um sistema de logística reversa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRELPE. Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais. Panorama de Resíduos Sólidos no Brasil 2011. São Paulo: Abrelpe, 2011.

BRASIL. Lei nº6.938, de 31 de outubro de 1981. Institui a Política Nacional do Meio Ambiente.

BRASIL. Decreto 7.404, de 23 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Lex, Brasília, DF.

BRASIL. Decreto-Lei 1.413, de 31 de julho de 1975. Dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais. Lex, Brasília, DF.

BRASIL. Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998; e dá outras providências. Lex, Brasília, DF.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Lex, Brasília, DF.

BRASIL. Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Lex, Brasília, DF.

GARCIA, Manuel Garcia. Logística reversa: uma alternativa para reduzir custos e criar valor. XIII SIMPEP, Bauru, SP, nov. 2006. Disponível em: http://www.simpep.feb.unesp.br/anais/anais_13/artigos/1146.pdf. Acesso em: 22 out. 2019.

HABERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Tradução do original em alemão por Marcos Maliska e Lisete Antoniuk. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LACERDA, Leonardo. Logística reversa: uma visão sobre os conceitos básicos e as práticas operacionais. Maio. 2009. Disponível em: http://www.sargas.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=78&Itemid=29. Acesso em: 22 out. 2019.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-Consumo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LEITE, Paulo Roberto. **Logística reversa: nova área da logística empresarial**. Brasil. Disponível em: [http://web-resol.org/textos/logistica_reversa_nova_area_da_logistica_empresarial_\(1\).pdf](http://web-resol.org/textos/logistica_reversa_nova_area_da_logistica_empresarial_(1).pdf) . Acesso em 14 out. 2019.

LEITE, Paulo Roberto. **Logística Reversa: Meio Ambiente e Competitividade**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

MEU RESÍDUO. **Responsabilidade compartilhada: entenda mais sobre legislação e logística reversa**. Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.meuresiduo.com/categoria-1/responsabilidade-compartilhada-entenda-mais-sobre-legislacao-e-logistica-reversa>. Acesso em 14 out. 2019.

ROHLFS, Daniela Buosi e MACÊDO, Moema Luisa Silva. **Responsabilidade Compartilhada, Logística Reversa e cadeias com obrigatoriedade imediata no âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Brasil, 2012. Disponível em: <http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/8mostra/Artigos/SAUDE%20E%20BIOLOGICAS/Responsabilidade%20Compartilhada,%20Logística%20Reversa.pdf>. Acesso em 14 out. 2019.

SÃO PAULO. Resolução 45, de 23 de junho de 2015. Define as diretrizes para implementação e operacionalização da responsabilidade pós-consumo no Estado de São Paulo, e dá providências correlatas. Lex, São Paulo.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Art. 3, inc. XVII Política Nacional de Resíduos Sólidos - Lei 12305/10**. Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26266337/inciso-xvii-do-artigo-3-da-lei-n-12305-de-02-de-agosto-de-2010>. Acesso em 13 out. 2019.

SANTOS, Maria Carolina de Melo. **A Responsabilidade Compartilhada na política nacional de resíduos sólidos: uma análise a eficácia das disposições relativas ao consumidor**. Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3590>. Acesso em 14 out. 2019.

WILLI, Mariana Muller. **Logística reversa: conceito, legislação e sistema de custeio aplicável**. Brasil, 2012. Disponível em: <http://www.opet.com.br/faculdade/revista-cc-adm/pdf/n8/LOGISTICA-REVERSA.pdf> . Acesso em 14 out. 2019.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA CAPACIDADE CIVIL

Aline Moreira Passos ¹
Jessica Araújo Oliveira ²
Francisco Paulino da Silva Junior ³

RESUMO

Este artigo vem apresentar as alterações na incapacidade da pessoa com deficiência, regulamentada pela Lei 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, com a finalidade de promover e assegurar, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, objetivando a sua inclusão social. A pessoa com deficiência era considerada absolutamente incapaz, de acordo com o artigo 3º, em seus incisos I, II, III, do código civil de 2002, atualmente todos revogados pelo Estatuto supracitado. Assim, o indivíduo com deficiência, não é considerada mais incapaz de praticar atos na sua vida civil, podendo até casar-se, e conviver em uma união estável. Essa pesquisa foi realizada com consultas a livros e sites na internet.

Palavras-Chave: Pessoas com deficiência. Capacidade civil. Estatuto da Pessoa com deficiência.

ABSTRACT

This article presents the changes in disability of persons with disabilities, regulated by Law 13.146 / 2015, Statute of Persons with Disabilities, with the purpose of promoting and ensuring, under equal conditions, the exercise of fundamental rights and freedoms of persons with disabilities. disability, aiming at their social inclusion. The person with disabilities was considered absolutely incapable, in accordance with article 3, in items I, II, III, of the 2002 Civil Code, all of which are currently repealed by the aforementioned Statute. Thus, the individual with disabilities is no longer considered incapable of performing acts in their civil life, may even get married, and live in a stable union. This research was conducted with consultations to books and websites.

Keywords: Disabled people. Civil capacity Statute of the Disabled Person.

¹ Aline Moreira Passos, Acadêmica do 8º período do Curso de Direito; Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC; email:alinecat1985@hotmail.com;

¹ Jessica Araújo de Oliveira, Acadêmica do 8º Período do Curso de Direito; Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC; email:jessicaaraujo6206@gmail.com;

¹ Francisco Paulino da Silva Junior, Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Professor de Direito da FAFIC e do Centro Universitário de Patos (UNIFIP); email:jpsjunior@gmail.com;

INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Constituição de 1988, tem como base garantir a todas as pessoas uma vida mais digna, e condições indispensáveis para sua existência como ser humano. Esse princípio foi o pilar para criação da Lei 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, entrando em vigor no dia 06 de julho de 2015. Sua chegada resultou na revogação dos incisos I, II, III, do artigo 3º, Código Civil, excluindo do rol a incapacidade absoluta da pessoa com deficiência.

Os principais pontos destacados nesse artigo é o tema da Pessoa com deficiência, a incapacidade antes do Estatuto, as modificações trazidas por este Estatuto depois da sua entrada em vigor, e como ficou a curatela, quando houve a alteração da incapacidade da pessoa com deficiência. Os autores principais utilizados foram Ingo Wolfgang Sarlet e Maria Helena Diniz.

O objetivo desse artigo é mostrar as mudanças que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe em benefício aos indivíduos com deficiência, com a finalidade de assegurar aos mesmos direitos e garantias de forma igualitária a todos os cidadãos, sem fazer distinção de qualquer espécie, para sua inclusão no convívio social.

Os métodos utilizados foram todos os meios de informações necessários, como livros e sites na internet, para entender como a Lei 13.146/2015, Estatuto da pessoa com deficiência, afetou de forma positiva ou negativa, a pessoa com deficiência, com a alteração da sua capacidade civil.

Esse tema tem uma grande relevância e merece bastante atenção, pois tratam de pessoas que precisam de uma proteção maior por terem dificuldades específicas, e por possuir limitações para a prática de atos, sem o auxílio de outrem, comparados as outras pessoas.

MATERIAL E MÉTODOS

Trata-se de uma pesquisa de natureza explicativa, com uma abordagem dedutiva, voltada para as relevantes mudanças trazidas pelo Estatuto da pessoa com deficiência. Desdobrou-se ainda, suas reflexões, explorando as possíveis discussões das que se refletiram no Código civil brasileiro.

Para o desenvolvimento do presente artigo, foram realizadas consultas em sites da internet, fontes bibliográficas, pesquisas pelo Código Civil e pelo Estatuto da Pessoa com

Deficiência, assim como também foi utilizado citações doutrinarias, além de pesquisas na ONU – Organizações das Nações Unidas/ 2006.

DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Na Roma antiga, não existiam leis favoráveis para aqueles que nasciam com alguma deficiência. Aos pais que tivessem crianças com alguma deformidade física, tinham autorização para matar seus filhos. No entanto, os pais preferem abandoná-los em cestos no Rio Tibre, ou em outros locais sagrados, e os que sobreviver-se eram explorados nas cidades por mendigar, ou passavam a fazer parte de circos para o entretenimento dos privilegiados.

Com o surgimento do Cristianismo, ainda no período do *Império Romano*, a doutrina invalidou a prática de matar os filhos nascidos com deficiências, surgindo assim os primeiros hospitais de caridades que recolhia as pessoas portadoras de deficiências e os indigentes.

Historicamente os indivíduos com deficiência têm sido caracterizados por diversos paradigmas no decorrer da história da humanidade os quais resistem ao longo dos séculos, tendo provocado consequências históricas, pois é mais fácil prestar atenção aos impedimentos e às aparências do que aos potenciais e capacidades de tais pessoas. A estrutura das sociedades, desde os seus primórdios, sempre inabilitou os portadores de deficiência, marginalizando-os e privando-os de liberdade, essas pessoas sempre foram alvo de atitudes preconceituosas e ações impiedosas.

De acordo com a convenção dos Direitos das Pessoas com deficiência – ONU – Organizações das Nações Unidas/ 2006, as pessoas com deficiência são aquelas que possuem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual (mental), ou sensorial (visão ou audição) os quais, em interações com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, deficiência é 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 (art. 3º, I, do Dec. nº. 3.298, de dezembro de 1999).

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, a qual foi internalizada pelo Decreto Legislativo nº. 186, de 9 de julho de 2008 e promulgada pelo Decreto Executivo nº.

6.949, de 25 de agosto de 2009, tendo força de emenda constitucional, proporcionou a pessoa com deficiência o respeito por dignidade, o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Essa convenção proíbe qualquer tipo de discriminação contra a pessoa com deficiência, e reafirma que elas possuem os mesmos direitos e garantias que qualquer outra pessoa, uma vez que a dignidade e a igualdade são inerentes a todo ser humano.

Ao longo do tempo, a pessoa com deficiência, pouco a pouco vem conquistando seus direitos, tendo em vista sua dificuldade maior em relação a outras pessoas. A acessibilidade, que foi um desses direitos adquiridos ao longo do tempo, é definida pelo art. 2º, I, da Lei Federal 10.098/2000, como sendo a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

A Lei Federal nº. 7.853/89, regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, estabelece normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, para tanto os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos da referida lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, medidas na área da educação, na área da saúde, na área da formação profissional e do trabalho, na área de recursos humanos e na área das edificações especificadas nos dispositivos da lei (art. 1º e 2º, da Lei nº 7.853/89).

Assim, com direito a acessibilidade, a pessoa com deficiência, ganhou privilégios que antes não tinha, como as vias públicas, parques e os demais espaços de uso público que deverão ser concebidos e executados de forma a torná-los acessíveis para as pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, que os parques de diversões, públicos e privados, devem adaptar, no mínimo, 5% (cinco por cento) de cada brinquedo e equipamento e identificá-lo para possibilitar sua utilização por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, tanto quanto tecnicamente possível (art. 3º e 4º, da Lei Federal nº 10.098/00).

A INCAPACIDADE ABSOLUTA ANTES DO ESTATUTO

Todas as pessoas possuem a capacidade de direito, ou seja, todos são capazes de adquirir direitos e deles gozar. De acordo com o artigo 1º, código civil/2002, toda pessoa é capaz de direito e deveres na ordem civil, mas nem todos são capazes de exercer seus direitos e praticar atos da sua vida civil, sem um auxílio de um representante legal, como é o caso daqueles que são considerados incapazes.

A incapacidade trata-se daquelas pessoas que não tem aptidão para exercer seus direitos sem precisar de auxílio de outrem. Os absolutamente incapazes são aqueles que não possuem propensão de exercer pessoalmente os atos da vida civil, sendo: os menores de 16 anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, conforme o artigo 3º, do Código Civil.

A incapacidade é conceituada por Pablo Stolze da seguinte maneira:

Em linha de princípio, cumpre mencionar, mais uma vez, que a previsão legal da incapacidade traduz a falta de aptidão para praticar pessoalmente atos da vida civil. Encontra-se nessa situação a pessoa a quem falte capacidade de fato ou de exercício, ou seja, que esteja impossibilitada de manifestar sua vontade e juridicamente a sua vontade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, p. 48.)

E Maria Helena Diniz complementa:

A incapacidade relativa diz respeito àqueles que podem praticar por si os atos da vida civil desde que assistidos por quem o direito positivo encarrega deste ofício, em razão de parentesco, de relação de ordem civil ou de designação judicial. O efeito da violação desta norma é gerar a anulabilidade do ato jurídico (CC, art. 171, I), dependendo de iniciativa do lesado, havendo até hipóteses em que poderá ser confirmado ou ratificado tal ato praticado por relativamente incapaz sem a assistência de seu representante. (DINIZ, 2006, p. 152.)

O artigo 3º, inciso I, II, III, código civil de 2002, trazia o rol de pessoas absolutamente incapaz, atualmente todos revogados, antes dizia que a pessoa com deficiência, que estava incluída nesse rol, não poderia exercer seus direitos sem o auxílio de outra pessoa, considerado nulo se praticar qualquer conduta sem supervisão, sendo sua vontade irrelevante. Antes do

Estatuto, a pessoa com deficiência não poderia casar-se ou viver em união estável, nem ser testemunha se não tivesse consentimento do seu representante legal.

Isso significa dizer que a pessoa absolutamente incapaz – incluindo, aqui, a pessoa com deficiência - era impedida por lei de praticar quaisquer negócios jurídicos, e, se o fizer, estará sujeita a declaração de nulidade.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E MODIFICAÇÃO DO ARTIGO 3º, DO CÓDIGO CIVIL

O princípio da dignidade da pessoa humana, que foi um dos princípios basilares para a criação da Constituição Federal de 1988, submeteu que todos têm os mesmos direitos, garantias e deveres, que devemos tratar os iguais de forma igualitária, como os desiguais, na medida de sua desigualdade. Tal princípio jurídico tem como escopo assegurar a todo ser humano, as condições mínimas indispensáveis para a sua existência como ser humano.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60), conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma

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

Foi com base nesse princípio que foi criado o Estatuto da pessoa com Deficiência, com o objetivo de impulsionar a ação por igualdade e integração em toda sociedade, para ajudar a essas pessoas a enfrentar obstáculos na sua participação no convívio social, mostrando que são membros da sociedade e possuem os mesmo direitos.

A lei 13.146/2015, Estatuto da pessoa com deficiência, teve sua publicação no dia 07 de julho de 2015, com objetivo de garantir e proporcionar, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais para pessoa com deficiência, visando a sua inclusão na sociedade.

O art. 3º trazia a seguinte definição da pessoa absolutamente incapaz:

Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesesseis) anos;

II – o que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Com o advento da nova redação trazida pela lei 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, modificou a capacidade da pessoa com deficiência, e com olhar mais humanitário, devolveu-lhe o direito para tomar decisões sobre suas escolhas, sem precisar de autorização de outrem. Nova redação do artigo 3º, a saber: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”.

Podendo observar-se que todos os incisos deste artigo foram revogados, tirando a pessoa com deficiência do rol de pessoas absolutamente incapaz, com o objetivo de inclusão dessas pessoas na sociedade, sem distinção de direitos e garantias. Assim, os únicos absolutamente incapazes são aqueles menores de 16 anos, pois ainda são consideradas pessoas sem discernimento necessário para tomar decisões sem ajuda de um representante legal.

O artigo 4º, do código civil de 2002, também recebeu uma nova redação trazida pelo Estatuto da pessoa com deficiência, mas a maioria dos seus incisos continuaram, penas compensando a parte que tratava dos que “por deficiência mental tenham o discernimento reduzido” e “os excepcionais sem desenvolvimento mental completo”, que foram modificados para a classificação de “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade” que antes estava previsto nas hipóteses de incapacidade absoluta.

Assim, o indivíduo com deficiência, depois do Estatuto, recebeu a capacidade necessária para tomar suas próprias decisões, tendo os mesmos direitos para casar-se, viver em união estável, ser testemunha, e ter direitos sobre a guarda de seus filhos, e possibilitando a sua inclusão no convívio social, mostrando também a sociedade que essas pessoas são revestidas das mesmas garantias e deveres como qualquer outro cidadão.

A AÇÃO DE CURATELA COM A MODIFICAÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Anteriormente a pessoa portadora com deficiência era considerada incapaz de praticar atos da sua vida civil, sem a supervisão de um representante legal, chamado curador. Com a

nova lei 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com deficiência, alterou a redação que tratava dos absolutamente incapazes, excluindo os portadores com deficiência desse rol, dando-lhes plena capacidade de realizar atos, sem ser considerado nulo, como por exemplo, casar-se.

Segundo Christiano Chaves de Farais (2014), curatela é a proteção dada a uma pessoa maior de idade, que não tem o discernimento necessário para conduzir sua vida. Sendo um encargo conferido a uma pessoa determinada com poderes para representar-lhe sua vontade.

Estavam sujeitos a curatela, de acordo com o artigo 1.767, código civil:

- Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:
- I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
 - II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
 - III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
 - IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;
 - V - os pródigos.

Assim, a curatela somente incidirá para aqueles maiores relativamente incapazes, que, na nova redação do artigo 4º do CC, são: Ébrios habituais (no sentido de alcólatras); Viciados em tóxicos; As pessoas que, por causa transitória ou definitiva, não puderem exprimir vontade; Pródigos.

Neste caso, a ação de curatela, só acontecerá de forma eventual e quando for realmente necessária, de acordo com o artigo 84 do Estatuto da pessoa com Deficiência, sendo faculdade da pessoa portadora de deficiência requisitar.

Com as novas mudanças na vida da pessoa com deficiência, que passou a ter capacidade civil e o pleno direito à igualdade de condições com as demais pessoas, não precisando mais ter a interdição de suas ações, mas ainda há uma grande necessidade de apoio para o exercício de direitos, recaindo tão somente sobre direitos patrimoniais e negociais. Assim, foi adotada a tomada de decisão apoiada e até mesmo a curatela, quando necessárias, esta última como medida de proteção de caráter extraordinário, sempre proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada pessoa e pelo menor tempo possível.

A tomada de decisão apoiada está prevista no art. 116 da Lei nº. 13.146/2015 e representa um modelo protecionista para pessoas plenamente capazes, mas que estão em uma situação de vulnerabilidade por conta de uma deficiência.

Esse instituto foi introduzido no Código Civil, artigo 1.783-A, pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei nº 13.146/2015. A norma parte do reconhecimento de que toda pessoa com deficiência deve ter assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida (artigo 84) e cria um instrumento processual eficaz para auxiliar e apoiar a pessoa com deficiência a tomar decisões, que dele necessite, o qual conta com um rito próprio ali previsto.

A tomada de decisão apoiada é um processo judicial criado pela Lei Brasileira de Inclusão para garantir apoio à pessoa com deficiência em suas decisões sobre atos da vida civil e assim ter os dados e informações necessários para o pleno exercício de seus direitos. É um processo autônomo, com rito próprio, no qual a própria pessoa com deficiência indica os apoiadores de sua confiança a serem nomeados pelo juiz.

CONCLUSÃO

O primeiro ponto que merece destaque é em relação à capacidade civil, visto que tal Lei modificou o Código Civil, garantindo assim, às pessoas com deficiência a capacidade. A Lei 13.146/2015, (Estatuto da Pessoa com deficiência), tem como principal tarefa garantir que a sociedade se adeque e se enquadre nas necessidades das pessoas com deficiência, seja por enfermidade ou deficiência mental. Assim, depois dessas alterações a pessoa com deficiência não precisará de interdições ou de um representante legal que supervisione suas atitudes e suas vontades, como é o caso da curatela.

Nesse contexto, a curatela deve ser interpretada como um instrumento de apoio para o exercício da capacidade da pessoa com deficiência, e não como um meio de limitar a liberdade e a sua autonomia. A criação da tomada da decisão apoiada diferencia da curatela, pois tem como escopo auxiliar a pessoa vulnerável em sua decisão, preocupando-se com as consequências e efeitos, preservando-se a autonomia da vontade da pessoa auxiliada, mediante a garantia do seu direito de decidir. Esse novo instituto foi à garantia da liberdade total da pessoa com deficiência frente à escolha, a tomada de decisão apoiada é um mecanismo mais flexível,

principalmente porque preserva a capacidade legal e o autogoverno da pessoa com deficiência e que necessitará do apoio, não violando a liberdade individual de escolha que é inerente ao ser humano.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

CARNEIRO, Luciano vieira. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos na Capacidade Civil. Publicado em 03 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seus-reflexos-na-capacidade-civil,591126.html>. Acesso em dia 11 out. 2019.

CORRÊA, Michely Borba. O tratamento jurídico dedicado à pessoa com deficiência pelo direito civil no que tange à capacidade. Publicado em 15 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71663/o-tratamento-juridico-dedicado-a-pessoa-com-deficiencia-pelo-direito-civil-no-que-tange-a-capacidade>. Acesso em 11 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. GAGLIANO.

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

GONZAGA, E. A. et al. TOMADA DE DECISÃO APOIADA E CURATELA: Medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. In. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. – Brasília: CNMP, 2016. 27 p. il.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STOLZE, Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil; volume único. – São Paulo: Saraiva, 2017.

RONCONI, Bruno Bremenkamp. A Lei da pessoa com Deficiência e a Incapacidade Absoluta. Publicado em 20 de junho de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/a-lei-da-pessoa-com-deficiencia-e-a-incapacidade-absoluta>. Acesso em: 12 out. 2019.

DIREITO À INTIMIDADE E A PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Camila Bezerra De Sousa
Maria Imaculada Beserra da Silva
Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas (Orientador)

RESUMO

O princípio da inviolabilidade à intimidade está consagrado na Magna Carta de 1988, através dele é assegurado o direito à privacidade, em vista disso, é que se abre a discussão no que diz respeito ao mundo digital e a sua atuação de invadir os dados dos usuários, de ter acesso integral a todo tipo de informação sem nem se quer o usuário verdadeiramente anuir. Discutiremos no presente estudo até que ponto esse acesso pode ocorrer e a tutela jurídica que o Estado pode ofertar para que o mundo virtual não seja verdadeiramente um mundo sem lei e que os usuários possam ter o mínimo de segurança possível.

Palavras-chave: Princípio. Intimidade. Privacidade. Digital.

ABSTRACT

The principle of the inviolability of intimacy is enshrined in the Magna Carta of 1988, through which the right to privacy is ensured, as a result of which the discussion regarding the digital world and its action to invade user data is opened. , to have full access to all kinds of information without even wanting the user to truly agree. We will discuss in the present study to what extent this access can occur and the legal protection that the state can offer so that the virtual world is not truly without a lawless world and that users can have as little security as possible.

Keywords: Principle. Intimacy. Privacy. Digital.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da internet vem sendo, sem dúvidas um dos grandes avanços tecnológicos que condicionou a sociedade a uma constante vigilância, constituindo-se uma revolução na história da humanidade. Os sistemas eletrônicos se multiplicam aceleradamente, de modo que, o acesso tomou uma proporção na praticidade nos usos de aplicativo, na transmissão de mensagens de texto via e-mail.

¹Camila Bezerra de Sousa, graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC. E-mail: camilabezerracamilabezerra@hotmail.com

² Maria Imaculada Beserra da Silva, graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC. E-mail: imaculadamaria3@gmail.com

³Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas, Professor de Ética Jurídica e Processo Civil pela Faculdade de Direito e Filosofia e Letras de Cajazeiras na Paraíba (FAFIC) e na Faculdade São Francisco da Paraíba (FASP), Mestre em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande. E-mail: josephragner@gmail.com

Diante dessa perspectiva, a vulnerabilidade dos usuários passou a crescer da mesma proporção da inovação tecnológica, especificamente em relação à vida privada e à intimidade, podendo ocasionar a violação ou a quebra de sigilo de qualquer tipo de comunicações e dados, sejam eles eletrônicos ou digitais retirando o seu caráter privativo. Portanto há consequências negativas, visto que o acesso à rede mundial de computadores é utilizado para as práticas desvirtuadas, dentre elas a violação da privacidade e da intimidade das pessoas.

Com as facilidades proporcionadas pelo mundo digital, o mercado de produtos influencia na exposição pessoal, gerando na sociedade uma necessidade de apresentar uma imagem que não condiz com a realidade, colocando o indivíduo em situações que passam a ofender a honra e a dignidade. Fazendo com que se tome uma proporção desnecessária no mundo virtual tornando muitas das vezes impossível a reparação do dano provocado.

O mundo digital vem sendo conhecido e denominado uma terra sem lei, onde alguns indivíduos acabam se aproveitando de estarem por trás da telinha se sentem confortáveis e predispostos a fazerem o que bem entenderem com a vida dos outros. Findam ferindo a honra e a dignidade de terceiros através de ofensas e palavras carregadas de maldade, propagam o ódio entre a nação, induzem menores a cometerem atos inescrupulosos, divulgam vídeos e imagens que levam os jovens à prática do suicídio.

Dessa forma, o estudo proposto tem objetivo de demonstrar até que ponto a evolução da tecnologia vem a intervir nas relações pessoais da sociedade vindo a ferir direitos constitucionais que é a privacidade e a intimidade. Demonstrando ainda que da mesma forma que está sendo acessível à comunicação entre pessoas, também está se propalando vida pessoal na rede virtual, bem como está possível o acesso a qualquer tipo de informação seja ela benéfica ou maléfica por qualquer tipo de pessoa, em qualquer horário, sem nenhum filtro de conteúdo e o quão isso é perigoso e preocupante para a sociedade.

Nesse aspecto o presente artigo, propõe uma análise dos direitos fundamentais à intimidade e a privacidade quanto a sua natureza constitucional vindo a demonstrar a sua eficácia e aplicabilidade diante a evolução tecnológica e de qual forma o Poder Judiciário vem a garantir a sua aplicabilidade.

MATERIAL E MÉTODOS

A abordagem do tema teve por base, sobretudo, a análise dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 concernentes ao direito à intimidade, os tratados em convenções voltados para tal, e o desafio da era digital em manter o equilíbrio entre integração tecnológica versus a vida privada dos usuários.

Fez-se um estudo de natureza bibliográfica, com a utilização de livros especializados e trabalhos científicos que fundamentaram o estudo aqui realizado, o qual buscou interpretar a evolução da sociedade e da tecnologia e seus reflexos na vida privada do indivíduo, junto com os dispositivos legais. Desse modo, vê-se que o método de pesquisa utilizado foi o bibliográfico, por meio da qual, se buscou dar embasamento legal e teórico às considerações aqui feitas. Por fim, as referências citadas e utilizadas relativas ao tema proposto encontram-se elencadas no tópico relativo às referências bibliográficas.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Segundo o Dicionário Aurélio Online (2019) a palavra privacidade vem do verbo “privacy” significando a qualidade do que é privado, do que diz respeito a alguém em particular.

Na lição de René Ariel Dotti (1980), a vida privada diz respeito a opções pessoais, envolve aspectos sobre os quais a pessoa não deseja ou almeja qualquer publicidade, seja nas relações de trabalho, familiares ou mesmo comunitária.

A intimidade, etimologicamente deriva-se do “intimus” significando caráter do que é íntimo, secreto. Portanto no âmbito da intimidade é alheia a qualquer relação com terceiros. Para Martins, “o mais exclusivo dos direitos da privacidade” e, para Dotti, o âmbito mais restrito da vida privada, essencial à vida do indivíduo.

Em renomado trabalho sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Jr.(1993. p. 78) aduz que:

Intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada, que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum [...]). Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as situações de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja publicidade constringe.

Nos dias atuais os direitos mais violados na internet são os direitos a privacidade. Com o surgimento das redes sociais e sites de compartilhamentos de arquivos virtualmente aumentaram as chances de o indivíduo ter sua privacidade violada. Principalmente com a divulgação de dados pessoais e informações sigilosas da vida privada.

Nesse óbice, os indivíduos passam a acessar essas redes sociais com o intuito de compartilhar informações seja da sua vida privada com amigos ou familiares, até mesmo passam a procurar relacionamentos. Seja nas redes sociais ou nos sites de compartilhamento o medo é cada vez mais latente de que essas publicações venham a ferir a imagem, a honra ou a intimidade de qualquer indivíduo.

Os direitos à intimidade e à privacidade fazem parte das liberdades individuais, que estão protegidos na constituição e em diversos dispositivos legais internacionais e regionais que protegem os direitos humanos sendo de caráter geral, no que concerne aos estados membros determina em qual forma esta efetivação será dada.

No Brasil o direito a intimidade e a privacidade estão consagrados no artigo 5º, inc. X e XII da Constituição federal de 1988 que tornou “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, tornando-se uma garantia constitucional, *in verbis*:

Art. 5º. [...] 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;

[...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No que se refere à garantia da privacidade, Moraes (2008) faz uma comparação entre o direito à privacidade na vida privada no âmbito familiar (onde as questões devam ser mais restritas e fechadas, carecendo de maior delicadeza) e o direito a privacidade exercida pelas personalidades políticas ou que tenham uma vida pública como profissão (onde para essas devem ser interpretadas de forma mais restrita, sendo necessário uma tolerância maior quando se dosar o ferimento da sua privacidade).

Segundo Senra (2005), ao tratar das quebras da privacidade, o mesmo ensina que quando a mesma é de forma voluntária, ou seja, com a vontade da pessoa em expor algo seu, deve haver uma declaração da pessoa que expôs quanto até que limite poderá ser utilizado sua exposição. Já quando a quebra da privacidade for de forma involuntária, o mesmo autor propõe que a pessoa deva ter ciência

explicita dos limites do uso dos dados, e assim estando garantidas as reservas ou mesmo sigilos da privacidade.

O artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem expressa que “ninguém deverá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação”. Afirma ainda que “contra tais intromissões ou ataques todas as pessoas têm o direito à proteção da lei”.

A seu turno, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950 determina:

Art. 8º - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Na mesma linha de pensamento, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, com efeito vinculativo a partir de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa ressaltar:

Art. 8º - Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. Esses dados devem ser objeto de um tratamento legal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.

Em 1966 foi celebrado o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, resguardando em seu artigo 17 a proteção da privacidade, in verbis “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou legais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”.

No mesmo sentido segue o art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada no ano de 1969 em São José da Costa Rica:

Art. 11 – Proteção da honra e da dignidade.

§1º - Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

§2º - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

A honra, imagem e moral estão relacionados a esse direito fundamental, estando todo esse entendimento incluso na existência do ser humano como direitos invioláveis. São inúmeros os códigos que tratam a respeito desse assunto, como por exemplo, no Código Penal que são determinadas sanções para o descumprimento da norma. Crimes contra a honra contidos nos artigos 138 a 140, além da violação de correspondência, comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica prevista no artigo 151; divulgação de segredos, artigo 153 e violação do segredo profissional, artigo 154-A.

É importante ressaltar que esse dispositivo legal artigo 154-A do Código Penal Brasileiro foi implementado após o caso da atriz “Carolina Dieckmann”, no qual a atriz teve seu computador invadido e subtraído arquivos pessoais, inclusive com a publicação de fotos íntimas que aceleradamente se espalhou na internet através das redes sociais. O fato ocasionou uma grande repercussão, vindo a ocasionar influência social para a criminalização, visto que até então a conduta não era prevista como crime no Código Penal Brasileiro.

Segundo Greco (2013, p. 443) o artigo 154-A, exige a presença dos seguintes elementos, para efeitos de caracterização do delito de invasão de delicto informático, a saber: a) o núcleo invadir; b) dispositivo informático alheio; c) conectado ou não à rede de computadores; d) mediante violação indevida de mecanismo de segurança; e) com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo; f) ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Apesar de ser assegurado na Constituição Federal o direito à privacidade, não existe no Brasil uma regulamentação específica sobre o que isso significa, havendo coisas muito esparsas e incipientes, as quais acabam dando margem a uma série de atividades, pois há muita insegurança jurídica, e eventualmente é que se pode levar algum caso considerado como violação ao judiciário, levando este a decidir de acordo com o caso concreto, sem que exista uma legislação obrigatória a ser seguida, o que pode gerar muita impunidade aos autores de eventuais violações.

Além de ser regulamentado pela a Constituição e por outros dispositivos, no Brasil surge a Lei Ordinária nº. 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, que é um conjunto de dispositivos que surgiram para determinar direitos, responsabilidades e diretrizes no uso da rede pelos cidadãos, empresas e provedores de internet. Os principais tópicos mencionados nessa Lei são concernentes à privacidade, vigilância na web, internet livre, dados pessoais, fim do marketing dirigido, liberdade de expressão, conteúdo ilegal e armazenamento de dados.

Ademais, Martins (2015, p. 4) acrescenta que utilização de ferramentas com o intuito de prejudicar pessoas causando danos ao indivíduo na sociedade civil, infringe na legislação que prevê pena por danos morais. Tais questões se encontram devidamente estabelecidas no artigo 10 do Marco Civil da Internet, que descreve a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso na internet, os dados pessoais e conteúdo de comunicações privadas, bem como atende à garantia dos direitos de privacidade – como honra e imagem das pessoas que estão envolvidas direta ou indiretamente.

Nota-se que os órgãos Legislativos e de polícia judiciária vem buscando se especializar-se no que diz respeito aos crimes cibernéticos. Objetivando coibir a prática de crimes informáticos é que em 2012 foi sancionada a lei nº 12.735, popularmente conhecida como lei de Azeredo, visando aperfeiçoar a resolução dos delitos e combater o aumento exponencial da criminalidade virtual, através da criação de delegacias específicas, mas é claro que se deve ir além de algo específico é preciso haver uma interligação, e um conhecimento de como se dá os crimes virtuais para todo o conjunto dos agentes da justiça, e não algo somente isolado e específico.

Com o desenvolvimento da tecnologia de enorme proporção fez com que os usuários passassem a se comunicar com o mundo com apenas um toque. Com essa transformação o direito tem que se adequar. Para que as normas passem a atender as necessidades da sociedade, como forma de evitar que se um lugar sem regras.

Discute-se muito neste campo sobre a regra do consentimento, pois para estar presente na plataforma é preciso dar o aceite, mas se o indivíduo não leu o termo e mesmo assim deu o consentimento, teria este o direito de reclamar quando o acesso aos seus dados fosse realizado? Esse questionamento surgiu após uma regulamentação nos Estado Unidos, em que se obrigam as empresas a dar publicidade aos usuários do que irão fazer à famosa política de privacidade e a partir de tal anuência a empresa estava isenta de qualquer responsabilidade por ter acessado e usado os dados de quem anuiu. No entanto, essa visão vem sendo mudada, pois é sabido que

não há bem uma negociação de termos nesta política de privacidade, o termo vem pronto e se o indivíduo não aceita ele simplesmente está fora da plataforma, e os termos de uso são completamente longos detalhados e que acaba ninguém lendo e que podem mudar, ou seja, além de ler quando entra na plataforma é preciso ficar antenado nas mudanças que vão sucedendo.

O consentimento é importante na medida em que ele exige transparência do que está sendo feito, mas não é a única estratégia necessária, sendo interessante embutir um mecanismo de criptografia, já colocar que desde sempre os posts serão privados, a menos que os usuários os tornem públicos, ou seja, já deixar a privacidade configurada previamente de uma determinada forma, usando a tecnologia para proteger essa privacidade, pois nem todos tem familiaridade para fazer isso por conta própria.

Nos casos em que há a divulgações de fotos íntimas ou documentos de uma grande relevância surgem os danos psicológicos, os quais, dificilmente serão reparados, o dano uma vez que vêm a acarretar traumas, bloqueios familiares e pessoais levando a provoca uma destruição do indivíduo. Como ressalta José Afonso que *“a inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores do poder”* (SILVA, 2011, p. 206).

Com o grande desenvolvimento tecnológico e a internet trouxeram vários benefícios como a facilidade à comunicação e informações, mas por outro lado surgiram também vários malefícios, como, a total insegurança de falar ao telefone, pois o fone está ligado, captando tudo aquilo que está sendo pronunciado, em que coisas as quais jamais poderiam ir ao público são colocadas à tona de uma forma imperceptível. A câmera dos laptops capturando todo o ambiente em que o indivíduo está, bem como dos celulares e notebooks, viabilizando assim a atuação dos usuários maus intencionados e gerando conseqüentemente o aumento de ameaças ao direito à privacidade, a elevação de furtos de dados e ofensas na internet ocasionando calúnia, injúria ou difamação ofendendo a honra da vítima, as quais geram um profundo abalo psicológico e que em alguns casos são irreversíveis.

As páginas de vídeos é outro campo que merece atenção, regulamentação, pois vídeos de qualquer tipo são postos na rede a cada milésimo de segundo. Em que jovens e crianças podem ter acesso a todo o momento, desde vídeos pornográficos a vídeos que induzem ao crime, à formação de grupos de extermínio, induzimento ao assassinato e ao suicídio. E tudo

vai ao ar de forma solta, sem que seja submetida a nenhuma forma de fiscalização ou análise de conteúdo, o que evidentemente é um verdadeiro absurdo.

Uma vez dentro das redes não é possível se fechar totalmente para as possibilidades de exposição da vida privada, fechar-se totalmente seria abolir seu uso, o que seria impossível, pois como já dito estamos na era digital, além de que não seria uma boa saída, pois não corresponde ao momento de sociabilidade e integração que se vive hoje, o que se precisa é de prudência e cautela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo inicial desse trabalho foi definir os conceitos etimologicamente de privacidade e intimidade diante dos avanços tecnológicos que vem surgindo ao decurso do tempo. Demonstrando ainda a melhor forma de garantir a efetivação dos direitos fundamentais à privacidade diante de um mundo tão globalizado.

A internet com a modernidade não deixa de afetar o âmbito jurídico vindo a surgir uma necessidade de adequar as normas com essa nova realidade, fazendo com que não haja violação ao direito à privacidade preservando a vida privada, honra e imagem da pessoa, assim como a dignidade da pessoa humana que é fundamento na Constituição Federal de 1988.

Observa-se que a proteção à privacidade e a intimidade na era digital vêm e desenvolvendo de maneira errônea e que se demonstrar ser inadequada principalmente com o avanço intensificado da tecnologia, a modo que a sociedade não se tem ciência do risco que é a exposição de publicações na rede mundial e nos inúmeros danos que surgem após essa exposição. Toda a facilidade que a internet vem a conceder, também pode vim a ocasionar graves danos partir do momento que o indivíduo passa usar como forma de divulgar momentos da sua vida privada de maneira descontrolada.

Nota-se que, o avanço tecnológico de integração digital e a intimidade e privacidade estão em descompasso. O crescimento de um está mitigando a existência do outro, há um total desequilíbrio. Pois, ainda que haja um ordenamento jurídico que tutele aqueles com diversos dispositivos que determinem punição e indenização em caso de violação ao direito de intimidade e privacidade à vida íntima, à honra e à intimidade das pessoas, é possível observar que são aplicadas penas mínimas, indenizações por vezes ínfimas e além de que na maioria dos casos se faz preciso representação das vítimas, e o maior desafio vem na prova de autoria do

crime e o qual por ter sido cometido no meio digital pode ser ocultada facilmente, gerando desse modo uma repleta impunidade e a sensação de que tudo por ser feito por trás da telinha se fortalece.

Em virtude da burocracia do Estado, das penas mínimas, das indenizações irrisórias e da quase impossível comprovação de autoria é que as vítimas se sentem desencorajadas a denunciar, a buscar seus direitos diante da violação e do conseqüente dano sofrido. Havendo, portanto, uma urgente necessidade de monitoramento constante e rigoroso dos avanços tecnológicos, para que seja possível encontrar uma harmonia entre a legislação vigente no país e as inovações do meio digital, assegurando assim à obediência aos princípios e direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

AVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luis. **A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital**: doutrina, legislação e jurisprudência, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/51295/33441>. Acesso em: 03 out 2019.

BARRETO, Alesandro Gonçalves. **Análise da lei Azeredo**: necessidade de criação de delegacias e setores especializados na repressão aos crimes informáticos, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278027,41046-Analise+da+lei+Azeredo+necessidade+de+criacao+de+delegacias+e+setores>. Acesso em 22 Out 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal, Secretaria de Cooperação Internacional. **Tratados de direitos humanos**: Sistema Internacional de proteção aos direitos humanos, Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos humanos e das Liberdades Fundamentais. vol. 4, Brasília, 2016. p. 11.

BRASIL. Ministério Público Federal, Secretaria de Cooperação Internacional. **Tratados de direitos humanos**: Sistema internacional de proteção aos direitos humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, vol. I, Brasília, 2016. p. 146

BRASIL. Ministério Público Federal, Secretaria de Cooperação Internacional. **Tratados de direitos humanos**: Sistema internacional de proteção aos direitos humanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos**, vol. III, Brasília, 2016. p. 51

DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE. **Dicionário de português**. Disponível em:< <https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>>>. Acesso em março de 2019.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 67-68.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados:** direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade Direito de São Paulo, São Paulo, v. 88. p. 439-459, jan./dez. 1993. p. 78.

GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

MARTINS, Luciana Mabília. **O direito civil à privacidade e à intimidade.** In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do Direito Privado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 344.

MENDONÇA, Núbia Maria Da Silva Medeiros. **Violação Do Direito À Intimidade: Uma Percepção Jurídica Da Realidade Digital Em Que Vivemos,** 2018. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/violacao-do-direito-a-intimidade-uma-percepcao-juridica-da-realidade-digital-em-que-vivemos/156745>. Acesso em 03 out. 2019.

MORAES, Alexandre de: **DIREITO CONSTITUCIONAL.** 24 ed. São Paulo: Atlas. 2009.

SENRA, Nelson Catro: **INFORMAÇÃO ESTATICA: DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS DIREITO À INFORMAÇÃO.** Transinformação, Campinas, V. 17, n. 1, p.17- 29, Jan./Abr.,2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tinf/v17n1/02.pdf>. Acesso em: 03 Out 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional.** 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA; p. 205-210, 2012.

SIQUEIRA, Larissa da; CALDONAZZO, Tayana R. M. **O Direito Fundamental À Privacidade Na Era Digital,** 2014. (Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito). Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/siacrid/trabalhos-antigos/sistema-constitucional-de-garantia-de-direitos-iii.pdf#page=84>. Acesso em: 03 out. 2019.

VESLACO, Nara. **Privacidade:** Direito a Intimidade Na Era Digital. Revista Ciência e Sociedade, Macapá, n.1, v.1, jan./jun. de 2016. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/cienciasociedade/article/view/2104/1232>. Acesso em: 03 out. 2019.

RESTRIÇÃO ESTATAL SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA E O DIREITO À INDENIZAÇÃO JUSTA

Israel de Lima Monte*
Marcos Andrade Ferreira**
Cícero Ernany Alves Quirino***

RESUMO

Atualmente, os direitos de primeira dimensão passaram a ser assunto de novas discussões, a maioria delas voltada ao exacerbado intervencionismo governamental. Assim, levando em consideração que os direitos individuais são imprescindíveis a cada indivíduo, o referido artigo busca tratar de uma dessas questões: a restrição estatal sobre a propriedade privada e o cabimento de indenização ao proprietário, de forma justa e proporcional à intervenção. Deve-se observar que a propriedade é um direito fundamental, garantia essa expressa constitucionalmente no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e o objetivo do presente artigo consiste em analisar as formas de restrição feitas a esse bem pelo Estado, assim como a postura deste em indenizar o proprietário. Para essa pesquisa, foi utilizado o método dedutivo, junto às análises doutrinária e legislativa.

Palavras-chave: Intervencionismo. Restrição. Propriedade. Indenização.

ABSTRACT

First-generation rights are now the subject of further discussion, most of them focused on exacerbated government interventionism. Thus, considering that individual rights are indispensable to each individual, this article seeks to address one of these issues: the state restriction on private property and the adequacy of compensation to the owner, in a fair and proportional manner to the intervention. It should be noted that property is a fundamental right, a guarantee that is constitutionally expressed in Article 5 of the Federal Constitution of 1988 and the purpose of this article is to analyze the forms of restriction made to this property by the State, as well as its stance in indemnify the owner. For this research, the deductive method was used, together with the doctrinal and legislative analyzes.

Keywords: Interventionism. Restriction. Property. Indemnity.

METODOLOGIA

A ideia em foco nesse artigo foi oriunda de uma análise da importância do direito à propriedade frente às limitações impostas pelo Estado em prol da coletividade por intermédio do princípio da função social, portanto, tendo em vista a importância de tais elementos para o desenvolvimento social e individual, assim como para a preservação da dignidade humana foi formulado o presente artigo por meio do método dedutivo, tendo por base a evolução histórica desse direito, assim como referências bibliográficas de renome do direito civil e administrativo,

entre eles Celso Antônio Bandeira de Mello, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Cretella Júnior e Luiz da Cunha Gonçalves, utilizando de suas análises sobre o assunto paralelamente aplicado à legislação atual do Brasil, tendo por foco os artigos da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

INTRODUÇÃO

O direito à propriedade é atualmente considerado o mais amplo dos Direitos Reais, pois ele abrange qualquer coisa que esteja na posse de algum indivíduo, sendo atualmente tutelado pelo artigo 1228 do Código Civil brasileiro de 2002 que apresenta um rol acerca dos elementos essenciais para caracterizar os poderes do proprietário.

Dessa forma, utilizando como base a legislação, a propriedade pode ser entendida como uma espécie de poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, seja esse corpóreo ou incorpóreo, de forma plena, porém sempre dentro dos limites estabelecidos em lei, assim como possui a garantia de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha (GONÇALVES, 2013).

A propriedade privada possui elementos que se modificam com o passar do tempo e de acordo com cada regime político, é notório como cada época influencia a importância, as proteções e as restrições sobre esse direito individual. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a propriedade teve seu ápice no período temporal que seguiu a Revolução Francesa (1789-1799), pois foi um momento de intensa agitação política social que afetou todo o mundo com os ideais revolucionários liberais que abominavam e repudiavam as condutas das épocas monárquicas.

Historicamente, o direito à propriedade privada foi se firmando nas legislações de cada nação, deve ser ressaltado que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclamava essa garantia como inviolável e sagrado, devendo ser protegida devido a sua máxima importância, contudo o Código Civil Francês de 1804, também chamado de Código de Napoleão consagrou a possibilidade e a legitimidade do Estado limitar essa garantia, abordando de forma pioneira em seu artigo 544 que cabe ao proprietário gozar e dispor das coisas de modo absoluto, porém dentro dos limites legais.

Com o passar do tempo e o avanço das gerações dos direitos fundamentais, saindo da perspectiva apenas de garantir as liberdades individuais com intervencionismo mínimo por parte do Estado, iniciou-se um processo cada vez mais condicionando a propriedade para

beneficiar pessoas além do proprietário, ou seja, ela passou a ter que atender ao bem-estar coletivo. Nos dias atuais o princípio criado para o bem comum teve seu sentido ampliado, passou a ser, portanto critério fundamental e efetivador da propriedade, não podendo ela ser criada sem cumprir com o atual princípio da função social da propriedade, garantindo que além de direitos o proprietário também deve observar os deveres com a coletividade.

A legislação brasileira também limita o direito à propriedade privada, podendo o proprietário utilizar da forma que o convier dentro daquilo que a lei permite, assim como torna lícita a ação do Estado em aplicar restrições a essa garantia fundamental defendida no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, garantindo àquele que teve sua posse tomada direito a receber uma indenização referente à importância do bem, contudo surge a problemática de se o valor destinado a tais ressarcimentos financeiros são suficientes para respeitar o princípio da proporcionalidade, pois assim como defende Cunha Gonçalves em sua renomada obra Tratado de Direito Civil vol. XI (1955), que o direito de propriedade é aquela a qual uma pessoa pode exercer sobre uma coisa determinada, de forma absoluta e exclusiva, tendo as demais pessoas a obrigação de respeitar.

DESENVOLVIMENTO

O direito à propriedade constitui um direito individual que atribui ao titular do bem os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de modo absoluto, perpétuo e exclusivo, não podendo, porém, esses poderes serem operados de maneira ilimitada, porque em conjunto com esse direito existem outros direitos alheios de mesmo caráter. Sendo assim, incide sobre o direito à propriedade, interesses públicos considerados maiores e que são exercidos pelo Poder Público em detrimento dos interesses individuais, transcorrendo nesse caso o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. É relevante evidenciar, que a análise da propriedade se retira da esfera do direito público ingressando, conseqüentemente, no âmbito do direito público devido ao exercício do poder de polícia do Estado. Nota-se que, através desse poder pôde ser assegurado o bem-estar coletivo, enquanto haja interesses individuais que com ele se choque. Nesse sentido, José Cretella Júnior (in RDA 112/51) expõe que:

Ao passo que o direito civil de propriedade confere ao titular cem por cento, vamos dizer, do *jus utendi, fruendi et abutendi*, o direito público da propriedade, que considera o bem dentro de um conjunto maior, vai reduzindo o quantum daquela fruição, porque observa a totalidade dos direitos de

propriedade bem como a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social.

Assim, verifica-se que o interesse privado vai sucumbindo ao ponto em que o a coletividade vai sentindo a necessidade de utilizar a propriedade, tornando-a objeto de direito público. Portanto, quando surge o interesse da sociedade sobre determinado bem, o poder público, utilizando-se de seu poder de polícia, eleva a propriedade à tutela estatal, protegendo, assim, os interesses em prol do bem comum.

FORMAS DE RESTRIÇÃO

LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Satisfazendo às aspirações de interesse coletivo, tem-se as limitações administrativas, entendidas como a imposição de obrigações de caráter geral, por meio das quais, o Poder Público institui a indeterminados proprietários, sendo essas obrigações de fazer, não fazer e obrigações permissivas, para adequar a propriedade ao cumprimento efetivo de sua função social.

É válido ressaltar, que a limitação administrativa se atenta ao interesse da coletividade nas questões que versem sobre segurança, salubridade, estética, defesa nacional ou qualquer outra matéria em que o direito do particular tenha que se submeter ao empenho comum.

Além disso, nas limitações todos os direitos intrínsecos ao domínio da propriedade são preservados sob a pujança do proprietário, sendo a propriedade afetada apenas em seu caráter absoluto, e não na sua exclusividade. Pode ainda o dono usufruir de todos os benefícios decorrentes desse poder sobre a *res*, da maneira que mais lhe for apropriada, desde que essa fruição não colida com os interesses contrários impostos pela Administração em face da coletividade.

Portanto, essa forma de restrição estatal, em regra, não gera direito à indenização, pois são imposições de ditame social que exigem uma abnegação coletiva. Porém, em alguns casos, poderá haver o reconhecimento à indenização, nas hipóteses que ensejem danos a particulares por culpa do poder público, ou quando este agir ultrapassando os termos legais, caracterizando abuso de poder.

OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA

Como ensina Di Pietro (2017, p. 211): “A ocupação temporária é a forma de limitação do Estado à propriedade privada que se caracteriza pela utilização transitória, gratuita ou remunerada, de imóvel de propriedade particular, para fins de interesse público.

Assim sendo, essa forma de restrição estatal se dá por meio da intervenção pela qual a Administração usa, de maneira transitória, imóveis privados, como método de suporte à execução de obras e serviços públicos.

Assim, a ocupação temporária encontra sua base legal no artigo 36 do Decreto-Lei 3.365/1941, que profere que “É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização” (BRASIL, 1941). Acha-se ainda seus fundamentos embasados nos princípios da supremacia do interesse público e da função social da propriedade.

Quanto à natureza jurídica, esse instituto apresenta características próprias, afetando o caráter de exclusividade do direito de propriedade, pois é concedido ao poder público a prerrogativa de uso transitório da res privada.

Ainda, faz-se necessário apresentar as modalidades de ocupação temporária, virtude do artigo 36 do Decreto-Lei 3.365/1941, anteriormente transcrito, que assegura que, há a ocupação temporária indispensável para obras relacionadas ao prosseguimento de desapropriação e a ocupação temporária que se destina as demais obras e serviços públicos por via de regra.

Portanto, o direito à indenização alterna em conformidade com as modalidades apresentadas. Ou seja, se houver uma prévia vinculação à desapropriação, surgirá a obrigação do Estado em indenizar o proprietário da coisa, caso contrário, se não houver essa vinculação, não existirá a incumbência de indenização.

REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.897), requisição administrativa:

É o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e auto executório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa in natura obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado.

Destarte, a requisição administrativa recai sobre bens móveis ou imóveis, ou sobre serviços particulares pelo poder público, estabelecendo-se em várias categorias, com a finalidade de suprir às necessidades coletivas, tanto em tempos de guerra, ou quando houver situação de iminente perigo público, ou ainda, podendo ser justificada também, em tempos de paz.

Por se caracterizar por ser auto executório e unilateral, a requisição é insubmissa de consentimento do ente privado ou de anterior apreciação pelo judiciário. Em conjunto, ela possui também um caráter, via de regra, oneroso, sendo imprescindível a indenização somente devida, se houver dano no uso de bens e serviços. Considerando isso, é importante estar atento que, na requisição, a indenização é ulterior, ou seja, *a posteriori*.

TOMBAMENTO

Como forma de restrição estatal sobre a propriedade privada, tem-se o tombamento com a finalidade de proteger e preservar o patrimônio histórico e artístico do Brasil, conservando assim, a memória de fatos relevantes da história do país por possuir um notável valor para a coletividade. A sua fonte normativa encontra-se no artigo 216, §1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Sendo assim, o tombamento detém uma compleição de restrição parcial, o que não impede a prática dos direitos de domínio sobre a propriedade por parte do particular. Consequentemente, no transcorrer dessa medida, a res, passa a ser de relevante para sociedade e poder público, porém, ainda se mantém sobre o pertence do particular.

O objeto a qual incide o instituto do tombamento podem ser, tanto bens materiais quanto imateriais, ou bens móveis e imóveis, podendo ser públicos ou privados, que manifestam uma noção de importância do acervo cultural brasileiro. Além disso, esse instituto se subdivide em diversas espécies, sendo necessário ser precedido por um procedimento administrativo, com todas as prerrogativas inerentes ao procedimento, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

Por se tratar de uma restrição parcial do bem, por via de regra, não há o direito à indenização, salvo as situações em que haja a ocorrência de danos provenientes do tombamento, onde devidamente o Estado compensará pecuniariamente o particular.

SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

Tratando-se de um direito real em face de uma coisa alheia, tem-se a servidão administrativa, onde há a imposição de um ônus pelo poder público por causa do uso de propriedade particular com a finalidade de realizar ou manter obras e serviços de interesse da sociedade. O objeto a qual incide a servidão é a propriedade imóvel, devendo ser instituídas em decorrência direta da lei, por acordo entre a Administração Pública e proprietário, ou ainda mesmo, por sentença judicial.

Em suma, a servidão administrativa gera um direito real de gozo, onde a coisa serviente, ou seja, o imóvel do particular, presta utilidade a coisa dominante, isto é, um bem afetado com a finalidade de utilidade pública ou um serviço público, sendo o titular desse direito o próprio poder público ou seus delegados.

Portanto, o direito à indenização na modalidade de servidão, varia de acordo com a forma que é instituída. Se transcorre da lei, não haverá direito à indenização, pois a restrição é estabelecida em detrimento de uma coletividade. Porém, se a servidão decorre mediante acordo, contrato ou decisão judicial, haverá a indenização, pois nesses casos o instituto recai sobre certos imóveis e, consequentemente, haverá benefícios de interesse coletivo em razão de prejuízos aos particulares.

DESAPROPRIAÇÃO

Além das modalidades de intervenção restritiva, existe no direito brasileiro a restrição por intervenção supressiva, na qual o Estado, utilizando-se de sua soberania, desloca compulsoriamente para si, propriedade privada, pelo poder do interesse coletivo segundo previsão da lei. Como sendo a única modalidade de intervenção supressiva, apresenta-se a desapropriação, que consiste num procedimento administrativo pelo qual o poder público, amparado pela sua supremacia estatal, transfere de terceiros para si, a propriedade, por motivos de interesse social, utilidade ou necessidade pública, tudo isso por intermédio de uma justa indenização, como bem prever o artigo 5º, inciso XXIV da Carta Magna (BRASIL, 1988): “XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”

A desapropriação se dá por meio de um processo que resulta na integração do bem ao patrimônio público, possuindo esse procedimento, duas fases: declaratória e executória. Em relação ao objeto, qualquer bem poderá ser desapropriado, como coisas materiais e imateriais, móveis ou imóveis, públicas ou privadas, podendo ser expropriado ainda o espaço aéreo e o subsolo, exceto alguns bens, como os direitos personalíssimos.

Por conseguinte, no instituto da desapropriação, existem três espécies, que são: a desapropriação ordinária, regulada pelo Decreto-Lei 3.365/1941; desapropriação urbanística sancionatória, que tem sua fonte normativa no artigo 182, §4º da Carta Magna; a desapropriação rural para fins de reforma agrária, baseada no artigo 184 da Constituição; e, por fim, a desapropriação confiscatória, segundo o artigo 243, também da Lei Maior.

Em relação ao direito à indenização, ela tem de ser efetuada previamente, de modo justo e em dinheiro, considerando o valor necessário afim de restabelecer plenamente o patrimônio do particular, de tal maneira que ele não suporte de forma resignada, diminuição patrimonial. Para que se alcance essa determinação, devem ser englobados na indenização o valor do bem expropriado, os danos emergentes, os lucros cessantes, os juros compensatórios e moratórios, as custas e despesas judiciais, os honorários advocatícios, além, da correção monetária. No entanto, há situações em que a indenização não é realizada em dinheiro, mas títulos da dívida pública, que são os casos de descumprimento da função social da propriedade urbana e rural, previstos nos artigos 182, §4º e 186 da Constituição Federal, respectivamente. Ainda, há uma

hipótese de desapropriação que não é possível pleitear esse direito, no caso da expropriação de glebas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas.

FUNÇÃO SOCIAL

Antes de entrar efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da função social da propriedade já havia servido de inspiração e justificativa para uma das modalidades de desapropriação expressas na Constituição de 1946, contudo, mesmo já existindo um pensamento voltado a esse ideal, ele só apareceu mencionado expressamente na Constituição Federal de 1967, defendendo dentre outras coisas o interesse social e a busca pelo equilíbrio/igualdade social.

Esse importante princípio efetua papel imprescindível ao processo patrimonial, pois todas as posses devem cumprir uma função social ou sofrerá alguma alteração para que possa favorecer a sociedade; segundo o autor da emenda à Constituição que originou essa garantia, o Senador Ferreira de Souza, é bastante lógico que um indivíduo possua de forma absoluta bens necessários a sua vida, assim como à sua profissão e à manutenção da família, contudo, além desse mínimo necessário a propriedade possui uma chamada função social, ou seja, para que a posse se justifique o proprietário além de explorar e manter o bem deve dar utilidade a ele em prol da coletividade, portanto a Emenda Constitucional não negou a propriedade privada, mas elevou o bem comum ao individual admitindo expropriação das propriedades consideradas inúteis, das que não estão sendo utilizadas como deveriam.

Ferreira de Souza ainda diz que deve ser estabelecida a possibilidade de desapropriar um bem mesmo que não seja necessidade estatal ou por utilidade pública, pois sempre que necessária a ordem social ou a vida social a desapropriação deve ocorrer, citando que em uma sociedade puramente individualista, é admitido a propriedade dos bens que não produzem e mesmo assim são valorizados pelo Estado, sendo assim essa propriedade improdutiva um peso para a sociedade pois ela deixa de criar riqueza para todos os indivíduos. Deve ser pontuado também o fator de que o proprietário possui proteção da lei e das autoridades, recebendo apenas enriquecimento do trabalho coletivo, portanto, segundo o Senador, é necessário que o Estado desaproprie terras com tais características a fim de que se tornem úteis para a ordem coletiva.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1975, v. 3:166):

Isto significa que a propriedade não é a da concepção absoluta, romanística, e sim a propriedade encarada como uma função eminentemente social. É o que se depreende do texto do artigo 160, III, que implicitamente condena a concepção absoluta da propriedade, segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade. Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o seu uso seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só.

Atualmente, na Constituição de 1988, o direito à propriedade está garantido no artigo 5º, inciso XXII, enquanto o inciso seguinte determinar que a propriedade deve atender à sua função social, assim como é incluída dentre os princípios de ordem econômica que tem por finalidade assegurar a todos, conforme os ditames da justiça social, existência digna, artigo 170, inciso III.

A partir do exposto, a algumas especificidades devem ser salientadas, quanto a propriedade urbana, o artigo 182, §2º, diz que a propriedade consegue cumprir sua função social quando atente determinadas exigências fundamentais a organização das cidades presentes no Plano-diretor, sendo este obrigatório para as cidades com mais de 20.000 habitantes e instrumento básico para a política de expansão e desenvolvimento urbano, tal norma se complementa com o §4º, facultando ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para uma determinada área pelo Plano-diretor, exigir do proprietário do solo urbano não edificado que promova seu adequado aproveitamento para evitar penas de parcelamento ou edificação compulsórias, imposto sobre a propriedade e desapropriação conforme os referidos incisos do parágrafo 4º (DI PIETRO, 2017).

Quanto à função social da propriedade rural, essa estabelecida pelo artigo 186 da Constituição Federal de 1988 tem-se que ela é cumprida quando a propriedade rural cumpre os critérios e exigências estabelecidos nos incisos I, II, III e IV, sendo esses relacionados a: aproveitamento racional e adequado do terreno; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

INDENIZAÇÃO

Em regra, a indenização é premissa que se determina como maneira de se auferir a compensação ou o equilíbrio patrimonial entre o particular e o interesse público, já que, usualmente, nas modalidades de restrição estatal sobre propriedade privada é cabível pleitear o direito a uma justa indenização por parte do Estado, seja por prejuízos causados pela intervenção, seja pelo uso dos bens, ou até mesmo pela transferência compulsória do bem. Trata-se aqui, de uma modificação ou substituição de recursos patrimoniais, visto que em virtude dos benefícios coletivos advindos do uso, gozo ou disposição do bem do particular, há prejuízos em face do próprio particular, em relação aos direitos de propriedade, que devem ser compensados de modo justo e com o valor proporcional a extensão da intromissão que incide sobre a propriedade.

Como visto previamente, as indenizações variam de acordo com a modalidade de restrição, de modo que na servidão, requisição, limitação administrativa, tombamento e ocupação temporária desvinculada da desapropriação, não cabe, por via de regra, sendo esse direito condicionado à ocorrência de danos ou prejuízos ao particular, podendo essa indenização ser paga anterior ou posteriormente aos danos, dependendo da modalidade. Já na desapropriação, a indenização é exigência de ser paga previamente e de forma justa.

Diante disso, é necessário atentar-se ao fato de que, além da satisfação da coletividade, há um anseio também, pela satisfação do particular, já que este virá a sofrer com verdadeira frustração, além da restrição total ou parcial de seu direito real sobre o bem.

Sendo assim, cabe ao poder público, ante ao dano que possa derivar da ação que estabelecerá a restrição sobre a propriedade, considerar o princípio da proporcionalidade, equilibrando de forma precisa, o meio empregado e o escopo pretendido, com o propósito de indenizar o proprietário quando for admissível, não deixando margem a possíveis prejuízos, jamais valendo-se o Estado de instrumentos de tirania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a princípio, o direito à propriedade era concebido com um caráter absoluto, individual e perpétuo. No entanto, com o passar do tempo, esse direito inerente ao homem sofreu profundas e intensas modificações com a evolução da sociedade e, conseqüentemente, do Estado, que passou a intervir sobre a propriedade privada, por motivos de interesse,

necessidade ou utilidade pública. Assim, o direito de propriedade foi drasticamente relativizado, devendo o bem cumprir a sua função social, adequando-se ao bem comum e promovendo o bem-estar social.

Em vista disso, é preciso que o Estado esteja disposto a equilibrar a balança que incide sobre a propriedade, resguardando o bem comum, utilizando da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, porém, compensando de maneira a que não venha causar um ônus demasiadamente pesado em face do particular, mediante precisa indenização. Assim, haverá um sentimento de justiça de ambas as partes, que serão beneficiadas equitativamente no que concerne aos seus interesses e pretensões.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº10.496 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.- 1. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo / José Cretella Júnior**. -- Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2000. GONÇALVES, Cunha. **Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português, vol. XI, tomo I**. 1. ed. bras., São Paulo: Ed. Max Limonad, 1955.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume IV: Responsabilidade civil**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume V: Direito das coisas**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MECUM / JusPODIVM. 3. ed. rev. Ampl. Atual. Salvador, BA: EDITORA JusPODIVM, 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed., ref., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002.

O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DA PESSOA TRANS, FRENTE AOS OBSTÁCULOS PARA ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO GÊNERO NO BRASIL

Amanda Camilo Gomes(autora)¹

Rodrigo Galdino de Almeida(autor)²

Prof. Me. Francisco Paulino da Silva Junior(orientador)³

RESUMO

O presente artigo versa sobre os obstáculos para alteração de nome da pessoa trans no Brasil, com o objetivo de esclarecer quais os meios legais para essa mudança, bem como os óbices sociais para a efetivação desse direito impostos pela sociedade, quando da estigmatização desse grupo social. É válido salientar o quanto a população trans vem lutando e ganhando força, mesmo sendo minoria, para ter voz e acessibilidade para ter uma vida digna, com condições humanas e proporcionais aos seus Direitos humanos. Além de adentrar em discussões em outras plataformas que para a correspondente população é totalmente inacessível por causa da desigualdade sofrida que a sociedade concretizou sobre a classe.

Palavras-chave: Transfobia. Sociedade. Retificação. dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This article deals with the obstacles to changing the name of the trans person in Brazil, in order to clarify the legal means for this change, as well as the social obstacles to the realization of this right imposed by society, when this social group is stigmatized. . It is worth pointing out how much the trans population is struggling and gaining strength, even being a minority, to have voice and accessibility to have a dignified life, with human conditions and in proportion to their human rights. In addition to entering into discussions on other platforms that for the corresponding population is totally inaccessible because of the inequality suffered by society on the class.

Keywords: Transphobia. Society. Rectification. dignity of the human person.

Discente do 5 período do curso de Direito; Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC;
E-mail: amandacamil.222@outlook.com

² Discente do 3 período do curso de Direito; ; Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC;
E-mail: rodalmeida0@gmail.com

³ Francisco Paulino da Silva Junior; Mestre em Ciências Jurídicas concentração em Direito Econômico;
Professor da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC; e do Centro Universitário de Patos – UNIFIP
E-mail: fpsjunior@gmail.com

INTRODUÇÃO

O gênero é performático, uma forma de expressão da subjetividade humana que não possui relação com as características físicas e biológicas apresentadas por este. A sociedade é compreendida e dividida em normativas binárias de gênero, homem e mulher, determinadas pela existência dos órgãos genitais, causando sofrimento a quem não se encaixa nestes modelos pré-definidos, como as pessoas transexuais, que são constantemente vítimas de discriminação, transfobia e violência. Na atualidade por mais desconstruída que se diga, ainda há um enraizamento cultural conjugando ao preconceito. Ainda há as minorias que são nitidamente marginalizadas e excluídas pela sociedade, sofrendo inúmeros descasos, e os mesmos saindo impune. As pessoas transexuais, o Brasil é visto como um dos países mais intolerantes, que assassinam a classe trans, esse levantamento foi feito pela ONG Transgender Europe.

Com todo o descaso e falta de apoio pela sociedade, e na maioria das vezes até pela família, as pessoas transexuais crescem em uma sociedade totalmente desigual e distanciada que ainda está inteiramente despreparada para entender essa nova diversidade que é a comunidade LGBT. É de extrema obrigação do Estado proporcionar um suporte e entender as necessidades dessa população, assim como lida com os demais grupos sociais. Tendo em vista esse descaso e a falta de suporte, a comunidade trans vem enfrentando uma série de acontecimentos horrendos, e perseguições até mesmo políticas.

A pesquisa mostrará indícios que colocam o Brasil em posição de destaque no tocante à mortes de transexuais, porém um outro dado assustador vinculado a hipocrisia, mostra que também é o país que mais consome pornografia trans. Associam desde então, a comunidade trans ao mundo da pornografia. Destinando a comunidade a ficar com uma imagem fixa de incapaz de exercer outras funções no âmbito trabalhista. Tendo em vista essa negligência, a população trans, sem nenhuma estrutura para ter acesso a um trabalho normal e justo, procura o mundo da prostituição, para se manter. Porque na maior parte dos casos, este é o único meio de sobrevivência, já que presenciamos um corpo social assustadoramente preconceituoso, empatando o mercado de trabalho.

Devemos saber a importância do referido tema integrando este aos âmbitos sociais e acadêmicos ocasionando uma evolução social desde o ambiente acadêmico que inicialmente pode ser o contexto influenciador para uma desconstrução social, podendo ser uma mudança significativa, trazendo uma harmonia para a coletividade. A esfera acadêmica nos traz grandes

entendimentos a respeito das desigualdades de condições que é algo contrário, no que diz a constituição federal (BRASIL, 1988), que assegura direitos igualitários perante a lei para todo o corpo social, mas sabemos que a efetividade desta norma, quando posta em prática não é articulada de forma a beneficiar a comunidade exilada.

A retificação do nome de pessoas transexuais foi uma das conquistas que a classe conquistou em conjunto com o STF e o CNJ, que sancionou uma lei que permite a mudança do nome em todos os documentos pessoais para o devido gênero e prenome que a pessoa se identificar. Essa vitória foi algo mínimo diante do que ainda há de ser adquirido pela comunidade trans, acabando com o constrangimento que todos tinham. Tendo em vista que em pleno século XXI pessoas tenham que lutar para obter direitos como este, em uma luta incansável para a mudança de seu nome e gênero, enquanto pessoas hetero cisgênero tem seu nome respeitado e reconhecido, menosprezam e se omitem a batalhas como essas, que as mulheres e homens trans tem que submeter-se.

Mesmo com essa conquista da retificação reconhecida por os órgãos superiores, pessoas transexuais ainda encontram uma certa dificuldade social, vez que o procedimento técnico não abrange requisitos burocráticos. Em meio a essas dificuldades sociais, os profissionais da área agem de forma negligente, tendo que dar início a um processo no Ministério Público e tornando um processo que inicialmente se dá em manifestação da vontade a uma burocratização efetiva. Os cartórios ainda são inaptos para atender a um processo como este, solicitando inúmeros documentos para andamento do processo.

O PRECONCEITO ENFRENTADO PELA COMUNIDADE NO BRASIL

Pode-se dizer que o preconceito é uma ideia preconcebida sobre determinada pessoa, grupo, fato ou situação, e o mesmo se dar em diferentes tipos como: o racial, o social, religioso, orientação sexual, gênero entre outros. O preconceito contra a orientação sexual considerada como uma disposição relacionada a uma atração por qualquer sexo como: homossexual, bissexual entre outros, como também a identidade de gênero que é a forma como a pessoa se sente, o fator biológico seja homem ou mulher mesmo é voltado a comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e os transexuais). Ocorre quando a sociedade impõe um sentimento de repulsa, menosprezo para esta comunidade, e esses atos podem ter motivações diversas, relacionadas a

religião ou culturais, e esta impulsionando ao aumento constante de intolerância e violências contra os mesmo.

Os Transexuais são pessoas que tem o anseio de vivenciar o sexo oposto, a forma como se identificam e não relacionado a uma cirurgia transgênica a uma questão de não conformidade com o sexo biológico inicialmente sendo homem ou mulher, eles enfrentam uma batalha diária contra si mesmos, e contra a sociedade para conservar sua identidade. No país há uma grande carência de dados relacionados aos acontecimentos vividos por estes, na maioria das pesquisas tem de ser reunidos toda a população LGBT para os resultados que serão posteriormente apresentados. No Brasil existe a Rede Nacional de Pessoas Trans (REDETRANS), instituto responsável por simbolizar travestis e transexuais do Brasil, constitui como presidenta Tathiane Aquino de Araújo. A rede trans busca como objeto de partida buscar a garantia pelos direitos humanos e a cidadania plena para os travestis e transexuais, seja masculino ou feminino contra quaisquer atos de repulsa, discriminação da sociedade em cima da comunidade. Também buscar formas de incentivo, no que tange a política pública nas gestões estaduais, municipais e federais, no que corresponde a essas questões.

No que se refere a percentuais, um balanço dos últimos anos a comunidade transexual possui uma estimativa de vida muito baixa, comparado ao restante da coletividade que tem como expectativa de vida de 75,5 anos, enquanto que os transexuais tem apenas 35 anos, isso decorrente das violências, de toda exclusão sofrida, eles acabam morrendo mais cedo, esses assassinatos dar-se de diferentes modos, e muitas das vezes são enterrados como indigentes, já que a própria família ante de maior acolhimento os escusa. Esses dados foram retirados do site do Senado Federal, os mesmos atualizados em 2017 (SENADO FEDERAL, 2017).

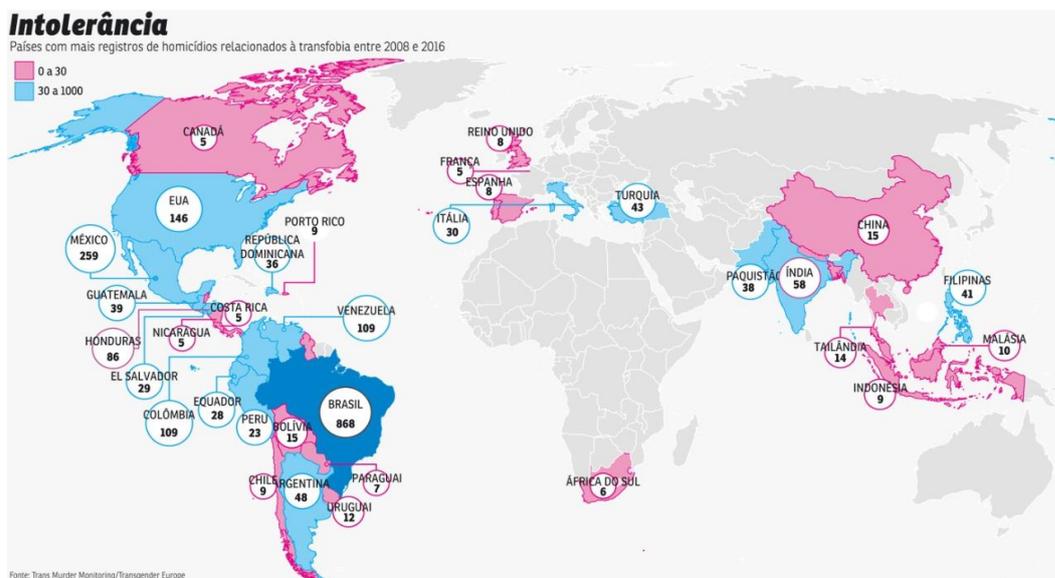
Como já exposto inicialmente, o Brasil é considerado um dos países mais intolerantes do mundo, no que diz respeito ao preconceito enraizado a comunidade LGBT, em especial aos transexuais, um país que mata e exclui por motivos de não aceitação a novos gêneros que estão surgindo na sociedade, e estas exclusões, estes preconceitos, não se pautam em um único contexto social. Esses atos acarretam grandes prejuízos envolvendo o mercado de trabalho, a saúde, a educação, o meio social entre outros. Está cada vez pior considerar o indivíduo, cuja sua identidade não se perpetue com a maioria da sociedade, vários os direitos são postos para toda a coletividade, entretanto são desviados de um determinado grupo, os mesmo não atingindo a sua finalidade de efetivação, onde deveria atingir a todos. Um dos direitos mais importantes é a liberdade, a dignidade da pessoa, humana, a igualdade, o acolhimento em si

todos que contribuem para a desigualdade, para o preconceito, e todos os efeitos gerados em virtude de atos irracionais de ignorância.

Figura 1: Mortes de LGBT no Brasil



Figura 2: relacionado a intolerância em diversos países, no ano de 2008 e 2016



Aspectos familiares, educacionais, psicológicos e o mercado de trabalho, poderiam influenciar para melhorias, todos atuariam de forma a acolher estas pessoas que diante lei são iguais, e diferentes diante a sociedade. No âmbito família este acolhimento acaba se tornando

em rejeição e vergonha, muitas vezes por falta de conhecimento ocorre a quebra familiar, motivos religiosos e morais são os mais enfrentados pela família. No âmbito escolar, vários temas deveriam ser abordados para a compreensão deste fenômeno, assim enraizando no público alvo fundamentais tais conhecimentos, evitando-o minorias, discriminações e menosprezos.

A escola daria ênfase a temas polêmicos, sexualidade, aceitação, entre outros. Na escola questões como o uso do banheiro são motivos de vergonha, quando meninas sexualmente biológicas se prendem a dividir com transexuais, a partir disto alguns autores relatam a escola como: um espaço, onde será tratado temas de cunho sexual, não só difundindo a ideia de biológicas e sim com aspectos mais voltados a realidade vivida da coletividade.

Outros contextos podem ser citados com bastante importância, como o mercado de trabalho que será abordado mais especificadamente em outro tópico, mas não deixando passar por sem importância. A busca por emprego é um grande obstáculo, além de serem minorizados por seu gênero, colocados em desigualdades em postos e até sendo não aceitos por o mesmo motivo inicialmente. Não possuem documentação que assegurem o seu gênero, para encarar a justiça e a medicina. O transexual é abominado, passando por várias situações desagradáveis, e desta entra questões psicológicas como aceitação de uma nova realidade e o psicólogo deve atuar frente a todos conceitos éticos, independentemente de cor, raça, orientação sexual entre outros. Embotamento afetivo, isolamento social, depressão entre outros são consequências oriundas de uma receptividade negativa quando não se tem o acolhimento necessário de um profissional de psicologia.

A RETIFICAÇÃO DO PRENOME E DO GÊNERO NOS CARTÓRIOS

A não inserção de pessoas trans no convívio social aceitável dar-se de diferentes movimentos ocasionados pela comunidade insatisfeita com a resposta reprovável da coletividade, neste contexto a modificação do prenome e do gênero poderiam flexibilizar tais movimentos ou causar ainda mais tumulto, sendo um direito adquirido, a população deveria reiniciar e começar propor inserções a comunidade. A realidade posteriormente é diferente e cabe ao estado e a população sensibilizar e praticar a igualdade entre todos, proporcionar tais mudanças a partir desta retificação, uma vez que modificado o prenome e seu gênero, todo o contexto irá se adaptar a novos progressos, novas aceitações e assim poderíamos diminuir

conflitos resultantes deste gênero específico que é o transexual. É um direito e deve cumprir a sua finalidade de alcance a todos, não excluindo tais comunidades.

Foi um julgamento histórico que mudou paradigmas, ao permitir a mudança de nome e sexo nos documentos das pessoas transgênero, independente de cirurgia, laudos e de ação judicial. Esse último ponto é simplesmente fenomenal. O Movimento LGBTI nunca saiu da luta no Legislativo, mas nosso Congresso continua absolutamente insensível à proteção dos direitos humanos e fundamentais de minorias e grupos vulneráveis em geral. O Judiciário tem sido nossa única esperança. (PAULO IOTTI, 2017).

Em concordância com a lei de registros públicos (Lei nº 6.015/1973, art.58) “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios” “Permite, uma vez que se constate ser o prenome capaz de submeter seu titular a situações vexatórias à sua alteração, não descartando outras possibilidades para esta alteração. Mesmo que sendo assegurado essa reparação, em tempos anteriores a decisão do STF, não era aplicada a comunidade transexual realizar sua retificação, uma vez que esta busca tem reivindicação histórica, a mesma voltada ao direito de viver, e ser reconhecido(a) pela identidade, sem precisar se valer de constrangimentos, gerando uma continuidade de revolta, ao que adentra as desigualdades sociais, sendo esta comunidade excluída desse direito.

Em contrapartida, essas exclusões resultaram em diversas consequências em vários setores, como o acesso: a justiça, a educação e a saúde, tornando-o a comunidade suscetível à violência. Nesta discussão se insere a dignidade da pessoa humana, que esta longe de alcançar a órbita da efetividade, salientando que a dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, sendo a mesma qualidade da pessoa, tornando sujeitos cujo poderão pleitear pretensões jurídicas, a dignidade da pessoa, um direito elementar de todo cidadão, o respeito a orientação sexual, a identidade de gênero, a pessoalidade e a individualidade do agente, a garantia de um tratamento igualitário para toda a coletividade perante lei. O doutrinador Sarlet aponta:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade. [...] A dignidade da pessoa humana, evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio não esquecendo toda via que o direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e informação (SARLET, 2002).

Todas as pessoas devem agir de forma humanitária, não diferenciando ninguém por motivos de padrão social, pois todos são sujeitos pacíficos do direito da dignidade humana fundamental. Então se é praticada pelas pessoas que não participam da comunidade LGBT, teria de ser aplicada aos transexuais, em específico. Deste modo, a comunidade começou a tomar consciência de que eram lhes assegurados direitos básicos pela Constituição Federal de 1988, (Art.1, III ,CF) que tem como fundamento: a dignidade da pessoa humana. Contudo havia objeções normativas sociais que impediam a execução, simplesmente por causa desta exclusão da classe conservadora, dificultando todo o processo, que deveria ser voltado para toda a sociedade.

A permissão à mudança sem sequer ação judicial, absolutamente acertada e em consonância com decisão de novembro/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos [OC 24/17], teve importância transcendental, mudando totalmente o paradigma então vigente. E facilitando muito a vida das pessoas trans, já que muitas não tinham acesso a advogadas ou advogados para tanto, lembrando da ainda precária estrutura das Defensorias Públicas país afora). Não há palavras que traduzam totalmente a importância histórica dessa decisão (PAULO IOTTI, 2017).

Tomando entendimento de toda essa grande desmotivação a comunidade foi dando início as causas e movimentos como forma de plataforma “maior” para ter uma acessibilidade de voz ativa e presente no corpo social, tendo em vista também como fundamento essencial ajudar as pessoas da mesma classe que estavam desamparadas, sujeitas as condições de extrema desprezo por mero preconceito, como por exemplo, a comunidade LGBT. Então, com tudo isso, após estudos na medicina, e no campo jurídico sobre o caso de pessoas que transcendem ou transitam por dentro das normas socialmente estabelecidas, adentrou nas relações jurídicas para que esse caso evoluísse resultando numa efetivação de um direito já existente, à autodeterminação, tal como a retificação do nome nos registros públicos.

Essa retificação pode trazer alguns benefícios, apesar de não diminuir demais danos sofridos por estes. Em contrapartida trouxe uma visão mais liberal para os transexuais poderem não apenas se identificar como tal só de forma psicológica ou biológica, trouxe a possibilidade da comunidade colocar no papel como se sente e tornar isto efetivo, tornando-as mais dispostas a lutar. Dentre os direitos da personalidade um dos maiores importantes e evidentes pela cidadania para pessoas trans, sempre será o direito ao nome, no qual o mesmo é regulamentado pela lei dos registros públicos, esses direitos visam a integridade física e moral de cada pessoa.

Gráfico 1: Corresponde a decisões favoráveis à modificação do prenome

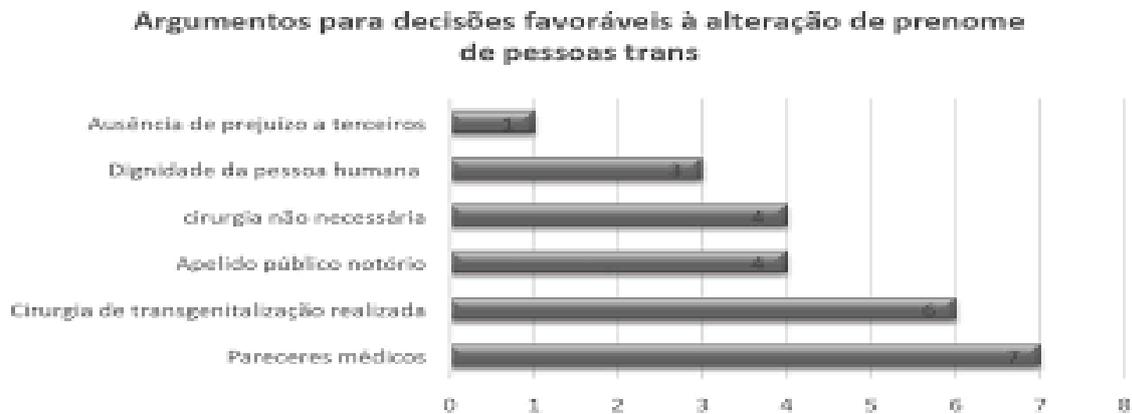


Gráfico 2: Corresponde a decisões desfavoráveis à modificação do prenome

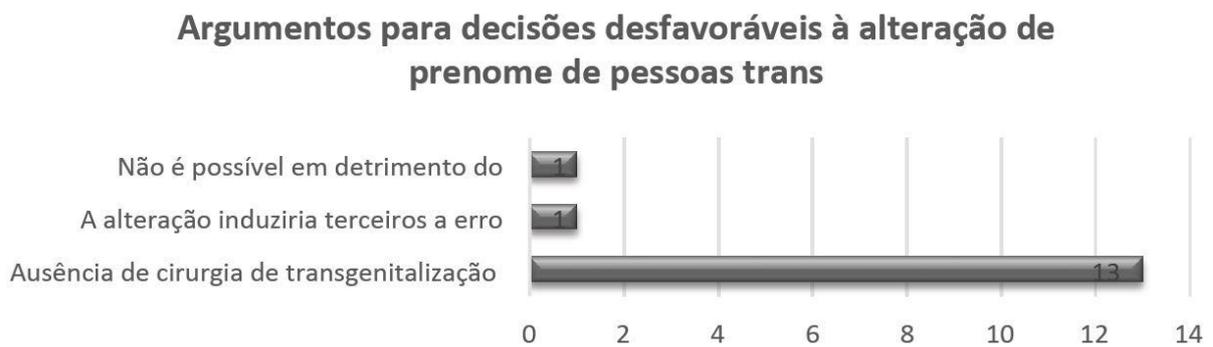
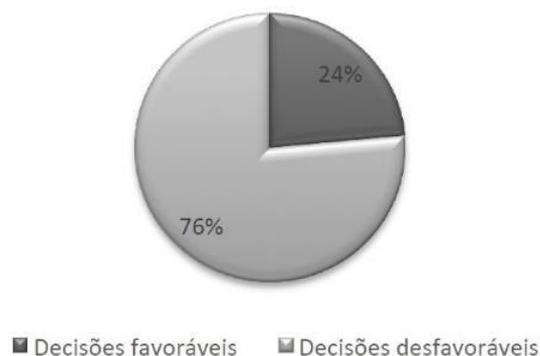


Gráfico 3: corresponde a possibilidade da realização da cirurgia transgênica

Decisões nos casos em que não foi realizada cirurgia de transgenitalização



COMO PROCEDER ESTA MODIFICAÇÃO E QUAIS FORAM OS SEUS EFEITOS

Neste ponto da pesquisa pretende-se abordar quais os procedimentos para essa retificação, o que as pessoas trans deverão fazer para ter essa devida modificação. A comunidade trans se destaca pela insatisfação do seu sexo biológico e de alguma forma tentam preencher essas lacunas para se adequarem ao seu sexo psicológico, seja de origem feminina ou masculina. Desta forma, como efeito principal, as pessoas transsexuais não serão obrigadas a se submeterem a cirurgia de redesignação do sexo biológico (cirurgia de transgenitalização) como vínculo necessário para a retificação, sendo considerado como mais uma conquista de cunho jurisdicional, que abrange atualmente, uma vez que esse mesmo procedimento já fora requisito necessário. Para eventuais constrangimentos, em razão da mudança do prenome a jurisprudência do STJ, conclui que será permitido tanto a mudança do prenome, quanto a alteração do gênero do registro civil.

Para continuar nossa abordagem, a pessoa trans para ingressar no processo de modificação não irá necessitar de muitos meios burocráticos, apenas da sua manifestação de vontade, escrita e assinada da pessoa trans, até então poderá a mesma terá a faculdade de escolher se continuará por meio de decisão judicial ou diretamente de modo administrativo, sem precisar adentrar em decisões judiciais para eventuais autorizações, para o ato em si da retificação ou até para laudos médicos e psicológicos também, esta autorização não será requisito neste processo. Um ponto relevante para continuidade do ato será a expressão “transgênero” que é vedada sendo anunciada no nascimento. Em novembro de 2017, o ministro Dias Toffoli, relator do caso, citou que sem o procedimento da retificação, tanto do nome social, quanto do gênero nos documentos o transexual ficará sujeito a constrangimentos e preconceitos advindos desta, afirma:

Afirmo que qualquer tratamento jurídico discriminatório, sem justificativa constitucional razoável e proporcional, importa limitação à liberdade do indivíduo e ao reconhecimento de seus direitos como cidadão. Não há como se manter um nome em descompasso com a identidade sexual reconhecida pela pessoa, que é aquela que efetivamente gera a interlocução do indivíduo com sua família, com a sociedade, tanto nos espaços privados, quanto nos espaços públicos (TOFFOLI).

Deste modo, a citação é clara, uma vez que todo o questionamento do caso está voltado a junção dos dois direitos, um leva o outro, e quando encontrados em situações diferentes, em documentos diferentes seja legais ou sociais, passaram por determinadas controvérsias no âmbito familiar, social, educativo, entre outros demais campos de habitação. Essa discussão se estende para o âmbito étário, sendo motivo de conversa anterior a resolução do fato atual, onde foi abordado que a pessoa trans teria de ter faixa-etária de vinte e um anos, atualmente sendo de 18 anos. No que diz respeito ao nome social, alguns exemplos possíveis de utilização serão em formulários de matrícula, registro de frequências e avaliações. Instituições de educação como o MEC (Ministério da educação) homologou uma resolução permitindo o uso do mesmo. O nome social no cartão do SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE), também será permitido.

Outros campos do direito em si foram alcançados por este movimento, não aprofundando em conteúdo, apenas a título de informação teremos o direito penal, onde permitiu a inclusão da pessoa trans no âmbito do feminicídio, em específico o doutrinador Rogério Greco (2017, p. 42 a 44) aponta que todo o sujeito trans, que tem os seus documentos modificados, em cartório especial poderá atuar como sujeito passivo, ou seja a vítima de feminicídio, esse relato se dá na teoria jurídica, que é a aplicada, tendo também as seguintes teorias: uma relacionada ao sexo psicológico do agente e a outra pautada no sexo biológico. No entanto, situações fáticas são abordadas, jurisprudências são colocadas, e usadas para resoluções de casos semelhantes, entretanto não há uma norma legal para regulamentar de forma imediata, restando ao indivíduo pleitear os seus direitos de forma judicial ou administrativa, O que por vezes, impede o pleno exercício de seus direitos da personalidade e sua devida inclusão social

MERCADO DE TRABALHO: NÃO HÁ VAGAS PARA TRANS

Quanto a esfera trabalhista, as oportunidades para a população são bem escassas, dados realizados pela revista Correio Brasiliense, Thais Cunha (2016) mostra que 90% das pessoas transexuais se encurralam para o ramo da prostituição por falta de chance no mercado de trabalho. Esse desdém se trata de uma transfobia disfarçada de preceitos morais na maioria das vezes, argumentos sem fundamentos e cheios de intolerância. Alguns se submetem a tentar uma vida dupla, trabalhando contra sua vontade com vestimentas que não são da sua escolha e escondendo sua verdadeira pessoa para assim, poder ter uma possibilidade de um emprego.

Muitas vezes, pessoas tem seu sonho e sua capacidade de ter um trabalho digno jogado fora simplesmente por ser quem é. Desenvolvendo uma série de malefícios psicológicos, financeiros entre outros.

Dados recolhidos pelo Grupo Esperança, organização que tem como missão integrar pessoas excluídas socialmente, principalmente travestis, mostra que grande maioria delas já foram profissionais do sexo, o que atinge um percentual de 83%. Segundo a Associação das Travestis e Transexuais do Triângulo Mineiro, apenas 5% das travestis e transexuais de Uberlândia encontram-se inseridas no mercado de trabalho formal. As outras 95% estão em situações de marginalização como, por exemplo, a prostituição. Isso se dá devido ao fato de que a discriminação de gênero é fortemente enraizada em nossa cultura. E essa discriminação se manifesta através da violência (MOURA, 2019).

A exclusão que adentra na marginalização gera mais ainda um leque de fatores na construção social que a comunidade é algo anormal e que devem continuar sendo menosprezados e tratados literalmente como monstros. Fazendo que os mesmos se restrinjam e aceite uma vida repleta de julgamentos e desatenção. Como forma de desconstrução desses ideais conservadores e desprezíveis, o movimento LGBT vem se consolidando grandemente e agregando uma dualidade de benefícios e direitos para a comunidade. Abrindo o corpo social conservador e exigindo o que está assegurado por direito pela Constituição Federal e também guarda os direitos humanos.

Com a pequena evolução significativa do corpo social já se pode visualizar em todos os cenários e âmbitos da sociedade uma parcela significativa de inclusão, claramente ainda lutando por seus espaços que até já conquistados, mas não respeitado por o ciclo social do devido ambiente. Grandes nomes já adentraram para a história com revoluções, como Laerte a grande cartunista que vivenciou sua transição publicamente, criando inúmeros discussões com o seu lançamento de um documentário contando todo o processo, isso em uma das maiores plataformas digitais; Rogéria a atriz transexual mais conhecida no Brasil, conquistou diversas obras na televisão brasileira, dando a oportunidade de uma visibilidade apreciável para a comunidade. E atualmente pode-se citar Tiffany Abreu, a primeira jogadora de vôlei trans, entrando em uma área totalmente hetero normativa que é extremamente preconceituosa; e por fim, de acordo com a BBC NEWS a primeira criança de 11 anos que conseguiu realizar a mudança de nome e gênero e se tornar Joana.

Outra plataforma que proporciona extraordinariamente uma incorporação no âmbito trabalhista é a internet. O site TRANSEMPREGO foi desenvolvido em 2013 por quatro mulheres, que trabalharam em conjunto pela causa. As criadoras são: Laerte Coutinho grande cartunista e que também tem participação na ABRAT- Associação Brasileira de Transgêneros; Ana Carolina Borges, advogada e Presidente da Comissão da Diversidade Sexual da OAB/Bauru e também integrante da Comissão da Diversidade Sexual da OAB/SP; A advogada travesti Márcia Rocha Idealizadora e Coordenadora do projeto que faz a inserção de pessoas trans no mercado de trabalho, também empresária e escritora; Maitê Schneider Cofundadora do projeto.

Esse projeto disponibiliza uma base relevante para a população civil em geral, mas em específico para a comunidade transexual como forma de desenvolver ainda mais a inclusão, criado com intuito de laborar como base na educação e informação para os meios acadêmicos. E dando suporte na empregabilidade desde a preparação de currículos como também a inserção no ambiente de trabalho, na questão da capacitação. Portanto, projetos sociais como este são essenciais para uma nova desenvoltura da população em geral, trabalhando a capacitação, ignorância e inserção em uma luta diária para ter acesso igualitário como os demais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou mostrar através de dados, relatos e discussões a vivência das pessoas trans, no âmbito social, educativo, da saúde, entre outros, mostrando como principal objetivo a retificação do nome e do gênero, direito este lutado frente a todos os obstáculos postos pela sociedade e pelo o próprio estado. Um país que mata e exclui, que coloca determinadas populações, comunidades e outros, em pé de desigualdade, por questões de cor, raça, religião, moral, sexo, bons costumes e gênero. Diante de alguns dados citados, mostra que a comunidade transexual evolui, de forma significativa, mostrando o conhecimento dos seus direitos, e colocando-os a frente das violências e de todos os danos resultantes dos movimentos. A comunidade transexual vem se incluindo a igualdade, em busca dos seus direitos, que muitos já foram adquiridos.

Deste modo observa-se a importância do tema levantado, de forma aumentar o conhecimento de todos os contextos aqui abordados, diminuindo as porcentagens negativas, assim buscando uma sociedade que inclui a todos, um estado político mais presente para que

eventuais projetos sejam voltados, em específico aos transexuais. O acesso a cidadania para os transexuais, pode-se dizer que ainda é limitado e no decorrer do assunto a dignidade da pessoa humano, como direito fundamental resguardado na constituição federal, seria um dos amparos para a comunidade, de forma a conseguir a inclusão dos transexuais. Esta inclusão muitas vezes gera várias desconformidades por si só a vítima trans, que sofrerá incansáveis desprezos, que pode ser do próprio corpo. O poder judiciário tem avançado nas decisões referente a identidade de gênero, dando total sustentação desde a diferença entre o sexo biológico á modificação da identidade nos cartórios, para que os transexuais sejam reconhecidos em sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **LEI Nº 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em 15 out. 2019.

CARVALHO, Lucas Saldanha de. **A RETIFICAÇÃO DO NOME NO REGISTRO CIVIL COMO MECANISMO DE ACESSO À CIDADANIA PARA TRANSEXUAIS E TRAVESTI.** Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/lucas_carvalho_2016_1.pdf. Acesso em: 08 out. 2019.

Disponível em: [http://www.pucrs.br/direito/wp-](http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/lucas_carvalho_2016_1.pdf)

[content/uploads/sites/11/2016/09/lucas_carvalho_2016_1.pdf](http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/lucas_carvalho_2016_1.pdf). Acesso em: 08 out. 2019.

COELHO, Gabriela. **STF define tese autorizando pessoa trans a mudar nome sem cirurgia. 2018.** Disponível em:

Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/stf-define-tese-autorizando-pessoa-trans-mudar-nome-cirurgia>. Acesso em: 10 out. 2019.

CORREIO BRASILIENSE. **Transexuais no Brasil: uma luta por identidade.** Disponível em:

<http://especiais.correiobraziliense.com.br/luta-por-identidade>. Acesso em: 03 out. de 2019.

GOMES, Rodrigo. **Travestis e transexuais enfrentam dificuldade para retificação do nome.** Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2019/08/dificuldade-retificacao-do-nome/>. Acesso em: 07 out. 2019.

Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2019/08/dificuldade-retificacao-do-nome/>. Acesso em: 07 out. 2019.

HUFFPOST BRASIL. **STF decide que transexuais podem alterar nome no registro civil sem cirurgia de mudança de sexo.** Disponível em:

https://www.huffpostbrasil.com/2018/02/28/stf-decide-que-transexuais-podem-alterar-nome-no-registro-civil-sem-cirurgia-de-mudanca-de-sexo_a_. Acesso em: 12 out. 2019.

JESUS. Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos.** 2. ed. rev. Amp. Brasília, 2012.

JUSBRASIL. **Transexual pode mudar seu prenome e alterar o gênero no registro civil.**

Disponível em: <https://atilacruz.jusbrasil.com.br/artigos//transexual-pode-mudar-seu-prenome-e-alterar-o-genero-no-registro-civil>. Acesso em: 10 out. 2019.

JUSTIFICANDO MENTES DO DIREITO. **Paulo Iotti: “Julgamento de STF sobre registro de pessoas trans foi histórico”**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/03/06/paulo-iotti-julgamento-de-stf-sobre-registro-de-pessoas-trans-foi-historico/>. Acesso em: 08 out. 2020.

NASCIMENTO, Victor. Disponível em: <https://www.buzzfeed.com/br/victornascimento/mulheres-trans-que-fizeram-historia>. Acesso em: 09 out. 2019.

NEXOJORNAL. STF PERMITE A TRANS MUDAREM NOME E GÊNERO DIRETO NO CARTÓRIO. Disponível em <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/03/02/STF-permite-a-trans-mudarem-nome-e-genero-direto-no-cartorio>. Acesso em: 15 out. 2019.

VELOSO, Patrícia; SOARES Laila; DE JESUS, Geicielly. **Mudança do nome e retificação do gênero no registro civil**. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/07/13/artigo-mudanca-do-nome-e-retificacao-do-genero-no-registro-civil-por-patricia-veloso-laila-soares-geicielly-de-jesus/>. Acesso em: 10 out. 2019.

WOLFGANG, Sarlet Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**/ Ingo Wolfgang Sarlet. 2. Ed. rev. Amp- Porto alegre: livraria do advogado, 2002.

REVENGE PORN: ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS SOCIOJURÍDICAS À “CYBER VINGANÇA” E A PROTEÇÃO AO DIREITO DA PRIVACIDADE DAS VÍTIMAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Emilia Thaianie lacerda de Alencar (Autora) ¹
Andressa Michely Praxedes Gomes (Autora) ²
Francisco Paulino da Silva Junior- Orientador ³

RESUMO

No presente artigo pesquisa-se sobre o fenômeno da pornografia de vingança, a fim de analisar as consequências sociojurídicas ao cibercrime e a proteção aos direitos à privacidade das vítimas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, é necessário elucidar a pornografia de vingança como crime cibernético. Posteriormente, foi analisado os dispositivos de proteção aos danos causados à honra, à imagem e à intimidade pelas normas do direito brasileiro. Por fim, esclareceu-se as lesões morais e materiais ocasionados as vítimas e a reparação civil à violação dos direitos da personalidade, assim como as medidas a serem tomadas pelas partes lesadas. Realiza-se, então, uma pesquisa como análise bibliográfica, do método dedutivo para abordagem da temática, através da exploração de dados, leitura de artigos e doutrina nacional, bem como revisão legislativa. Diante disso, verifica-se que embora disponibilizado todo amparo judicial, nota-se a importância frente as consequências psicológicas e sociais na maioria das vezes irreversíveis.

Palavras-chave: Pornografia da Vingança. Responsabilidade Civil. Direitos da Personalidade. Crime Cibernético.

ABSTRACT

This paper investigates the phenomenon of revenge pornography in order to analyze the socio-legal consequences of cybercrime and the protection of victims' privacy rights by the Brazilian legal system. For this, it is necessary to elucidate revenge pornography as a cyber crime. Subsequently, the moral and material damages caused to the injured parties for the violation of their personality rights were analyzed. Finally, the duty of reparation was clarified, as were the protection devices for damage to honor, image and intimacy. Then, a research is conducted as bibliographical analysis, deductive method to approach the theme, exploration of the doctrine on the subject, data analysis and the Brazilian legal system. In view of this, it appears that although all judicial support is available, it is noted the importance of civil reparation in the face of the often irreversible psychological and social consequences. This requires the realization of the need for society's awareness in the context of interpersonal relations.

Keywords: Revenge Pornography. Civil responsibility. Personality rights. Cybercrime.

¹ Bacharelanda em ciências jurídicas sociais na faculdade de filosofia ciências e letras de Cajazeiras- FAFIC. E-mail: emilia_thaiane@hotmail.com

² Bacharelanda em ciências jurídicas e sociais da faculdade de filosofia ciências e letras de Cajazeiras-FAFIC E-mail: andressamichelly@hotmail.com

³ Mestre em ciências jurídicas com a área de concentração em Direito Econômico; Professor da faculdade de filosofia ciências e letras de Cajazeiras- FAFIC e do centro universitário de Patos- UNIFIP

INTRODUÇÃO

Com o advento do avanço tecnológico foram possibilitados novos meios de comunicação, gerando profundas mudanças nas relações interpessoais onde as pessoas tendem a se relacionar pelos meios eletrônicos, tornando-se vínculos céleres e líquidos, conforme conceito do sociólogo polonês Zygmunt Bauman. É nesse contexto que deve ser observado a contribuição do desenvolvimento tecnológico para fins ilícitos sendo necessário o amparo judicial a violação dos direitos da personalidade e a proteção da imagem, da intimidade e da vida privada iminentes aos indivíduos.

Diante do assunto exposto, recolhemos para pesquisa a pornografia de vingança, que se originou nos sites de relacionamentos da internet, no qual se refere a pratica desrespeitosa de ex-companheiros (a) ao compartilhar a intimidade de seus parceiros, através da divulgação de fotos ou vídeos na web, motivados pelo término do relacionamento como um ato de vingança, ou com o intuito de constranger e punir as vítimas. É importante salientar que qualquer pessoa pode estar submetida a se tornar alvo do delito, independente do gênero, contudo, no Brasil a maioria se enquadra no gênero feminino, devido a cultura machista permanente na qual o homem busca impor a superioridade para oprimir as mulheres.

MATERIAIS E MÉTODOS

A metodologia a ser utilizada será a pesquisa como análise bibliográfica, do método dedutivo para abordagem da temática, através da exploração de dados, leitura de artigos e doutrina nacional, bem como revisão legislativa. Em um primeiro momento, será abordado o conceito da pornografia de vingança e sua atribuição como crime cibernético, bem como demonstração através de dados em que as mulheres são o principal alvo do delito. Em seguida, será apresentado os meios de proteção aos direitos à privacidade disponibilizados pelo ordenamento jurídico, de acordo com o que versa a Constituição Federal e o Código Civil, como também a Lei Maria da Penha, Lei Carolina Dieckmann, Marco Civil da Internet e a Lei 13.718/2018. Na sequência, explanação da relevância jurídica e social a respeito das consequências trazidas as vítimas e a responsabilidade civil na reparação a violação aos direitos da personalidade perante o crescente aumento dos casos. Por fim, as providências a serem tomadas pelas partes lesadas.

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: Conceito do Cibercrime

A pornografia de vingança advém do termo em inglês “Revenge Porn”, que consiste nos casos da disseminação em sites e redes sociais de fotos e vídeos com conteúdo erótico sem o consentimento das vítimas, sendo o responsável na maioria das vezes o ex-companheiro (a), buscando como principal objetivo expor a pessoa a fim de constrangê-la diante da sociedade através da facilidade da viralização do conteúdo, uma vez que compartilhado gera danos sociais e emocionais irreparáveis. O intuito do transgressor é se vingar por meio de ameaças da divulgação do material íntimo caso a pessoa pretenda terminar o relacionamento ou já o tenha finalizado, por sentimento de posse, ciúmes ou qualquer outro motivo concernente. Para Vitória Buzzi (2015, p. 29), estudiosa sobre o tema, define:

O “termo pornografia de vingança”, tradução da expressão em inglês “revenge porn”, nomeia o ato de disseminar, sobre tudo na internet, fotos e\ou vídeos privados de uma pessoa, sem a sua autorização, contendo cenas de nudez ou sexo com objetivo de expô-la através da rápida viralização do conteúdo, e assim causar estragos sociais e emocionais na vida da vítima”

No Brasil ocorreu um dos primeiros casos de compartilhamento de exibição íntima no ano de 2006. A jornalista Rose Leonel da cidade de Maringá, no Paraná, foi vítima do seu ex-companheiro Eduardo Gonçalves, que divulgou via e-mail fotos íntimas da jornalista, como ato de vingança devido ao término do relacionamento, o material foi divulgado para mais de 15 mil pessoas, além da distribuição de panfletos nas ruas com as fotos da parte lesada. Eduardo foi condenado pela prática dos delitos de difamação e injúria, com pena de pouco mais de 3 anos de reclusão, porém, converteu-se em pagamentos mensais de 1.200 reais até o término da condenação.

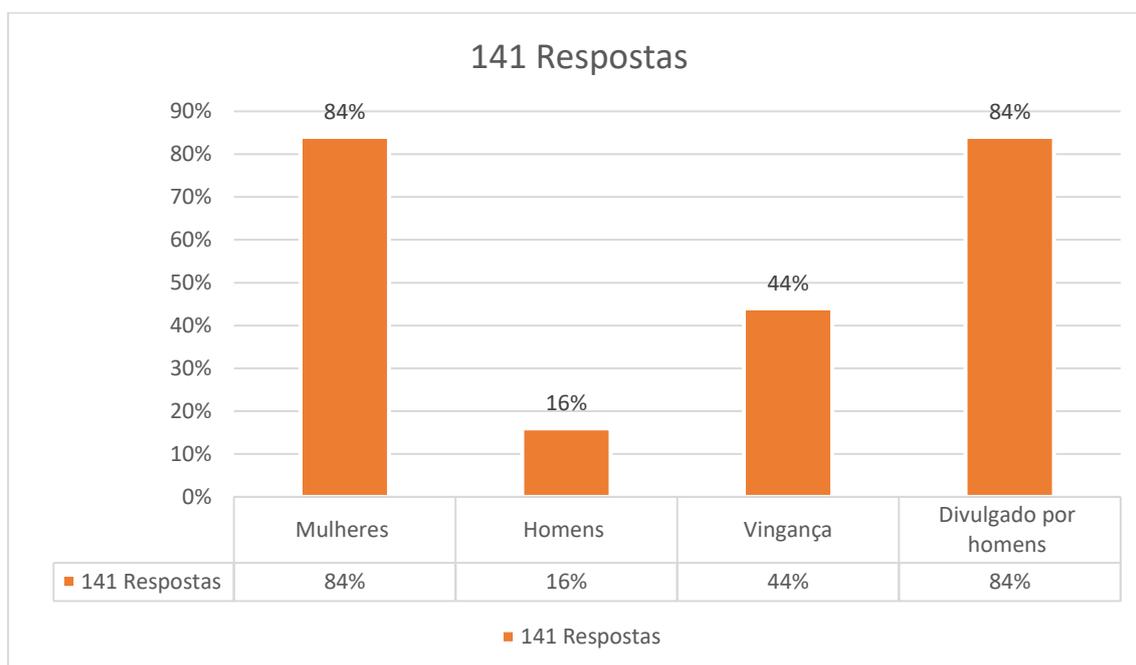
De acordo com Henri Jehkins (2009, p. 45) “Entretenimento não é a única coisa que flui pelas múltiplas plataformas de mídia. Nossa vida, nossos relacionamentos, memórias, fantasias e desejos também fluem pelos canais de mídia”. A partir disso, é importante ressaltar a vingança pornográfica como crime cibernético uma vez que são considerados como a prática de atos ilícitos através do uso de dispositivos eletrônicos no qual são disseminadas fotos e/ou vídeos contendo cenas de sexo ou nudez no ambiente virtual. A internet é o maior meio de propagação do crime perante à sociedade devido a facilidade do acesso rápido do material íntimo bem como ampla publicação pelos internautas.

Diante deste cenário, com o desígnio de tentar diminuir o acesso do conteúdo íntimo sem autorização, algumas das principais redes sociais como o Instagram, Facebook e Google alteraram suas políticas de privacidade reforçando a segurança e as medidas cabíveis perante a ocorrência do cibercrime.

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO: Mulheres Como Principal Alvo

O homem em sua construção como “ser” é preparado para ocupar e exercer uma função superior ao sexo feminino, a naturalização da predominância da ordem masculina para Bourdieu (2012, p. 33) [...] “Ilhe do fato de ela acumular e condensar duas operações: ela legitima uma relação de dominação inscrevendo-a em uma natureza biológica que é, por sua vez, ela própria uma construção social naturalizada.”

À vista disso, podemos analisar a evolução da sociedade, contudo, a violência contra as mulheres não é um fato recente na nossa história pois continua afetando nos dias atuais. A violência de gênero conhecida também como violência machista, é qualquer tipo de agressão física ou moral praticada contra uma mulher, onde há casos que só pelo simples fato de ser do gênero feminino é violentada, as principais agressões são estupro, violência doméstica, feminicídio, importunação online, vingança pornográfica (*Revenge Porn*) dentre outros. O *Revenge Porn* é a divulgação não consentida de imagens ou vídeos íntimos, em uma pesquisa feita no PROJETO VAZOU recolheu as seguintes informações:



Para Guimarães e Dresch (2015, p.4): “[...] a violência contra a mulher possui algumas características que a diferencia das demais formas de violência, e são elas: a hierarquia de gênero; a relação de conjugalidade ou afetividade entre os envolvidos, e a habitualidade da violência.

Outra pesquisa feita pela Datafolha realizada no ano de 2016 recolheu informações para medir os índices de violência praticados contra a mulher no Brasil, os dados indicaram que uma em cada três mulheres sofre algum tipo de violência. De forma alarmante, foi possível constatar que a cada hora cerca de 503 mulheres foram vítimas de violência física, o equivalente 29% (4,4 milhões) de mulheres por ano; cerca de 8% (3,9 milhões) das mulheres relataram ter sofrido algum tipo de ofensa sexual (DATAFOLHA, 2016)

Apresentados os argumentos, nota-se que o pornô de vingança é uma categoria de crimes cibernéticos que se evidencia relativamente como uma questão de gênero onde estabelece o “poder masculino” sobre o corpo feminino, recaindo a culpa sobre as mesmas, pois diante de uma sociedade historicamente machista é dever da mulher se resguardar, se manter virgem e resistindo aos seus anseios e desejos.

PROTEÇÃO AOS DIREITOS À PRIVACIDADE PELAS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Perante o alto índice da propagação da pornografia de vingança, encontra-se no ordenamento jurídico brasileiro a proteção da privacidade por múltiplos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. De acordo com a constituição federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, deixa claro ao estabelecer 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, 2014). Dessa forma, podem ser designados como direitos fundamentais inerentes a todos os indivíduos bem como de extrema relevância.

Não se limita ao direito de cada um de ser “deixado só” ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular. Transcende essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa (SCHEREIBER, 2014, p. 138).

Como observado, há uma interligação entre estes direitos, de maneira que o direito à privacidade se refere à intimidade, honra e imagem. O direito à intimidade é definido como direito subjetivo autônomo, trata-se do conjunto de informações da vida pessoal do indivíduo, sem nenhuma repercussão social. O direito à honra é a própria dignidade de uma pessoa, se atribui a reputação e ao nome de cada cidadão. O direito à imagem se destina a qualquer reprodução que obtenha os traços físicos das pessoas, protegendo o aspecto físico pessoal, detendo a sua exibição não autorizada. Caso verifique-se a violação aos direitos da privacidade, a Constituição Brasileira possibilita à parte lesada o direito de ser indenizado.

Na esfera do Código Civil, são referentes aos direitos da personalidade, o direito à vida, privacidade, imagem, integridade física, nome, honra, entre outros. Segundo Bittar (2015.p.29), os direitos da personalidade como direitos conhecidos à pessoa humana. “tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem”.

A proteção preventiva tem como objetivo prevenir a prática da ameaça de lesão ao direito da personalidade. A proteção repressiva busca impor a reparação civil (indenização) ou sanção penal, por perdas e danos em casos de violação dos direitos da personalidade. O artigo 12 do código civil dispõe que em caso de ameaça ou lesão a direito da personalidade, o indivíduo afetado poderá exigir a cessação do ilícito, assim como reclamar perdas e danos. Tal dispositivo abriga tanto o caráter inibitório quanto reparatório. Dentre outros artigos relativos ao assunto. Ademais, essa proteção destina-se a toda e qualquer pessoa dotada de personalidade, também para o ciberespaço.

Com o objetivo de combater a violência contra a mulher, devido à ausência de amparo judicial e social, foi aprovada a lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, versa em seu artigo 5º que serão consideradas violência doméstica e familiar contra a mulher, as ações e omissões baseadas no gênero, que ocasionam a “morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.”

O inciso III, do artigo 5º da Lei Maria da Penha, se mostra passível de aplicação a casos de pornografia de vingança não consentida, pois a legislação reconhece que a violência contra a mulher não está restrita ao ambiente doméstico e/ou familiar, resguardando o direito a outros tipos de vínculo afetivo que podem ser marcados por situações de violência de gênero, por exemplos, nos casos de namoro ou noivado; aqui o nexo de causalidade se dará pela relação íntima de afeto (DIAS, 2007).

Em 2012 foi sancionada a lei 12.737, conhecida popularmente como “Lei Carolina Dieckmann”, originada do projeto de lei 2.793/2011. A atriz se recusou a ceder uma chantagem, logo após teve a sua conta de e-mail hackeada e divulgado na internet e em sites de pornografia fotos íntimas suas. Por meio desta, foi alterado a redação dos artigos 266 e 298 do Código Penal, também acrescentado os artigos 154-A e 154-B, tratando-se dos crimes digitais de invasão de dispositivo informático, interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, dentre outras medidas.

Ainda assim, sendo imperioso a regulamentação das relações no ciberespaço, em 2014 a lei nº 12.965 denominada como Marco Civil da Internet ou Constituição da Internet foi ratificada. A referida lei busca regulamentar as ações no campo virtual brasileiro, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres, como também determina paradigmas para a atuação estatal. No artigo 21 da lei, discorre sobre a responsabilidade por danos resultantes de material gerados por terceiros. Assim estabelece o artigo que a própria vítima poderá notificar o provedor de aplicações e este ficará então obrigado a remover o material indicado o mais rapidamente, dentro de sua capacidade operacional para tal, sem que seja necessária a atuação do Poder Judiciário.

É necessário elucidar que tanto a Lei Maria da Penha, Carolina Dieckmann e o Marco Civil da Internet não abordam diretamente a questão da pornografia de revanche, ou seja, não existia legislação específica que tratasse dos crimes praticados na internet especificamente contra a mulher, e nos casos de ocorrência da pornografia de vingança eram enquadrados nas práticas de crimes contra honra, como difamação ou injúria, das quais as penas impostas denotam insignificância, visto que estes são considerados como delitos de menor potencial ofensivo. Sendo assim, ainda havia uma lacuna legal no que tange à tipificação da conduta criminosa.

Perante essas circunstâncias, no dia 25 de setembro de 2018 foi publicada a Lei nº. 13.718/2018 que alterou o Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de cena de estupro. Assim, o artigo 218, C, do CP, passou a determinar que é crime oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o

consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia. A pena prevista é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave, podendo ser aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime for praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

AS CONSEQUÊNCIAS SOCIOJURÍDICAS A “CYBER VINGANÇA”

Os danos ocorrentes a essa exposição são irreversíveis, pois a mulher acaba sendo sofrendo uma dupla punição seja por ter sua intimidade exposta sendo constrangida e vítima por terceiros a julgamentos e críticas da sociedade de uma forma injusta, diante disso acaba se isolando e desenvolvendo traumas psíquicos tais como depressão, transtorno de ansiedade e existe também casos de suicídio.

Em Veranópolis (RS) uma adolescente de 16 anos cometeu suicídio depois de ter suas fotos íntimas divulgadas pelo seu ex-namorado, ele teria tirado as fotos a partir de um bate-papo pela câmera do computador, assim sendo podemos averiguar como os traumas ocorridos após essa exposição são irremediáveis, pois há casos onde a vítima precisa mudar de cidade, trabalho, escola, faculdade e toda sua rotina. As sequelas emocionais assim como também as relações de liberdade são totalmente dissolvidas, levando em conta que a pessoa que fez a conduta de divulgação no caso de ser um homem não recai nenhum julgamento.

Além disso devemos explorar as questões enfrentadas, pois para a mulher não é fácil ter que conviver com seus direitos violados, aliás para as adolescentes devido a falta de maturidade é algo também de grande impacto para as mesmas. Podemos retomar o Caso Rose onde declarou que a violação é permanente, pois suas fotos ainda circulam na internet “É como se alguém lhe desse uma facada e ela ficasse-la remoendo. A cicatriz nunca fecha”.

No contexto das consequências jurídicas a vítima pode solicitar a retirada do conteúdo como forma imediata sem necessidade de ordem judicial de acordo com o Marco Civil da Internet no Brasil a Lei N°12.965 de 23 de abril de 2014 estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de

atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Porém são medidas insuficientes, pois a retirada do provedor de internet não implica a exclusão total das mídias de armazenamentos dos dispositivos, já em casos que o provedor não faça a retirada após a notificação ele será responsabilizado pela violação da intimidade da vítima. A parte lesada após ter seus direitos constitucionais de acordo com o artigo 5º da Constituição federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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.

Tendo esses direitos violados pode se configurar crime sendo passível de indenização moral ou material quando ocorre a mudança de cidade, escola, faculdade em meio aos julgamentos da sociedade. Além disso o Código Penal Brasileiro 1940 também trata essas questões no seu capítulo V Dos Crimes Contra a Honra no art. 138, 139 e 140, existe também a possibilidade de ser aplicadas medidas protetivas em analogia a Lei Maria da Penha, quando a vítima passa a sofrer ameaça ou perseguição do ex-companheiro no combate a violência contra a mulher

A proteção aos direitos de personalidade abrange também o direito aos danos morais e materiais, então uma eventual lesão ao alcance do sujeito na sua condição humana ferindo a sua dignidade será entendida como uma violação da sua personalidade sendo necessário a reparação civil pelos prejuízos causados, cabendo ao juiz a fixação indenizatória financeira com o intuito de amenizar os danos sofridos seja ela punitiva que tem a finalidade de “castigar” o causador da lesão ao dano sofrido da vítima ou compensatória quando ocorre a indenização que abrange a dor sofrida.

A Lei N°11.340/2006 oferece em seu artigo 5° que serão considerados violência doméstica no seu inciso III indica capaz aplicação nos casos de pornografia de vingança

Art. 5° Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar n° 150, de 2015)

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação

Existe alguns projetos de leis que procedem sobre a pornografia de vingança, a PL 5555/2013 de autoria do deputado João Arruda que elaborava mecanismos para o combate de condutas ofensivas contra a mulher na internet e altera a lei maria da penha N°11340/2006 assim sendo modificada iria tipificar especificadamente. A lei N°12737/2012 conhecida como Lei Carolina Dickmann acrescentava os artigos 154A e 154B tipificando a invasão aos dispositivos informáticos e finalmente com a autoria da senadora Vanessa Grazziotin a lei n°. 13.718/2018 que qualifica os crimes de importunação sexual no seu artigo 218C.

MEDIDAS A SEREM TOMADAS PELAS VÍTIMAS: UM DIÁLOGO COM A RESPONSABILIDADE CIVIL

Perante o acontecido a vítima precisa reunir todas as informações divulgadas na internet, assim como também registrar uma ocorrência policial em uma delegacia especializada (Delegacia da Mulher) quando se tratar desse gênero, dessa forma notificar o provedor que disponibiliza o conteúdo para que seja feita a remoção do arquivo imediatamente sem a necessidade de ordem judicial de acordo com o art. 21 do Marco Civil da Internet, outro ponto interessante é acionar um advogado para fazer toda orientação e assim fazer valer a garantia dos seus direitos, é de suma importância buscar apoio emocional em grupos ofertados pelos serviços de assistência, como também o apoio familiar.

Nestas circunstâncias surge a responsabilidade civil pelos danos resultantes de conduta ilícita praticada por terceiros na internet. Dessa forma, os danos ocorridos têm potencial lesivo maior, visto que na internet além de possuir milhões de internautas propagam e divulgam em escala mundial o conteúdo.

Assim, como afirma Geraldo Frazão de Aquino Júnior (2015.p.167) em seu artigo publicado na Revista de Direito Contemporâneo:

Os princípios da responsabilidade civil trazem embutidos a ideia da restauração de um equilíbrio patrimonial ou moral que sofreu violação, uma vez que eventual dano não reparado representa fator de inquietação social. Com vistas a abarcar uma maior gama de fenômenos, de molde a fazer com que considerável parcela dos danos não reste irressarcida, os ordenamentos jurídicos contemporâneos têm procurado alargar o campo do dever de indenizar, englobando situações antes não previstas, principalmente se toma em conta a crescente complexidade da sociedade atual e as inovações tecnológicas levadas a efeito de contexto atual do mundo globalizado e do desenvolvimento dos meios de comunicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi verificar que mesmo diante o avanço da tecnologia e os benefícios resultantes, a má utilização desta ferramenta acarreta impactos letais. Através da revolução da internet, onde a facilidade ao acesso às redes sociais acontece em apenas um clique, as informações são compartilhadas e acessíveis com alta velocidade. Nessa conjuntura, evidenciou-se o fenômeno da disseminação de conteúdo sexuais, sem autorização da parte prejudicada como um ato de vingança do ex-companheiro (a), tomando graves proporções.

De início, foi abordado no que consiste a pornografia de vingança e como a sua prática se evidencia no meio social através de uma entrevista feita com aproximadamente 2 mil pessoas. Também discutido a atribuição da conduta como crime cibernético pois é realizado no ambiente virtual, sendo a internet o maior meio de reprodução.

Dito isso, foi constatado que a pornografia de revanche é um delito contra o gênero feminino, pois as mulheres são as principais vítimas, vale ressaltar que as porcentagens de violência é sempre de maior quantidade no referido gênero, lembrando que a internet é apenas um dos diversos locais, Segundo o Instituto Maria da Penha, e conforme o relógio da violência, a cada dois segundos, uma mulher é vítima de violência física ou verbal, destacou ainda que essa questão foi enraizada com todo o contexto histórico do homem patriarcal sobre o domínio da mulher.

De tal modo, para a proteção da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 e o código civil estabeleceu meios de assegurar a inviolabilidade da vida privada, A legislação Brasileira dispõe das leis N°11.340, N°12.737, N°12.965 porém havia a necessidade de uma lei específica para tal conduta criminosa diante isso foi publicada a Lei

Nº13.718/2018 tipificando a pornografia de vingança, alterando o código penal e regulando essa ação social crescente com o intuito de que seja inibida e repreendida fazendo valer os direitos constitucionais.

Portanto, é possível concluir que frente a prática do cyber vingança, deve-se almejar a devida tutela reparatória, para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro protege, evidentemente, os direitos da personalidade. Seja por meio de ação preventiva, reparatória ou como repressão pela conduta já efetivada, com a intenção de diminuir as consequências ocasionadas. Dessa forma, busca-se alcançar a conscientização e responsabilidade da sociedade perante as relações interpessoais, pois ao compartilhar informações, imagens ou vídeos é nítido que há confiança da parte autora e não merece ser exposta na internet, ainda assim disponibilizado a tutela reparatória pelo ordenamento jurídico brasileiro, a divulgação desses conteúdos afeta totalmente a vida social da vítima, destruindo seus relacionamentos familiares e os demais, definitivamente imensuráveis danos psicológicos e emocionais.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Traduzido. Editora Zahar. Rio de Janeiro, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 04 out 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: file:///C:/Users/joavov/Downloads/lei_maria_penha_6ed.pdf. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 12.737 de dezembro de 2012. **Lei Carolina Dieckmann**. Disponível em: <http://www.justicadesaia.com.br/wp-content/uploads/2017/06/Cartilha-Lei-Carolina-Dieckmann.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Disponível em: http://verbojuridico.com.br/vade-mecum-2014/marco_civil_lei_n_129652014.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018. **PI 13718**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BUZZI, Vitória de Macedo. **Pornografia de vingança: Contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 29

DATA FOLHA. Os números da violência contra as mulheres no Brasil Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/os-numeros-da-violencia-contra-mulheres-no-brasil/>. Acesso em: 20 out. 2019.

DIREITO FAMILIAR. **Pornografia de vingança: o que é isso?** Disponível em: <https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/597009198/pornografia-de-vinganca-o-que-e-isso>. Acesso em: 02 out.2019.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Projeto vazou**. Disponível em: <https://www.projetovazou.com>. Acesso em: 18 de outubro de 2019.

G1. **Facebook anuncia Sistema para barrar Vingança Pornô na rede social Instagram e Messenger**. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/facebook-anuncia-sistema-para-barrar-vinganca-porno-na-rede-social-instagram-e-messenger.ghtml>. Acesso em: 02 out. 2019

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Relógios da violência** Disponível em: <http://www.institutomariadapenha.org.br/>. Acesso em: 18 out. 2019

INSTAGRAM. **Central de Ajuda do Instagram**. Disponível em: https://help.instagram.com/646840095358740/?helpref=hc_fnav. Acesso em: 02 out. 2019.

JANAINA, clara dos Santos. **Pornografia de vingança e seus reflexos sociojurídicos**. Disponível em: <https://clarajanaina13.jusbrasil.com.br/artigos/624622597/pornografia-de-vinganca-e-seus-reflexos-sociojuridicos>. Acesso em: 03 out. 2019.

JEHKINS, Henri. **Cultura da Convergência**. Alpeh. São Paulo, 2008.

PAULA, Matheus Fellipe de; FERREIRA, Sorhaya Allana R. **A pornografia de vingança e os desafios da proteção da privacidade online**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4894, 24 nov. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54022>. Acesso em: 03 out. 2019.

VARELLA, Gabriela; SOPRANA, Paula. **Pornografia de vingança: crime rápido, trauma permanente**. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/02/pornografia-de-vingancacrime-rapido-trauma-permanentee.html>. Acesso em: 21 out. 2019

GT 03 – Linha 02: Consumo, Contratos e Responsabilidade Civil**Coordenador:** Prof. Josenildo Alves Formiga

TÍTULO	AUTORES/ORIENTADOR
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SUPERMERCADOS DE CAJAZEIRAS-PB, PELO CRESCIMENTO DE SACOLAS PLÁSTICAS E CONSEQUENTE AO DANO AMBIENTAL	SOUSA, JOÃO VITO SOARES DE OLIVEIRA, JOSINEIDE CAITANO DE DANTAS, JOSEPH RAGNER ANACLETO FERNANDES (Orientador)
OS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS FRENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	GONÇALVES, VINICIUS LACERDA
ABANDONO AFETIVO: (IN) POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	FAUSTINO, FRANCISCA YARA PEREIRA BERNARDO SILVA, MARIA IMACULADA BESERRA DA DANTAS, JOSEPH RAGNER ANACLETO FERNANDES (Orientador)
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS EM REDES SOCIAIS	COSTA, ANA CLARA DOS SANTOS COSTA, SILVA, ISABELLY LARISSA ROLIM DA DANTAS, JOSEPH RAGNER ANACLETO FERNANDES (Orientador)
O DESENVOLVIMENTO DO EMPREENDEDORISMO E DAS TÉCNICAS JURÍDICO-DIGITAIS NO ÂMBITO DO DIREITO MODERNO	NETO, ANTÔNIO LACERDA ROLIM LIMA, OTÍLEO MOURA MORAES, ÉVERTON GONÇALVES DE (Orientador)
NOVOS ARRANJOS FAMILIARES CONTEMPORÂNEOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	SOUSA, JACIANA FRANCISCA VALDIVINO DE OLIVEIRA, ROBERTA LIGIA DUARTE DE JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM ÂMBITO FAMILIAR SOB PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO	MARROQUE, KARLA MELO MARROQUE, KARINE MELO JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
O NASCITURO E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS	ABRANTES, ANA CAROLINA LIMA, LILIAN ANDRADE
A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i> À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR	NASCIMENTO, ÊLOIZA MARIA ALVES DO MOURA, IZABEL IRIS HENRIQUE DE FILHO, JOSÉ ANTÔNIO DE ALBUQUERQUE FILHO (Orientador)
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO EXISTENCIAL DECORRENTE DOS CASOS DE REVENGE PORN NO BRASIL	SARMENTO, ANNA BEATRIZ GOMES DUARTE, MAÍRLA COSTA JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
DIREITO E LITERATURA: A OBRA SHESPEREIANA “O MERCADOR DE VENEZA” (1596): ANÁLISE DAS OBRIGAÇÕES	SANTOS, PAULO SÉRGIO DA SILVA ALMEIDA, ZUILA VIRGINIO DE

CONTRATUAIS E O DIREITO COMERCIAL NO CLÁSSICO	
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR FAMÍLIAS POLIAFETIVAS NO BRASIL	SATURNO, JOSEFA DIANA MOREIRA ALMEIDA, FABYELLE ALVES JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
A ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS INFERÊNCIAS NOS CASOS DE DISPUTA DE GUARDA	SILVA, ALDEONE PEREIRA SILVA BARBOSA, FERNANDA FERNANDES
SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL	ALENCAR, PALOMA BEATRIZ DA SILVA TAVEIRA, JACILDO ALVES NOGUEIRA, HERMESON ALVES (Orientador)
POLIAMOR: OS DESAFIOS SOCIAIS E A LUTA POR DIREITOS CONSTITUCIONAIS	OLIVEIRA, JOÃO ANTÔNIO DANTAS DE SANTOS, TAYANE BARBOSA DOS BEZERRA, RODOLFO CIPRIANO (Orientador)
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ATO DE INFIDELIDADE	CARTAXO, ANNA CAROLYNE MIRANDA ABREU CANUTO, EVELLYN KAYNARA FERREIRA FORMIGA, JOSENILDO ALVES (Orientador)
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO OU FATO DE OUTREM	SILVA, LUCAS FERREIRA ALVES E NETO, PEDRO ANTAS PEREIRA FORMIGA, JOSENILDO ALVES (Orientador)
A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL (12.318 DE 2010) E SEUS DESDOBRAMENTOS NO ÂMBITO FAMILIAR	Beatriz Fernandes Dantas Ingryd Mayara Rodrigues da Silva Thereza Kristina Cesar Macena Ferreira (Orientadora)

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SUPERMERCADOS DE CAJAZEIRAS-PB, PELO CRESCIMENTO DE SACOLAS PLÁSTICAS E CONSEQUENTE AO DANO AMBIENTAL

João Vito Soares de Sousa (Autor) ¹

Josineide Caitano de Oliveira (Autora) ²

Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas (Orientador) ³

RESUMO

O presente artigo tem como escopo uma análise acerca do crescimento das sacolas plásticas nos supermercados de Cajazeiras- PB, e o prejuízo que tem causado a população cajazeirense, considerando-se não somente a população, mas a preservação da vida humana. A visão protecionista da Carta Maior que elenca em seu art.225 que trata do meio ambiente. A responsabilidade civil que está em nosso ordenamento jurídico elencando a responsabilidade os supermercados de Cajazeiras possuem pela consumição de sacolas plásticas sendo posta levando-se em consideração o cumprimento dos princípios norteadores que estão expostos na Constituição Federal de 1988, o princípio da prevenção, precaução, poluidor-pagador.

Palavras-chaves: Danos. Preservação. princípios do direito ambiental.

ABSTRACT

This article aims to analyze the growth of plastic bags in supermarkets in Cajazeiras - PB, and the damage caused to the cashew population cajazeirense, considering not only the population, but the preservation of human life. The protectionist vision of the Carta Maior that is listed in its article 225 that deals with the environment. The civil responsibility that is in our legal system listing the responsibility that the cashew supermarkets have for the consumption of plastic bags being put into consideration the compliance with the guiding principles that are exposed in the Federal Constitution of 1988, the principle of prevention, precaution, polluter pays.

Keywords: Damage. Preservation. principles of environmental law.

* Bacharelado em ciências jurídicas e sociais (Direito) na faculdade de filosofia ciências e letras de Cajazeiras-PB (FAFIC). E-mail: joaovictorsoares311@gmail.com

** Bacharelada em ciências jurídicas e sociais (Direito) na faculdade de filosofia ciências e letras de Cajazeiras-PB (FAFIC). E-mail: josineideoliveira2016.1@gmail.com

*** Professor pela faculdade de filosofia ciências e letras de Cajazeiras-PB (FAFIC), mestre em recursos naturais na Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). E-mail: josephragner@gmail.com

INTRODUÇÃO

As transformações socioeconômicas dos últimos 20 anos têm afetado profundamente o comportamento de empresas até então acostumadas à pura e exclusiva maximização do lucro. Em função da capacidade criativa já existente, e dos recursos financeiros e humanos já disponíveis, empresas possuem uma intrínseca responsabilidade social (GUIMA, 2008).

O uso de sacolas plásticas nos estabelecimentos comerciais locais e no mundo como um todo, trazem maior comodidade para os consumidores, porém o problema está no sub-uso vicioso desses materiais, que degradação de forma lenta, levando cerca de 100 a 500 anos para sua auto decomposição.

Segundo o Ministério do meio ambiente (2009) “[...] são consumidos no Brasil 12 bilhões de sacolas plásticas anualmente”. A produção das referidas sacolas acarreta outras demandas, cujas não produzem, mas extraem da natureza outros recursos naturais, não sendo utilizados em sua fabricação processos in natura, tornando-se poluente e danoso para a vida do planeta.

Fiorillo (2013) afirma que convém salientar que, em ponto anterior à Lei da Política Nacional do Meio Ambiente Constituição Federal de 1988, a (Lei nº 6.938/81) já acreditava a responsabilidade objetiva do contaminador no seu artigo 14, § 1º, que foi admitido pelo surgimento da lei maior como lei infraconstitucional, mencionando como princípio de legitimidade jurídica o artigo 225, § 3º, visto que este artigo não estabeleceu determinado parâmetro ou fundamento relativo à culpa como causa para a responsabilidade de neutralizar o dano causado ao meio ambiente, levou em consideração, por conseguinte, em associação aos danos ambientais a responsabilidade objetiva.

O funcionamento devastador da natureza intensificou neste período em prudência do elevado crescimento do progresso e do crescimento científico e tecnológico, que concedeu ao homem a plena autoridade da terra e das águas. Com suas proezas, o homem está arruinando a riqueza da natureza, que contam para a sua conveniência, alegria e saúde; degradando lagos, rios, com resíduos industriais, incluindo resíduos da destilação de plástico danificando florestas; aniquilando retenções biológicas; impedindo rios de passagem de águas limpas, causando prejuízo a toda população que fazem o uso dos bens naturais.

Dessa forma a responsabilidade civil, não está tradicionalmente totalmente praticada pela iniciativa privada, e sim por todos que compõem e fazem o uso do meio ambiente, porém

a responsabilidade maior é daqueles que fazem o uso de materiais que o prejudiquem, ou seja, empresas privadas.

Segundo Venosa (2002, p.28): “É o dano que destaca-se pela perda ou diminuição de um patrimônio, também conhecido como dano positivo, sendo de fácil avaliação pois destaca-se pela perda ou diminuição de um patrimônio”.

Em nosso ordenamento jurídico a responsabilidade civil divide-se em duas: responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Com relação à responsabilidade civil subjetiva Tartuce (2017, p. 373) diz que:

[...] responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na *teoria da culpa*. Dessa forma, para que o agente indenize, ou seja, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).

A exceção à regra é a responsabilidade civil objetiva explicitada no artigo 927 e seu parágrafo único do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nos supermercados de Cajazeiras não vemos diferente quando a quantidade de sacolas plásticas distribuídas por dia são elas gratuitas, práticas e presente em praticamente toda compra da sociedade cajazeirense, todavia as sacolas plásticas tem um desenvolvido consumo ambiental compostas a partir de gás natural ou petróleo(recursos naturais não renováveis) uma vez usadas costumam ser descartadas de uma forma incorreta com uma consequência de que levam cerca de 250 anos para se decompor, e trazendo consequências que a própria população passa receber como entupimento de bueiros impedindo o escoamento das águas, prejudicialmente a própria população.

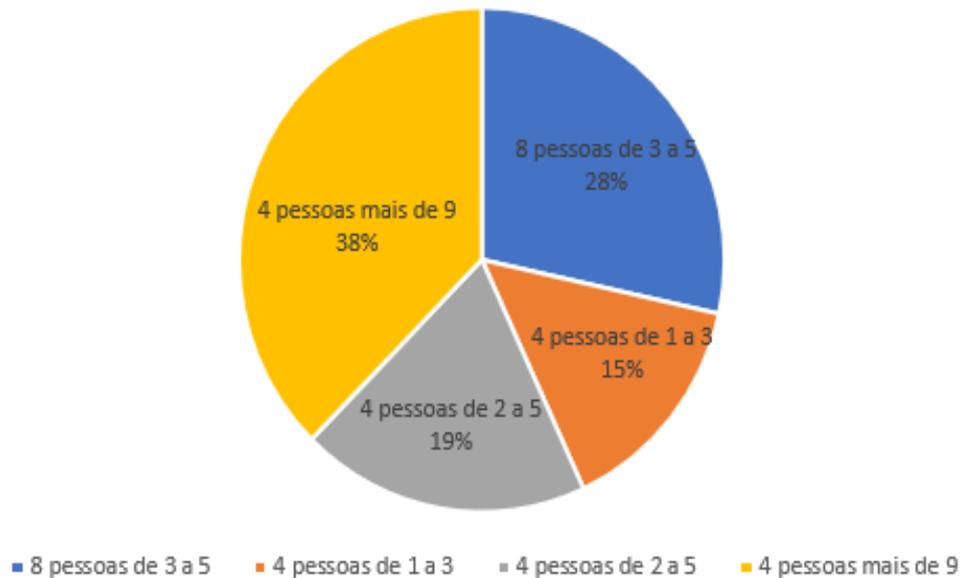
Antigamente a sociedade tinha uma visão utilitarista do conceito de que os bens naturais eram indeterminados. Essa visão que em contrapartidas era antropocentrista, fazia com que os homens pensassem que todas as coisas giravam em seu redor.

A visão protecionista da Carta Maior que elencada em seu art. 225 que trata do meio ambiente, deixa explícito que “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, sendo o contrário de que os supermercados com a sua responsabilidade civil deixa a desejar a toda população mesmo trazendo maior comodidade para os consumidores, sem se quer os consumidores não tem o conhecimento de que estão em um ciclo vicioso e que os materiais em que eles usam para maior comodidade demoram cerca de 250 anos para sua autodecomposição, que degradação de forma lenta e prejudicialmente ao planeta .

MATERIAL E METÓDOS

Este trabalho foi realizado na cidade de Cajazeiras localizado no limite ocidental do estado da Paraíba, região nordeste do país, e sua população conforme os dados o IBGE em 2018 era de 61 776 habitantes. Como esta pesquisa diz respeito à responsabilidade civil dos supermercados, foi determinado como local para colheita de dados um supermercado da cidade de Cajazeiras, que acolhesse um público-alvo de maior concentração, com o maior número de pessoas que frequentassem o local e que disponibiliza sacolas plásticas para a locomoção das compras. A escolha desse supermercado foi por estar instalado no centro da cidade e por exibir, em ligação aos outros supermercados da cidade, um amplo fluxo de clientes. Ele atende, em média, 1500 pessoas por dia, onde estas eram, em ampla cota, integrantes da classe média da cidade. A empresa com o nome de Araújo supermercados foi a que obteve todos os quesitos para pesquisa ser feita no estabelecimento. Analisando assimilar seus pontos de vista acerca da Responsabilidade Ambiental Empresarial, utilizou-se o questionamento qualitativo, sendo a demonstração comportada por 20 clientes de um Supermercado localizado no centro da cidade de cajazeiras, o levantamento de dados foi pautado com diálogos com perguntas objetivas e subjetivas, averiguando conhecer o perfil acessível e o grau de conscientização ambiental dos clientes tendo como exemplo expostos na seguinte tabela feita a partir de resultados obtidos diante das entrevistas feitas com os clientes:

Figura 1- Gráfico
Com relação ao uso das sacolas plásticas



Fonte: Elaborado pelo autor

Com vínculo a utilização ou não de sacolas plásticas para conduzir as compras, foi constatado que, por ser uma ação utilizada pelo supermercado, explicou que usava as sacolas plásticas. Dos 20, oito evidenciaram que usam, em média, de 03 a 05 sacolas, quatro, de 01 a 03, quatro, de 02 a 05, e quatro, mais de 09 sacolas, o que, coerentemente, dispõe encadeamento direto com a particularidade de produtos comprados no citado supermercado.

De acordo com esses dados, pode-se deduzir que, frequentando o supermercado 04 vezes por mês e utilizando, em média, de 03 a 06 sacolas plásticas por vez, a obtenção total de sacolas por mês é de cerca de 18 sacolas, decorrendo que esse número revela uma exorbitância significativa de material não degradável, que relaciona com as ausências de normas sustentáveis da população atual.

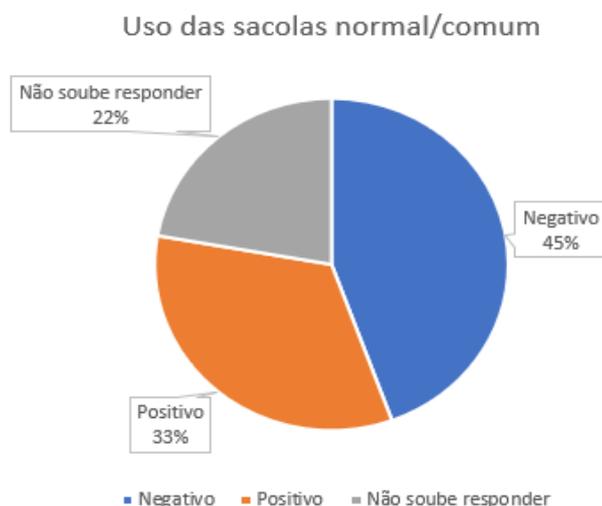
O abatimento prospero de recursos naturais fez com que a responsabilidade com a sustentabilidade agregasse nestes últimos anos. A obrigação de preservar o meio ambiente, relacionada pela coação de aquecimento global, foram de indícios pertinentes para a coleta da coletividade às empresas na procura da melhoria da qualidade ambiental. Muitos foram feitos trabalhos das empresas que tem em vista à preservação ambiental, por meio do Equilíbrio Ambiental Empresarial (EAE) e raro as vezes em que tem sido feito pelas empresas para supervisionar e exibir os resultados dos projetos e programas, que destinam-se a sustentabilidade. Por esse motivo a necessidade e relevância desta pesquisa, a fim de contribuir

projetos de programas sobre Responsabilidade civil, Ambiental e Empresarial, comparando meio ambiente e consumo. A frente dessa prática, da preocupação crescente da coletividade com relação aos quesitos ambientais, do advento de expressões das empresas por meio da Responsabilidade Ambiental Empresarial (ERA) e da pouca documentação sobre esse assunto que se tem abrangente em nossa região por questões posteriores que deviam ser colocadas em práticas tanto pra o consumo humano quanto para responsabilidade dos supermercados que se tem por obrigação a educação ambiental dadas aos clientes que efetuam compras em seus estabelecimentos, questionou-se: qual a perspectiva dos clientes de supermercados do modo ao uso de sacolas plásticas?, Os integrantes e clientes estão aptos para elaborações que orientam a conservação do ambiente?

Esta análise teve como propósito geral averiguar a concepção dos clientes de um supermercado de Cajazeiras, PB quanto ao uso de sacolas plásticas, procurando assimilar seus pontos de vistas acerca da Responsabilidade Ambiental Empresarial. notadamente buscou-se:

- Reconhecer o perfil socioeconômico e cultural dos clientes do supermercado.
- Relacionar-se a opinião dos clientes quanto ao uso de sacolas plásticas em relação à questão ambiental.
- Pesquisar a fatalidade das sacolas plásticas dos clientes.
- Reconhecer o grau de conscientização ambiental dos clientes.
- Estudar o aspecto dos clientes do supermercado com vínculo aos princípios que norteiam a responsabilidade civil.

Figura 2- Gráfico



Fonte: Elaborado pelo autor

No ponto de vista dos entrevistados (09), a utilização das sacolas plásticas era normal ou comum, para quatro era inconveniente, três disseram desfavorável e, dois, disseram que nunca pararão para pensar em assunto como esse. Dos nove que disseram ser normal ou comum fazer o uso das sacolas plásticas para as compras do supermercado, dois fundamentaram que todos os estabelecimentos fornecem esse tipo de sacolas aos clientes, todos têm obtenção simplificada às sacolas plásticas. Um entrevistado relatou que era uma demanda cultural, que a coletividade poderia ser responsável pela “criação” dessa conveniência que são as sacolas plásticas. Outros entrevistados constataram que era adequado à proliferação do uso (02), que o uso das sacolas plásticas estavam sendo mais que abusivo e prejudicando o nosso bem maior que seria o meio ambiente (03), que era mais funcional (02) e dois não souberam responder o questionário. Observou-se que ainda que os entrevistados acharem normal ou comum usar os meios das sacolas plásticas, as respostas conduz em volta do princípio capitalista que incentivam o custo descontraído e instantâneo, sem pensar em qualquer resultado proveniente do uso, relacionando a responsabilidade a aquisição facilitada, como se não houvesse um “custo” financeiro e uma consequência para o meio ambiente. O custo sustentável ainda é uma ideia a ser estabelecida, de preferência para essa categoria de intelectuais. Os seis clientes que responderam que por meio uso das sacolas plásticas era negativo fundamentaram que as responsabilidades para o meio ambiente são várias, demonstrando imensa preocupação com a poluição da natureza. Mesmo sendo o mínimo dos entrevistados, mostraram ser clientes conscientes das responsabilidades que poderiam causar no futuro e de seus atos ao meio ambiente.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Foi constatado que os clientes dispõem de uma visão instantânea quanto as questões ambientais. Assim, uma vez que a sacola plástica estabelece o índice do maior problema que seria o do descarte do lixo doméstico que é guiado para longe da perspectiva do entrevistado, o mesmo não compreende a responsabilidade ambiental, por não idealizar a expectativa destes resíduos na natureza e na sua própria vida.

As empresas sensíveis a essa realidade têm sua sobrevivência reforçada, pois existirá uma procura crescente, de todas as partes interessadas, por organizações que não estão voltadas apenas para a produção e lucro, mas que também estejam preocupadas com a solução de

problemas mais amplos, como preservação do meio ambiente e de bem-estar social. A ideia de que o progresso e deterioração do meio ambiente andam de mãos dadas é um conceito do século XIX que ainda impera no Brasil. As empresas que não se preocuparem preventivamente com isso serão as que alegarão no futuro que, para cumprir exigências da legislação ambiental, terão dificuldades em diferenciar-se (ZENONE, 2006).

Nesse contexto, ressalta-se a discussão atual com relação ao uso de sacolas plásticas, que surgiram em 1862 e foram uma revolução para o comércio por sua praticidade e por serem baratas. Apesar de antiga a invenção veio explodir no Brasil a partir da década de 80, contribuindo para a filosofia do "tudo descartável", mas sabe-se que elas são um dos grandes vilões do meio ambiente (PEREIRA, 2008).

Das 20 entrevistas executadas com os clientes do Supermercado, localizado no centro da cidade de Cajazeiras, PB, 11 era do sexo masculino e nove eram do sexo feminino. Cinco dos entrevistados apresentaram ter uma idade de 18 a 23 anos, três, de 35 a 42 anos, três, de 52 a 63 anos, quatro, de 26 a 35 anos e cinco, de 44 a 51 anos. Quanto ao estado civil, oito eram solteiros e 12 casados.

A principal pergunta, relativa a um dos objetivos da indagação, foi quantas vezes por mês os clientes entrevistados faziam compras no Supermercado. Dos 20 clientes, sete informaram ir ao supermercado mais de 04 vezes por mês, seis, 04 vezes, três, 03 vezes e, quatro, 01 vez por mês.

Notou-se que, mesmo que os entrevistados acharem normal ou comum usar sacolas plásticas, as argumentações regem em torno do princípio capitalista que encorajam o consumo calmo e imediato, sem se quer analisar qualquer responsabilidade procedente do uso, vinculando a culpa ao acesso permitido, como se as sacolas plásticas não tivessem um alto "custo" financeiro e uma responsabilidade de repercussão para o meio ambiente, trazendo assim tragédias como ditas anteriormente. A consumação sustentável das sacolas ainda é uma ideia a ser constituída, essencialmente para essa linha de categoria de pensadores que norteiam a preocupação com a responsabilidade civil das empresas que operam contra o desequilíbrio da natureza.

Concluiu-se que os procedimentos que coordenam oscilações nos comportamentos dos consumidores em relação a responsabilidade quanto a da empresa em minimizar o uso das sacolas plásticas, reivindica a percepção dos conceitos de sustentabilidade, que auxilie para a conscientização da responsabilidade ambiental e que oriente os responsáveis como empresas

que fazem o uso do material não sustentável tomando em conta que faz-se de iniciativas de Responsabilidades dos supermercados.

REFERÊNCIAS

ARANTES, E. C.; SILVA, E. R. da; TANNER, C. A.; MACHADO, M. S. A. A responsabilidade Social Corporativa e sua Influência na Percepção e na decisão de compra do Consumidor. In.: **Responsabilidade Social das Empresas: A Contribuição das Universidades**. v. 3. São Paulo: Petrópolis, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

DENSIDADE DEMOGRÁFICA: IBGE. **Censo Demográfico 2019**, População estimada. Cajazeiras-PB: IBGE, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. Saraiva, São Paulo: 2013.

GUIMA, D. **Consumo Consciente**. Disponível em: http://www.responsabilidadesocial.com/article_view.php?id=600. Acesso em: 02 out. 2019a.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patrick de Araújo. **Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática**. 3. ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2010.

PEREIRA, D. Sacolas Plásticas x Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.sermelhor.com.br/ecologia/sacolas-plasticas-x-meio-ambiente.html>. Acesso em: 06 jun. 2008.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **SACO É UM SACO**. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/saco-e-um-saco/saiba-mais>. Acesso em: 16 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Método, São Paulo: 2017.

ZENONE, L. C. Marketing Social. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

OS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS FRENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Vinicius Lacerda Gonçalves *

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa faz uma análise no ordenamento jurídico, frente aos métodos consensuais de resolução de conflito. Analisa-se primeiramente a problemática que o judiciário apresenta desde os primórdios da sociedade brasileira até os tempos atuais, quanto ao abarrotamento de processos e os métodos buscados para driblar tal obstáculo, subsequentemente iremos abordar a previsão e ineficácia dos princípios do acesso à justiça e a razoável duração do processo. Posteriormente, caminhamos pela eficácia e previsão dos equivalentes jurisdicionais prenuenciado no Novo Código de Processo Civil, apresentando como promessa de desafogar o Judiciário, mostrando por fim dados concretos relativo à situação alarmante que o atual sistema jurisdicional perpassa com toda a sua morosidade e insuficiência.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Equivalentes jurisdicionais. Mediação. Conciliação. Justiça em números.

ABSTRACT

This research work analyzes the legal system, considering the consensual methods of conflict resolution. Firstly, the problem that the judiciary presents from the beginning of Brazilian society to the present time is analyzed, as to the crowding of processes and the methods sought to circumvent such obstacle. Subsequently we will address the prediction and ineffectiveness of the principles of access to justice and reasonable length of the proceedings. Subsequently, we walked by the effectiveness and forecast of the jurisdictional equivalents foreshadowed in the New Code of Civil Procedure, presenting as a promise to relieve the judiciary, finally showing concrete data on the alarming situation that the current jurisdictional system goes through with all its length and insufficiency.

Keywords: Judicial power. Jurisdictional equivalents. Mediation. Conciliation. Justice in numbers.

* Vinicius Lacerda Gonçalves. Bacharelado em Direito – 7º Período da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC); viniciuslacerda-55@hotmail.com / viniciuslacerda22@gmail.com

INTRODUÇÃO

Muito tem se discutido acerca dos desafios que o sistema judiciário enfrenta diante da enorme demanda processual, entretanto, é escasso a efetividade de ações com o fim de dirimir essa problemática que persiste no meio social. A busca por outros métodos alternativos para a resolução do conflito, envolve algo muito relevante ao modo de evitar um colapso total do judiciário, no qual a sociedade já não deposita mais sua confiança.

A quantidade de processos que chegam ao judiciário é algo assombroso. Temos uma cultura (educacional) enraizada na qual, qualquer crise jurídica que nos envolve, recorremos sem hesitar a forma clássica em que o ente institucionalizado (Poder Judiciário), atua para a solução de conflitos, consistindo na aplicação do direito objetivo ao caso concreto por meio de um terceiro imparcial, sem ao menos, termos a curiosidade e intenção de procurar meios alternativos e eficientes para resolver a lide em que se encontramos, como forma de evitar todo o formalismo e burocracia na qual o indivíduo se submete ao procurar o Estado-juiz. Em virtude disso, vivemos em um sistema que se encontra moroso, caro e ineficiente, tornando quase uma utopia a resolução de todos os conflitos que se encontram a mercê do Estado.

Muito são os fóruns de discussão, em busca de estratégias com o objetivo de apanhar meios alternativos para a solução de conflitos, trazendo estes em primeiro escalão, desmitificando a ideia de soluções secundárias ao processo judicial, tanto pela sociedade quanto pelos próprios juristas. Apresentando um sistema de multiportas para a solução de uma determinada lide, trazendo assim consequências positivas para o ordenamento jurídico, tendo como uma de suas finalidades a descarga de processos que atualmente chegam no atual ordenamento jurídico.

MATERIAL E MÉTODOS

Para a produção do presente artigo se utilizou do método dedutivo, com análise bibliográfica de pesquisas nacionais, notícias relacionadas ao tema, bem como consultas de artigos científicos, analisando-se os dispositivos legais previstos no ordenamento jurídico pátrio, observando sua previsão e eficácia.

OS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO E SUA EVOLUÇÃO

De modo inicial, irei abordar de forma sucinta dois grandes filósofos e seus respectivos trabalhos desenvolvidos, que ainda hoje se torna tema principal de diversos estudos, visto que os assuntos abordados pelos Mestres, é de inteira atualidade.

O primeiro deles, refere-se a Tomas Hobbes, grande filósofo do século XVII, tendo como uma de suas principais obras o “Leviatã”, concebendo a teoria do estado de natureza do homem, mencionando em sua passagem memorável que o “homem é o lobo do próprio homem”. Hobbes alegava que o homem era mau por natureza, em tal contexto, não existia a intervenção de uma instituição capaz de impor ordem e controle a euforia do ser, não havia segurança jurídica, dignidade e paz, assim, a única forma de se conquistar algo era através da disputa corporal usando de todos os artifícios, não havendo limites para obtenção de tal fim. Mostrando que na época a única forma utilizada para resolver os problemas entre os indivíduos, era através de uma disputa para ter o conhecimento de quem seria o vitorioso.

Posteriormente, o segundo grande filósofo, diz respeito a Jean-Jacques Rousseau, também conhecido como Rousseau, foi um brilhante teórico, político, escritor e compositor do século XVIII, sendo referenciado por sua grande obra “O Contrato Social”, no qual alegava que o homem era bom por natureza, mas a existência da sociedade o corrompe. Rousseau defendia que para que houvesse de fato a preservação da liberdade natural do homem e ao mesmo tempo, garantir de fato a segurança, paz e o bem-estar da vida em sociedade, o homem precisaria celebrar um Contrato Social, este pensador acreditava que seria preciso instituir a justiça e a paz para submeter igualmente o poderoso e o fraco, para isso, os indivíduos entregariam parte de sua liberdade e abdicariam de sua força natural para que pudessem serem regidos por um ente maior, o Estado, afim de buscar a concórdia eterna entre as pessoas que viviam em sociedade. Nesse momento os indivíduos já entregavam suas lides para um terceiro, que se trata do Estado para que ele mostrasse qual a melhor forma de resolver a controvérsia.

Nesse segundo momento, se torna interessante fazer uma breve passagem na história do Brasil império, até os tempos atuais, relatando assim, os institutos criados a época para a resolução de conflitos, tendo como fim, o desafogo do judiciário que se encontrava saturado. O sistema judicial colonial compreendido entre os anos de (1500 - 1822), era considerado antiquado onde não havia a participação do povo. O Brasil em 1824, apresentou um documento que seria considerado como a primeira Constituição Federal, celebrando um marco para as

divisões dos poderes, o Poder Judicial foi declarado independente, mas em outro polo, ainda sentia-se acorrentando ao poder moderador da época, visto que o imperador podia dissolvê-lo a qualquer momento, ao mesmo tempo, nascia os juizados de paz, fixando sua lei somente três anos após a primeira Constituição, contudo, já havia certa previsão na Carta Magna de 1824, tinham como função precípua da época desafogar o judiciário que se apresentava com um enorme volume de demandas.

O juiz de paz era um magistrado leigo, sem treinamento e não remunerado, que foi concebido para conciliar e jurisdicionar nas vilas e nas causas de pequena importância, o escopo inicial desse instituto no Brasil era realizar a conciliação entre potenciais partes litigantes, antes da existência de uma possível demanda judicial. Ademais, existiam várias críticas aos juizes de paz, tendo como principais argumentos, o fato de que se tratava de pessoas que não tinham treinamento, conseqüentemente, não tinham capacidade considerável para aplicação das leis.

As Constituições posteriores de 1934 e 1937, conservaram também tal instituto e passaram a regulamentar o mesmo, relatando que os recursos de suas decisões teriam que ser interpostos na Justiça Comum. Conforme estabelecia §4º do art. 104 do referido diploma: “Os Estados poderão manter a Justiça de Paz eletiva, fixando-lhe a competência, com ressalva de recurso das suas decisões para a Justiça Comum”.

Com a promulgação da Constituição de 1946, inseriram novidades quanto a tal órgão e delimitou a sua atuação destinando apenas a habilitação do casamento e outros atos. Conforme expõe o art. 124, inciso X, sendo as mesmas atribuições previstas nas constituições de 1967, a emenda de 1969.

Art 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

[...]

X - poderá ser instituída a Justiça de Paz temporária, com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou recorríveis, e competência para a habilitação e celebração de casamentos os outros atos previstos em lei.

No ano de 1984, houve a criação dos Juizados Especiais, destinado a solução de conflitos de pequenas causas, foi inserido pela Lei nº 7.244/84, surgiu como uma forma de desafogar o Judiciário, era uma modalidade de procedimento que simplificasse e acelerasse a prestação jurisdicional e com o fim de aproximar as pessoas mais carentes para que pudessem tutelar os seus direitos fazendo valer de fato o acesso à justiça a todos. Tal instituto teve

feedback tão positivo no cenário da época que ao promulgar a atual Constituição de 1988, o diploma prevê um dispositivo específico relatando sobre a criação desses institutos no âmbito estadual e federal.

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Tal previsão presou por uma justiça mais célere, objetiva, simples, retirando todo o formalismo imputado na justiça comum, baseando em princípios hoje vigente como a oralidade, duração razoável do processo, economia processual e acesso à justiça, claro que tal instituto não resolveu completamente o problema crônico que persegue o judiciário desde os primórdios de sua criação, mas conseguiu dar aos mais carentes o acesso que eles buscavam. Hoje, os juizados especiais, presa por uma audiência mais simplificada com o intuito de atingir uma concórdia por meio da audiência de conciliação, onde buscam acima de tudo que as partes cheguem a um acordo legal de forma a buscar uma satisfação para ambos de forma célere. Obtido o acordo, este é reduzido a escrito e homologado pelo juiz togado. Com isso os juizados de pequenas causas conhecidos popularmente como juizados especiais cíveis, representam um avanço na justiça de forma a garantir a tutela jurisdicional a todos.

O ACESSO À JUSTIÇA E AS DIFICULDADES DE SUA EFETIVAÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, designada como “Constituição Cidadã”, surge-se a ideia de se garantir o acesso à justiça, direito este, inerente ao indivíduo. Previsto mais precisamente em seu art. 5, inciso XXXV, ao estabelecer que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O acesso à justiça vincula-se à um direito fundamental garantido por todos, não existindo distinção para quem busca a efetiva solução da lide em que se encontra, trata-se de um direito de primeira dimensão, ou seja, necessita que o indivíduo se dirija a tutela do Estado para fazer valer sua pretensão jurídica. Ao mencionar tal instituto, de pronto, partimos da ideia de um sistema jurisdicional positivo, na qual tem como fim, buscar de forma célere e de qualidade uma decisão efetiva que acaba por proporcionar uma satisfação de ambos os polos da relação e dar como terminada a questão controvertida que envolve as partes. Infelizmente, nem tudo que se encontra exposto no ordenamento jurídico, tem sua efetiva aplicação ou garantia.

Existem inúmeras razões que obstrui a eficácia do acesso à justiça, entre essas causas, tem-se a morosidade com que o Poder Judiciário oferece a solução de determinada demanda, estrutura escassa em todos os âmbitos e alto custo das prestações processuais. Ao se deparar com esse tipo de cenário, o jurisdicionado se ver descrente do monopólio exercido pelo Judiciário na resolução de seus conflitos, pois, muitas vezes evitam de postular algo relevante devido a ciência e a popularidade que o órgão conquistou ao longo dos anos, por possuir um sistema precário frente as necessidades da coletividade.

O princípio da duração razoável do processo, tem-se previsão expressa na Carta Magna, onde foi efetivamente imposta com a Emenda Constitucional Nº 45/2004, explicitado no art. 5, inciso LXXVIII, enunciando que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Princípio este que se encontra intimamente ligado ao direito do acesso à justiça. Tal preceito acaba por garantir a todos os indivíduos uma duração aceitável e efetiva do processo, ao ponto de que as partes interessadas na demanda tenham possibilidades de usufruir em sua totalidade, a solução proposta por parte do Judiciário. De modo infeliz, o sistema apresentado pelo órgão julgador a décadas não consegue acompanhar o desenvolvimento da sociedade, tendo tal modelo de solução de conflitos dado passos curtos quanto a apresentação de melhorias para caminhar ladeado com a evolução e complexidade que vem apresentando a coletividade, tornando tal princípio em certo ponto ineficaz.

Atento a essas questões, o Novo Código de Processo Civil, acaba reforçando a ideia de tal princípio, apresentando em seu art. 4º, que as partes têm o direito a razoável duração do processo, e concomitantemente, uma solução satisfativa da demanda.

Com isso, o Princípio da Duração Razoável do Processo ganhou novos contornos ao estabelecer a prioridade não só em resolver o mérito da questão, mas apresentar também a entrega do bem pleiteado de forma satisfativa e em um menor período de tempo, não exteriorizando uma mera decisão favorável à uma das partes, tendo a evolução de uma duração razoável do processo meramente formal para um material.

A desigualdade de renda que paira no país, juntos de diversos problemas no que se refere a políticas públicas, visando à garantia dos direitos sociais dos indivíduos mais carentes, acaba por gerar uma estrutura social baseada em desigualdades cumulativas. Isto é, um sistema de exclusões alimentado por limitações na rede de proteção social e pela escassez dos serviços públicos. Sendo esse mais um dos motivos com que o direito ao acesso à justiça não seja respeitado em sua integralidade, pois, parte dos que compõe a sociedade, não possui grau de instrução suficiente para ter conhecimento de seus direitos e garantias.

Segundo dados do IBGE em relação a 2017, a taxa de analfabetismo da população representa 11,5 milhões de pessoas que ainda não sabem ler e escrever. A porcentagem da população de 60 anos ou mais de idade, encontra-se na faixa de 19,3%, ao comparar os indivíduos pretos e pardos em relação aos brancos, a diferença se torna gritante, sendo de 9,3% pretos e pardos e 4% brancos.

José Murilo de Carvalho (2005, p. 286) em sua passagem no livro: *Cidadania no Brasil: o Longo Caminho*, relata uma análise crítica sobre essas características:

[...] a justiça entre nós, no sentido de garantia de direitos, existe apenas para a pequena minoria de doutores. Ela é inacessível à multidão dos crentes e macumbeiros, isto é, à grande maioria dos brasileiros. Para eles, existe o Código Penal, não o Código Civil, assim como para os doutores existe apenas o Código Civil.

OS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

No atual cenário em que o Poder Judiciário se encontra com o abarrotamento de processos que necessitam de uma decisão final, há uma enorme necessidade de uma reformulação no sistema processual, com o fim de buscar novas alternativas extrajudiciais, ou

seja, fora do arcabouço jurídico, com o objetivo de que a lide exposta pelas partes, não necessite como de costume da atuação do Estado-juiz para seu efetivo deslinde, tendo assim uma saída mais eficaz para a solução desses incontáveis conflitos e uma conseqüente descarga de processos no judiciário.

Com o advento da lei 13.105/2015, o Novo CPC, trouxe em seu texto não só conceitos subjetivos no que se refere as formas consensuais de resolução de conflitos, mas, sua efetiva aplicação no âmbito processual. O diploma é inovador e sai do polo subjetivo da forma de conciliar, para a criação de uma estrutura e de um procedimento que realmente possa incluir a conciliação e a mediação como formas de solução de conflitos e, por conseqüência, a extinção do processo por sentença homologatória da autocomposição. O código supracitado, estabelece um título específico que regulamenta esses indivíduos responsáveis pela mediação e conciliação frente a adversidade, fixado precisamente no art. 165 a 175 do diploma legal, prestigiando os mecanismos alternativos, oferecendo espaço para a mediação e a conciliação como formas eficazes de solucionar os conflitos existentes que formam grande número de processos dentro do Judiciário.

Os institutos constantemente utilizados, que tem o objetivo de buscar a efetivação da situação jurídico-problema, resolvendo a conjuntura de forma extrajudicial sem que ocorra a necessidade de bater à porta do Judiciário para validar o interesse pleiteado, são quatro os principais, trata-se da autotutela, autocomposição (conciliação), mediação e arbitragem.

AUTOTUTELA

É o instituto mais antigo de resolução de conflitos, onde se baseia no sacrifício de uma das partes envolvida no problema por meio da força do polo vencedor, resultando na imposição de sua vontade. Atualmente, a autotutela não se mostra como a forma mais adequada de solução de conflitos visto que hoje estamos diante de um Estado democrático de direitos, acabando por existir métodos mais eficazes e menos radical para a pacificação da lide. Tal instituto nos recorda aos modelos utilizados pelas sociedades primitivas para a solução do litígio que se encontravam.

Tal dispositivo só é utilizado de forma extrajudicial, tendo sua presença prevista em poucas hipóteses no ordenamento jurídico, entre elas, quando se trata de legítima defesa (art.188, I, do Código Civil), apreensão do bem com penhor legal (art. 1.467, I, do Código Civil)

e desforço imediato no esbulho (art. 1.210, §1, do Código Civil). O argumento para pôr em pratica esse instrumento se baseia no fato do Estado não ter a capacidade de estar presente em todos os lugares, com isso, a única alternativa mais viável nos incisos acima indicados é a aplicação da autotutela.

ARBITRAGEM

A sua forma de solução de conflitos também é antiga, atualmente é regulamentada pela Lei Federal nº 9.307/1996, que define quem poderá adotar a arbitragem, qual será o procedimento, quais matérias estão sujeitas ao procedimento arbitral, como se dará a instituição do tribunal arbitral, entre outros detalhes. Na arbitragem a vontade de ambas as partes se submetem a decisão de determinado indivíduo que irá apreciar os fatos de cada lado e emitir uma solução imperativa onde os polos deverão acatar, figurando no conflito como um verdadeiro árbitro.

O método da arbitragem possui duas características específicas, a primeira delas, as partes escolhem um terceiro de sua confiança que será responsável pela solução do conflito, e a segunda, a decisão desse terceiro é impositiva, ou seja, acaba resolvendo o conflito independentemente da vontade das partes.

AUTOCOMPOSIÇÃO (CONCILIAÇÃO)

A autocomposição tipicamente mencionado como conciliação, é uma forma de solução de conflito que se baseia no sacrifício integral ou parcial do interesse de uma das partes do conflito, o que determina esse tipo de solução não é a imposição da força física em detrimento de outrem, como vimos anteriormente no instituo da autotutela, mas sim, algo que se aproxima mais com o que o Estado democrático de direito prega, não existindo também uma imposição de decisão.

Na conciliação existe a presença de um terceiro (conciliador) que funcionará como intermediário entre as partes, se trata de um facilitador da conversa que interfere de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opções de solução para o conflito.

MEDIAÇÃO

A mediação é uma forma de solução de conflito baseado no exercício da vontade das partes, não devendo ser confundida com a conciliação, tendo como característica o fato de inexistir o sacrifício total ou parcial dos interesses das partes envolvidas, diferente do que acontece na conciliação, o instituto da mediação não é fixado no conflito em si, mas sim em sua causa.

Outra característica que difere, é o fato de que o mediador não pode sugerir uma solução do conflito, o que ocorre é uma condução das partes para descobrirem as suas causas, buscando uma aproximação de ambos os indivíduos, para que eles por si só cheguem a uma resolução do conflito. A última diferença entre as duas formas está demonstrada nos §§ 2º e 3º do art. 165 do CPC, expondo quais causas preferencialmente os dois institutos devem entrar em ação para que ocorra uma solução mais adequada dos litígios.

Conforme o §2º do art. 165 do Novo Código de Processo Civil: “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”.

Significa dizer que a conciliação é mais oportuna em situações em que o conflito de interesse não envolta relação continuada entre as partes. Já o §3º relata o seguinte:

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.

Já a mediação se torna mais interessante a sua aplicação em casos em que as partes já continham um certo vínculo de convivência antes do aparecimento da lide.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos, como foco do presente trabalho, demonstram-se como uma das alternativas plausíveis, para desobstruir todo o Judiciário, tornando o sistema mais célere e satisfatório. De acordo com o relatório do Justiça em Números 2019, principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, que tem o objetivo de divulgar anualmente relatórios sobre realidade dos tribunais brasileiros, acaba por descrever a situação temporal que se encontra as demandas, mostrando que os processos pendentes, mais

especificamente na fase de execução, detêm um tempo médio de 8 (oito) anos e 1 (um) mês na Justiça Federal e 6 (seis) anos e 2 (dois) meses na Justiça Estadual.

A fase de conhecimento, na qual o juiz tem de vencer a postulação das partes e a dilação probatória para chegar à sentença, é mais célere que a fase de execução, que não envolve atividade de cognição, mas somente de concretização do direito reconhecido na sentença ou no título extrajudicial. Ao analisar os tribunais, percebe-se que, o processo leva desde a data de ingresso, um lapso muito maior na fase de execução sendo de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses, comparando a fase de conhecimento, possuindo um tempo médio de 1 (um) ano e 6 (seis) meses. Esse dado é coerente com o observado na taxa de congestionamento, 85% na fase de execução e 62% na fase de conhecimento.

Mais especificamente no Estado da Paraíba, um processo inserido nesta jurisdição contado desde a peça inaugural, tem-se um lapso temporal bastante destoante, possuindo na fase de conhecimento em 1º grau de jurisdição, o tempo médio de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses e na fase de execução em 1º grau, a demanda tem-se o tempo médio de 4 (anos) e 8 (oito) meses. Demonstrando assim, de forma cabal, o grande número de processos que o Judiciário contém, carecendo de uma solução mais viável e produtiva a fim de destravar toda a máquina jurídica.

Na Justiça Estadual, havia, ao final do ano de 2018, 1.088 CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) [...]. Esse número tem crescido ano após ano. Em 2014, eram 362 CEJUSCs, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros. Em 2016, o número de unidades aumentou para 808 e em 2017 chegou a 982.

Dentre os dados apresentados acima, o Estado da Paraíba possui apenas 29 Cejuscs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), tendo em vista o Estado hoje dispor de 223 municípios, sendo uma média de 7,6 municípios para cada centro judiciário, número altíssimo, comparado ao total de centros disponíveis.

Na Justiça Estadual a porcentagem de conciliação chega a 14% na fase de conhecimento e na execução trata-se de um percentual de 5%. Já a Justiça Federal, mostra percentuais mais equilibrados, tendo na fase de conhecimento 9% e na fase de execução 11%. Segundo estatísticas do Justiça em Números, as sentenças homologatórias de acordo representaram, em 2018, apenas 0,9% do total de processos julgados, demonstrando nesse levantamento números ínfimos comparado aos processos ingressados e julgados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos mencionados se torna clara a importância e necessidade de uma reformulação não só no Poder Judiciário, mas na sociedade onde possui como característica sua cultura de litigiosidade e de dependência do Judiciário pelos mais diversos âmbitos do direito, buscando somente o método arcaico de resolução do conflito apresentado desde os primórdios do ordenamento jurídico brasileiro, encontrando o mesmo congestionado frente a enorme demanda.

A aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos, apresenta hoje uma nova estrutura se tornando cada vez mais consistente no âmbito jurídico, com fim de atender as novas demandas apresentadas em pleno século XXI. Sendo relevante esclarecer que os meios consensuais não surgiram como forma de substituição do tramite processual tradicional, mas como opção de possíveis formas de pacificação social. Pensando nisso, o Novo Código de Processo Civil estabeleceu de forma brilhante esses institutos, apresentando uma estrutura específica prevendo um título exclusivo que disciplina as atividades desses agentes. O objetivo é resolver uma grande quantidade de conflitos sem que haja processo ou, mesmo com sua existência, que possam ser resolvidos de uma maneira menos formal, com auxílio de terceiros treinados para tanto.

Devendo-se observar sempre que a implantação desses institutos não pode abster o Estado do dever de tornar os processos mais céleres, em observância aos princípios alegados no presente artigo, sob pena de tornar as leis, meras letras mortas, visto que tais métodos foram impostos de forma a complementar e auxiliar o Estado nesta missão.

REFERÊNCIAS

ANNUNZIATO, Camila Bonin. O acesso à Justiça no Brasil. **Âmbito jurídico**. 1 jun. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-acesso-a-justica-no-brasil/>. Acesso em: 22 out. 2019.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo. **Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Âmbito do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei Nº 13.105/15)**. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf . p. 1-23, 10 abr. 2015. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Código de processo civil**. 2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1998. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. 2019 [Internet]. Disponível em:
https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf . Acesso em: 23 out. 2019.

JIMÉNEZ, Macarena Paz Gaete. **Métodos alternativos de resolução de conflito**. p. 1-14, 22 ago. 2016. Disponível em:
http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfCooperacao_pt_br/anexo/Macarena.pdf. Acesso em: 23 out. 2019.

MENDES, Josefa Rosângela de Carvalho. **As dificuldades do acesso à Justiça**. 27 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/27396/as-dificuldades-do-acesso-a-justica>. Acesso em: 24 out. 2019.

NETO, João. Analfabetismo cai em 2017, mas segue acima da meta para 2015. **Agência IBGE Notícias**. p. 1-1, 18 maio 2018. Disponível em:
<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21255-analfabetismo-cai-em-2017-mas-segue-acima-da-meta-para-2015>. Acesso em: 20 out. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 10.ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros. **Tjdft**. 8 out. 2008. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-i-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>. Acesso em: 22 out. 2019.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. p. 1-66. 22 abr. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814/90736>. Acesso em: 22 out. 2019.

ABANDONO AFETIVO: (in) possibilidade de indenização frente ao ordenamento jurídico brasileiro

Francisca Yara Pereira Bernardo Faustino¹

Maria Imaculada Beserra da Silva²

Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas (Orientador)³

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito realizar uma análise jurídica e social a cerca do abandono afetivo, visto que este não tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é norteador dos demais, e este nos possibilita uma análise ampla em face das relações pessoais, as quais são afetadas quando há um abando afetivo por parte do genitor que tem o dever de cuidar e prestar assistência como previsto no texto constitucional e no Código Civil de 2002. Ademais, se faz necessário um olhar em relação aos danos causados ao filho abandonado, uma vez que é importante o judiciário⁵ quando questionado se posicionar quanto ao cabimento ou não do dano moral em face do abandono afetivo.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Dano moral. Dignidade da Pessoa Humana. Violação de deveres.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to perform a legal and social analysis about emotional abandonment, since it has no legal provision in the Brazilian legal system. It is observed that the principle of the dignity of the human person is guiding the others, and this allows us a broad analysis in the face of personal relationships, which are affected when there is an emotional abandonment by the parent who has the duty to care and provide assistance as provided for in the constitutional text and the Civil Code of 2002. In addition, it is necessary to look at the damage caused to the abandoned child, since it is important for the judiciary when asked to take a position on whether or not the moral damage is appropriate. of affective abandonment.

Keywords: Affective abandonment. Moral damage. Dignity of human person. Violation of duties.

¹ Graduando da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. Curso: Direito. 10º Período. E-mail: yaraapereiraa@outlook.com

² Graduando da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. Curso: Direito. 10º Período. E-mail: imaculadamaria3@gmail.com

³ Docente da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC e da Faculdade São Francisco da Paraíba – FASP, Mestre em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande. E-mail: josephragner@gmail.com

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro na Magna Carta de 1988 e no Código Civil de 2002 prevê o dever de assistência da família, o dever dos pais de cuidar, criar e educar os filhos menores. E através de tal aparato jurídico é que se abre a possibilidade de indenização por dano moral contra os pais que se omitem de tal dever de cuidado para com aquelas vidas que puseram ao mundo, o que se denomina abandono afetivo.

Para entender abandono afetivo é preciso antes compreender as relações familiares, uma vez que os princípios norteadores no Direito de família são: a dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade entre os filhos, igualdade entre os cônjuges e afetividade, sendo que a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e afetividade ganharão mais ênfase de acordo com o que iremos discutir, em vista disso, as relações hodiernas tem como fundamento a afetividade e as pessoas devem ser solidárias com a outras, mesmo que não haja interesse de ser solidário para não ferir a dignidade do outro.

A sociedade evolui constantemente e assim junto a esta os arranjos familiares com conflitos e interesses distintos, portanto, tornou-se comum família sem a presença do patriarcado, no entanto, isso não significa que a relação que dela resultar filhos e aquela for finalizada sem perspectiva de constituir família, os filhos resultantes desta relação não podem ficar desamparados, tendo em vista que os filhos recebem proteção constitucional prevista no **art. 229** da Constituição Federal de 1988, o qual é transluzente ao estabelecer que os pais tenham o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. O Código Civil em seu **art. 1.634**, estabelece como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia.

A responsabilidade civil abrange o direito de família e vai além das relações de casamento e união estável. Vale salientar que o dano moral em face do abandono afetivo não está positivado em leis constitucionais, porém com as constantes evoluções sociais os entendimentos dos Tribunais Superiores com suas jurisprudências buscam acompanhar tal evolução de acordo com as demandas que chegam até eles com frequência, ou seja, de acordo com o caso concreto, as decisões são tomadas diante da necessidade que sociedade apresenta, deve ser um parecer com prudência, tendo em vista, que o judiciário não pode ser transformado em um espaço de vingança pessoal, muito menos de monetarização.

MATERIAL E MÉTODOS

A abordagem do tema teve por base, sobretudo, a análise dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e o código civil de 2002 concernentes às relações de família, sobretudo, relativo aos princípios referentes a essa, junto à possibilidade de reparação civil pela omissão ou a falta de obediência a alguns dos deveres previstos nos princípios.

Fez-se um estudo de natureza bibliográfica, com a utilização de livros especializados e trabalhos científicos que fundamentaram o estudo aqui realizado, o qual buscou interpretar a evolução da sociedade e seus reflexos nas relações de família, junto com os dispositivos legais e os julgados dos tribunais sobre o assunto em discussão. Desse modo, vê-se que o método de pesquisa utilizado foi o bibliográfico, por meio do qual, se buscou dar embasamento legal e teórico às considerações aqui feitas. Por fim, as referências citadas e utilizadas relativas ao tema proposto encontram-se elencadas no tópico relativo às referências bibliográficas.

DISCUSSÕES E RESULTADOS

O Estado democrático de direito é compreendido como uma nação que sedimenta as relações para equilibrar e solucionar os conflitos existentes numa sociedade, sendo um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana que é o princípio máximo previsto no art. 1.º, III, da Constituição Federal de 1988.

Vale ressaltar que o Novo Código de Processo Civil em seu art. 8.º, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. É complexo definir e conceituar a dignidade humana, esta deve ser analisada de acordo com necessidade existencial de cada indivíduo diante do contexto social que aquele está inserido.

O princípio da solidariedade está previsto no art. 3.º, I, da CF/1988. É entendida como objeto fundamental do Estado democrático de direito e reflete diretamente nas relações pessoais, portanto quando o genitor além do dever/direito com seu filho, existe o dever de ser solidário com o outro, tornando-se assim uma obrigação, uma vez que a outra parte é seu filho, e necessita de ser amparado, pois tem esse direito resguardo pela constituição federal de 1988, ser solidário para o direito de família implica amparar o outro mesmo contra sua vontade.

O afeto é considerado a base para as relações pessoais e familiares, sendo um dos princípios do direito de família, tendo em vista que as relações contemporâneas são ligadas por aquele. Não há previsão constitucional quanto ao afeto, porém tem sido profundamente analisado e compreendido através dos princípios citados acima, passando a ter valor jurídico para as mais diversas formas de relações existentes na sociedade, com ênfase em nossa pesquisa para as relações entre pais e filhos, essa valoração do afeto caminha para acompanhar a evolução social que é constante, para tanto é preciso entender que o afeto é fundamental nas relações entre pais e filhos e quando este não existe ou é negado traz inúmeras consequências para o indivíduo que não recebeu afeto.

Hodiernamente as relações pessoais ganham um contexto amplo, e os arranjos familiares se modulam de acordo com a evolução social, tendo em vista todo esse avanço o ordenamento jurídico brasileiro tutela as relações pessoais, mais precisamente o poder familiar será bastante discutido, pois é necessário entender tal instituto para compreender o quanto importante é os deveres e direitos dos genitores para com sua prole.

Por isso, mais importante do que o aperfeiçoamento linguístico, é a real percepção, imposta aos pais e mães deste país, no sentido da importância jurídica, moral e espiritual que a sua autoridade parental ostenta, em face dos seus filhos, enquanto menores. Em conclusão, podemos conceituar o poder familiar como o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes. Note-se, desde já, que essa profunda forma de autoridade familiar somente é exercida enquanto os filhos ainda forem menores e não atingirem a plena capacidade civil 391 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 1600).

O poder familiar é constituído aos pais em relação aos filhos, essa relação é baseada na afetividade, embora o vínculo afetivo seja a base, esse poder é uma obrigação conferida aos genitores ou responsáveis legais. Segundo o art. 1.630 do Código Civil, “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”, e o exercício do poder familiar está previsto no art. 1634 do Código Civil.

Ainda no que concerne aos efeitos do poder familiar, o pai e a mãe, enquanto no seu exercício, devem ser tratados como usufrutuários dos bens dos filhos (usufruto legal) ; e têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade (art. 1.689 do CC). Em continuidade, “compete aos pais e, na falta de um deles, ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de 16

anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados” (art.1.690 do CC). Os pais devem decidir em comum às questões relativas aos filhos e a seus bens. Havendo divergência quanto a essa administração, a lei consagra a possibilidade de qualquer um deles recorrer ao juiz para a solução necessária (art. 1.690, parágrafo único, do CC) (TARTUCE, 2017. p. 905).

No entanto compreende-se a importância do poder dos pais em relação aos filhos, quando os pais não buscam por efetivar as obrigações que são devidas a seus filhos e o vínculo é rompido, ou mais precisamente quando o filho é abandonado afetivamente, as consequências na vida desse filho são inúmeras, atingindo assim, seu psicológico, sua honra, e sua dignidade. E muitas vezes não há reversão dos danos causados, uma vez que, a ausência dos pais é um fator de cunho negativo e que precisa ser reparado, tendo em vista que amar é faculdade, porém cuidar e prestar assistência são deveres que não podem ser violados, já que são garantidos constitucionalmente.

Como outro exemplo concreto de incidência da dignidade humana nas relações familiares, destaque-se a tese do abandono paterno filial ou abandono afetivo (teoria do desamor). Em mais de um julgado, a jurisprudência pátria condenou pais a pagarem indenização aos filhos, pelo abandono afetivo, por clara lesão à dignidade humana. O julgado mais notório é do extinto Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais, no caso Alexandre Fortes, cuja ementa é a seguir transcrita:” “Indenização danos morais. Relação paterna filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana” (TAMG, Apelação Cível 408.555-5, 7.ª Câmara de Direito Privado, decisão 01.04.2004, Rel. Unias Silva, v.u.)” (TARTUCE, 2017 p.781).

Constata-se que à luz da Constituição vigente o dano moral é abordado de duas formas, em sentido amplo é uma agressão a um bem ou um atributo da personalidade e, em sentido estrito é uma agressão à dignidade humana. Em que a dor, vexame, sofrimento e humilhação são as consequências de tal dano e não a sua causa. Estabelece-se então, que a prova do dano é requisito indispensável para que seja configurada a indenização. No entanto, provar esse dano é uma questão de muita polêmica nas ações indenizatórias. Tendo em vista que, por regra, o dano não é presumido, pois o princípio da reparação do dano exige que se tenha em propósito todas as circunstâncias que rodeiam o caso, não são possíveis traçar previamente regras fixas,

versáteis que se ajustem a todas as hipóteses. Sendo, portanto, um ponto que merece uma intensificada atenção do julgador, o qual deve pautar-se pela lógica razoável.

O dano moral não atinge o patrimônio, mas assim a dignidade, a moral e a honra do indivíduo, neste contexto em específico do filho menor abandonado afetivamente, ou seja, atinge a pessoa diretamente. A reparação consiste num ressarcimento para pessoa que foi lesada, sendo aquela cabível quanto ao dano moral. A sociedade com frequência entende ser normal o abandono por parte do pai, pois bem, isso são resquícios de uma sociedade baseada na cultura do patriarcado, doutra banda quando se trata da mãe isso é visto como inadmissível, tendo em vista que realmente é, pois a obrigação de cuidar, zelar e prestar assistência é de ambos os genitores. Estes têm o direito/dever de arcar com as responsabilidades que lhe cabe na condição de pais, caso não as cumpra pode responder na esfera civil.



(Fonte, Conjur, 2019).

Quando há comprovação de que a dignidade da pessoa humana foi atingida é importante buscar o judiciário, não só para adquirir dinheiro ou por questões pessoais que envolva orgulho ferido, rancor, desprezo e dor, mas para buscar direitos que foram violados, sendo assim uma obrigação prevista constitucionalmente. O Estado deve mostrar para esse pai o que a sua falta de compromisso e responsabilidade causa na vida de um filho abandonado afetivamente.

Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, sim, função satisfatória. Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recaí, por exemplo, em sua honra, nome profissional e família, aquela não está definitivamente pedindo o chamado *pretium doloris*, mas apenas que se lhe propicie uma forma de atenuar, de modo razoável, as consequências do prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que pretende a punição do lesante. Dessa forma, resta claro que a natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora (como consequência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma “pena civil”, e sim por meio de uma compensação material ao lesado, sem prejuízo, obviamente, das outras funções acessórias da reparação civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 1120).

Difícil especificar ou quantificar o dano causado por abandono afetivo, tendo em vista que é impossível medir a quantidade de afeto necessária para cada indivíduo com suas particularidades ou mesmo as consequências negativas advindas da falta daquele. O dever de indenizar decorre quando violados os princípios da dignidade humana e da solidariedade das relações pessoais, inerentes ao direito de família, princípios estes que são basilares para o equilíbrio das relações acima mencionadas. A reparação deve ser analisada e se fixada judicialmente que seja com prudência, pois é importante que o genitor (a) não busque enriquecimento ilícito, uma vez que tudo deve ser pensado em relação ao menor que é a parte mais prejudicada na relação. O abandono afetivo causa dor incessante sendo notório ferir a dignidade da pessoa humana, diante disso é preciso ser analisado o princípio da razoabilidade para aplicação justa do dano moral.

Haja vista, não há no ordenamento jurídico vigente um dispositivo que regulamente essa situação, fator que gera bastantes discussões na doutrina e jurisprudência. Em que se discute muito a aplicação da reparação por danos morais decorrentes de tal abandono em que se questiona que os pais não podem ser obrigados a pagar uma indenização ao seu filho por não ter lhe dado o amor e atenção que deveriam. Estando em foco também o ponto de que há sim uma dependência física e emocional dos filhos menores perante seus genitores e cabe a estes o cuidado e assistência aos seus dependentes e que, essa reparação seria como uma forma do Estado chamar à responsabilidade aqueles que não cuidam de seus filhos, portanto, o valor desta seria simbólico, pedagógico e educativo, pois salienta ainda que não há dinheiro no mundo que pague um abandono afetivo.

CONCLUSÃO

Diante do que já foi exposto conclui-se que em decorrência do princípio constitucional da solidariedade inerente ao direito de família é devido aos genitores o dever de cuidar dos filhos e de prestar-lhes toda assistência necessária e foi perquirido que o abandono afetivo é sim algo constante na sociedade, fato que gera diversas consequências para a vida social, profissional e psicológica dos então abandonados, que tais consequências podem ser irreversíveis, portanto essa pesquisa tem o objetivo de defender a aplicação do dano moral em face dos indivíduos atingidos decorrentes do abandono afetivo, em outras palavras a ausência de comunicação e de contato entre pai e filho, uma vez que, os pais que se omitem do dever de prestar assistência em sua totalidade para os filhos menores não podem ficar impunes, sendo essa reparação de caráter pedagógico para o genitor, e para a sociedade terá caráter preventivo, sendo assim um meio de exemplificar e conscientizar que um filho não pode ser descartado de forma desprezível, contudo, se assim for, deve ser considerado como um ato ilícito que deve ser passível de punição, como previsto nos artigos 186 e 187 ambos do Código Civil de 2002.

Dessa forma, à luz do ordenamento jurídico vigente e dos acontecimentos sociais a discussão sobre a possibilidade de uma indenização para o filho abandonado só aumentou no âmbito da doutrina e jurisprudência, o que exige do Estado um posicionamento, tendo em vista que este não pode deixar as pessoas que o procuram sem resposta, buscando sempre um meio de solucionar as lides existentes no contexto social que permeiam cada indivíduo. É certo que, nenhum valor indenizatório é capaz de suprir a dor de um abandono, da negligência e do descaso, mas seria uma forma de amenizar todo o sofrimento suportado e uma forma de exemplar os pais que desenvolvem essa prática e punir os que desenvolveram. Devendo, portanto, o valor indenizatório não ser mercantilizado, mas pairar sobre o critério da razoabilidade. Os valores que serão fixados e se fixados devem ser levados em consideração às condições socioeconômicas dos genitores.

É necessário que a afirmação de “amar é faculdade e não obrigação” ser superada, pois realmente o Estado não tem como controlar o sentimento das pessoas, no entanto o amparo dos genitores para com os filhos vai muito além de o fator amar e pagar pensão alimentícia, uma vez que aquele não pode negligenciar ao filho os deveres inerentes a função de pai, é neste aspecto que a indenização por abandono afetivo atua, é no princípio da solidariedade, no dever de cuidado, em que a supracitada afirmação deve ser substituída por “cuidar é obrigação”. É

neste pormenor que o Estado por meio de seu poder de tutela deve atuar levando-se em consideração inclusive que o vínculo existente entre pais e filhos é também um vínculo legal e que deve ser obedecido, contudo, uma vez violado esse dever de cuidado, rompendo-se o vínculo diretamente, compreende-se que é cabível a reparação do dano moral em face do filho que foi abandonado afetivamente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**: promulgado em 01 de janeiro de 2002. Vademecum. 27. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Vademecum. 27. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. Abandono Afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. In: **Genjuridico**, 10 de agosto de 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/10/abandono-afetivo-reflexoes-partir-do-entendimento-do-superior-tribunal-de-justica/>. Acesso em: 06 out. 2019.

CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

JURÍDICO, Consultor. Não Basta Pagar Pensão, diz TJ-MG ao Condenar Pai por Abandono Afetivo. In: **Conjur**, 06 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-06/nao-basta-pagar-pensao-tj-condenar-pai-abandono-afetivo>. Acesso em: 21 out. 2019.

JURÍDICO, Boletim. Filha Será Indenizada Por Abandono Afetivo do Pai. In: **Boletim Jurídico**, 15 de maio de 2019. Disponível em: <http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/filha-sera-indenizada-por-abandono-afetivo-do-pai/>. Acesso em: 21 out. 2019.

PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. É Possível Pedir Indenização Por Abandono Afetivo. In: **Rodrigo da Cunha.adv**, 28 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/e-possivel-pedir-indenizacao-por-abandono-afetivo/>. Acesso em: 05 out. 2019.

SARA, Williane. O Abandono Afetivo e Sua Reparação. In: **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <https://willianesara21.jusbrasil.com.br/artigos/643735086/o-abandono-afetivo-e-sua-reparacao>. Acesso em: 21 out. 2019.

SCOPEL, Érika Susin. É Possível Pedir Indenização Por Abandono Afetivo. In: **Azzolin Advogados**, 16 de novembro de 2018. Disponível em: <https://azzolinadvogados.com.br/tag/abandono-afetivo-indenizacao/>. Acesso em: 05 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TARTUCE, Flávio. Da Indenização Por Abandono Afetivo na Mais Recente Jurisprudência Brasileira. In: **Migalhas**, 26 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>. Acesso em: 06 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. STJ Entende Pela Primeira Vez Pela Reparação do Abandono Afetivo. In: **Jusbrasil**, 2012. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822406/stj-entende-pela-primeira-vez-pela-reparacao-do-abandono-afetivo>. Acesso em: 06 out. 2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS EM REDES SOCIAIS

Ana Clara dos Santos Costa ¹

Isabelly Larissa Rolim da Silva ²

Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas (Orientador) ³

RESUMO

O presente artigo tem como escopo principal, compreender a realidade que se avista diariamente com o uso indevido nas redes sociais. Dessa forma, verifica-se a imposição de adaptação jurídica ao atual contexto social, que com isso ganha notoriedade a reparar civilmente os danos no que diz respeito aos respectivos provedores. Tendo como objetivo primordial, apurar a possível aplicação da entidade da responsabilidade civil, apresentando conteúdo quanto à disposição do material nocivo divulgado por seus usuários. Neste viés, realiza ato ilícito todo e qualquer indivíduo que viola o princípio geral de não suscitar dano a outrem, seja ele por ação ou omissão, sendo que o agravo gerado pode ser de norma material ou moral. Logo, a autonomia somada a ausência de uniformização específica, deixa a incerta impressão de que a internet seria uma “terra sem lei”.

Palavras-chave: Redes Sociais. Danos Morais. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This article has as its main scope, to understand the reality that is seen daily with the misuse in social networks. Thus, there is the imposition of legal adaptation to the current social context, which with this gains notoriety to repair civil damages to the respective providers. With the primary objective of investigating the possible application of the liability entity, presenting content regarding the disposal of harmful material disclosed by its users. In this bias, any unlawful act is performed by any individual who violates the general principle of not causing harm to others, whether by action or omission, and the offense generated may be of material or moral norm. Thus, autonomy plus the absence of specific uniformity leaves the uncertain impression that the internet would be a "land without law."

Keywords: Social networks. Moral damages. Civil responsibility.

¹ Graduanda no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC. E-mail: anaclaracz180@gmail.com

² Graduanda no curso de Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC. E-mail: isabelly_silvacz@outlook.com

³ Mestre em Recursos Naturais pela UFCG. Advogado. E-mail: josephragner@gmail.com

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é a obrigação que o indivíduo traz consigo de reparar o dano causado a outrem. A teoria da responsabilidade civil busca determinar as posições em que alguém pode ser considerado como responsável pelo dano causado. Partindo do posicionamento de que transgredir um dever jurídico por meio de um ato lícito ou ilícito, possui o dever de repara-lo, uma vez que está incluso o dever jurídico originário e é através deste que se passa a ter um dever jurídico sucessivo, ou seja, o de reparar o dano que fora originado.

Com a chegada da internet, meio veloz e de ampla mobilidade, trouxe consigo o aumento da violação à privacidade, no que favorece os ataques à honra da pessoa. Neste, iremos versar sobre o que se entende por dano moral, do mesmo modo que a justiça enquadra em sua esfera o que fora lesado. Desse modo, o dano moral por muitos anos vem sendo motivo de controvérsia por algumas doutrinas no que diz respeito ao meio íntimo do ofendido, diante da facilidade e velocidade que as redes sociais proporcionam, deixando-os mais fáceis ao acesso de todos.

Em seguida explanaremos a Lei n ° 12.965/2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, que dispõe acerca da particularidade do ambiente virtual e as possíveis interferências desta normatização frente à internet livre no Brasil. Se baseia em três importantes princípios, tais como: Neutralidade; Privacidade e Liberdade de Expressão.

Por último, abordaremos a utilização indevida da imagem nas redes sociais, já que é um direito personalíssimo. Após a Lei 12.737/2012, mais renomada como “Lei Carolina Dieckmann”, na qual tipifica os crimes de invasão de computadores sem que haja consentimento prévio do proprietário. Acontece que com o advento da evolução abriu portas para o maior desempenho de novos atos ilícitos, e é nesse parâmetro que o direito adentra com a finalidade de erguer barreiras sólidas em combate a criminalidade virtual.

MATERIAL E MÉTODOS

Para o desenvolvimento deste estudo acerca da responsabilidade civil por danos morais nas redes sociais, utilizou-se como mecanismo de abordagem o método dedutivo, buscando uma análise geral do tema para se chegar em uma determinada conclusão. Foram utilizadas para a elaboração deste trabalho fontes bibliográficas das Ciências Jurídicas e Sociais, precisamente

na área do Direito Civil, assim como a consulta de artigos científicos, além de fontes documentais, tais como o Código Civil de 2002 e a Jurisprudência.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Há no mundo contemporâneo uma série de paradigmas acerca da responsabilidade civil, e com o advento de novos danos, tem a necessidade de fixar novas correntes de reflexão para impossibilitar possíveis danos, provindos das relações atuais.

O propósito da responsabilidade civil vem se adaptando à existência de relações sociais, no ordenamento jurídico, onde deve se pautar a estabilidade, visando guardar a harmonia desses vínculos de segurança jurídica. O tema responsabilidade civil tem obtido um novo intuito que contém e visa proteger diversas circunstâncias.

DANO MORAL

Dano moral caracteriza-se como ofensa ou violação dos bens de ordem moral de um ser, tais sejam o que se referem a sua liberdade, a sua honra, a sua saúde (mental ou física), a sua imagem. São perdas decaídas por um abuso à norma e a dignidade da pessoa, qualificando como uma ofensa da sua reputação, sendo a dignidade humana um direito conceituado em nosso ordenamento jurídico como o dever e direito de todos. É lesão de bem que faz parte dos direitos no que diz respeito à personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, que consta nos artigos 1º, III e 5º, V e X, da Constituição Federal, no que condiz ao lesado dor, tristeza, vexame e humilhação.

O dano moral não é somente a angústia, o desgosto. É muito, além disso, no que fere a aflição espiritual, ou seja, a perturbação que decai o caso danoso, pois esses estados de espírito compõem a consequência do dano. Vai da dor que os pais sentem pela morte de um filho, até a humilhação de quem foi injuriado publicamente, pois a cada caso se distinguem pelo fato de cada pessoa sentir da sua maneira.

Logo, os lesados tanto indiretos quanto a própria vítima, possuem o dever de requisitar a reparação pecuniária em detrimento do dano moral, por mais que esse valor não supra a dor que sentem ou sentiram, mas, que lhes seja prestado um meio afim de amenizar em parte as consequências da lesão jurídica por eles sofrida. Consiste na lesão a um proveito que visa o

agrado de um bem jurídico extrapatrimonial incluso nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família).

Em suma, vale enfatizar o dano moral como um dos institutos mais relevantes dentro da área da responsabilidade civil, dispondo a uma grande série de subjetividade que o cerca, tanto no seu conceito, quanto na dificuldade de mensurar a sua extensão. No entanto, diante do vasto universo de desprazeres que pode vir a acontecer no ser humano com o dano causado, o dano causado deve ser usado com muita cautela.

De acordo com Correa, 2011:

A honra é o conjunto de qualidades físicas, morais e intelectuais do ser humano, é patrimônio moral do indivíduo, considerado direito fundamental do ser humano, e todo indivíduo é merecedor de respeito no meio social em que vive. Honra é inerente a todo ser humano, é um sentimento natural, e a ofensa produz uma significativa dor psíquica, um abalo moral, geralmente acompanhado de atos de repulsão ao ofensor.

A honra é um dos requisitos mais notáveis do ser humano, tanto é que a Constituição Federal antevê como direito e garantia individual com a violabilidade da honra das pessoas e prevê a reparação do dano moral.

A reparabilidade do dano moral é um conteúdo com muitas controvérsias na doutrina tanto nacional como na estrangeira, tão somente sendo pacificado no regulamento constitucional brasileiro, com a implantação da Constituição Federa, que pressupõe a indenização pelo dano moral.

OBJEÇÕES CONTRA A REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Muitas são as impugnações contra a reparação do dano moral, desde daquela que supõe a imoral, se não há divergências, debater em juízo os sentimentos mais íntimos, assim como a dor experimentada por um indivíduo e oriunda de um ato ilícito praticado por outrem.

Dentre essas questões vale destacar as mais relevantes, que são elas: a ausência do seguimento durável do dano moral, o contratempo de notar a subsistência do dano, a indeterminação da quantidade de pessoas lesadas, a improbabilidade de explícita ponderação em dinheiro na extensão do dano moral, o indeterminado poder de disponibilizar ao magistrado

para analisar o montante reparador do dano meramente moral. As objeções acima formuladas, vem sendo reiteradas no campo doutrinário. Pois a conjuntura de um fato danoso não ter resultado definido não ilide a permanência de um prejuízo.

MARCO CIVIL DA INTERNET

É a lei que tende a direcionar os direitos e deveres dos usuários, provedores de serviços e conteúdos para os envolvidos com o uso da internet. O seu crucial objetivo é prevê condutas criminosas em seu âmbito online, além de acatar os princípios da neutralidade da rede, da privacidade dos usuários e da liberdade de expressão.

Vejamos na Lei do Marco Civil prescrito no art. 21, Lei 12.965/2014:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo senas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo” (BRASIL, 2014).

O artigo em estudo expõe sobre a responsabilidade civil do provedor nos fatos em que um, de seus utilizadores que versem postar vídeos ou imagens como explicado acima, e também mostrando outros instrumentos com teor sexual sem o devido consentimento, dessa forma rompendo os direitos autorais. Nesse pressuposto, o provedor vai contestar, subsidiariamente, pois de fato não se remova a temática esclarecido e propriamente nomeado, até então a intimação parte do prejudicado, independente de uma autorização judicial.

Com o Marco Civil da Internet em análise, vai haver com a responsabilidade dos provedores isentando o dever da diligência para que se facilite a execução dos delitos. Dessa forma os provedores só irão assumir que o mesmo se indefira de exercer o cumprimento da ordem judicial, para a eliminação da matéria violada os direitos da personalidade.

A neutralidade da rede reside na democratização da qualidade da rapidez do ingresso a internet, sem as devidas discriminações de continência que estão acessíveis no ambiente online. Assegura o tratamento isonômico para qualquer volume de dados sem que o alcance ao

conteúdo dependa do valor pago, desse modo os provedores ficam vedados de discernir usuários com base nos sistemas que acessam.

O Marco Civil da Internet certifica a privacidade dos usuários evitando que as referências pessoais sejam vendidas para empresas terceiras, sem a prévia permissão do usuário, que geralmente deve ser feita no instante do preenchimento dos dados do cadastro de um site por exemplo. O usuário terá como garantia o direito a inviolabilidade e ao sigilo das notificações, as empresas terão que amplificar mecanismos para prometer, por exemplo, que os e-mails só sejam lidos pelos destinatários, promete também a proteção dos dados pessoais, com o apoio das empresas de internet com órgãos de anúncios estrangeiros que se tornam ilegais.

O princípio da liberdade de expressão tem como garantia a impossibilidade de recusar por parte das redes sociais, por exemplo, que ficam censurados de omitir conteúdo dos usuários sem determinação distintiva de uma ordem judicial, com a exceção de conteúdos com nudez ou atos sexuais privados, por exemplo. A decisão sobre a remoção dos conteúdos fica limitada a justiça. Atualmente, muitos provedores tiram do ar imagens e vídeos que recebem a partir de simples notificações.

LEI CAROLINA DIECKMANN

A nova lei obteve destaque porque, antes de ser publicada e sancionada, já tinha recebido o nome de “Lei Carolina Dieckmann”. Este apelido se deu em critério da repercussão do feito pelo qual a atriz teve seu computador invadido e seus arquivos pessoais subtraídos, também com a divulgação de fotos íntimas que celeremente repercutiu pela internet através das redes sociais.

O mundo moderno requer do direito uma atenta orientação nas alterações ocorridas na sociedade, especialmente no que corresponde ao âmbito da informática, que se encontra em incessante evolução. Decorre que tal evolução ao acionar caminho para novas conquistas também abre passagem para a prática de novos ilícitos. É através dessa vertente que o direito coopera com o objetivo de construir barreiras sólidas em combate à criminalidade virtual.

Nos dias em que correm, a maioria dos brasileiros dependem de seus aparelhos digitais, depositando dados e informações alusivas à sua vida profissional e pessoal. Tais informações portam estreito liame com seu proprietário (pessoas físicas, empresas, instituições bancárias, etc.) e o conteúdo guardado em seus computadores, tablets e celulares pode espertar o fascínio

do criminoso, que ali encontram dados referentes às contas bancárias, número de cartão de crédito, contas de e-mails e ademais informações.

Os recursos de segurança dos sistemas de computadores já não são autossuficientes para prevenir a intrusão de máquinas digitais. Em função disso, é necessário que o direito invada o campo cibernético e produza novas barreiras protetivas, objetivando a segurança e a garantia da privacidade que os indivíduos devem gozar livremente.

A nova lei, no “*caput*” do artigo 154-A, dispõe que é crime:

invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita (CONSULTOR JURÍDICO, 2013).

Extrai-se do texto legal o intuito de indiciar a conduta do agente que se apodera, driblando os meios de segurança, e adquire, falsifica ou destrói a intimidade digital de outrem, bem como a instalação de vulnerabilidade para aquisição de vantagem ilícita. Nota-se, a necessidade da existência de um dispositivo de segurança no sistema do aparelho, visto que a lei conserva o incidente do crime com a maculação inadequada deste.

No entanto, a Lei 12.737/2012 é um dos principais estímulos na razão de instaurar segurança jurídica na vida privada online, seja ela efetiva ou não, que exterioriza certa importância no ordenamento jurídico em ponderar a internet como um campo de atuação relativa. Embora haja um entendimento sobre a imposição da segurança privada, dessa forma a lei levanta uma série de deliberações, ainda que disponha fatos que tem a necessidade de ser considerados pela doutrina e também pela jurisprudência que se fixa e que se certifica em questão as inovações essenciais, observando todo o aparato tecnológico que faz parte das nossas atividades diárias.

Portanto, há tempo para combater a crescente quantidade de crimes cibernéticos, com a conseguinte execução de condenação aos responsáveis pela prática. O que se espera é que seu desempenho efetivo seja capaz de proporcionalizar mais segurança para a comunidade plugadas em seus equipamentos virtuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se apresenta uma relevante função adotada por um instituto acerca da responsabilidade civil no ordenamento jurídico, tencionando assim outros elementos do direito, este foi um instrumento de modificação, adequando uma constante transformação na sociedade, dessa forma transmutando os indivíduos a integrar as relações jurídicas atuais. E com o aparecimento de novos danos, também tem a imposição de progressão do ordenamento, no tocante de novos interesses e direitos do apoio jurídico por parte do composto sistema jurídico.

Diante disso, os danos provocados em virtude dos novos conflitos que surgem no decorrer do tempo com a relação das redes sociais, visando assim a reparação completa do dano, dessa maneira deve-se usufruir de recursos eficientes para que se possa decorrer de uma devida reparação, na presença da omissão dos institutos efetivos, buscando a revolução dos mesmos.

No que diz respeito a reparação civil deve remir a vítima da lesão sofrida pelo injuriado, compreendendo todos os danos, evidenciando a verossimilhança da cumulação destes, bem como se expressam a reparação de uma forma que seja integral e que ocorra o senso da justiça parcial.

O reconhecimento da subsistência do dano moral e o montante a ser registrado à título de indenização só será capaz mediante contraditório e ampla defesa, o quem nem sempre é fácil no caso concreto. O fato a ser ressarcido dos danos morais não pode atuar, como vem acontecendo, na condição do senso comum.

Na sua dimensão do mundo atual, necessita que se busque obter um determinado grau de tecnicidade, no enfoque da ciência do direito, cooperando para a edificação de uma ordem teórica que seja idealizada o suficiente para demarcar as numerosas peculiaridades do instituto. A ausência da rigidez científica e clareza na conceituação do dano moral, que tem acarretado obstáculos ao devido desenvolvimento da responsabilidade civil, além de incorrer, diariamente, nas graves injustiças e incertezas aos jurisdicionados.

O dano moral deve ser analisado com maior seriedade, visto que seria também uma exigência proteger a pessoa humana e seus direitos fundamentais, torna-se imediato distinguir, relativamente no que tange a presunção dos danos morais.

Verifica-se, portanto que a doutrina ainda não obteve uma concreta correção o que realmente vem ser dano moral, de modo que a jurisprudência se demonstra incerta no reconhecimento dos acontecimentos em que é configurada a espécie de dano. Tendo em vista,

que o dano moral está claramente presente em milhares de ações judiciais ajuizadas no País, e a sua demanda se mostra importante para que se mostra uma aplicação das decisões judiciais de forma correta, de forma a reprimir o acontecimento de injustiças resultante falhas de conceituação.

Desse modo, mostra-se absolutamente fundamental semelhante compreensão, com parâmetros objetivos e seguros, de forma a incentivar uma melhor definição do assunto e certificar maior proteção nas relações jurídicas e nos julgamentos das ações judiciais que integram esta matéria.

Conforme ao que se nota, o Marco Civil da Internet efetivou profundos impactos no que condiz a normalização do uso da rede e nos conteúdos nelas veiculados, em especial quanto à consagração dos direitos dos usuários como também à deliberação que os provedores e o Poder Público têm por deveres. Todavia, a lei não foi capaz de impedir os conflitos a respeito da matéria, haja vista ter-se mostrado insuficiente na solução de conflitos entre os sujeitos incluídos na relação estabelecida pela internet.

Nesse sentido, um dos pontos mais discutível é a responsabilidade pelos conteúdos que circulam na rede. Deste cenário, extraem-se algumas decorrências, como o crescimento da demanda pelo Judiciário, além das controvérsias que o Marco Civil, a lei tardou a discussão urgente acerca dos crimes praticados na esfera da internet, os denominados “crimes cibernéticos”.

Por fim, demanda que se promovam parâmetros com o fundamento de esboçar a conquista real que o uso da internet resulta na vida de todos os cidadãos, com o propósito de que seja garantido acesso irrestrito, observadas a liberdade de expressão e a preservação da intimidade dos usuários e moderar a operacionalização da rede na prática de crimes. Diante do que explanado, é notório que antes da chegada da Lei 12.737/2012, não havia sequer um dispositivo afim de adequar quem perpetrava o crime de invasão de dispositivos informáticos. Após a chegada dessa Lei, os agentes que cometem esse tipo de invasão, serão indiciados, já que antes mesmo do caso ocorrido com a atriz inúmeras vítimas já eram registradas pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

CHAVES, Alexandre. **Danos morais: em decorrência de postagens indevidas nas redes sociais.** Artigo. Disponível em: <https://alexandrechavesadv.jusbrasil.com.br/artigos/619777451/danos-morais-em-decorrencia-de-postagens-indevidas-nas-redes-sociais>. Acesso em: 16 out. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Acesso em: 24 set. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze, **Novo curso de direito civil** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Acesso em: 26 set. 2019.

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira, **A nova lei Carolina Dieckmann**. Artigo. Disponível em: <https://EudesQuintino.jusbrasil.com.br/artigo/121823244/a-nova-lei-carolina-dieckmann>. Acesso em: 04 out. 2019.

LIMA, Fábio Caetano Freitas, **Dano Moral: um estudo sobre a sua conceituação**. Elaborado no dia 12/2016. Artigo. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54474/dano-moral-um-estudo-sobre-a-sua-conceitacao>. Acesso em: 02 out. 2019.

MORAES, Juliana Moreira. **Responsabilidade civil das redes sociais**. Artigo. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68194/a-responsabilidade-civil-das-redes-sociais>. Acesso em: 14 out. 2019.

PIOLI, Roberta Raphaelli, **Delitos informáticos Lei Carolina Dieckmann traz inovações necessárias**. 7-04-2013, Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://jus.com.br/2013-abr-07/roberta-pioli-lei-carolina-dieckmann-traz-inovacoes-necessarias>. Acesso em: 28 set. 2019.

RODRIGUES, Silvio, Direito Civil, V. 4. **Responsabilidade Civil**. 20. ed. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. Acesso em: 24 set. 2019.

SÁ, Gillielson, **O que é dano moral? Conceito, características básicas e dispositivos legais pertinentes**. 2017. Artigo. Disponível em: <https://gillielson.jusbrasil.com.br/artigos/512201765/o-que-e-dano-moral-conceito-caracteristicas-basicas-e-dispositivos-legais-pertinentes>. Acesso em: 30 set. 2019.

SILVEIRA, Neil; SOUSA, Mirian Lima de.; MELO, Antônia Morgana de Alcântara Jorge, **Crimes cibernéticos: invasão de privacidade à luz da Lei Carolina Dieckmann**. Elaborada no dia 10/2017. Artigo. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61325/crimes-ciberneticos-e-invasao-de-privacidade-a-luz-da-lei-carolina-dieckmann>. Acesso em: 08 out. 2019.

SOUSA, Maria Uyamara Sobral de. **A reparação do dano moral decorrente da perda de uma chance como instrumento de promoção da dignidade humana**. Cajazeiras -PB. 2018. Acesso em: 24 set. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. Acesso em: 06 out. 2019.

O DESENVOLVIMENTO DO EMPREENDEDORISMO E DAS TÉCNICAS JURÍDICO-DIGITAIS NO ÂMBITO DO DIREITO MODERNO

NETO, Antônio Lacerda Rolim ¹

Lima, Otílio Moura ²

MORAES, Éverton Gonçalves de ³

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade, evidenciar as possíveis táticas do ramo empreendedor que podem ser utilizadas por advogados no dia a dia de suas atribuições sem que descaracterize o âmago da profissão. Discute-se ainda, fatores responsáveis pela otimização das funções advocatícias e os benefícios decorrentes de se investir no meio digital e em softwares especializados, como uma forma de seguir o curso da modernização e abandonar os velhos hábitos de produção técnica jurídica, que apesar de terem sua contribuição prática, ressalta-se que uma otimização necessária só traria benefícios ao referido operador do direito, dispondo, tanto de uma organização laboral, quanto de uma eficiência ao pleito de seu constituinte. É uma pesquisa com viés crítico e analítico, voltado para desenvolvimento de ideias e melhoramento da prática jurídica, no que tange a atuação do advogado perante a defesa legítima de seu cliente.

Palavras-chave: Empreendedorismo. Advogados. Softwares Jurídicos. Otimização.

ABSTRACT

The present study has as its use, highlight as possible entrepreneurial tactics that can be used by lawyers in the day to day of their attributions without misrepresenting or hate the profession. Factors responsible for optimizing the advocacy functions and benefits that will be invested in the digital environment and specialized software are also discussed, as a way of following the modernization course and abandoning the old habits of legal technical production, which affect its practical contribution, it is emphasized that an optimization is necessary only for the benefits indicated by the right operator available, both for a labor organization, and for an economy at the expense of its constituent. It is a research with criticism and analytics, focused on the development of ideas and best legal practices, without the action of a lawyer who deems to be a legitimate defense of his client.

Keywords: Entrepreneurship. Lawyers. Legal Software. Optimization.

¹ Acadêmico do 8º período do curso de Direito; Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC; E-mail: lacerdapro99@hotmail.com;

² Acadêmico do 8º período do curso de Direito; Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC; E-mail: otileo.moura21@gmail.com;

³ Professor do Curso de Direito da FAFIC, Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável PPGD/UNIPÊ. Integrante do GP Estado, Sociedade Civil e Desenvolvimento Econômico Sustentável;

INTRODUÇÃO

Diante da conjuntura atual, com o máximo desenvolvimento mecânico tecnológico presente na sociedade, é de certo que um dos maiores combustíveis que ensejam tal evolução é a internet. Não obstante, o meio jurídico de forma alguma poderia deixar de observar e de ao menos tentar familiarizar-se com essa nova perspectiva social.

Ocorre que, nos últimos anos, no arcabouço jurídico, tem-se tido a necessidade de certa “adaptação de burocracia”, ou seja, procedimentos antiquados amalgamados por entendimentos ultrapassados e que não condizem nenhum pouco com a celeridade que a sociedade atual impõe. É certo que passos importantes foram dados, a exemplo da instauração da cultura dos processos eletrônicos, que além de preservarem o meio ambiente com a incontável economia de papel ainda agraciou a todos que fazem parte das engrenagens da justiça, evitando a morosidade e ampliando o aprimorando a celeridade. Outro exemplo que pode ser tomado é a criação do PJE, um sistema totalmente funcional que está atrelado diretamente às funções processuais.

Quanto à importância da tecnologia e da internet em âmbito jurídico já não resta mais dúvidas de sua procedência, no entanto, não é exagero algum dizer que tais fundamentos são deveras rasos diante do oceano incomensurável já explorado pelas empresas de grande porte existentes. O cerne da questão sempre encontrou resistência nesse ponto, pois o que aparentemente pode causar repugnância em certos operadores do direito e grandes estudiosos jurídicos é o fato de associar a atividade jurídica a uma atividade empreendedora. É louvável sim arrazoar o fato de que devido a função do advogado ser para com a sociedade e que a profissão por ter caráter assistencial voltado a problemas existentes no âmbito social não deve ter caráter comum e sim *sui generes*, afirmação essa ratificada pelo fato de que não se pode cobrar em si pelas atividades prestadas pelos advogados como forma de salário e sim como forma de honorários, não afasta a realidade de que táticas de empreendedorismo e de otimização tecnológica são bem vindas e em certos casos necessárias para o bom desenvolvimento da atividade advocatícia.

Com o avanço da sociedade e do conseqüente crescimento da tecnologia, a advocacia passa por um processo de flexibilização e desenvolvimento, frente aos novos meios de comunicação social, dos quais implementaram a cultura do imediatismo, no qual, tudo se resolve de forma célere, seja uma relação social ou mesmo uma relação de consumo. Isso nos eleva o entendimento que o modos de atuação no direito sejam incumbidos a seguir o curso da

sociedade, no que tange a atuação na constância dos atos processuais, culminado em decisões judiciais e resoluções litigiosas mais céleres, isso abre margem para os novos métodos de resolução de conflitos, trazidos pelo código de Processo Civil de 2015, quais sejam a conciliação, mediação e arbitragem, fomentando assim resposta consensual para o fim de uma lide.

Os novos métodos de resolução consensual de conflito possibilitaram uma forma de solução mais célere, abrindo margem para os operadores do direito explorarem esse novo campo revolucionário de atuação, ainda pouco entendido pela população, mas que transformará a forma de atuação do advogado, abrindo grande margem para a utilização da tecnologia. Logo, expandindo a resolução de conflitos, abre margem na utilização de um discurso que possibilita o uso tecnológico na busca de resolver conflitos de forma virtual.

Podemos destacar ainda que esses meios podem trazer vantagens na atuação advocacia, frente a um mercado extremamente competitivo, pois o uso de programas que visam obter relatórios sobre determinadas decisões ou situações do direito e do cotidiano jurídico, bem como auxiliar o desenvolvimento de peças processuais consideradas padrões tornam a vida do advogado bem mais fácil, e principalmente, agiliza a referida atuação frente aos anseios de seus clientes, valorando ainda mais vantagens na busca do êxito em suas lides.

MATERIAL E MÉTODOS

O estudo em tela foi produzido com base em discussões encontradas em artigos disponíveis em sítios na internet, assim como, o desenvolvimento de entendimentos variados. Foram realizadas leituras prévias e analíticas, com finalidade de tecer reflexões aprofundadas sobre a evolução tecnológica e seus reflexos no mundo jurídico, mais específico, no labor da prática advocatícia.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante do significado do termo “tecnologia” pode-se entender precipuamente qual a sua finalidade principal, sendo esse, um produto da ciência e da engenharia que envolve um conjunto de instrumentos, métodos e técnicas que visam à resolução de problemas. Seguindo esse raciocínio axiológico, entende-se veementemente que a princípio, a tecnologia tem como função fulcral a de facilitar a resolução de problemas.

Ocorre que, o Direito, com todas as suas raízes consistentes e ramificadas ainda nos dias atuais, encontra-se petrificada com práticas retrogradadas e até mesmo grosseiras diante de todo o caminhar da evolução tecnológica. É imprescindível que isso aconteça, diante do fato de que o mundo jurídico tem como uma de suas máximas o fato desenvolver suas práticas e seus conceitos a medida da evolução social. É fato que tal pensamento é ideal, mas nem sempre o ideal condiz com a realidade prática.

Majorando o fato de que o Direito não consegue acompanhar a evolução da sociedade, o que parece ocorrer é que, certos operadores do direito, e grandes personagens que fazem parte da alta cúpula da Ordem de Advogados do Brasil (OAB) preferem fechar os olhos para evolução desenfreada da tecnologia do que se atualizar e desenvolver as novas técnicas instauradas no âmbito jurídico.

A partir desta realidade, acaba de modo reflexo, atingindo de forma análoga outros métodos e até mesmo ferramentas que possuem um enorme potencial para o desenvolvimento do ramo advocatício.

A FACILITAÇÃO DA OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES PROCESSUAIS E A INSTAURAÇÃO DOS PROCESSOS ELETRÔNICOS

Outro avanço que a tecnologia acarretou para com a sociedade em geral certamente foi à facilitação da obtenção de informações processuais. Tal benefício contribuiu não somente com o jurisdicionado, lhe propiciando um contato mais próximo com o seu processo e com o acesso a justiça e a informação, mas principalmente a figura do advogado, que anteriormente, para obter certas informações de processos específicos tinha a necessidade de se locomover entre comarcas e muitas das vezes em cidades diferentes, o que tornava a marcha processual ainda mais moroso.

Contribuindo para tal fato, surgiu a figura do processo eletrônico, instaurado no poder judiciário principalmente, onde deixou-se para trás pilhas e mais pilhas de processos físicos que prejudicavam imensuravelmente a natureza que iam contra todas as regras de sustentabilidade pois não raras as vezes em que gastava-se uma folha de papel somente para uma simples assinatura.

Esse processo foi regulado pela Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006 que desde então vem evoluindo cada vez mais chegando ao ponto onde é possível ter acesso a informações públicas, consultar processos próprios e de terceiros, desde que não corram em segredo de

justiça, além de peticionar de qualquer bastando ter o recurso da internet para isso, proporcionando otimização no âmbito processual.

TÁTICAS DE EMPREENDEDORISMO E SEUS BENEFÍCIOS PARA O ADVOGADO

Partindo do princípio de que a atividade do advogado é deveras prestigiosa e por isso não devem ser associadas a táticas de captação de clientes nem mesmo de obtenção de lucros, existe certa resistência em fundir técnicas empregadas no ramo do empreendedorismo com a prática advocatícia.

Certamente as atividades prestadas pelo advogado são restritas ao mesmo pelo fato de ser muita das vezes técnicas e não abrir margem para manuseio de forma maleável. No entanto, agregar pontos positivos de áreas divergentes sempre foi louvável pelo ramo do direito sempre justificando pelo viés da interdisciplinaridade. Não poderia ser diferente das técnicas desenvolvidas pelo meio empreendedor, que não se confundem de forma alguma como táticas de captação indevidas, sendo tais, práticas extremamente reprovadas pela Ordem (OAB).

Visto que, a celeridade e a produção qualificada sempre foram pilares para o desenvolvimento de uma empresa e que fazendo uma análise comparativa com a atividade advocatícia são esses também pontos a serem buscados pelo advogado para com o seu jurisdicionado, é certo que empreendedorismo e o ramo advocatício caminham lado a lado, certamente com suas diferenças, mas que não extinguem suas particularidades. Compactuando sobre tal assunto disserta Rita de Cássia da Costa Malheiros, juntamente com Luiz Alberto Ferla e Cristiano J. C. de Almeida Cunha na brilhante obra do mundo empreendedor “Viagem ao Mundo do Empreendedorismo” acerca das características de um empreendedor: “Empreendedores não fogem aos obstáculos. Imagina caminhos novos, diferentes; mudam ou criam valores. Iniciativa, persistência, especialização, persuasão e capacidade de assumir riscos são alguns dos traços comuns entre empreendedores de sucesso (MALHEIROS, 2005 p. 22)”.

O advogado em toda sua prática jurídica ladeia-se de técnicas de aproximação com o cliente, métodos de persuasão, planilhas para enumeração de processos entre outras táticas que assemelham bastante com o ramo empreendedor, o que leva a entender que mesmo tendo suas particularidades, tanto a advocacia quanto o empreendedor possuem suas familiaridades.

Essa multidisciplinariedade tende a ser bastante frutífera, pois, levando em consideração máximas do ramo empreendedor, pode-se extrair incontáveis benefícios para prática advocatícia podendo ser levado como exemplo as palavras da grande empresária Bel Pesce, que

em sua obra “A menina do Vale” de maneira extraordinária conta um pouco de sua trajetória no ramo e dedica várias partes de sua obra fornecendo dicas de como o empreendedorismo pode mudar a vida de um indivíduo, quando trás que,

As empresas que têm sucesso são aquelas que aprendem o mais rapidamente possível. Essas empresas montam um ciclo de *feedback* que usam para validar suas suposições e voam por meio desse ciclo. Muitas vezes, são necessárias várias tentativas até encontrar um produto que os clientes realmente queiram. O segredo é aprender rapidamente com cada tentativa e continuar seguindo em frente.

É evidente que diante de toda a caminhada que um advogado percorre, a experiência é o maior ganho que pode se receber, e que assim converte com a própria prática. Não é diferente de um empreendedor, que busca aprender com seus erros e maximizar a sua produção a partir destes.

OS SOFTWARES E A PRÁTICA JURÍDICA

Considerado a inteligência de um computador, o software, é um sistema de inteligência artificial que segue uma sequencias de instruções, interpretadas por um computador com o objetivo de executar as tarefas pretendidas por seu desenvolvedor. Assim entendemos que o,

Software é um agrupamento de comandos escritos em uma linguagem de programação. Estes comandos, ou instruções, criam as ações dentro do programa, e permitem seu funcionamento. Cada ação é determinada por uma sequência, e cada sequência se agrupa para formar o programa em si. Estes comandos se unem, criando um programa complexo.

A partir dessas informações, logamos um pouco do que se trata essa ferramenta funcional, logo podemos utilizá-lo das mais diversas formas e os mais complexos objetivos, facilitando ainda mais a atividade que se pretende realizar, com o devido padrão e organização que um bom programa de computador oferece.

Aplicar essa programação no âmbito jurídico, de início nos parece um desafio, mas logo percebemos que se trata apenas de uma em atuar aliando os conceitos jurídicos nas especificações de cada programa, moldando as funções desses dispositivos em decorrência das necessidades de seu usuário.

Dessa forma se for caso seja a necessidade de produzir peças processuais como simples petições, em uma rapidez maior, o programa deve ser alimentado com as devidas informações da petição, em uma função chamada banco de dados, que, são conjunto de arquivos relacionados entre si com registros sobre pessoas, lugares, ou coisas. Normalmente existem por vários anos sem alterações em sua estrutura.

Logo podemos compreender que o banco de dados nada mais é do que uma memória onde se armazena todas as informações pretendidas pelo o usuário. Portanto, em decorrência da necessidade do operador do direito é que se adequa o dispositivo, permitindo essa modulação, trabalha diretamente a necessidade do referido operador, fazendo com que seu esforço seja agilizado e trazendo uma peça processual mais completa, eximindo-se de erros simples, mas que podem tornar a petição inepta.

Como o objetivo do software é agilizar as atividades jurídicas, sem deixar de lado a veracidade das informações, bem como sua correta aplicação, o referido operador deve adequar o dispositivo a sua necessidade. Logo, se existe desordem em petições, o software pode agir na organização, mas, sobretudo lembrar que as necessidades mais complexas também são atendidas.

O software pode produzir petições iniciais que se padronizam, tendo o referido operador apenas de adequar questões fáticas, se necessário, mas sobretudo deve alimentar um banco de dados com as devidas informações, com um logística bem simples, com as devidas informações, tendo o programa de montar a petição, ou qualquer outra peça que o operador dispor.

Embora essas atualizações sejam demoradas, conseguimos por hora perceber, que o mundo jurídico da advocacia tem sido moldado na busca de uma atividade mais rápida, e se adequar a nova ideia de mundo, assim abre espaço até para as novas formas de comunicação utilizadas pelas redes, visto que o mundo se renova e o latim é pouco usado, então nos leva a atender, que esse seja o momento ideal para uma abertura jurídica aos novos meios de atuação social.

Diante da grande demanda jurídica existente na sociedade atual, a instauração de uma plataforma que trabalhe com a celeridade e com o auxílio de tais demandas é indispensável. Ocorre que, além de todos os tormentos comentados anteriormente, ainda existe a discussão de que um dia, a máquina possa substituir o homem, ou seja, o temor para com a IA (Inteligência Virtual).

A inteligência artificial baseia-se basicamente de uma série de códigos de programação que são criados para aprender com as interações que são fornecidas a mesma. De forma analógica, pode ser comparado a uma criança, que aos poucos vão aprendendo. Em sua definição básica, a inteligência artificial conceitua-se como, “Inteligência Artificial (IA) é um ramo da ciência da computação que se propõe a elaborar dispositivos que simulem a capacidade humana de raciocinar, perceber, tomar decisões e resolver problemas”.

Diante de tal conceito, é fato que a IA, quando usada de forma correta, teria contribuição imensurável no meio jurídico. Quando pensa-se em tal tecnologia, pode ser referenciado algumas táticas utilizadas em grandes escritórios de advocacia, que é utilizado um software que analisa através de modelos padrões, contratos por meio da IA, definindo quais as informações principais de tal contrato, se existe algum erro técnico e até mesmo separando os dados pessoais dos contratantes, além de fazer uma rápida pesquisa através dessas informações onde ao final , produz-se um relatório detalhado com os pontos principais do contrato analisado.

Com esse simples método, economiza-se tempo de pesquisa, material que seria utilizado como folhas, mão de obra de funcionários, evidenciando ainda mais o fator “otimização” que é princípio básico de uma boa marcha processual.

Em uma sociedade marcada por um enorme demanda de advogados, se reciclar ante aos novos meios de propagação de conhecimento é necessário, pois o ciclo da vida nos obriga a aderir os novos anseios sociais, para que possamos sobreviver quanto a atividade da advocacia, afinal de contas, por mais que não seja considerado uma atividade empresarial, vemos que na prática está intimamente ligada a essa teoria, pois o advogado que empreende, é um profissional com baixo volume processual.

Hoje, principalmente em razão da concorrência, quem não inovar está com os dias contados nessa profissão. Fazer um site, distribuir cartões, esperar o cliente e quando/se ele vier entrar na guerra de preço de honorários não é mais opção para os advogados que querem sucesso. O advogado precisa mudar sua postura diante da profissão.

Assim entendemos que praticamente o advogado ao terminar seu curso acadêmico, dispõe apenas dos conteúdos de Direito, muito embora de cara entre em um mercado altamente empreendedor, sem ao menos dominar técnica alguma de empreendedorismo, tornando-se um desafio ainda maior para sua atuação, frente a um mercado extremamente competitivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finda a era onde a advocacia resguardava-se apenas de procedimentos retrógrados e de práticas processuais ultrapassadas, instaura-se a necessidade de novos preceitos, de um novo modo advocatício. Nasce à necessidade de uma advocacia modernizada que atenda aos anseios da sociedade como nunca, com celeridade, qualidade, proximidade e o mais importante, produção.

Indiscutivelmente com todo o abarcar de tecnologias disponíveis no mercado e com as técnicas de desenvolvimento empreendedor, é impensável que o meio jurídico, em específico, o ramo advocatício não acompanhe tamanha evolução, principalmente pelo fato de que deve garantir para os seus jurisdicionados o melhor serviço, por se tratar de uma atividade de tamanha importância.

Partindo do princípio que a tecnologia vem para agregar as atividades do advogado, é indiscutível a ideia de que a máquina substituiria a mesma. Por mais que a IA venha a aprender com todos os ensinamentos e entendimentos aprendidos pela mesma, é evidente que por se tratarem de uma tecnologia imprecisa ainda para os dias atuais, a atividade humana ainda torna-se necessária para o bom desenvolvimento da atividade advocatícia.

Portanto, diante da conjuntura atual existente, a técnica empreendedora e as novas tecnologias só têm a agregar para com a atividade advocatícia, desde o momento da produção da peça, onde o software pode detectar possíveis contradições para com a disposição da peça até a parte final onde será proferida a sentença e a plataforma específica notifica já com o texto de sentença para advogado e cliente, otimizando a produção para ambas as partes.

REFERÊNCIAS

BELTRAME, Renan. **A importância e os impactos da relação entre Direito e tecnologia.** Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/direito-e-tecnologia/> Acesso em: 20 out. 2019.

CIRIACO, Douglas. **O que é Inteligência Artificial?** Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/intel/1039-o-que-e-inteligencia-artificial-.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

MALHEIROS, Rita de Cássia da Costa. **Viagem ao Mundo do Empreendedorismo.** 2. ed. Santa Catarina: Revisare, 2005.

PACIEVITCH, **Software.** Disponível em: <https://www.infoescola.com/informatica/software/>. Acesso em: 20 out. 2019.

PADILHA, Rodrigo. **Empreendedorismo Jurídico, você precisa saber.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/07/26/empreendedorismo-juridico-tudo-que-voce-precisa-saber/>. Acesso em: 21 out. 2019.

PESCE, Bel. **A menina do Vale, como o empreendedorismo pode mudar sua vida.** Disponível em: <http://ameninadovale.com/versaoonline/AMeninadoVale-BelPesce.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

NOVOS ARRANJOS FAMILIARES CONTEMPORÂNEOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

SOUSA, Jaciana Francisca Valdivino de ¹
OLIVEIRA, Roberta Ligia Duarte de ²
SILVA JUNIOR, Francisco Paulino da ³

RESUMO

Os novos arranjos familiares contemporâneos pontuam o princípio a dignidade humana. Ressaltando as transformações que ocorrem sobre a construção da família. Estas transformações e mudanças sociais são consideráveis no contexto social atual. A globalização, a situação econômica, a tecnologia e a cultura fazem parte do convívio familiar em proporções significativas. Hoje as novas mudanças, tanto na identidade como comportamentais são formas de traduzir a maneira como os membros familiares integram. A família com toda diversidade vivencia ao desafio de aprender e ensina a amar, respeitar as diferenças entre si, para educar os filhos dentro das limitações e dificuldades na contemporaneidade. Diante disso, os arranjos familiares são necessários e fundamentais para o processo de adaptação e com esse novo entendimento de família, torna-se consciente a socialização, transmissão de valores, crenças e costumes. Nesse sentido a pesquisa teve como objetivo explicar e elucidar os novos arranjos familiares contemporâneos com relação ao princípio da dignidade humana. O estudo foi um método dedutivo e técnicas concernentes à pesquisa bibliográfica e documental. Sendo assim os arranjos familiares contemporâneos contribuem para transformação de novos arranjos correlacionados com o princípio da dignidade humana. E por fim percebe-se que a as transformações globais e comportamentais na atualidade são fortes fatores sociais que influenciam na socialização e na transmissão dos valores, crenças e costumes no contexto familiar e social.

Palavras-Chaves: Contemporaneidade. Dignidade. Família.

¹Graduanda em Curso Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. E-mail: jacianavaldivino04@gmail.com

¹ Graduanda em Curso Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. E-mail: duarteroberta1@outlook.com

¹ Mestre em Ciências Jurídicas com área de concentração em Direito Econômico; Professor da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras - FAFIC e do Centro Universitário de Patos – UNIFIP. E-mail: fpsjunio@gmail.com

ABSTRACT

The new contemporary family arrangements today underline human dignity as a principle. Highlighting the transformations that occur about the construction of the family. These social transformations and changes are considerable in the current social context. Globalization, the economic situation, technology, and culture are all part of family life in significant proportions. Today new changes in both identity and behavior are ways of translating the way family members integrate. The family with all the diversity experiences the challenge of learning and teaches to love, respect the differences among themselves, to educate their children within the limitations and difficulties in contemporary times. Given this, family arrangements are necessary and fundamental to the process of adaptation and with this new understanding of family, becomes socialization, transmission of values, beliefs and customs. In this sense, the research aimed to explain and elucidate the new contemporary family arrangements regarding the principle of human dignity. The study was a literature review. These the contemporary family arrangements contribute to the transformation of new arrangements correlated with the principle of human dignity. Finally, it is clear that global and behavioral transformations today are strong social factors that influence the socialization and transmission of values, beliefs and customs in the family and social context.

Keywords: Contemporaneity. Dignity. Family.

INTRODUÇÃO

Na presente pesquisa, buscou-se a explicação e elucidação dos novos arranjos familiares contemporâneos com relação ao princípio da dignidade humana. O presente artigo tem como finalidade reconsiderar as transformações sobre a construção da família.

Nos dias atuais há mudanças sociais consideráveis no contexto sociais, vive-se a globalização em suas proporções socioeconômico, tecnológicos e culturais. Hoje é provável novas mudanças de profunda valores de identidades e de comportamentos. Sendo assim na concepção da dinâmica familiar traduz de forma indiscutível na maneira com que seus membros integram.

Com toda essa diversidade, o amor, o afeto, os sentimentos que passam a ser desafio tendo em vista que aprender a respeitar as diferenças do outro, saber educar os filhos dentro de todas limitações e dificuldades que possa existir, exige-se um esforço por parte do membro da família contemporânea, sendo assim os novos arranjos familiares trazem novos processos de adaptação. Com esse novo entendimento de família torna-se consciente pela socialização, transmissão de valores, crenças e costumes.

A família é uma instituição de origem biológica ou afetiva com função de transformar o organismo biológico em ser humano, como também uma formação social, sendo indispensável para a sobrevivência, desenvolvimento e proteção dos filhos e dos membros, independente do arranjo familiar ou forma como se construiu.

Em relação a família consanguínea ou afim que residem na mesma residência, a família é vista um dos principais agentes da socialização e da produção dos valores e padrões dos indivíduos onde envolvem posições etárias, posições sexuais, produtoras das representações sociais, que orienta as práticas sociais e familiares.

Tanto que, nas últimas décadas, são inegáveis as lutas pelas quais as entidades familiares buscaram alcançar proteção jurídica constitucional para o rompimento de preconceitos. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve modificações significativas, ampliando a e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e solidificando os princípios constitucionais como estrutura de todo o ordenamento jurídico.

A proteção à família é lançada no artigo 226, priorizada pelo Estado como elemento essencial à sociedade, por ser a forma adequada para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais. A existência da família é anterior à ciência do Direito, justificando-se o seu reconhecimento como um instituto social e, como tal, sofre influência da sociedade que está em constante.

O presente artigo, tem como finalidade de apresentar a necessidade de mudança de paradigmas para reconhecer esses novos vínculos e os direitos decorrentes, sob o princípio universal da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, por meio de pesquisas em doutrina, jurisprudência, artigos de *internet* e na legislação correlata, buscando esclarecer sobre os novos arranjos familiares contemporâneos a luz do princípio da dignidade humana.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DESDE O DIREITO ROMANO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO CÓDIGO CIVIL DE 2002 NOS ASPECTOS FUNDAMENTAIS CONTEMPORÂNEOS

A família é o lugar no qual se insere o indivíduo mais intimamente, estando nela implantado pelos laços afetivos, sendo através dela que se adquire a personalidade e o seu caráter, sendo essencial para a formação básica do indivíduo.

O Direito de família está ligada a vida do indivíduo, sendo assim as pessoas advirem do organismo familiar e permanecem conectados por toda sua vida, venham constituir um novo, podendo ser através do casamento, da reprodução e entre outros. A família merece toda proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil reportam-se a família, não definindo pois não existe um conceito certo, perante a Sociologia e o Direito.

O Direito de Família surgiu com o intuito de ajudar e a manter a família para que o indivíduo possa existir como cidadão. A família abrangeria pessoas ligadas pelo sangue, decorrente do tronco ancestral, aquelas pessoas ligadas pela afinidade ou adoção, englobando os companheiros, cônjuges e os demais parentes. Pela Lei na maioria das vezes referem-se a à família sendo compreendida mais restritamente e constituída pelos pais e filhos, o último sendo essencial para configuração atual.

Na Constituição Federal de 1988 houve uma revolução jurídica nos moldes de família. Na realidade os conceitos familiares já vinham sendo modificado. A Lei Maior representou o Direito de Família no Brasil. Sendo norteadada pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a igualdade entre os homens e mulheres, a Constituição Federal de 1998 tornou a família plural, extinguiu distinções na filiação é quebrando o modelo patriarcalista presentes nos códigos vigentes à época.

No Direito Brasileiro, até os dias atuais, o modelo canônico de família ainda permanece intensamente o ordenamento jurídico. Um exemplo típico dessa realidade encontra-se inserida no Código Civil de 2002, quando trata dos impedimentos do casamento em seu artigo 1.521, estabelecendo por exemplo, que não podem casar os ascendentes e descendentes, ou seja o parentesco natural ou civil, os afins de linha reta, o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem foi o adotante, os irmãos, unilaterais ou bilaterais e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive o adotado como filho do adotante, as pessoas casadas, o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa contra seu consorte.

Recentemente as famílias são formadas por diversas estruturas: famílias formadas por casais que já tiveram outros casamentos, pessoas que vivem sós, pais com filhos adotivos, mãe solteiras com seus filhos, casais que não possuem filhos, entre outros. Ainda temos as famílias que são uma espécie de retrato do momento atual em que vivemos e de todas as transformações contemporâneas: casais homossexuais - com ou sem casamento e às vezes adoção de crianças e núcleos familiares formados por casais que têm seus filhos através de inseminação artificial, doador de esperma, ou mesmo barriga de aluguel. Ainda temos as situações familiares ditas temporárias que em boa

parte dos lares acabam por se configurar permanentes como é o caso dos casais que coabitam durante algum tempo juntos e somente legalizam suas relações após o nascimento do primeiro filho (VILLA, 2008).

Estas mudanças ocorridas na sociedade, nas últimas décadas, passam pelas alterações de valores, sentimentos, crenças, atingem os segmentos sociais. Os valores tradicionalmente associados à família apoiados no princípio que atrelava sexualidade, reprodução e casamento passam a gradativamente serem transformados.

Nos dias atuais, a família não é identificada pela celebração e nem por a diferença de sexo do par ou pelo caráter sexual, o elemento distintivo da família, que coloca sob o manto da juridicidade, é a presença do vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida, gerando comprometimento mútuo. Sendo assim cada vez mais a ideia de família vai se afastando da estrutura do casamento. A família nos dias de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários que são: casamento, sexo e procriação. Em relação a virgindade que mudou, a prática fora e antes do casamento, a concepção não decorre mais do contrato sexual e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade.

Na atualidade a definição de família se torna um pouco para definir, é mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento, pessoas que são ligadas pelo vínculo do matrimônio, vem uma imagem da família patriarcal, o pai sendo a figura central, na companhia de sua esposa, com seus filhos, genros, noras e netos. Com o tempo essa visão foi tendo novas transformações.

Com a emancipação feminina e o ingresso da mulher no mercado de trabalho, levando para fora do lar, com isso deixando o homem de ser o provedor da família, sendo assim exigindo a participações nas atividades de casa.

Uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificar das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família. É um envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional cujo o núcleo é a vontade para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. (DIAS, 2015, p. 43).

A referida citação é um divisor entre o direito obrigacional e familiar. Ambos têm por substrato exclusivamente à vontade, o diferencial do direito de família é o afeto. Família é um grupo social, onde existe laços de afetividade, depois que a família patriarcal desapareceu, logo depois foram desempenhando funções políticas, econômicas e religiosas.

Um modelo novo de família funda-se sobre os pilares de afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. A família instituição que foi substituída pela família instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado (DIAS, 2015, p. 44).

De acordo com as mudanças constitucionais sobre o conceito de família, adaptaram um olhar democrático, mais igual e menos discriminatório. Um exemplo é a pessoa como referência e não mais o homem e sendo uma mudança terminologia de pátrio poder para poder familiar. A Constituição Federal de 1988 traz a importância da família em seu artigo 226º no qual a "família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Na Declaração dos Direitos Humanos reconhece que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

O conceito de família no Brasil houve mudança na Constituição Federal as alterações legais contidas no novo Código Civil de 2002, com vista a: acompanhar a revolução nos costumes, padronizar leis recentes, como a do divórcio, e dispositivos constitucionais referentes à família; e regulamentar jurisprudência que, nos tempos atuais. Assim, tanto na Constituição quanto no Código Civil, a família não é mais aquela que, com qualificação de legítima, era formada pelo casamento e constituía o eixo central do direito de família.

A Constituição Federal de 1988, a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.

NOVOS ARRANJOS DE FAMÍLIA

FAMÍLIA MATRIMONIAL

No ordenamento jurídico Brasileiro herdou diversas peculiaridades do direito Romano, na qual faz justificção da origem dos institutos que existe. Um direito matrimonializado, hierárquico, patriarcal, patrimonial e heterossexual.

Segundo Maria Berenice Dias as uniões entre homem e mulher com fins reprodutivos precedem à história, isto é, existiam antes mesmo de se inventar o conceito de sociedade, de se formar o Estado. E estes, “[...] sob o pretexto de manter a ordem social, passaram a regular estas uniões afetivas, de forma conservadora e moralista, denominando-a de família, consagrando-a ainda, como um sacramento e impondo a indissolubilidade do vínculo conjugal. (DIAS, 2015, P. 44)

Casamento é o alicerce da família e a união estável é formal entre homem e a mulher, com objetivo de satisfazer-se e amparar mutuamente, constituindo família. Há diferenças entre casamento e o namoro ou noivado, casamento possui uma união estável, enquanto o noivado e o namoro não vinculam o casal. O casamento é uma união formal, que é diferente da união estável, sendo que a mesma é livre e também recebe amparo legal.

Apesar do casamento ainda ser visto como a união que mais protege e que é incentivada pelo Estado (artigo 226º parágrafo 3º da Constituição Federal), a realidade fática vem demonstrado que existe inúmeras possibilidades de uniões, baseadas no afeto, que merecem a mesma proteção do Estado.

FAMÍLIA MONOPARENTAL

A família monoparental é protegida pela Constituição Federal, em seu artigo 226º no parágrafo 4º traz que a família monoparental é a entidade familiar composta por qualquer dos pais e composta por qualquer dos pais e sua prole (mono = um, único + parental = relativo aos pais).

A família monoparental é vista como uma opção, mas tradicionalmente como exteriorização de fracasso, haja vista o conceito tradicional de família que imperava. A fotografia de uma “família perfeita” vem se modificando ao longo dos tempos, não mais sendo

composta, necessariamente, pela figura do pai, da mãe e dos filhos. Nos dias atuais com a facilitação do divórcio, que se erigiu à condição do direito potestativo, essa entidade familiar tornando cada vez mais na nossa realidade.

A VISÃO CONTEMPORÂNEA DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Na tradição, sendo posto não existisse norma legal explícita proibindo o casamento homoafetivo, aquele que existe diversidades de sexos, sempre foi erigida como seu pressuposto existencial. Contudo, este requisito vem sendo mitigado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. Os Tribunais Superiores, em seus julgados, vêm evoluindo, a respeito das uniões homoafetivas. Um dos primeiros julgados utilizou a analogia para a utilização das regras para união homoafetiva como união estável e logo depois se tornar família. E, por fim, em um julgado revolucionário, reconheceu a conversibilidade de uma união estável entre duas mulheres em casamento.

FAMÍLIA POLIAFETIVA

Na relação poliafetiva uma pessoa pode amar seu parceiro fixo e amar também as pessoas com quem tem relacionamentos extraconjugais, ou até mesmo ter relacionamentos amorosos múltiplos em que há sentimento de amor recíproco entre todos os envolvidos. Os poliamoristas argumentam que não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo fato de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas, sim, de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente. (LINS, 2011, p. 330-331).

A família poliafetiva é aquela relação em que ocorre entre dois ou mais indivíduos que mantém relação de afeto paralelas, em que os seus partícipes aceitam-se uns aos outros, em relação múltipla e aberta.

FAMÍLIA MOSAICO

A família mosaico resultam da pluralidade das relações parentais, aquelas relações que são fomentadas pelo divórcio, pela separação, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões. Sendo a multiplicidade de vínculos, dos compromissos e também da interdependência, que caracteriza a família mosaico.

A família mosaico, em relação a árvore não se fala, onde a mesma resulta de diversos trocos diferentes, ser parente não quer dizer que seja consanguíneo, nela basta ter a proximidade, afeto. A função da família mosaico são estipuladas com o passar do tempo, não se solidificam de imediato, diferente das famílias primitivas que as regras são disciplinadas por lei, onde sabe o lugar do pai, da mãe e dos filhos, netos, primos entre outros.

FAMÍLIA EUDEMONISTA

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano d igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas (DIAS, 2015, p. 55).

É aquela família formal, onde existe o comprometimento mútuo que vem através do casamento, é a família ideal, conjunto de pessoas ligadas pelo afeto. Reconhece que âmbito das relações afetivas é onde se estrutura a personalidade da pessoa, o afeto entre os indivíduos orienta-se para seu desenvolvimento, sempre na busca da felicidade, do amor e solidariedade para o reconhecimento do afeto como modo para definição de família.

UNIÃO ESTÁVEL

A união estável é o vínculo entre duas pessoas que vivem relação duradoura e continua, com o intuito de firmar o núcleo familiar. São exigidos alguns requisitos para configurar a união estável que são: convivência continua, duradoura, desejo de constituir família, relacionamento do casal deve ser público, não há exigência de o casal morar no mesmo domicílio, também não há exigência de ter filhos para obter a união estável.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO UM NOVO PARADIGMA NA CONSTRUÇÃO DAS ENTIDADES FAMILIARES CONTEMPORÂNEAS

Com base na Constituição Federal o princípio da dignidade da pessoa humana, considera a solidariedade social posta pelo Estado de democracia, onde se preocupa-se com bem estar de

todo cidadão, no qual mostra a solicitude do legislador tratar como os valores fundamentais no direito público mais também no direito privado, na qual o ser humano seja respeitado como pessoa.

Princípio da dignidade da pessoa humana Considerado o motor de impulsão de toda ordem jurídica brasileira, a dignidade humana é assegurada no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 e denomina-se de macro princípio, pois segundo Stolze e Pamplona Filho (2014, p. 76) “traduz valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade” (SANTOS; SUZUKI, 2015. p. 4 e 5).

A dignidade possui um valor espiritual e moral inerente à pessoa, a sua manifesta se dar na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que trazendo consigo a pretensão respeito por parte das demais pessoas, sendo assim vem constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que possam ser feitas as limitações no exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Para o reconhecimento da dignidade e dos direitos iguais de todos os membros da família humana, como estabelecido no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

No que tange à família, a Carta Constitucional afirmou e consagrou um sistema normativo aberto, trazendo um rol exemplificativo, pois os tipos familiares por ela consagrados são os mais comuns e, por isso, estão expressos. As outras formas familiares são tipos implícitos, que se incluem no conceito extraído do art. 226, da CF e, como decorrência de todo conceito indeterminado, depende de concretização, conforme evolução social. Não fosse assim, ao observar a realidade social, verificando-se os vários arranjos familiares existentes, chegar-se-ia à conclusão de que os outros modelos familiares, não previstos expressamente em lei, não tenham proteção legal, instalando-se um caos de injustiça. (SANTOS; SUZUKI, 2015. p. 4 e 5).

Parte da escolha do indivíduo, com o fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, não há razão para discriminação aos direitos decorrentes das relações constituídas pelo afeto. O fator da efetividade da identificação de família, que constitui eudomonista pela autora supra, na qual os integrantes buscam a felicidades nas relações afetivas.

O princípio de proteção da dignidade da pessoa humana é o ponto central da discussão atual do Direito de Família, entrando em cena para resolver várias questões práticas envolvendo as relações familiares. Concluindo, podemos afirmar, que o princípio da dignidade humana é o ponto de partida do novo direito de família.

O princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família, representa-se como mecanismo para proteção e manutenção à família e a integridade dos membros do grupo, com respeito aos direitos de personalidade. O princípio da dignidade da pessoa humana está ligado ao direito das famílias, aos direitos humanos, onde este princípio representa igualdade para todas as entidades familiares.

O respeito e proteção da dignidade da pessoa humana de cada uma delas e de todas as pessoas constituem ou, ao menos, assim o deveriam em meta permanente da humanidade, do Estado e do direito” e é o que se busca hoje no direito de família que este possa não só proteger o instituto da família mas também que a família tenha efetivamente sua dignidade no dia a dia garantida perante os demais institutos da sociedade buscando assim uma igualdade real na construção de uma sociedade mais justa e solidária (DIAS, 2014, p. 63).

Um obstáculo nos dias atuais é de manter a família estruturada, o direito busca dar uma segurança jurídica, que mantenha o desenvolvimento social e pessoal do indivíduo, pois hoje não é suficiente é necessário leis que resguardem a família é também preciso uma estruturação como por exemplo uma educação de qualidade, valores éticos e morais, a serem passadas para cada membro da família. Mas devido a correria do dia a dia um só tem tempo para si esquecendo-se do outro e conseqüentemente tornando esse instituto, tão antigo e fundamental na estruturação e manutenção da sociedade, a crise e sérios problemas.

CONCLUSÃO

A doutrina brasileira estabelece um extenso rol de famílias, quando se fala em família, há quem diga que são todas iguais, somente mudam de endereço. A família é vista como um elo, mesmo ela sendo composta pelo casal, pelos pais com seus filhos ou pelos filhos do primeiro ou até mesmo do segundo casamento, madrastas e padrastos, heterossexuais ou homossexuais. Sendo assim, a família do século XXI deve ser valorizada tanto quanto a família era valorizada antigamente.

Levando em consideração que família não é somente aquela envolvida por laços sanguíneos. Além do sangue, há o amor que envolve as pessoas por conta da convivência. Um amor que deve ser reconhecido pelas relações jurídicas, especialmente a respeito às uniões com pessoas do mesmo sexo e ao reconhecimento de filhos com vínculo socioafetivo, para que haja uma visível valoração do novo direito de família no direito brasileiro e que outras formas de família, ainda desconhecidas, possam ser consideradas válidas para um desenvolvimento da comunidade jurídica como também da população brasileira, com a aceitação de novos arranjos familiares.

Portando diante do exposto, a incidência marcante do princípio da dignidade da pessoa humana /ligado ao direito de família, especialmente nos novos arranjos familiares que se formam a partir das relações de afeto.

Nas fontes bibliográficas que foram consultadas apresentam a necessidade de mudanças de paradigmas, pautada na busca da felicidade do indivíduo em suas escolhas de modelos da constituição de família. O respeito é necessário para a escolha do equilíbrio e vivência em harmônica em sociedade à despida de quaisquer preconceitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Júlio Henrique de Mâcedo. **Evolução nas Definições de Família, Suas Novas Configurações e o Preconceito**. P. 10,11, 14,15 e 16. 2014.

ALVES, Luciana Calixto. **O Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana E O Direito De Família Contemporâneo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56121/>. Acesso em 18 out. 2019.

DIAS, Berenice. Manual de Direito das Famílias – **Princípios do Direito de Família**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017

INVESTIDURA PORTAL JURÍDICO. **Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana No Direito De Família**. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/ufsc/110-direito-civil/124220>. Acesso em 18 out.2019.

LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda: Arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo**. Rio de Janeiro. Ed. Best Seller Ltda. 1ª ed. 2011.

MAGALHAES, Cleusa, **Artigos, Família Mosaico**. Disponível em:
<https://juridicocerto.com/p/> Acesso em: 16 out. 2019.

SANTOS, Aliffer Henrique, SUZUKI, Tamires Midori de Lima, QUEIROZ, Meire Cristina.
Pluralidade de Afetos e o Entendimento de Família Nos Dias Atuais. P. 1 a 5. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. 2010. Disponível
em: Acesso em: 1 abr. 2015.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM ÂMBITO FAMILIAR SOB PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO

Karla Melo Marroque¹
Karyni Melo Marroque²
Francisco Paulino da Silva Junior³

RESUMO

O presente estudo trata do princípio da dignidade da pessoa humana e sua efetivação nas relações familiares, e tem como objetivo geral analisar e entender as dimensões de família e seu poder de *imperium* enquanto núcleo inicial de uma coletividade, em prol de estabelecer a importância dos direitos fundamentais inerente a qualquer ser com personalidade, independentemente de classe social, etnia, religião e preferência sexual. A pesquisa realizada neste trabalho caracteriza-se como teórica. A mesma, é de natureza bibliográfica que teve como objetos de conhecimento livros, artigos, e *sites* de caráter científico. Em relação a metodologia, o trabalho utilizou o método dedutivo.

Palavras – chave: Direito de família; Estado; Sociedade

ABSTRACT: The present study deals with the principle of human dignity and its effectiveness in family relations and as the general objective of analyzing and understanding how family measures and their empire power as the initial nucleus of a collectivity, in favor of the use of rights copyright, inherent in any being with personality, diminishing social class, ethnicity, religion and sexual preference. The research carried out in this work is characterized as theoretical. The same is the bibliographic nature that had as object of knowledge books, articles and websites of scientific character. Regarding the methodology, the work used or the deductive method.

Keywords: Family right. State. Society

INTRODUÇÃO

O direito aparece na sociedade e entra em conflitos no âmbito de normas e paradoxos, pois, as crenças enraizadas estão habituadas em uma coletividade ordenada e ao mesmo período de tempo, encontram-se em conflito e inovação. Segundo o jurista brasileiro, Tercio Sampaio Ferraz Júnior:

O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do status quo, da situação

existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião. O direito, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas (JUNIOR F, 2017. p. 11).

Daí a importância de o Estado assegurar, reconhecer e publicitar os princípios fundamentais do ser humano, pois está inerente a sua condição de ser. O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o princípio dos princípios. O artigo 1º da Constituição Brasileira de 1988 apresenta em seus respectivos incisos os principais valores do Estado Democrático de direito, eles são respectivamente, soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e por fim, pluralismo político. Vale destacar o primordial deles, dignidade da pessoa humana, pois ele está no centro dos objetivos do Estado, a fim de fornecer as pessoas residentes uma qualidade de vida em que a progressão se faça contínua de direitos em todos os âmbitos sociais. A dignidade relaciona-se diretamente com respeito absoluto à vida, à integridade física e a psíquica da pessoa. As virtudes humanas sustentam a vida moral cujos valores como prudência, justiça, igualdade e honestidade (entre outros) estão interligados e interferem na qualidade de vida da população e sua evolução.

O Código Civil de 1916 destaca a família edificada naquela época e contexto social, em que as relações conjugais baseavam-se na autoridade do homem especificamente. O marido era considerado o chefe da sociedade conjugal, em que detinha a representação legal da família, a mulher dependia da autorização do marido para exercer o poder de trabalhar profissionalmente. O homem enquanto ser sempre foi privilegiado em direitos em relação à mulher, que é vítima desde os primórdios da sociedade patriarcal. Ao longo dos anos, algumas propostas de lei foram postas a fim de diminuir a situação de desigualdade da mulher. Vale destacar a lei 4.121 de 1962, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”. Tal estatuto alterou alguns dispositivos do Código civil relacionados à família e casamento. As mulheres casadas eram consideradas pessoas incapazes, pois estavam inseridas em tal rol, porém, foi revogado tal especificidade pela legislação 4.121. No artigo 253 da lei referida, uma nova redação foi inserida, abordando que “ O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”, ou seja a mulher era reconhecida para

auxiliar o esposo na educação dos filhos onde deveria corroborar em todas as situações em que lhe fosse encarregada de fazê-la.

De acordo com Rolf Madaleno:

A Constituição Federal de 1988 realizou a primeira grande revolução no Direito de Família brasileiro, a partir de três eixos: a) o da família plural, com várias formas de constituição (casamento, união estável e a monoparentalidade familiar); b) a igualdade no enfoque jurídico da filiação, antes eivada de preconceitos; e c) a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres. A família contemporânea encontra sua realização no seu grupo e, dentro deste grupo familiar, cada um de seus integrantes encontra na convivência solidária e no afeto o valor social e jurídico que a família exerce no desenvolvimento da sociedade e do Estado (MADALENO, 2017, p. 1).

CONCEITO DE FAMÍLIA

A família representa um grupo social primário que influencia e é influenciado por outras pessoas e instituições. É um grupo de pessoas, ou um número de grupos domésticos ligados por descendência (demonstrará ou estipulada) a partir de um ancestral comum, matrimônio ou adoção. A família desempenha papel fundamental no desenvolvimento e manutenção da saúde e no equilíbrio emocional de seus membros.

Significativas mudanças ocorreram na sociedade brasileira, a transformação de sociedade rural, na qual predominava a família patriarcal e fechada em si mesma, para uma sociedade de bases indústrias com as suas implicações de mobilidade social, geográfica e cultural acarretou transformações igualmente marcantes na estrutura do modelo tradicional de família. O século XXI foi cenário de grandes transformações na estrutura de família. Ainda hoje, porém, observamos algumas marcas deixadas pelas suas origens. Da família romana, por exemplo temos a autoridade do chefe da família, cuja submissão da esposa e dos filhos ao pai confere ao homem o papel de chefe.

Da família medieval perpetua-se o caráter sacramental do casamento originado no século XVI. Da cultura portuguesa, temos a solidariedade, o sentimento de sensível ligação afetiva, abnegação e desentendimento. Em todo o mundo, o conceito de família nuclear e a instituição casamento intimamente ligada a família, passaram por transformações. A expressão mais marcante dessas transformações ocorreu no final da década de 60: cresceu número de

separações e divórcios, a religião foi perdendo sua força, não mais conseguindo segurar casamentos com relações insatisfatórias. A igualdade passou a ser um pressuposto em muitas relações matrimoniais. A partir daí, surgem inúmeras organizações familiares alternativas: casamentos sucessivos com parceiros distintos e filhos de diferentes uniões; casais homossexuais adotando filhos legalmente; casais com filhos ou parceiros isolados ou mesmo cada um vivendo com uma das famílias de origem; as chamadas “produções independentes” tornam-se mais frequentes; e mais ultimamente, duplas de mães solteiras ou já separadas compartilham a criação de seus filhos.

Chegamos no século XXI com a família pós moderna ou pluralista, como tem sido chamada, pelos tipos alternativos de convivência que apresenta. A composição de famílias brasileiras, especialmente nas últimas três décadas, vem passando por várias alterações, do ponto de vista demográfico, e embora tais alterações ocorram de forma diferenciada nas diversas regiões do país, algumas ocorrem de forma mais ou menos similar, como a redução natalidade e o aumento da longevidade das pessoas. As famílias vêm se tornando menores, e de com um número maior de idosos em sua composição, com prevalência de doenças crônicas e de problemas decorrentes do processo de envelhecimento.

Nas famílias das camadas mais empobrecidas da população a realidade de composição familiar é bem diferente do modelo tradicional de família nuclear, em que o pai é o provedor, a mãe cuida da casa e os filhos estudam. Elevou-se o número de núcleos familiares compostos apenas por mulheres e seus filhos menores, e também o número de indivíduos e mesmo de famílias moradores de rua. Na tradicional divisão de tarefas dentro do lar, ocorrem modificações importantes: com o trabalho fora de casa decorrente da inserção feminina no mercado de trabalho, o tempo da mulher para o cuidado dos filhos foi diminuindo e o homem foi mudando seu espaço no interior da família, assumindo inclusive tarefas antes tipicamente femininas.

A mulher torna-se mais competente no trabalho autônoma e competitiva, ao mesmo tempo em que o homem aprende a ser mais cuidadoso e cuidador nas relações. Na estrutura familiar as crianças são os membros mais vulneráveis às situações de conflitos no grupo e, neste sentido, estão mais expostas que os demais, justamente por não ter autonomia e capacidade plena de defesa e resolução. Com relação aos adolescentes, a situação é praticamente a mesma, com o agravante de que, muitas vezes, eles são depositários de expectativas e esperanças de

ascensão do grupo familiar, sofrem com a frustração destas expectativas, tanto pelo contexto familiar de sobrevivência, como pelo contexto de possibilidade de inserção social.

Diante da sociedade tão desigual em que vivemos, é possível encontrarmos famílias com laços afetivos e estabilidade econômica definidos, famílias sem recursos assistenciais ou direitos sociais, famílias nucleares por conveniência ou sobrevivência, características estas que devem ser entendidas e analisadas de forma a compreender as transformações e significados das relações familiares. Novos modelos e arranjos familiares: famílias com base em união livre, famílias monoparentais dirigidas pelo homem ou pela mulher (sendo que grande porcentagens destas famílias são dirigidas por mulheres); divorciados gerando novas uniões (famílias recompostas); mães adolescentes solteiras que assumem seus filhos; mulheres que têm filhos através de “ produção independente”.

As funções das famílias se caracterizam em biológica e demográfica: garantindo reprodução e sobrevivência do ser humano; educadora e socializadora: transmissora de conhecimento, valores e afetos; econômica: (produtora e consumidora) no campo do trabalho; seguridade: cuidando da seguridade física, moral e afetiva; recreativa: atividades diversas como festas de família; ideológica: promovendo também a reprodução social, educando os indivíduos que continuam biológica e socialmente a estrutura familiar.

Os tipos de famílias: Família diadé nuclear: duas pessoas em relação conjugal sem filhos (não há descendentes comuns nem de relações anteriores de cada elemento). Família grávida: família em que uma mulher se encontra grávida, independente da restante estrutura. Família nuclear ou simples: uma só união entre adultos e um só nível de descendência pais e seu(s) filho(s). Família alargada ou extensa: coabitam ascendentes, descendentes e/ou colaterais por consanguinidade ou não, para além de progenitor(és) e/ou filho(s). Família prole extensa ou numerosa: família com crianças e jovens de idades muitos diferentes, independentemente da restante estrutura familiar. Família reconstruída: combinada ou recombinação, família em que existe uma nova união conjugal, com ou sem descendentes de relações anteriores, de um ou dos dois cônjuges. Família homossexual: em que existe uma união conjugal entre 2 pessoas do mesmo sexo, independentemente da restante estrutura. Família monoparental: constituída por um progenitor que coabita com os seus descendentes. Família dança a dois: constituída por familiares (de sangue ou não) sem relação conjugal ou parental (ex: avó e neto, tia e sobrinha, irmãos, primos, cunhados...). Família unitária: constituída por uma pessoa que vive sozinha, independentemente de relação conjugal sem coabitação. Família de vó-habitação: homens ou

mulheres que vivem na mesma habitação sem laços familiares ou conjugais, com ou sem objetivo comum (ex.: estudantes universitários, amigos, imigrantes...). Família comunitária: composta por homens ou mulheres e seus eventuais descendentes, coabitando na mesma casa ou em casas próximas (ex.: comunidades religiosas, seitas, comunas, ciganos...). Família hospedeira: em que ocorre a colocação temporária de um elemento exterior a família (ex.: criança, idoso, amigo, colega...). Família adotiva: que adotou uma ou mais crianças não consanguíneas, com ou sem coabitação de filhos biológicos. Família consanguínea: que existe uma relação conjugal consanguínea, independentemente da restante estrutura. Família com dependente: em que um dos elementos de dependente dos cuidados de outros por motivo de doença (acalmado deficiente mental e/ou motor). Família com fantasma: com desaparecimento de um elemento de forma definitiva (falecimento) ou dificilmente reversível (divórcio, rapto, desaparecimento, motivo desconhecido) em que o elemento em falta continuar presente na dinâmica familiar dificultando a reorganização familiar e impedindo o desenvolvimento individual por restantes membros. Família acordeão: em que um dos cônjuges se ausentar por períodos prolongados ou frequentes (ex.: trabalhadores humanitários expatriados, militares em missão, emigrantes de longa duração). Família flutuante: em que os membros mudam frequentemente de habitação (ex.: progenitores com emprego de localização variável) ou em que o progenitor muda frequentemente de parceiro. Filha descontrolada em que é um membro tem problemas crônicos de comportamento por doença (ex.: esquizofrenia, toxicod dependência, alcoolismo, etc.) família múltiplo: em que o elemento identificado integra duas ou mais famílias, constituindo agregados diferentes, eventualmente com descendentes em ambos.

Família tradicional: estruturada em função do gênero feminino/masculino, diferenciados, em que cada membro tem um papel pré-estabelecido na Família na comunidade. Família moderna: em que a igualdade de gênero é a base da união, qualquer que seja o seu tipo. Há inter-ajuda e solidariedade com equilíbrio estrutural de que poder entre mulher e homem. Família Fortaleza: em que a dinâmica interna tem regras pré-estabelecidas difíceis de modificar, como encerramento ao exterior, dificuldade em assumir problema ou em adaptar-se as novas situações. Família companheirismo: que existe partilha em repartição de atividade, objetivos comuns, evolui com as experiências e contatos externos. Família paralela: entre os cônjuges não partilham atividades cotidianas nem objetivos de vida, existe atividade de encerramento ao exterior e dificuldade em conseguir abertura para modificar hábitos de vida. Filho Associação:

quando existe união afetiva, embora não se partindo atividades cotidianas. Tem por base a liberdade individual em que mostra de egoísmo em determinadas circunstâncias.

DIREITOS DE FAMÍLIAS

O conceito jurídico de família de hoje não é o mesmo que era na sobre vigência do código civil de 1916, porque antes de tudo é importante saber que o conceito em família é histórico, ou seja, é um conceito que vem se reconstruindo, se modificando ao passar do tempo, então para ter uma compreensão o código civil de 16 era considerado família, aquela que era construída pelo matrimônio, então somente o vínculo matrimonial entre homem, mulher e seus filhos que era considerado família. Ali seria uma expectativa de família de fato que é aquelas famílias que existiam, mas não tinham amparo legal e a família de direito que era construída pelo casamento. Esse conceito foi se alterando, foi mudando em um processo constante de dinamismo social, então a partir da década de 70 nós temos a Lei do Divórcio, pela primeira vez a possibilidade de solução do matrimônio e o grande divisor de água desse conceito é a Constituição Federal de 1988. Por que o termo divisor de água? Porque foi a partir da Constituição Federal de 1988 que trouxe de forma expressa no seu artigo 26º da constituição, outros arranjos familiares, ou seja o reconhecimento de outros arranjos familiares além do casamento, então expressa lá no artigo 26º que a família é a base da sociedade e merece atenção especial do estado. O próprio artigo traz nos seus parágrafos I, III e VI, alguns arranjos que merecem essa proteção especial. Primeiro, claro o modelo mais tradicional que é o casamento, mas de forma inovadora a constituição de 88 trouxe dois arranjos de forma expressa no seu artigo, que no parágrafo III, a união estável até então não tinha amparo legal e no parágrafo VI, a família monoparental que é aquele arranjo familiar que tem um dos pais e seus filhos, um dos genitores e sua prole. Esse conceito trazido na Constituição Federal de 88, esse rol que alguns falavam rol taxativo que na verdade o STF, STJ já se manifestaram e foi um mal-entendido, esse não é um rol taxativo e sim, um rol exemplificativo.

Nada impede que a lei ampare o reconhecimento de outros arranjos familiares, porque um dos grandes elementos a partir da Constituição de 88 que caracteriza família é o princípio da afetividade, ou seja o afeto é o elemento caracterizador da família. Outras características que trouxe a constituição de 88, foi dentro desse novo paradigma da família foi; afetividade, como elemento caracterizador; a não discriminação dos filhos não que tinha vindo antes do casamento

que ele não tinha direito e sim só os filhos do casamento, a partir da Constituição de 88, filho é filho e todos têm o mesmo direito perante lei, seja o filho fora do casamento ou fora da união estável, filho adotado ou biológico, não deixa de ser filho em lei, o fim das discriminação entre os filhos. Outra característica importante é justamente também o fim da figura do paterfamília. Hoje nós temos uma igualdade jurídica dos cônjuges, a figura do poder familiar, cabe os cônjuges ambos companheiros decidir o rumo da família, então não tem mais aquela coisa de paterfamília de um lado e o direito romano de outro, em que o homem decidia o rumo da família. Outras questões importantes que o código civil de 2002 veio regulamentar esse novo entendimento em família, a partir do artigo 1511º, começa falando da família e o casamento e o artigo 1726º fala sobre a união estável que são vários dispositivos que regulamentam as relações familiares, o princípio da intervenção mínima do Estado, que é a ideia que o estado intervenha cada vez menos as relações familiares, pois o papel do Estado é reconhecer essas relações familiares, é garantir direitos. Então o objetivo da legislação de família é definir parâmetros para a existência das relações e o papel do estado é justamente verificar e regulamentar esses direitos, justamente dentro desse princípio de 2010 teve uma decisão importante, que reconhecer uma única estável dentro das relações homoafetivas desde 2010 passaram também a poder constitui-la união estável, que até então, não podia. Em 2013, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), ele com base nessa decisão do STF passou a determinar a realização do casamento de pessoas do mesmo sexo, notem que o conceito de família é histórico, está em constante transformação, não é um conceito fechado, ele acompanha o dinamismo social

IGUALDADE DE GÊNERO

A igualdade de gênero é assegurada na nossa constituição, no inciso I do artigo 5º. De acordo com esse inciso, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, nós temos da constituição. Como esse inciso é assegurado na prática? Quais os personagens e a história por trás dessa previsão legal? E por que esse inciso é, tão importante para a construção de uma sociedade verdadeiramente justa, igual e democrática?

O primeiro inciso do artigo 5º da Constituição Federal traz o que chamamos igualdade de gênero, ou seja, prevê que todas as pessoas são iguais, independentemente de seu gênero perante a constituição, isso quer dizer que todas e todos devem ter os mesmos direitos,

obrigações, oportunidades e responsabilidades. Esse inciso é tão importante que ele é considerado um direito fundamental, indispensável à construção da cidadania, da sociedade e do Estado no Brasil. Diferentemente do que alguns podem pensar, a igualdade de gênero não ignora a existência de diferenças entre homens e mulheres. O que ela propõe é que o gênero não deve ser um critério de discriminação negativa, ou seja, que o gênero não pode ser a causa para que se reconheça mais obrigações ou menos direitos à uma determinada pessoa. Isso Significa dizer que a igualdade de gênero abraça ideia de que os indivíduos são sim diferentes, que essas particularidades devem ser levadas em conta a fim de garantir que, independentemente do gênero, todas e todos, tenham as mesmas oportunidades para se desenvolverem, com suas ações e vozes sendo valorizadas igualmente. É nessa mesma linha que se deve observar que, para que a defesa dos direitos das mulheres seja efetiva, a gente deve observar as particularidades de cada grupo de mulheres. Assim, a igualdade de gênero só será plenamente alcançada se formos capazes, por meio de políticas públicas e legislação adequadas, garantir que todas as mulheres, cis e trans, independentemente de sua cor, de sua origem, de sua classe social e de sua orientação sexual, tenham as mesmas oportunidades para se desenvolverem em toda sua potência.

A igualdade de gênero pode ser considerada um dos pilares para construção de uma sociedade verdadeiramente igual, justa e democrática. Ela começa com o reconhecimento de que vivemos em uma sociedade que, sistematicamente, discrimina mulheres por seu gênero e com o compromisso de que queremos mudar essa realidade. É nesse sentido que alcançar a igualdade de gênero que empoderar mulheres se tornou um dos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU. Apesar de ser vista, muitas vezes, como uma questão “das mulheres”, a igualdade de gênero é uma pauta que engloba toda a sociedade, por ser uma questão de direitos humanos. É fundamental que os homens também se envolvam para conseguirmos garantir esse direito. Crimes como assédio, estupro, feminicídio e outras formas de violência contra a mulher são problemas sociais, e como tal, demandam atenção de toda a sociedade. A igualdade de gênero é uma pauta histórica entre os movimentos sociais e populares de todo o mundo. Desde o século XVIII, as mulheres se organizam para reivindicar direitos civis, políticos, sexuais, econômicos, entre outros. Estão nessa lista: direito ao voto, à igualdade salarial, à condições adequadas de trabalho, ao divórcio, aos direitos sexuais e reprodutivos e pela participação em espaços de poder. Alguns marcos podem ser citados como exemplos das lutas feministas, sendo um deles lá em 1791, a apresentação da declaração dos direitos da mulher e da cidadã, por

Marie Gouze, a assembleia nacional francesa durante a revolução francesa. A origem do 8 de março, data conhecida como dia internacional da mulher, também é curiosa. Os pesquisadores apontam que existem pelo menos três eventos que forma parte de raiz desta data. O primeiro deles seria em 1857, um incêndio em Nova York, no dia 8 de março de 1857, operárias têxteis teriam entrado em greve pedindo antedirão da jornada de trabalho de 16 para 10 horas por dia e teriam escancarado o fato que elas ganhavam um terço do que os homens em cargos semelhantes.

Parte dessas grevistas foi trancada nos galpões da empresa, e a fábrica foi incendiada, deixando 130 dessas mulheres morrerem carbonizadas. Independentemente de qual tenha sido a motivação específica para a criação dessa data, seja um desses eventos ou seja um conjunto dos três, o que é importante notar é que ela está diretamente atrelada à reivindicação das mulheres por melhores condições de trabalho nesse início de industrialização, na virada do século XIX para o XX. Outro marco conhecido é o movimento das sufragistas, no século XIX, que levou mulheres na Europa e nos Estados Unidos, por exemplo, a saírem às ruas pelo direito ao voto e pelo direito à de candidatarem. Há também o não tão conhecido papel das mulheres na luta contra o apartheid. Ainda que os nomes mais conhecidos desse período sejam de homens, as mulheres, protagonizaram uma série de lutas nesse momento histórico. Um exemplo é a luta contra o “passe”. Um documento que os não-brancos eram obrigados a portarem sempre consigo. Nesse caso, as mulheres assumiram a frente dos protestos em dois momentos. Em 1923, ainda antes do regime de apartheid ser legalmente instituído na África do Sul, e também em 1956, quando o regime já estava em vigor. Um outro momento que vale lembrar aqui, ainda que nem de perto seja o último das lutas feministas é o 1º encontro de mulheres afro-latino americanas e afro-caribenhas em 1992.

O evento deu visibilidade e reconhecimento à luta das mulheres negras no continente americano. No Brasil, ainda que as reivindicações por direitos também tivessem a suas raízes lá atrás, vale a pena enfatizarmos um pouco como foi o processo que a igualdade de gênero fosse parar na Constituição Federal de 1988. Com o fim do período da ditadura civil militar no Brasil, Uma série de movimentos sociais e políticos ganharam forças no país, uma série de movimentos sociais e políticos ganharam força no país, entre eles, o movimento feminista. Buscando lutar contra a desigualdades de gênero, uma série de mulheres de diferentes classes sociais, passaram a reivindicar direitos relacionados à saúde, trabalho educação, entre outros tantos temas. De forma a fortalecer essas reivindicações, foi criado, em 1985, o Conselho

Nacional dos Direitos da Mulher, o CNDM. Colado ao Ministério da Justiça o CNDM promoveu uma campanha chamada “Constituinte para valer tem que ter direitos da mulher!”. A partir do qual, reconhecendo a importância da pauta, a capacidade do Estado em promover igualdade de gênero, o formular da carta das mulheres brasileiras aos constituintes. Esse documento foi conhecido como lobby do batom. Na carta, as mulheres expressavam que, para elas, “este país só será verdadeiramente democrático e seus cidadãos e cidadãs verdadeiramente livres quando, sem prejuízo de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade, for garantido tratamento igual e oportunidade de acesso as ruas, paliques, oficinas, fábricas, escritórios, assembleias e palácios”.

E listavam assim uma série de pontos relacionados à família, trabalho, educação, saúde, violência, que deveriam ser endereçados pelos constituintes. Esses pedido lá eram, ao fim, uma série de reivindicações para garantir que as mulheres pudessem exercer plenamente sua cidadania, e pariram da compreensão, que elas próprias diziam de que, “Exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar, O direito à educação, à saúde, à segurança, à vivência familiar sem traumas”. Estima-se que 80% das reivindicações dessas mulheres foram atendidas pela assembleia constituinte de 1988 estima-se que 80% das reivindicações dessas mulheres foram atendidas pela assembleia constituinte de 1988, é incorporada à nossa constituição. E essas conquistas, a gente pode destacar a licença maternidade de 120 dias: Direito à posse de terra, que antes era garantido só os homens: A igualdade de direitos e salários entre homens e mulheres: O estabelecimento de mecanismo para lutar contra a violência doméstica; E a confirmação da Lei do divórcio, que era de 1977; além do direito à creche. Dentre as reivindicações que não foram atingidas, estão aquelas relacionadas aos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres. Apesar dos avanços, ainda há muito a ser conquistado no que diz respeito à igualdade de gênero. Um exemplo disso é a subrepresentatividade de mulheres nos espaços políticos. Ainda que as mulheres sejam pouco mais da metade da população brasileira, isso ainda ficou longe de ser representado nas urnas nas eleições de 2018. A partir dessas eleições, a câmara dos deputados, por exemplo, será composta por três 77 mulheres e 436 homens, o que significa que as mulheres representaram apenas 15% do total de deputados. No Senado Federal, a proporção feminina é parecida, apenas 13 mulheres dentre as 81 vagas para senadores e senadoras, que dá 16% do total. No âmbito econômico, a desigualdade de gênero também ainda prejudica as mulheres. Estima-se que os

trabalhadores ganho em média 24% a menos do que os homens em cargos equivalentes. Ou seja, em enquanto a média salarial das mulheres é de aproximadamente R\$1.950, a dos homens ficam em torno de R\$2,520. Isso também se verifica a nível global. O fórum econômico mundial estimou, em 2017, que enquanto os homens ganhavam em média US\$ 21 mil por ano, as mulheres ganhavam US\$ 12 mil. Além disso, um dado curioso é que dentre os 500 chefes executivos (CEOs) de companhias elencadas pela Fortune, uma revista americana, apenas 4,6% são mulheres, o que é um número inferior a quantidade de CEOs chamadas james, elencados no mesmo ranking. Outro ponto que chama muito atenção são os dados de violência contra mulher, no Brasil e em todo o mundo. De acordo com o movimento, “HeForShe”, “ElesPorElas”, da ONU, E todo mundo quase 1/3 de todas as mulheres sofreram algum tipo de violência por parte de parceiros íntimos, e cerca de 3/4 de todas as vítimas de tráfico, são mulheres.

No Brasil, por sua vez, de acordo com o levantamento do Data Folha, de 2018, 12,5 milhões de mulheres sofreram ofensa verbal: 4,6 milhões foram tomadas ou agredidas fisicamente por motivos sexuais; 1,7 milhão foram ameaçadas com faca ou arma de fogo; e 1,6 milhão sofreram espancamento ou tentativa de estrangulamento. Ao todo, quase 30% das mulheres em nosso país reportaram terem sofrido algum tipo de agressão ou violência no último ano. Esse índice é ainda mais elevado com relação as mulheres negras, se adotarem um recorte de raça, sendo a taxa de homicídios 71% maior entre as mulheres negras do que entre as não negras. Outros dados extremamente alarmantes com relação ao nosso país nesse quesito são: 1- que o Brasil é o país com a quinta maior taxa de feminicídios do mundo, segundo a organização mundial da saúde; e 2 - que ele é o país que mais mata pessoas trans e gênero - diversas no mundo, segundo dados da *Transgender Europe*. É inegável, portanto, que ainda há muito a ser conquistado, no Brasil e no mundo, para que mulheres e homens tenham de fato os mesmos direitos e acesso às mesmas oportunidades. A igualdade de gênero deve então ser considerada como um projeto ainda em construção. Ainda que conte, nacional e internacionalmente, com muitas lutas, reivindicações e movimentos, desde o século XVIII, ainda tem muito para avançar. De lá para cá, por maiores que tenham sido as dificuldades, são muitas as conquistas das mulheres. Cada vez mais as leis e políticas públicas visam garantir o bem-estar do cidadão e da cidadã independentemente de seu gênero, e as mulheres vêm sim, conquistando uma série de espaços no campo social, político e econômico. Petrificada no inciso I do artigo 5º, a igualdade de gênero deve ser, portanto, uma luta de todas e todos, para todas e todos. Ter esse direito

assegurado pela constituição é de inegável importância, mas a história já mostrou que só isso não basta, é preciso mobilização e luta, se quisermos ver conquistas. A defesa dos direitos das mulheres e da igualdade de gênero é, portanto, um esforço coletivo e contínuo.

MODERNIDADE LÍQUIDA E AS RELAÇÕES SOCIAIS

É fato que a sociedade está em constante evolução, o âmbito social da atualidade é considerado líquido, expressão usada pelo sociólogo Zygmunt Bauman. Na contemporaneidade tudo está interligado, caracterizado por uma coletividade sem privacidade. A liberdade possui importância no conjunto social, seja na escola, no conjunto familiar, no âmbito intelectual. A ideia de “sentir-se” livre não necessariamente implica em explicar em que o indivíduo, como parte grupal, não passe por obstáculos ou resistência, mas sim como encara tal realidade.

Arthur Schopenhauer, filósofo alemão do século XIX, observa que a mente do indivíduo pode criar a realidade em que deseja trazer o sentimento de satisfação, ou seja pelo ato de querer, é possível a realização de atos. A diferença da realidade do mundo é a interpretação subjetiva do ser existente, há presente uma insatisfação do ambiente em se tornar real a vontade alheia, em que o mundo aparece como origem dos males da humanidade, desconfortante e que limita a existência e as vontades do indivíduo.

Para Zygmunt Bauman:

Sentir-se livre das limitações, livre para agir conforme os desejos, significa atingir o equilíbrio entre os desejos, a imaginação e a capacidade de agir: sentimo-nos livres na medida em que a imaginação não vai mais longe que nossos desejos e que nem uma nem os outros ultrapassam nossa capacidade de agir. O equilíbrio pode, portanto, ser alcançado e mantido de duas maneiras diferentes: ou reduzindo os desejos e/ou a imaginação, ou ampliando nossa capacidade de ação. Uma vez alcançado o equilíbrio, e enquanto ele se mantiver, “libertação” é um slogan sem sentido, pois falta-lhe força motivacional (BAUMAN, 2000, p. 25).

As relações familiares são complexas e necessitam de um suporte para o convívio em equilíbrio dos integrantes. O fato é que o indivíduo por natureza é individual, porém a religião, sociedade, Estado, e entes, influenciam os indivíduos serem fraternos, praticar caridade e fortalecer o bem em geral. A família tem relação direta com essas influências, no século XX a

ideia de certezas nas organizações familiares era inquestionável, cujas funções de cada um eram bem descritas, o pai seria provedor de recursos financeiros, a mãe cuidaria do lar e filhos.

A coletividade contemporânea se encanta com o progresso moderno, em que a vida pode ser sempre mais satisfatória, e a fim de atender aos anseios subjetivos de cada um. Pode-se dizer que a vida na atualidade de homens e mulheres é algo que precisa de aperfeiçoado constantemente, caracterizando como uma ação incompleta, em que necessariamente clama por cuidados e novos meios de resolução de objetivos. Observa o sociólogo Zigmunt:

Quando nada, a condição humana no estágio da modernidade “fluida” ou do capitalismo “leve” tornou essa modalidade de vida ainda mais visível: o progresso não é mais uma medida temporária, uma questão transitória, que leva eventualmente (e logo) a um estado de perfeição (isto é, um estado em que o que quer que devesse ser feito terá sido feito e não será necessária qualquer mudança adicional), mas um desafio e uma necessidade perpétua e talvez sem fim, o verdadeiro significado de “permanecer vivo e bem” (BAUMAN, 2000, p.152).

Segundo Bauman, existem dois tipos de espaços utilizados por dois tipos distintos de pessoas. A lógica diverge nesses âmbitos, pois adequa diferentes experiências de vida e narrativas diferenciadas de códigos comprometais. Dois espaços se interligam no núcleo do mesmo mundo, cuja vulnerabilidade e a precariedade se fazem presentes. Esse fenômeno contemporâneo nos mostra a problemática da atualidade nas relações, ou seja, a experiência de vida combinada da falta de garantias (de posição, títulos e sobrevivência), da incerteza (em relação à sua continuação e estabilidade futura) e de insegurança (do corpo, do eu e de suas extensões: posses, vizinhança, comunidade).

CONCUBINATO

É necessário conceituar o termo concubinato, em sentido etimológico, *concubinatus*, do verbo *concumbere* ou *concubare* (derivado do grego) significando aberregamento, amasiamento, dormir com outra pessoa. Atualmente esse vocábulo apresenta-se em dois sentidos respectivamente, amplo e estrito. No sentido amplo, significa todo relacionamento sexual livre, e na forma ampla, união de longo tempo, ou seja, constância no relacionamento e na relação afetiva. Compreendendo esse termo, o título de concubinação, pode-se afirmar uma variedade de modalidades de uniões livres, desde que não seja relações efêmeras. As causas do

concubinato são diversas, a partir das dificuldades de registro do casamento religioso e com muitos óbices à separação, surgiu uma nova tendência de construção familiar, pelo concubinato. Embora a sociedade brasileira reprovasse o concubinato, constituíram suas novas famílias, cumprindo o desígnio da lei natural de que o homem enquanto ser, necessita dessa convivência grupal.

Antônio Chaves apresenta cinco elementos conceituais caracterizadores do concubinato:

1. União fiel, com dedicação recíproca e colaboração da mulher no sustento do lar, na função natural de administradora e de provedora, não como mera fonte de despesas; 2. Atitude ostensiva de manutenção de laços íntimo; 3. Durante um lapso de tempo prolongado; 4. Sem vinculação dos parceiros por matrimônio válido; 5. Sem compromissos recíprocos.

A jurisprudência brasileira reconhece de fato (previsto formalmente) tal associação de concubinatos, a súmula 380 afirma que, comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Em concordância a esse entendimento, há um porém, os tribunais alegavam que o simples concubinato não gerava direitos ao patrimônio do companheiro, sendo necessário provar a existência de fato dessa relação, com a colaboração econômica e financeira, para a realização de seu patrimônio comum. A sociedade de família é apegada a regras morais e religiosas, devendo ter um cuidado e proteção maior, no âmbito do Direito de Família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo possibilitou uma nova perspectiva em relação a família e suas respectivas particularidades. Percebe-se a variedade de assuntos relevantes para a sociedade, em que a família tem diretamente poder de influência em todos os âmbitos, seja na escola, no Estado, grupos sociais, em Organizações não Governamentais.

Assim, pelo que foi exposto, vale ressaltar a incidência marcante de um dos princípios fundamentais no direito brasileiro, que é o Princípio da Dignidade da Pessoa humana, no qual se interliga diretamente ao Direito de Família, sendo importante ressaltar os novos modelos que se alinham a partir da afetividade, onde o legislador precisa se atualizar e estabelecer outros posicionamentos referente a esse assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, A. **Direito de família**. 1. ed. São Paulo, Atlas, 2013, p. 132 a 137.

BAUMAN, Z. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001, p. 64 a 160.

JUNIOR, F.S.T; **Introdução ao estudo de direito**. 10 ed. São Paulo, Atlas, 2018, p. 11 a 20.

MADALENO, R. **Direito de família**. 7. ed, Rio de Janeiro, Forense LTDA, 2017, p. 1 a 30.

NUNES, R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 4. ed, São Paulo, Saraiva, 2018, p. 68 a 74.

O NASCITURO E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Ana Carolina Abrantes^{1*}

Lilian Andrade Lima^{2*}

RESUMO

O presente artigo propõe uma discussão teórica que tem como base os direitos do nascituro, instituído no Código Civil, Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Aqui trata-se de um recorte bibliográfico que destaca a articulação teórica realizada por ambas as pesquisadoras, visando apresentar a comunhão do Direito, evidenciando a importância da ação efetiva dos direitos fundamentais, respaldadas em doutrinas específicas e análises relativas aos direitos sucessórios do nascituro.

Palavras-chave: Vida. Herança. Garantias fundamentais.

ABSTRACT

This article proposes a theoretical discourse based on the rights of the unborn child, Institutes the Civil Code, Art. 2. The civil personality of the person begins from birth with life; but the law safeguards, from conception, the rights of the unborn child. This is a bibliographic excerpt that highlights the theoretical articulation performed by both researchers, aiming at presenting the communion of the Law, highlighting the importance of the effective action of fundamental rights, supported by specific doctrines and analyzes related to the inheritance rights of the unborn child.

Keywords: Life. Heritage. Fundamental Guarantees.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal elenca como uma das garantias fundamentais o direito à herança (art.5º, inciso XXX), estabelecendo condições substanciais, para quem dela suceder a titularidade, proporcionando, dessa forma, um aparato legal em defesa do direito sucessório, mesmo para o nascituro que não reúne preparo ideal à busca desses direitos. O direito subjetivo à herança, portanto, torna-se indisponível a quem quer que o detenha, acautelando-o de qualquer atentado.

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC, PB. profjuniorgoncalves@hotmail.com

² Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC, PB. lalalima419@gmail.com

Embora sejam respeitados os direitos do nascituro desde a sua concepção, a eficácia da vocação hereditária fica estritamente condicionada ao nascimento com vida do novo ser. Segundo Rodrigues: “Os direitos (potenciais) do nascituro ficam esperando o nascimento com vida do que será o titular deles. Ocorrendo esse nascimento, os direitos se concretizam e são efetivamente adquiridos, retroativamente”.

É quase absoluto aos pensadores civilistas a ideia de que a efetivação dos direitos do nascituro não supera a expectativa e a potencialidade até o seu nascimento satisfatório, ou seja, com vida. Martins declara que “Na expectativa de direito há a esperança, a probabilidade de adquirir o direito no curso do tempo”. Essa probabilidade é direcionada ao apartamento do feto da mãe, através do parto, onde serão reiterados retroativamente os direitos não percebidos durante a gestação. Com isso, todavia, não se quer dizer que o nascituro não terá oportunidade de terçar enquanto despersonalizado e ainda vivente em útero.

Portanto, como versa o art. 877 do Código de Processo Civil:

Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º - O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º - Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§ 3º - Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Com base em doutrinas três correntes debatem acerca da aquisição da personalidade jurídica pelo nascituro: a corrente dos natalistas, a dos seguidores da personalidade condicional e a teoria concepcionista (MATTOS, 2009).

Ainda consoante Mattos (2009), os natalistas afirmam que o nascituro tem mera expectativa de direitos, até porque, nos termos do art. 2º do CC, a conquista da personalidade civil decorre do nascimento com vida. Como defensor dessa corrente, Caio Mário da Silva Pereira, afirma que o nascituro não é ainda uma pessoa, não é ainda um ser dotado de personalidade jurídica, de modo que não há que se falar em sujeito de direito.

Já a corrente da personalidade condicional defende que o nascituro tem aptidão potencial para adquirir direitos, a qual se confirma se ele nascer com vida e se anula se nascer morto (DONIZETTI; QUINTELLA, 2013).

A teoria concepcionista é aquela que defende que o nascituro é pessoa humana, logo, tendo direitos resguardados pela lei. Esse é o entendimento é defendido por vários doutrinadores que estudam exaustivamente a jurisprudência brasileira.

MATERIAIS E MÉTODOS

O presente artigo discorre de forma dedutiva mediante pesquisa bibliográfica, com coleta de dados baseadas na legislação brasileira vigente e subsidiada em doutrinas específicas, artigos científicos que elucidam o tema, documentos eletrônicos e análise de julgados.

DIREITO A VIDA

O direito do nascituro a vida existe, pois, a legislação pátria protege a vida desde a concepção.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) informa em seu artigo 4º, I, in verbis: “Toda pessoa tem, direito a que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Logo, todos os meios de se dispor da vida são tipos penais, inclusive os que atentam a vida do nascituro, neste caso tem-se o crime de aborto.

“A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar” (DINIZ, 2002, p. 22).

A vida humana é o bem maior, o bem de mais alto valor, devendo ser protegido acima de todas as coisas. Para este trabalho, o nascituro é ser humano, é pessoa e deve ser protegido como tal. Apesar da proteção à vida a partir da concepção, podem existir situações, legitimadas pelo sistema constitucional, nas quais prevaleçam outros direitos fundamentais, em detrimento do direito à vida, diante de um conflito real de direitos fundamentais. (LIMA, 2012, p. 42).

Existem exceções em que poderá se dispor da vida, como nos casos de excludentes de ilicitudes ou nos casos de aborto legal, estes descritos no Código Penal.

O direito à vida é amplo, vai além de apenas estar vivo, todos tem direito de viver com dignidade. O nascituro deve ter total proteção para seu desenvolvimento intrauterino, cuidados médicos e parto em local especializado.

“É tarefa da legislação infraconstitucional, tanto no âmbito civil quanto criminal, definir o status jurídico do embrião pré-implantatório” (LIMA, 2012, p. 46).

A Lei nº 8.069 de 1.990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 7º, dita que o Estado zela pelo nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso do ser humano.

Além da Constituição e do Código Civil trazerem a proteção a vida, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também dita que o Estado deve proteger a vida do ser humano. Observa-se que o nascituro tem direito a vida, é pessoa humana e deve ter todos os direitos resguardados. E caso alguém atente contra a vida do nascituro deve sim de acordo com legislação penal ser punido, a não ser nos casos em que a lei traz exceções.

TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE

Nossa Doutrina se partiu quanto os entendimentos acerca do início da personalidade, dando ensejo assim a três teorias, a adotada majoritariamente na doutrina e no código civil é a concepcionista, em que o nascituro é pessoa humana desde a concepção e tem seus direitos resguardados pela lei.

Em observância a pertinência da invocação da tese concepcionista para que o nascituro adquira uma oportunidade em integrar o rol de herdeiros e capacitar-se segundo as normas sucessórias. Contudo, não há incoerência em salvaguardar esses direitos e, ao mesmo tempo, esperar o nascimento para a aplicação da eficácia, uma vez tratar-se de mera condição suspensiva pautada na sobrevivência do feto. Pois, caso contrário, menciona Gonçalves:

[...] se porventura nascer morto o feto, não haverá aquisição de direitos, como se nunca tivesse existido. Com isso, nem recebe, nem transmite direitos. Nesse caso, a herança ou quota hereditária será devolvida aos herdeiros legítimos do de cujus, ou ao substituto testamentário, se tiver sido indicado, retroagindo a devolução à data da abertura da sucessão.

Dessa forma, a mera possibilidade da morte do nascituro afeta a imediata aquisição da herança, embora permaneça em atividade a defesa dos seus interesses. Com a transferência comprometida da quota a receber, aguarda o nascituro o sucesso do seu nascimento para, então, conquistar plenamente os bens que lhe são de direito.

O enfoque deve cingir-se ao direito material brasileiro infraconstitucional. Como a lei civil determina que o início da personalidade humana ocorre, tão-somente, com o parto do

nativo, é importante determinar o conceito de nascituro. Como ensina Santoro-Passarelli, em razão do nascituro, cria-se um centro autônomo de relações jurídicas, a aguardar o nascimento do concebido ou procriado, da criatura que provenha com vida da mulher.

Caio Mário afirma que: O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem em estado potencial.

[...]. se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não se chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento.

Washington de Barros Monteiro, discorre que: Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o NASCIMENTO com vida.

Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.

Gagliano e Pamplona Filho, conceituam que ora, adotada a teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, é razoável o entendimento no sentido de que, não sendo pessoa, o nascituro possui mera expectativa de direito. Mas a questão não é pacífica na doutrina. Os adeptos da teoria da personalidade condicional sufragam entendimento no sentido de que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva. A teoria concepcionista, por sua vez, influenciada pelo Direito francês, contou com diversos adeptos. Segundo essa vertente de pensamento, o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo assim, considerado pessoa, é de se observar, outrossim, que essa personalidade confere aptidão apenas para a titularidade de direitos da personalidade (sem conteúdo patrimonial), a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável.

Desta forma, é lícito que a personalidade deriva, indubitavelmente, da pessoa, motivo pelo qual Maria Helena Diniz contextua que, “primeiramente, imprescindível se torna verificar qual é a acepção jurídica do termo ‘pessoa’.” Na sequência, a própria Maria Helena elucida a questão com base nos ensinamentos de Diego Espín Cánovas: Para a doutrina tradicional

“pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.

Assim, resta claro que há muito desde o Código Civil de 1916 – a legislação civilista brasileira adotou a corrente doutrinária natalista, que reconhece o início da personalidade a partir do nascimento com vida, reservando para o nascituro uma expectativa de direito.

DIREITO DE SUCEDER

O nascituro tem capacidade sucessória, pois já é ele uma vida em desenvolvimento, o seu nascimento é requisito para a aquisição de todos os outros direitos pertinentes aos já nascidos. Porém este direito de sucessão é resguardado ao nascituro.

Ao nascituro também lhe é assegurado o direito de adquirir bens por meio de testamento.

O artigo 1.798 do Código Civil ensina que, *in verbis*: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Está claro no dispositivo legal acima que tem o nascituro legitimidade para suceder, porém para a concretização do direito, necessita-se do nascimento com vida.

De acordo com artigo 1.800, § 3º do Código Civil, ao nascer com vida, a sucessão do herdeiro será deferida a ele.

Os pais do nascituro, diferente dos pais de filhos já nascidos, não administram o bem herdado, existe a necessidade do nascimento com vida.

Mesmo o nascituro tendo direito a sucessão, não terá seu direito adquirido se nascer sem vida, caso isso ocorra sucessão nenhuma será feita. Ou seja, nada que seria dele passará a seus herdeiros, por exemplo para seus pais. Tudo continuará como se nada tivesse acontecido no que diz respeito a sucessão.

Após o nascimento com vida, os bens da sucessão são transferidos definitivamente ao indivíduo que nasceu.

O artigo 1.799, inciso I, Código civil diz, *in verbis*: “Art. 1799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Nota-se que o nascituro tem direito a sucessão, porém tal direito só se exteriorizará com o nascimento com vida, caso seja natimorto, não ocorrerá sucessão os bens não irão para os herdeiros do natimorto e sim ficará como se sucessão alguma tivesse sido feita.

PERSONALIDADE JURÍDICA

Discussão a parte sobre a personalidade jurídica do nascituro, interessante o posicionamento de Diniz (2010, p. 202) a respeito de sua capacidade sucessória excepcional, pelo fato de que ele tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Nesse sentido, afirma:

Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina ou mesmo in vitro, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.

Desse modo, o Direito Brasileiro atribui legitimidade ao nascituro para suceder, a fim de proteger seus futuros e eventuais interesses. Logo, o direito sucessório eventual (decorrente de lei ou testamento) somente se completará com o atendimento de dois pressupostos: a criança sobreviver ao autor da herança e manter, quando da abertura da sucessão, a qualidade de sucessor legítimo ou testamentário (DONIZETTI, QUINTELLA, 2013).

CAPACIDADE LEGITIMA

No direito sucessório brasileiro o princípio geral condicionante à recepção da herança é estar nascido ou já concebido ao tempo da morte do de cujus. A capacidade de ser herdeiro, todavia, não recorre às regras da capacidade civil, posto ser o bastante a aptidão para adquirir direitos e deles gozar, sem que sobrevenham os encargos práticos da vida civil. Desse modo, segundo Gomes, “o direito de suceder do nascituro depende de já estar concebido no momento da abertura da sucessão”.

Todavia, a destinação do patrimônio do falecido é processada em duas modalidades, conforme referência do Código Civil quando nos direciona ao art. 1.786 ao dispor que “A

sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. A sucessão legítima, objeto deste tópico, é aquela outorgada quando percebida a omissão da vontade do falecido, sendo, pois, de caráter subsidiário. Assim, na ausência de um herdeiro designado pelo próprio autor da herança, a lei é quem expressamente o faz, tomando por base uma ideia romana de co-propriedade familiar, bem como da presunção afetiva entre os laços consanguíneos.

Sobre o exposto, revela o art. 1.788 do Código Civil que: Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for nulo.

O nascituro, mediante ao todo da sucessão legítima, poderá ser capacitado como herdeiro quando do mesmo for retirada a característica de descendente ou parente colateral do autor da herança, tendo em vista a conclusão óbvia advinda de que um ser ainda em desenvolvimento intra-uterino jamais poderia contrair matrimônio ou ser ascendente de outrem, se nem mesmo foi desvinculado das entranhas maternas, vitais para futuramente adquirir a personalidade jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mera constatação de vida humana intra-uterina deve permitir a consagração do direito de herança do nascituro, tendo em vista que a impossibilidade de se expressar não gera a abstenção dos seus direitos. Pelo contrário, a estrutura protecionista deve ser maior, pois do laço sanguíneo ou do intento do testador deve ser ministrado o exercício da justiça. Desse modo, uma vida não pode ser defendida apenas por ser vida, mas também por implicar direitos outros de elevada estima.

Com fulcro nesse fundamento, ampara-se o concebido vivente no útero materno com mais evidência, tendo em vista o conhecimento indubitável da sua presença, onde a expectativa de direito daquele deve ser tomada com seriedade e crença em todo evento processual de formalização da transmissão do acervo hereditário.

Com isso, verificamos a superioridade legal da teoria concepcionista ao afiançar os direitos do nascituro sem que seja aguardada a sua vinda ao mundo; assim, justificando o fato de o concebido ser sujeito de direitos antes mesmo de ter sido agraciado com a personalidade jurídica. É nesse aspecto que estabelece um alicerce para o ser humano que ainda não nasceu,

mas que deve ver resguardado os seus interesses. Assim, há a necessidade de aceitar a natureza humana e delicada do concebido, com a expectativa favorável ao nascimento, pelo qual a morte que será a exceção. Desse modo, esperar o sucesso da continuidade vital do feto, mesmo depois do parto, deve ser tomado como preceito geral, diante dos meios probatórios de viabilidade a qual as ciências médicas certificam.

Dessa forma ocorre que a Constituição da República Federativa do Brasil ao salvaguardar os direitos humanos e declarar como garantia fundamental o direito à herança, estabeleceu de forma plena a capacidade do nascituro em ser herdeiro. Integrar o feto, portanto, no âmbito sucessório, formaliza a inserção do mesmo no rol de herdeiros já nascidos e capazes. Ao comprometer os Estados ao respeito à dignidade da pessoa humana, bem como os demais acessórios vinculados à garantia, recolhemos em nossa estrutura normativa interna o zelo por nossos semelhantes.

Importa aqui ressaltar a importância de uma definição jurisdicional – qualquer que seja ela – do conceito da palavra “vida” e, via de consequência, dos limites do significado do termo inserto no art. 5º, caput, da Carta de 1988, da respectiva proteção jurídica e dos parâmetros para as condutas a serem adotadas pelos jurisdicionados.

Alexandre de Moraes, *verbis*: A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que o estatuto jurídico deve assegurar.

Concordando como que subscreve Carlos Roberto Gonçalves a trazer a distinção entre personalidade jurídica material e formal, distinção essa utilizada por outros autores. Tendo assim o nascituro a personalidade jurídica formal, pois tem direito há uma gestação saudável, tendo suas necessidades atendidas, e também sua genitora, pois vive o nascituro no ventre materno, efetivando assim o princípio da dignidade da pessoa humana, que se relaciona ao direito à vida, a saúde, segurança.

Porém adquiriria a personalidade jurídica material quando nascesse com vida, respirasse, adquirindo assim os direitos patrimoniais, que só se efetivam com a vida, com a materialização do ser humano, pois entendemos que o nascituro é uma mera expectativa de direitos, que se efetiva com seu nascimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 04 de OUTUBRO de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997. 49 lb idem.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. A tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 18, p. 33-48, maio/junho 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. 1, 5a ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro/ parte geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3ed. Saraiva. 2009. v.3, p.76.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Os Direitos do Nascituro no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Etic-Encontro de Iniciação Científica, v. 3, n. 3. 2009. Disponível em:
<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1371/1317>. Acesso em: 01 out. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 30a ed., São Paulo: Saraiva, 1991

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1o a 5o da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6a ed., São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2a ed., São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 520.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. 1, 21a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 217.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** - Direito de Família. Vol. V. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito das sucessões. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTORO PASSARELLI, Francesco. **Teoria Geral do Direito Civil**, Trad. Manuel de Alarcão, Coimbra, Atlântida, 1967, p. 230.

TARTUCE, Flavio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 33, Rio de Janeiro. 2007.
Disponível em: <http://professorhoffmann.files.wordpress.com/2011/08/a-situac3a7c3a3o-jurc3addica-do-nascituro-uma-pc3a1gina-a-ser-virada-no-direito-brasileiro-flc3a1vio-tartuce.pdf> > acesso em: 06 de out. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 9.ed. São Paulo: Atlas. 2009. p.135. BRASIL. Código Civil. Brasília: Senado, 2003. p. 141.

A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Êloiza Maria Alves do Nascimento¹
Izabel Iris Henrique de Moura²
José Antônio de Albuquerque Filho³

RESUMO

O presente artigo abordará o instituto da adoção, seus aspectos históricos, conceitos, modalidades, requisitos e respectivos efeitos, tratando sobre os princípios que orientam a adoção, com ênfase ao princípio do melhor interesse do menor que norteia a possibilidade da adoção *intuitu personae*, sendo esta o objeto de estudo deste artigo. A modalidade de adoção *intuitu personae* não se encontra expressamente regulamentada na legislação brasileira, na qual destacamos a Lei nº 8069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, contudo esta forma de adoção não poderá ser considerada ilícita, sendo esta uma prática corriqueira em nossa sociedade. Buscou-se nesse artigo, demonstrar a viabilidade da adoção *intuitu personae* podendo considera-la como uma forma de adoção lícita, através de pesquisas bibliográficas, princípios que norteiam a adoção *intuitu personae* e a análise de como vem sendo admitida pelo Poder Judiciário, quando existente os vínculos afetivos na relação do adotante com o adotado.

Palavras-Chave: Adoção *intuitu personae*. Princípio do Melhor do Menor. Vínculo Afetivo.

Abstract: This article will discuss about the adoption institute, its historical evolution, concepts, modalities, requirements and their effects, dealing with the principles that guide the adoption, with emphasis on the principle of the best interest of the minor that guides the possibility of the intuited adoption. *personae*, this being the object of study of this article. The mode of adoption *intuitu personae* is not expressly regulated in current Brazilian law, in which we highlight Law 8069 of 1990, the Child and Adolescent Statute, and Law 12.010 of 2009, the National Adoption Law, however. This form of adoption cannot be considered illegal, as this is a common practice in our society. The purpose of this article is to demonstrate the viability of adopting *intuitu personae*, based on the Principle of Best Interest of the Minor.

Keywords: Adoption *intuitu personae*. Best of the Smallest Principle. Affective bond.

1. Acadêmica em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-FAFIC. E-mail: eloizaejovem@gmail.com.

2. Acadêmica em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-FAFIC. E-mail: isabel.iris21@hotmail.com.

3. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Professor de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. E-mail: joseantonioalbuquerquefilho@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O artigo objetiva discutir acerca da possibilidade de acrescentar ao ordenamento jurídico brasileiro, a modalidade de adoção *intuitu personae*, considerando ser esta uma modalidade lícita, quando revestida pelo princípio do melhor interesse do menor, sendo considerada como a adoção em que os pais biológicos, entregam o menor a um terceiro, sempre conduzidos pelo sentimento de confiança neste, com a inobservância ao Cadastro Nacional de Adoção, que por muitas vezes deixa o processo de adoção mais moroso. Essa modalidade é vista como uma forma de adoção que busca garantir ao infante uma melhor qualidade de vida, sendo, pois, objeto de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

O trabalho aborda a questão em três capítulos, onde o primeiro explana sobre os aspectos históricos da adoção, desde a Antiguidade até a legislação atual vigente. O segundo capítulo foi mencionado os princípios que regem o instituto da adoção, garantindo assim direitos fundamentais. Por fim, o terceiro capítulo é a respeito da adoção *intuitu personae*, apresentando definições, a sua previsão legal e a diferença entre adoção “à brasileira” com a adoção *intuitu personae*, alguns julgados com a decisão proferida pelo juiz, além de comentários feitos a respeito da decisão desses julgados.

Para que seja possível o deferimento da adoção *intuitu personae*, esta deverá atender a alguns requisitos, que também são aplicáveis as demais modalidades de adoção, quais sejam: a legitimidade do adotante, o consentimento dos pais biológicos, o estágio de convivência entre o adotante e o adotado, e o efetivo benefício para o adotado, sendo inobservado o requisito de obrigatoriedade a ordem cronológica do CNA.

Ao analisar o tema em estudo, é possível perceber que há controvérsias o que seria melhor durante o processo de adoção: seguir a legislação pura e simples com o Cadastro Nacional de Adoção ou prezar pelo melhor interesse do menor? Então não há o que falar em ilicitude da adoção *intuitu personae*, visto que o ECA permite algumas possibilidades de se realizar a adoção sem o requisito do cadastro nacional, onde também a Constituição Federal afirma que uma das bases fundamentais para que se constitua um ente familiar seria o afeto. Para a confecção deste trabalho foi utilizado leis, doutrinas, jurisprudências, artigo científico, monografias e tese de doutorado.

ASPECTOS HISTÓRICOS DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Na Antiguidade a criança e adolescente não era acobertada pelos seus direitos e garantias fundamentais, não podendo ter uma vida digna para sequer aproveitar sua infância ou adolescência. A sociedade apenas via a criança e adolescente como objetos de trabalho, e esse olhar era dominante, desrespeitando-se assim o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Todos nós temos direitos a viver de forma digna, e merecemos respeito a cada fase de nossa vida. Cabe salientar que o Princípio do Melhor Interesse da Criança, é de base fundamental para inserir as crianças no meio social de forma adequada. Nesse sentido, as crianças e adolescentes merecem total apoio e proteção, pois são elas que fazem o futuro da sociedade, e um dos fatores primordiais que pode contribuir com o futuro melhor se dá através de um acolhimento apropriado, e merece destacar que esse acolhimento pode ser efetivo através do instituto chamado adoção.

Ainda na Antiguidade, as crianças e adolescentes eram tratados, na maioria das vezes, como seres sem relevância. O Código de Hamurabi, surgido por volta do ano 1.700 a.C, é considerado a primeira codificação jurídica a tratar do instituto da adoção, dedicando nove dispositivos (arts. 185 a 193). Adotar filhos a família natural é uma prática que está presente desde a antiguidade, que apresentava um significado diferente do atual. A adoção estava intrinsecamente relacionada aos anseios de ordem religiosa que era necessário o culto aos ancestrais, para que a família não se extinguisse.

Na Idade Média, a adoção passou a não mais ser utilizada, pois a Igreja tinha grande influência na sociedade, não permitindo assim a adoção ser concretizada, deste modo, só caberia aos pais biológicos criarem seus filhos.

No Brasil, a adoção foi vista a partir das Ordenações Filipinas e foi também a primeira lei a tratar do assunto, de forma não ordenada, foi promulgada em 22 de setembro de 1828, com características do direito português. A adoção desde já exigia formalidades, havia necessidade de um parecer do judiciário, e em uma audiência questionava o real interesse das partes em realizar a adoção. Por fim, vale mencionar, a adoção no Direito Português foi de grande relevância. Dessa forma, o instituto da adoção teve influência no Brasil.

PROTEÇÃO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Na Antiguidade, os direitos das crianças e dos adolescentes não eram protegidos por nenhuma norma jurídica, pois era a época em que os pais praticavam diversas perversidades, por desobediência. A infância era considerada um pesadelo, pois quanto mais atrás regressamos na história, menos cuidados com as crianças e maior era a probabilidade de atrocidades, como abandonos, espancamentos, abuso sexual aconteciam nessa época.

No século XIX, a Igreja era predominante e tratavam crianças como “coisa” “objeto”, daí foi que os estudiosos passaram a investigar esse aspecto e conseguiram um explícito entendimento que a criança necessitavam de amor, educação, lazer, dentre outros, para ser considerado como indivíduo da família. Paulatinamente, a criança e o adolescente passaram a ser considerados pela sociedade e pelo legislador como indivíduos carecedores de direitos.

Na segunda metade do século XX até os tempos atuais, a criança e adolescente passaram a receber maior proteção, tornando-se alvo de amparo integral e prioritário. Foram reconhecidos como agentes sociais e, conseqüentemente, a infância passou a ser considerada uma fase da vida que merece ser debatida, tornando-se objeto de discussão através das entidades constituídas para este fim.

ADOÇÃO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A adoção é regulada pelo artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal Brasileira, a qual a mesma não faz nenhuma distinção entre um filho natural de um filho adotivo, estabelece a equiparação aos direitos dos filhos adotivos aos dos filhos biológicos. “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quais quer designações discriminatórias relativas a filiação” (BRASIL, 1998).

Miron afirma que a “Constituição Federal de 1988 reconhece a família como elemento basilar da sociedade, assegurando direitos e mecanismo que visem a sua proteção e garantem aos menores de idade direito a convivência familiar e comunitária.” (MIRON, 2017, n.p).

A adoção é justamente um ato pelo qual uma pessoa recebe em seu lar outra, por mero interesse de cuidar e dá a devida proteção. Trata-se de ato jurídico solene que propicia vínculo familiar entre adotante e adotado, independentemente de relação biológica.

[...] Cabe o Estado priorizar o melhor interesse da criança e adolescente e buscar a eficácia do instituto da adoção, possibilitando o amparo humanitário às crianças e adolescentes sem família. Essa proteção é assegurada por diplomas legais como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e, mais recentemente, pela Lei 12.010/09. (MIRON, 2017, n.p).

A referida lei disciplina o instituto da adoção no país, buscando proporcionar uma maior agilidade ao processo, aprimorando a sistemática legal acerca do assunto e trazer diversas inovações com vistas a desburocratizar cada vez mais o acesso à adoção, sempre prezando pelo interesse do menor.

ADOÇÃO PREVISTA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com as mudanças introduzidas pela nova lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e Adolescentes, o processo de adoção passou a ser regido de modo mais eficiente, pois a lei entrou em vigor com a finalidade de amparar aqueles necessitados, satisfazendo assim o interesse do menor, além de assegurar seu bem-estar. O ECA protege o melhor interesse da criança, de modo a amparar os mesmos direitos viabilizados na Constituição Federal. A adoção no Estatuto é prevista entre os arts. 39 a 52, sendo somente permitida ao adotando, de idade mínima de 18 anos de idade. A lei veio para tutelar com primazia o melhor interesse da criança e do adolescente, tratando com maior sensibilidade o assunto, e também procurando atender aos princípios constitucionais, mantendo igualdade de direitos entre filho adotado e filho biológico.

O Código Civil de 2002, quando foi promulgado, trouxe em seu bojo um capítulo tratando de forma detalhada acerca do instituto da adoção, o que causava discussão acerca de qual diploma regeria o referido instituto: o Código Civil ou Estatuto da Criança e Adolescente. Deste modo, prevalece o Estatuto da Criança e Adolescente, regendo assim os pontos da adoção, revogando apenas alguns dispositivos que ficaram incompatíveis com o Código Civil. Em 2009, surgiu a Lei Nacional de Adoção no ordenamento jurídico. Vários artigos de diversos diplomas legais foram revogados, recebendo nova redação e outras foram acrescidas. Dentre eles, o Código Civil Brasileiro, que teve dez artigos revogados e outros dois adquiriram nova redação.

Outra modificação é que não é admitido mais a adoção por escritura pública, por meio da qual se procurava, primeiramente, um tabelião, posteriormente, de posse do escrito, o registrador civil competente para o procedimento, motivo pela qual, o art. 8º da Lei 12.010/2009, revogou o inciso III do art. 10 do Código Civil. Por fim, verificou que a Lei Nacional de Adoção não adveio com o objetivo de alterar por completo as disposições atinentes ao instituto da adoção, veio, na realidade como um dos objetivos, de encerrar a discussão existente em torno de qual documento legal regeria a adoção, colocando o Estatuto da Criança e Adolescente como diploma legal único para adoção de crianças, adolescentes ou adultos.

PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:

PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O Princípio da Proteção Integral veio com o intuito de proteger as Crianças e os adolescentes de forma prioritárias, atendendo assim os direitos fundamentais que todos merecem desfrutar. A CF/88 consagrou o Princípio da Proteção Integral, ao instituir o art. 227, atribuindo à família, a sociedade e ao Estado, o dever de garantir direitos fundamentais às crianças, aos adolescentes e aos jovens, com prioridade absoluta, além de protegê-los de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sendo assim, resta claro que o Princípio da Proteção Integral abrange os demais princípios consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, tais como o Princípio da Prioridade Absoluta, o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e o Princípio da Convivência Familiar. Em síntese, o princípio da proteção integral norteia a construção de todo o ordenamento jurídico voltado à proteção dos direitos da criança e do adolescente.

PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente foi instituído pela primeira vez em 1959, na Declaração dos Direitos da Criança e, posteriormente, pelo antigo Código de Menores, mas com sua aplicação limitada às crianças que se encontravam em situação irregular. Contudo, com a adoção da Doutrina da Proteção Integral pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ele passou a abranger todas as crianças e adolescentes. Como bem

percebido, a proteção integral destina-se a resguardar aquela pessoa que não consegue, ou ainda não pode proteger-se sozinho, não mais o equiparando com o adulto, mas delimitando, ao infante-adolescente, caminhos acessíveis para a efetivação desses direitos.

Para Tânia Pereira (PEREIRA, 2008, págs. 25-26), a Constituição de 1988 em conjunto com o ECA revelam três elementos fundamentais que dão novo direcionamento à proteção integral da criança e do adolescente, que são: a **condição peculiar de pessoa em desenvolvimento** – que seria o desfrute de todos os direitos concedidos aos adultos somados a alguns especiais que decorrem do fato de não terem acesso ao conhecimento pleno de seus direitos; **não terem atingido condições de defender seus direitos**, caso sejam violados; **não contar com meios próprios para arcar com a satisfação de suas necessidades básicas**, já que podem responder pelo cumprimento das leis e deveres e obrigações inerentes à cidadania da mesma forma que o adulto.

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Apesar de a Constituição Federal, não trazer de forma explícita, esse princípio é de grande relevância para o direito, pois o mesmo está atrelado a Doutrina e Jurisprudência, bem como deriva da interpretação das normas constitucionais que tratam do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do Princípio da Solidariedade, do Princípio da Convivência Familiar e da igualdade entre os filhos, cônjuges e companheiros. O afeto é o elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos modernos, pois somente com laços de afeto conseguem manter a estabilidade de uma família que é independente e igualitária com as pessoas, significando amor, atenção, amizade, solidariedade de um com o outro.

Tal princípio fundamenta-se na tutela da dignidade da pessoa humana, bem como na solidariedade social e na igualdade entre os filhos. O afeto aqui é compreendido como a relação de amor no convívio das entidades familiares. O seu rompimento é capaz de gerar dano moral, principalmente quando ficar provado o descumprimento do dever de convivência e participação ativa no desenvolvimento dos filhos. A família atual não é somente a biológica. A assunção de vínculo parental também não pode ser afastada por simples e espontânea vontade. (SOBRAL, 2017, n.p).

Desse modo, o afeto é a ligação atual da família, com o propósito de constituir um amor familiar entre pessoas, não implica a sexualidade destas, uma vez que a afetividade é o elo de estruturação das entidades familiares na atualidade.

ADOÇÃO: Conceito, Modalidades, Requisitos e Efeitos

O instituto da adoção, não tão recente, existente desde as antigas civilizações, sofreu inúmeras transformações ao longo do tempo, nos dias atuais esse instituto possui viés mais voltado para o assistencialismo, onde objetiva incluir crianças e adolescentes em seios familiares que possam lhes proporcionar um desenvolvimento íntegro.

Vários são os conceitos trazidos pela doutrina para explicar a adoção, sendo possível citar algumas definições de renomados autores do âmbito civil. Segundo Sílvio de Sávio Venosa (2016, *apud*, Castro, 2017, p.22);

A filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.

Carlos Roberto Gonçalves (2016, *apud*, Castro, 2017, p.22), entende que a adoção é “o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, pessoa a ela estranha, na qualidade de filho.” (GONÇALVES, Carlos Roberto, *apud*, CASTRO).

Sendo uma forma excepcional de assistência e proteção ao melhor interesse do menor, a adoção pode ser entendida como um instituto onde uma família recebe um menor como filho, sempre com o olhar voltado para a proteção integral do infante, o seu melhor interesse e os benefícios que este irá receber. A adoção possui vários requisitos, efeitos e modalidades, sendo que os princípios do melhor interesse do menor e da dignidade da pessoa humana são imprescindíveis para o processo de adoção.

Em se tratando de nossa legislação, o Código Civil de 2002 destinou um capítulo específico para tratar do instituto da adoção, sendo, contudo, quase todo revogado pela Lei Nacional da Adoção, porém, atualmente, o instituto da adoção é regulamentado pela Lei nº

8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe em seu artigo 39º, §1º, “a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.” (BRASIL, 1990).

O ECA prevê várias formas de adoção: a adoção disciplinada no artigo 42 conferida aos maiores de 18 anos, independentemente de seu estado civil; a adoção internacional observado os requisitos dos artigos 51º e 52º do ECA; a adoção conjunta, onde será imprescindível que os adotantes sejam casados civilmente ou estejam em união estável, desde que comprovada a estabilidade familiar, artigo 42, § 2º do ECA, com exceção trazida pelo §4º do mesmo artigo, em que:

Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão (BRASIL, ECA, 1990)

Dentre outras modalidades, temos a adoção *intuitu personae*, onde objetivamos demonstrar sua possibilidade como modalidade de adoção lícita, quando será admissível a inobservância da ordem de preferência do CNA, buscando garantir a dignidade e o interesse do menor.

A Lei 8.069/90 antevê uma sequência de requisitos que validam o instituto da adoção:

- a) Legitimidade: Prevê o ECA que o interessado, para que esteja apto a adotar, independentemente de seu estado civil, deve ter idade mínima de dezoito anos, contudo este requisito deve ser cumulado com os demais, pois alguém que alcança a maioridade nem sempre possui maturidade suficiente para condicionar e orientar uma criança.
- b) Consentimento: O legislador declarou a necessidade do consentimento dos pais biológicos ou do representante legal no artigo 45º do ECA, para que se viabilize o deferimento da adoção. Contudo esse requisito é limitado quando os pais biológicos da criança ou adolescente são desconhecidos ou foram destituídos do poder familiar. Vale ressaltar que quando o adotante tiver idade superior a doze anos se faz necessário também o seu consentimento.
- c) Estágio de convivência: É obrigatório o estágio de convivência prévio a adoção, de acordo com o artigo 46º do ECA, para que seja possível ao magistrado avaliar a convivência e

existência de vínculos entre o infante e o adotante. O estágio de convivência será de o mínimo noventa dias, devendo levar em consideração a idade da criança ou adolescente e as particularidades de cada caso, podendo até ser prorrogado por igual período através de decisão fundamentada, sendo, porém dispensado quando já houver tempo suficiente de convivência e constituição de vínculos afetivos, que viabilizem a efetivação da adoção. Porém vale salientar que de acordo com o §2º do artigo 46º do ECA, a simples guarda de fato por si só não autoriza a dispensa do estágio de convivência, pois este é de suma importância para que se possa verificar a adaptação do menor na família que irá adotá-lo. Deve o estágio de convivência ser acompanhado por equipe técnica interdisciplinar, para garantir o direito à convivência familiar. Esse estágio deve ser cumprido no território nacional, como preleciona o artigo 46º, §5º do ECA, e no caso de adoção por pessoas ou casais domiciliados ou residentes fora do Brasil, será de no mínimo trinta dias e o máximo 45 dias, sendo possível sua prorrogação por igual período, mediante decisão fundamentada de autoridade judiciária.

d) Efetivo Benefício para o adotando: O efetivo benefício é indispensável para orientação e fundamentação da decisão do magistrado. De acordo com o disposto no artigo 42º do ECA, o deferimento da adoção será possível, quando esta apresentar reais benefícios ao adotando, fundando-se em motivos legítimos, sendo assim, a colocação do infante em família substituta só poderá ser consentida quando for vantajosa para o menor.

Outro ponto importante a ser destacado é que compete a Justiça da Infância e da Juventude, processar e julgar os pedidos de adoção de crianças e adolescentes, fazendo-se necessária a intervenção do Ministério Público.

Relativo aos efeitos advindos com o deferimento da adoção, a Lei 8.069/90, dispõe em seu artigo 47º, § 7º, que a adoção só terá efeitos após o trânsito em julgado da sentença, exceto quando o adotante, após expressa manifestação de vontade, vier a falecer quando o processo de adoção ainda está em andamento e a sentença não tenha sido proferida, nesse caso os efeitos retroage a data do óbito.

Outro efeito trazido com a adoção, é que o menor adotado, será considerado filho e gozará dos mesmos direitos e deveres dos filhos naturais, com relação ao parentesco e direitos patrimoniais e sucessórios, observado o princípio constitucional da igualdade de filhos naturais e afetivos, sendo possível a alteração do prenome do adotando conferindo a este o nome dos adotantes.

A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

A adoção *intuitu personae*, que significa adoção com ânimo pessoal, ainda não foi pacificada nos debates doutrinários e jurisprudenciais, porém possível de ser acolhida em determinados casos concretos. Essa adoção é compreendida como uma espécie de adoção na qual os genitores biológicos do menor o entregam a uma terceira pessoa de sua confiança, com a inobservância da inscrição e da ordem cronológica do Cadastro Nacional de Adoção, estabelecido pela Lei nº 12.010/2009- Lei Nacional da Adoção.

Como regra geral, apenas as pessoas cadastradas é que estão habilitadas para a adoção, no entanto, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 50º, §13º, entende pela possibilidade da adoção feita por casais ou pessoas não constantes no CNA, desde que preenchidos alguns requisitos, sempre baseada em diversos princípios, em especial o princípio do melhor interesse do menor e da proteção integral da criança e do adolescente, pois a adoção deve sempre ter um olhar centralizado no melhor interesse do menor e nos benefícios que por este serão recebidos.

É possível afirmar que os pais biológicos, ao demonstrarem o interesse em dar seu filho para ser adotado, estão geralmente visando melhores condições de vida e desenvolvimento do filho, o que reflete em uma renúncia como um gesto de amor, entregando seu filho diretamente a alguém em quem confiam e assegurando uma vida melhor para o menor. A entrega do filho pelos pais biológicos, feita diretamente a um terceiro está revestida no sentimento de confiança, em que consideram a pessoa escolhida por eles, a ideal para cuidar e conduzir o menor em toda sua vida. O enunciado nº 13 do Instituto Brasileiro de Direito de Família, entende que “na hipótese de adoção *intuitu personae* de criança e de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes” (IBDFAM, ENUNCIADO Nº 13).

São vários os fatores que levam a uma criança ser posta em adoção, podendo ser por abandono, negligência, maus-tratos, abuso sexual, e também por os pais biológicos não terem condições de criar o menor, sendo que a mera possibilidade da criança ser entregue para a adoção, onde ficará em um espaço de acolhimento institucional, sendo portanto retirada do seio familiar para passar a conviver com desconhecidos, gera no infante sérios problemas psicológicos.

O modelo de adoção *intuitu personae* já é uma prática muito costumeira em nossa sociedade, sobretudo em razão das condições financeira e emocional da família natural, o que

torna impossível a permanência da criança no seio familiar. Essa modalidade de adoção, embora tenha sua possibilidade jurídica revestida de discussões em seu desfavor, não encontra na legislação brasileira atual, nenhum dispositivo expresso que a proíba.

É de suma importância lembrar, que o pedido de adoção pela modalidade *intuitu personae*, poderá ser cumulado com o pedido de guarda provisória do infante, devendo observar-se o que preleciona o artigo 50º, §3º, do ECA, que prevê a preparação psicossocial e jurídica do terceiro postulante da adoção, sendo acompanhado e orientado por equipe técnica interdisciplinar da Justiça da Infância e da Juventude, para que possa garantir o direito a convivência familiar de forma segura e responsável, do mesmo modo em que acontece na adoção que está prevista expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente (Art. 50º do ECA).

A modalidade de adoção em apreço, também observa requisitos para que seja possível juridicamente o seu deferimento. O único requisito não observado é o da prévia inscrição no Cadastro Nacional da Adoção, porém o que se deve levar em consideração para determinar sua autorização será o melhor interesse do menor, que é a parte mais importante no processo de adoção. Nesse contexto, faz-se necessário que o adotante tenha legitimidade para que esteja apto a adotar, devendo, de acordo com o artigo 42º do ECA, ter idade mínima de dezoito anos, independente do seu estado civil, não sendo possível conceder a adoção feita por ascendentes e irmãos do menor. Vale salientar que é imprescindível a necessidade do consentimento dos pais biológicos ou representante legal da criança, sendo necessário que ambos os genitores, consentirem expressamente a adoção, pois a recusa de um deles torna impossível à concretização da adoção, contudo existe exceção ao consentimento dos genitores, quando estes forem desconhecidos ou não, mas dispuserem do poder familiar. De acordo com o disposto no artigo 46º do ECA, é necessário e obrigatório que se tenha um estágio de convivência, para que seja viável a avaliação e autorização da adoção pelo magistrado, visando a adaptação do infante no seio de sua nova família, sendo que o prazo para o estágio de convivência será estabelecido pelo juiz em cada caso concreto, no entanto, é dispensável quando o menor a ser adotado já estiver sob guarda ou tutela do adotante, por período suficiente para que seja possível visualizar a convivência e constituição de vínculo afetivo (Art. 46º do ECA). Por fim, é fundamental que haja um efetivo benefício para o adotando, tanto na questão emocional, quanto aos benefícios no que diz respeito a um ambiente tranquilo de convivência familiar e condições adequadas de desenvolvimento para o infante.

Ao acatar a possibilidade jurídica da adoção *intuitu personae* não se descarta a importância e necessidade de avaliações psicológicas, econômicas e sociais da família adotante, devendo se fazer uma análise com a intervenção do Ministério Público, visando sempre o interesse do menor.

O processo de adoção no Brasil é, assim como tantos, bastante demorado, em razão da grande demanda suportada pelo Judiciário. Dessa forma, vê-se a adoção *intuitu personae* como uma forma mais célere do que a adoção comum, já que o acolhimento institucional de crianças e adolescentes deve ser temporário, sendo necessário o quanto antes a colocação do menor em uma família, atendendo ao melhor interesse do menor.

Tribunais brasileiros, de acordo com cada caso específico, já estão adotando o entendimento que a prevalência do princípio do melhor interesse do menor sobre a estreita observância do CNA deve ser atendida, pois é muito prejudicial a retirada do menor da família com quem ele conviveu, onde há vínculos amorosos, de confiança, cuidado e amor, passando a ser colocado na primeira família habilitada pelo CNA somente porque está previamente inscrita, sendo que esta não possui nenhum vínculo com o infante e assim prejudicando e dificultando sua adaptação.

Pela possibilidade da adoção *intuitu personae*, entende assim alguns tribunais:

EMENDA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. PRETENDENTE NÃO INSCRITA NO CADASTRO DE ADOTANTES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA CRIANÇA COM A PRETENZA ADOTANTE NÃO CADASTRADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. REsp 1628245 / SP RECURSO ESPECIAL 2011/0285556-3. T4 - QUARTA TURMA. Ministro RAUL ARAÚJO (1143). JULGADO EM 13/12/2016.

Verifica-se que o tribunal, entendeu pelo estabelecimento do vínculo afetivo da criança com a pretensa adotante que não se encontrava cadastrada no CNA, aplicando o princípio do melhor interesse do menor, sendo mais benéfico a criança permanecer com a pessoa com quem já possuía vínculos afetivos e de cuidado.

EMENDA

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. REsp 1172067 / MG RECURSO ESPECIAL 2009/0052962-4. T3 - TERCEIRA TURMA. Ministro MASSAMI UYEDA (1129). JULGADO EM 18/03/2010.

I - A observância do cadastro de adotantes vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro.

No caso concreto ora julgado pelo Relator Ministro Massami Uyeda, foi reconhecido o vínculo afetivo existente entre menor e casal de adotantes não cadastrados no CNA, por meio de avaliação feita de equipe interdisciplinar responsável, com observância ao princípio do melhor interesse do menor, onde é mais vantajoso ao menor permanecer no cuidado do casal que já o tratava como filho.

Portanto, a inobservância do Cadastro Nacional da Adoção, pode ser suprimida, quando visar atender o princípio do melhor interesse do menor, sempre buscando vantagens para o mesmo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise feita sobre o instituto da adoção *intuitu personae*, objetiva demonstrar sua viabilidade e aceitação dentro do ordenamento jurídico brasileiro, apresentando seu conceito, requisitos, e sua possibilidade à luz de princípios que a norteiam.

Na análise das decisões jurisprudenciais trazidas no presente artigo, buscou-se verificar que por mais que a modalidade de adoção em apreço não esteja expressamente regulada na legislação brasileira atual, alguns tribunais vêm entendendo pela sua possibilidade, pois não basta seguir estritamente o que está dito na lei, é preciso dar a lei uma maior interpretação no sentido favorecer a parte mais vulnerável da relação jurídica, sendo possível a adoção *intuitu*

personae desde que atendido alguns requisitos como a legitimidade do adotante, o estágio de convivência entre o menor e os pretensos adotantes, o consentimento dos pais biológicos, e que principalmente seja benéfica ao infante, visto que, como mencionado anteriormente, essa é uma prática comum na sociedade brasileira.

A Lei Nacional da Adoção instituiu que a adoção é regulada pelas normas constantes no ECA, instituiu ainda a necessidade do Cadastro Nacional de Adoção, tornando mais dificultoso o processo de adoção, já que de acordo com a lei é necessário que se obedeça a uma ordem de preferência dos inscritos no CNA. O CNA busca tornar a adoção um processo mais seguro e rigoroso, porém a observância da ordem cronológica do cadastro, muitas vezes não é benéfica, pois uma criança deixará de ficar com a família com a qual possui vínculos afetivos e passará a ficar com um terceiro desconhecido, somente por este ser o primeiro na fila do CNA, causando um grande impacto na vida da criança ou do adolescente.

O princípio a ser observado em casos de adoção *intuitu personae* é principalmente o princípio do melhor interesse do menor, devendo verificar se o menor realmente está sendo assistido e se usufruiu de ideais condições de vida para seu desenvolvimento integral, sendo possível afirmar que melhor seria para o menor se este fosse colocado em uma família, que lhe daria todo um aparato necessário ao seu crescimento, do que em um lar de acolhimento institucional, esperando uma possível pessoa ou família que queira adotá-lo e correndo o risco de não ser adotado por ninguém, causando-lhe sofrimento, visto que o menor já passou pela desagradável experiência de ser abandonado por seus pais biológicos.

Levando em consideração que o menor em um processo de adoção é a parte mais importante, mas também a mais vulnerável, analisando o instituto da adoção *intuitu personae*, constata-se a sua possibilidade, sendo necessário que em todo o processo de adoção seja observado o melhor interesse do infante, e é justamente isso que se propõe com a adoção *intuitu personae*, atendendo a requisitos e garantindo o princípio do melhor interesse do menor, sempre verificando a possibilidade do menor ser colocado em uma família ou entregue a um terceiro, escolhidos pelos pais biológicos, baseado em uma relação de confiança, onde irá receber todo o cuidado e proteção que necessita.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Vitória Ohfugi de. **A possibilidade jurídica da adoção intuitu personae à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.** 2017. 62 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11782>. Acesso em: 16. out. 2019

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias I** Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald - 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodium, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** v. 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 *apud* CASTRO, Vitória Ohfugi de. A possibilidade jurídica da adoção intuitu personae à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Enunciado nº 13.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 16. out. 2019

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção Intuitu Personae.** 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7006>. Acesso em: 16. out. 2019

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RESP 1628245 / SP RECURSO ESPECIAL 2011/0285556-3. T4 - QUARTA TURMA.** Ministro RAUL ARAÚJO (1143). Publicado em: 03/11/2016. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/466533058/recurso-especial-resp-1628245-sp-2011-0285556-3>. Acesso em: 16. Out. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RESP 1172067 / MG RECURSO ESPECIAL 2009/0052962-4. T3 - TERCEIRA TURMA.** Ministro MASSAMI UYEDA (1129). Publicado em: 14/04/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9115155/recurso-especial-resp-1172067-mg-2009-0052962-4/inteiro-teor-14264225>. Acesso em: 16. out. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** v. 6.16. ed. São Paulo: Atlas, 2016 *apud* CASTRO, Vitória Ohfugi de. A possibilidade jurídica da adoção intuitu personae à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 2017.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO EXISTENCIAL DECORRENTE DOS CASOS DE REVENGE PORN NO BRASIL

Anna Beatriz Gomes Sarmiento
Maírla Costa Duarte
Francisco Paulino da Silva Júnior (Orientador)

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a conduta de divulgar conteúdo íntimo sem prévia autorização da parte exposta e as consequências de tal dano. Consiste no estudo da *Revenge Porn* (Pornografia de Vingança, em português) no Brasil e a possibilidade de dano existencial. Visa refletir sobre o impacto da Responsabilidade Civil e até que ponto ela pode contribuir para amenizar os problemas decorrentes da violação dos direitos da personalidade. O estudo também é feito acerca da vulnerabilidade das mulheres nesses casos e seu protagonismo como vítimas em potencial. A partir disso, traz como problemática o avanço da tecnologia e o seu impacto na sociedade atual, bem como seus pontos negativos e positivos. Utiliza-se de uma abordagem metodológica dedutiva e explicativa, com o auxílio de técnicas bibliográficas e documentais.

Palavras-chave: *Revenge Porn*. Responsabilidade Civil. Patriarcado. Dignidade.

ABSTRACT

His article aims to analyze the conduct of disclosing intimate content without prior authorization on an exposed party and as consequences of damages. It consists of a study on Revenge Pornography (Revenge Pornography) in Brazil and a possibility of existential damage. It reflects on the impact of Civil Liability and the extent to which it can contribute to alleviating personality copyright infringement issues. The study is also done on women's vulnerability in these cases and how they can cause potential. From this, it brings as a problem or advance of technology and its impact on current society, as well as its negative and positive points. It uses a methodological, deductive and explanatory approach, with the help of case law.

Keywords: Revenge Porn. Civil Responsibility. Patriarchy. Dignity.

INTRODUÇÃO

A internet reescreveu o mundo com sua chegada; tornou mais fácil a comunicação, a educação e a conectividade com as notícias em primeira mão. Entretanto, assim como tantas outras coisas, também possui seu lado negativo: Ela pode acabar não sendo usada para fins tão bons quanto os que acabaram de ser citados. E é justamente isso que iremos abordar nesse

artigo, a forma como a internet pode ser ferramenta para um crime tão perverso e desumano como a pornografia de vingança.

Contudo, a divulgação de fotos e vídeos ficou mais prática e rápida com o passar do tempo, e a vítimas em potencial dessa prática se tornaram as mulheres. Podemos dizer que se tornou uma nova forma de violência de gênero voltada principalmente para o sexo feminino, com o intuito de ridicularizar e se vingar da vítima por qualquer que seja o motivo.

Diante disso a vítima, na maioria das vezes, é culpada pelo fato que lhe aconteceu. Os julgamentos vêm da sociedade de forma abrupta, e com isso a vítima que já se encontrava envergonhada, amedrontada e violada, começa a ser perseguida pela sua exposição.

A questão em pauta vai além da Responsabilidade Civil. Hoje podemos encontrar leis que legitimem o crime e façam os culpados pagarem pelos seus erros, mas ainda há muitas falhas com relação as consequências deixadas nas vítimas por parte desses crimes, muitas vezes levando-as até mesmo a tirarem suas próprias vidas. Ademais, este artigo explana também a dificuldade para quantificar monetariamente esse tipo de conduta, afim de que a vítima receba uma indenização justa, apesar de que dinheiro nenhum conseguirá amenizar tal dano.

O AVANÇO DA TECNOLOGIA E AS NOVAS RELAÇÕES VIRTUAIS

Desde os primórdios, o ser humano dotado de inteligência esteve buscando formas de utilizar a tecnologia para vencer os obstáculos impostos pela natureza. Hodiernamente, foram criadas inúmeras soluções através dos avanços tecnológicos para superar essas dificuldades. Com isso percebemos que a necessidade é a mãe das grandes invenções tecnológicas, e é graças a essas invenções que hoje podemos possuir uma vida mais confortável e prática. De acordo com Paulo Afonso Ferreira (online):

Estamos conectados 24 horas por dia e podemos acompanhar em tempo real tudo que ocorre do outro lado do mundo. A tecnologia e a inovação são dois itens que proporcionam evolução e revolução. Quem não acompanhar esse ritmo de transformação fica desatualizado e fora do contexto social. Há um tempo falava-se em globalização, que era a quebra de barreiras entre países. Chegamos na era digital, em que as informações transitam em velocidade instantânea e há comunicação direta entre as pessoas, sem limites de tempo e espaço, estamos falando na quarta revolução industrial e na indústria 4.0.

A partir do momento em que a tecnologia foi instaurada no nosso dia a dia, o acesso a informação mudou radicalmente durante todos esses anos, e com isso ocorreu uma enorme evolução na maneira de se comunicar. Estamos conectados 24 horas por dia e podemos ter acesso a qualquer informação, de qualquer lugar do mundo. Isso acabou influenciando fortemente a área do trabalho, o consumo e os hábitos da população, de forma que hoje é possível pedir um transporte, refeições, fazer compras, transferências bancárias ou até mesmo uma reunião através de uma simples tela.

Notícias, fotos, vídeos e mensagens passaram a serem compartilhados de qualquer lugar do mundo, em questão de segundos. Com isso, pode-se dizer que hoje a sociedade encontra-se na era digital, onde as informações transitam de forma instantânea e tudo se propaga muito rapidamente. Em compensação, assim como todas as demais ferramentas, esse recurso pode ser considerado extremamente nocivo dependendo da forma como é utilizado.

De acordo com o CNI, com a propagação da internet, muitas pessoas começaram a usá-la de forma abusiva, passando assim a cometer crimes, como: Roubo de senhas, violação de dados de usuários e divulgação de informações privadas - como fotos e vídeos. Acontece que muitas dessas pessoas nem se quer sabiam que tais atos poderiam ser intitulados como crimes.

Essas atitudes são classificadas como crimes cibernéticos, que tem por definição o exercício de atividades ilegais praticadas em ambientes virtuais utilizando-se de internet para atingir variados objetivos. Hoje, no Brasil, existe a Carolina Dieckmann (LEI 12.737/2012) que tutela crimes contra a invasão da privacidade.

Apesar disso, muitos ainda acreditam na impunidade dessa prática. Principalmente pelo fato de que a maioria desses crimes são efetuados por pessoas que se escondem atrás de uma tela, muitas vezes mascarando a sua própria identidade através de um perfil fake, e por esse motivo, acabam se sentindo encorajadas para praticar tais atos ilícitos.

Hoje já existem delegacias especializadas nesses crimes e uma legislação específica para puni-los, como o Marco Civil da Internet (LEI 12.965/2014), que foi criado com o objetivo de regular o uso da internet.

Conhecido como a “Constituição da Internet”, O Marco Civil foi aprovado em 2014. Ele sistematizada em lei dez princípios elaborados pelo Comitê Gestor da Internet brasileiro, como: A neutralidade da rede, a privacidade e a liberdade de expressão. Edilson Farias (online) afirma que: [...] “O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: Ele constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos

fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais.”

A personalidade é um atributo jurídico. Todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar, na sociedade, um papel jurídico, como sujeito de direito e obrigações. Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias das condições de sua atividade jurídica e dos limites a que se deve circunscrever. O conhecimento dessas normas interessa a todo o Direito Privado, porque se dirige à pessoa humana considerada na sua aptidão para agir juridicamente (GOMES, 1957, p. 107)

Entre os crimes cibernéticos que são abrangidos pelo Marco Civil, podemos identificar a *revenge porn*, que é o principal assunto abordado pelo presente artigo e que será analisado posteriormente.

OS CRIMES DE INVASÃO DE PRIVACIDADE A LUZ DA LEI CAROLINA DIECKMANN, LEI 12.737/2012

De acordo com o que está escrito na constituição no art. 5º, inciso x “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

A lei Carolina Dieckmann surgiu logo após a atriz ter sido vítima de um crime cibernético. De acordo com o G1.globo, Carolina teve seu computador hackeado através de um e-mail que teria recebido, e logo após acessarem o computador pessoal conseguiram suas fotos íntimas. A atriz passou a ser chantageada pelos criminosos por um valor de R\$ 10 mil reais para que eles não divulgassem suas fotos nas redes sociais.

Com este triste acontecimento Carolina passou a usar sua notoriedade como artista renomada para lutar em prol de que isso não acontecesse novamente com nenhuma outra mulher, como também para que autores desse tipo de crime não ficassem impunes, buscando assim a importância e atenção das autoridades que até então esse crime não possuía. Muitas mulheres já passaram por situações iguais a esta que a atriz vivenciou, mas este caso em especial teve grande conhecimento e comoção da sociedade, justamente por se tratar de uma figura nacionalmente conhecida.

Carolina registrou um boletim de ocorrência logo após o acontecido, e como não tinha uma lei que regulamenta crimes informáticos, os envolvidos foram acusados por outros crimes

e logo após toda a repercussão na tv, foi sancionada a lei 12.737 de 2012, que entrou em vigor em abril de 2013, chamada de Lei “Carolina Dieckmann”, tornando assim crimes a invasão de aparelhos eletrônicos juntamente com a lei com art. 5º que regulamenta o direito à privacidade.

Na época, Carolina deu muitas entrevistas e sempre se mostrava triste e inconformada por ter sido violada. Mesmo sendo uma atriz global e sabendo que a sociedade iria julga-la, ela jamais escondeu o que estava passando. A atriz também não foi beneficiada pela sua lei, tendo dito em entrevista o seguinte: Quando o meu caso foi julgado, o juiz abriu dizendo “Carolina, você tem uma lei e sabe que não vai poder usar, né? O crime aconteceu antes.” E eu falei que tudo bem.

Diante disso, podemos ver que pouca ainda é a importância de casos assim para a sociedade, e que hoje só existe uma lei que regulamente esse tipo de crime porque Carolina é uma atriz renomada e possui uma grande notoriedade. Em compensação, muito antes do caso dela, vários outros já tinham sido registrados no Brasil, porém nenhum ganhou tanta repercussão, importância e abrangência quanto esse.

DA CARACTERIZAÇÃO DA REVENGE PORN E A VULNERABILIDADE FEMININA

Conhecido como “pornografia de revanche”, a *revenge porn*, termo em inglês que remete ao ato de expor publicamente na internet fotos ou vídeos íntimos, surgiu como uma forma de violência contra a mulher, pois além de mostrar para a sociedade sua vida íntima, a dignidade da vítima passa a se extinguir diante dos comentários da sociedade. O que leva o homem a fazer isso com a sua companheira, muitas vezes, é o simples fato de levar um “não”, seja através de um término de relacionamento, como de qualquer outra coisa que ele não obteve o resultado esperado. Nesses casos, o homem não entende o significado de um simples “não” e acaba praticando isso a fim de denegrir a imagem da vítima, numa espécie de retribuição ao que ele não conseguiu.

Por tempos a mulher foi reduzida a um objeto, as raízes ligadas ao patriarcado continuam vivas e nutridas por homens que praticam atos deste teor e também, as demais formas de violências. Segundo reflexões feitas por Simone de Beauvoir, o feminismo nasceu justamente pra isso, para lutar pela ressignificação da mulher e quebrar os paradigmas sociais

existentes relacionados ao corpo da mulher e a nudez, que na atualidade ainda continua causando alvoroço.

A priori, quando observa-se a comparação feita de um homem sem camisa com uma mulher de sutiã é visível a diferença de opinião imposta pela sociedade machista, pois um homem sem camisa é visto com outros olhos. Estes podem sair sem camisa sem problema algum, mas se uma mulher resolve sair dessa mesma forma, ela é ovacionada por comentários não só desrespeitosos, como abusivos. De acordo com pesquisas feitas pela BBC news e o Datafolha os índices de violência contra a mulher no Brasil aumentaram drasticamente, 22 milhões de mulheres sofreram algum tipo de violência só neste ano.

Diante disso, a objetificação que está acoplada a sociedade desde os primórdios sobre a mulher só aumenta o sofrimento que a vítima da *revenge porn* sofre ao ter sua intimidade exposta. Já dizia Simone de Beauvoir que inaugura seu livro “O segundo sexo” volume II com a frase “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher.” Dessa forma a autora tenta explicar que o destino da mulher sempre será algo incerto e que por muitas vezes terá em relação ao homem uma importância reduzida.

AS CONSEQUÊNCIAS DA PORNOGRAFIA NÃO CONSENSUAL E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL

Com o avanço da tecnologia, se tornou bem mais fácil os ataques de diversas formas contra os mais variados tipos de pessoas, as vítimas deste tipo de pornografia podem ser de vários sexos, mas a mulher é a vítima em potencial. Uma pesquisa feita pela Organização End Revenge Porn aponta que 90% das injuriadas são mulheres e que mais da metade teve suas fotos e vídeos disseminados pelos companheiros.

O primeiro caso de pornografia de revanche que aconteceu no Brasil de acordo com uma pesquisa chamada “fale sem medo” feita pela revista Avon foi de Francine Favoretto, ela era estudante de direito, morava em São Paulo, e aos 20 anos teve sua vida íntima exposta na internet. Outros casos bastante conhecidos são os de Rose Leonel, Francielle dos Santos Pires e Júlia Rebeca dos Santos, entre vários outros casos conhecidos. Os casos tem diferentes histórias, mas normalmente com finais bem parecidos.

Quando você é vítima da *revenge porn* sua vida muda completamente, desde o convívio social aos problemas psicológicos que não demoram a aparecer. As vítimas recebem

constantemente mensagens tanto de cunho taxativo como “prostituta” e “vadia” até convites ofensivos para práticas sexuais. Isso gera uma repulsa por parte da sociedade em relação a vítima, pois interpretam que ela é a culpada por tal situação.

Mormente, devido o trauma ser intenso, a vítima passa a se isolar e ser isolada da sociedade, a vergonha de ter sua vida exposta começa a causar desânimo para trabalhar, estudar, sair e viver, muitas deixam seus empregos por justamente estarem sendo assediadas ou humilhadas. Diversas mulheres mudam até o seu visual, sua cidade ou estado para tentar se reerguer e começar de novo, porém muitas vezes acaba sendo ineficaz. Um caso que chocou a internet foi o da jovem adolescente Júlia Rebeca dos Santos encontrada morta em seu quarto após ter cometido o suicídio ao vivo em uma live por ter sido exposta na internet, é só um dos vários casos que terminam em suicídio por parte da vítima.

Drafting An Effective ‘Revenge Porn’ Law: A Guide for Legislators, é um documento americano do ano de 2015, que descreve as várias formas de consequências para a vítima:

Tabela 1
Consequências do pornografia de revanche

Violência na Internet (Pornografia de vingança)	Consequências para as vítimas
51%	Pensamentos suicidas
49%	Sofrem assédio ou perseguição <i>on line</i>
30%	Sofrem assédio ou perseguição fora da <i>internet</i>
93%	Intenso sofrimento
82%	Forte impacto na vida social e profissional
54%	Dificuldade de trabalhar e estudar
42%	Necessitam de auxílio psicológico
38%	Prejuízo nas relações com amigos
34%	Prejuízo nas relações familiares

Fonte: <http://www.endrevengeporn.org/guide-to-legislation>.

Com a expansão da internet o crime se propaga mais rápido e se torna mais difícil de ser controlado, pois quando as fotos ou vídeos são lançadas o número de compartilhamentos só crescem a cada segundo. Isso também é causado pelo fato de as pessoas atualmente acharem que a internet é uma terra sem lei, e que jamais irão ser responsabilizados por compartilharem esse tipo de material. Isso praticamente pode ser chamado de feminicídio virtual, pois quando

fotos íntimas são divulgadas, a vítima morre tanto para a sociedade quanto para ela mesma devido ao sentimento de perda de dignidade, de respeito e de privacidade que jamais existirão novamente, muitas vidas são tiradas com crimes desta forma.

Com o intuito de proteger o ser humano contra maiores vulnerabilidades no meio virtual, de garantir normas que tutelam efetivamente seus direitos e para ajudar na manutenção da ordem social, faz-se necessário uma maior proteção dos direitos.

De acordo com Thiago Domingos de Souza Silva, no âmbito virtual os Direitos da Personalidade possuem uma grande vulnerabilidade, levando em consideração o excedido aumento de informações e a massificação dos avanços tecnológicos.

Os direitos da personalidade se configuram como direitos imprescindíveis para a realização da personalidade, sem esquecer da sua enorme importância para as relações jurídicas. Os direitos da personalidade são *erga omnes*, ou seja, se aplicam a todos os homens. Para Maria Helena Diniz (2009, P.142) :

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Esses direitos tornam possíveis a oportunidade do ser humano defender aquilo que é seu, como: A vida, a liberdade, a sociabilidade, a integridade, a honra, a autoria, a privacidade e a imagem.

No que diz respeito às características da personalidade, as mais relevantes são:

Originalidade: Tendo em vista que são os direitos inatos ao ser humano desde a sua concepção.

Perpetuidade: São direitos vitalícios que subsistem até a morte do seu respectivo titular;

Indisponibilidade: São direitos irrenunciáveis, não podendo o seu titular dispor ou limitar voluntariamente o seu exercício;

Extrapatrimonialidade: São direitos insuscetíveis de mensuração patrimonial e por consequência de comércio jurídico também;

Oponibilidade: Pois são direitos que podem ser defendidos contra qualquer pessoa;

Intransmissibilidade: São direitos que não podem ser transferidos a qualquer título;

Impenhorabilidade: São direitos insuscetíveis de constrangimento judicial de qualquer espécie para o pagamento de obrigações;

Incomunicabilidade: São direitos que não podem integrar a comunhão, ou seja, o direito é individual; Imprescritibilidade: São direitos que podem ser defendidos em juízo ou fora dele a qualquer tempo.

De acordo com Cristiano Chaves, ao contrário do que muitos pensam, a personalidade não é um direito, se tornando errôneo assegurar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade na verdade apoia os direitos e deveres que dela emanam, sendo assim o primeiro bem do indivíduo, fazendo com que ele possa sobreviver e se adaptar às condições do meio em que se encontra.

Segundo Pialassari (2007, p. 38, apud TOFFOLI, 2013, p.27) os direitos da personalidade se traduzem como sendo: “[...] os atributos intrínsecos do indivíduo, exatamente aqueles que lhe possibilitam exercitar todos os seus direitos de proteção: física, psíquica e moral. De um modo geral, a personalidade não é, em si mesma, um direito, nem possui direitos; é sim, fonte de direitos e deveres, que dela decorrem”.

Com isso, mesmo com a difusão dos Direitos da Responsabilidade, ainda se faz necessário o uso de tutelas mais rigorosas e focadas em manter esses direitos de fato protegidos. Somente regras concretas, eficazes e a ética individual de cada ser humano poderão fazer com que não haja a violação destes bens tão importantes.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA ERA DIGITAL: BREVE ANÁLISE SOBRE A INDENIZAÇÃO PELO DANO EXISTENCIAL NOS CASOS DE VINGANÇA PORNOGRÁFICA

O termo “responsabilidade” é um substantivo feminino com origem no latim, que se refere a qualidade do que é responsável, seja por atos próprios, alheios ou coisa confiada. Quando esse conceito se liga diretamente a obrigação do direito civil, nasce então a responsabilidade civil. De acordo com Sergio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2):

Entende-se, assim, por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.

A Responsabilidade Civil tem como função responsabilizar o ser humano por dano(s) causados a outrem. De forma que o violador de um dever jurídico possui a obrigação de reparar o dano causado. Dessa maneira, nota-se que qualquer pessoa está sujeita a causar prejuízo a outro indivíduo, e com isso, ser responsabilizado no âmbito cível. Como bem menciona. Flávio Tartuce (2013, p. 423): “A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.

É importante ressaltar que a obrigação é dever jurídico originário, e a responsabilidade é dever jurídico consequente de alguma violação a essa obrigação. Além disso, a Responsabilidade Civil passou por uma longa evolução histórica até chegar nos moldes que encontramos hoje

A Responsabilidade Civil decorreu de uma série de ideias de povos, trazendo dessa maneira, uma grande evolução e modificação nas normas e técnicas para solucionar conflitos. De acordo com Sergio Cavaleiri Filho, nos primórdios havia a predominância da vingança privada, que consistia em um método de retaliação muito agressivo. Na vingança privada o homem fazia justiça com as próprias mãos, expressando assim uma reação espontânea e imediata, porém cruel.

Foi durante a época da vingança privada que surgiu o marco da Responsabilidade Civil, que trouxe a necessidade de regularização por parte do poder público para a reparação de danos que eram causados de forma injusta. Depois disso, a pena deixou de ser pessoal e passou a ser patrimonial, bem como o castigo físico foi substituído pela indenização em dinheiro.

O desenvolvimento da sociedade, exige uma Responsabilidade Civil moderna, completamente livre de tradições medievais e de resquícios de vingança privada. Hoje, a Responsabilidade Civil encontra-se pautada pelo livre exercício do agente, sua iniciativa individual livre e sua liberdade. Atualmente essa responsabilidade se encontra embasada pela culpa, tendo em vista que é essencial para que haja o dano uma omissão ou ação do agente.

O Código Civil dita a necessidade da reparação desses danos através do artigo 927:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

De muitas espécies podem ser o dano causado, entre elas:

Dano material: Corresponde ao patrimônio de um indivíduo, como um carro ou uma casa.

Dano moral: Como o próprio nome já diz, é relativo a moral de uma pessoa, está diretamente ligado à sua intimidade, sua dignidade e sua honra.

Dano estético: O dano estético corresponde a agressão a pessoa em sua autoestima, bem como também pode ter reflexos em sua saúde e integridade física. Dessa forma, é importante ressaltar que, para essa modalidade de responsabilização, as lesões verificadas na aparência da vítima terão que ser permanentes.

Dano existencial: Resulta da conduta de um agente que cause que a perda de vitalidade da vítima, comprometendo assim a sua convivência em sociedade.

O dano existencial é bastante presente nos casos de *revenge porn*, tendo em vista que as vítimas desse crime são afetadas de tal forma que muitas vezes não conseguem continuar mantendo convívio em sociedade, e muitas vezes chegam até a se isolar.

Neste sentido, Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 44), citada por Bruno Terra do Nascimento Barbosa (2015, online) afirma:

Lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma efetivação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade ou a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.

Flávio Tartuce diz a respeito da ação de indenização por danos morais e divulgação de fotos íntimas que:

Provada a conduta ilícita, a autoria, o dano e o nexo de causalidade, há de ser mantida a sentença que condenou o apelante ao pagamento da indenização arbitrada em favor da autora, em razão da divulgação indevida de fotos íntimas (TJMG, Apelação n. 1.0180.11.004047-4/001, Rel. Des. Wagner Wilson, julgado em 13/11/2013, DJEMG 22/11/2013).

Já nos casos de Responsabilidade Civil ele afirma que:

Danos morais. Partes que tiveram relacionamento amoroso. Hipótese em que o réu passou a ameaçar a autora, publicando mensagens desabonadoras na internet, fotos íntimas do casal e espalhando panfletos pelo bairro, afirmando que a autora era garota de programa. Fato de ter a autora tornado público o relacionamento entre as partes, na constância do casamento do réu, que configura risco originado da conduta do próprio réu. Danos morais devidos. Fixação da indenização em R\$ 10.000,00. Valor razoável, que não merece sofrer redução. Decisão mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do novo Regimento Interno deste Tribunal. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação n. 0003141-93.2007.8.26.0224, Acórdão n. 7138060, Guarulhos, Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rui Cascaldi, julgado em 29/10/2013, DJESP 19/11/2013).

Outro lado da Responsabilidade Civil é que ela vai muito além de apenas reparar um dano causado por um agente, essa responsabilidade também visa buscar a harmonia e resolver conflitos através da obrigação tutelada pelo Direito Civil. Assim como também serve de alerta para a sociedade das consequências geradas pela violação de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este Artigo teve como intuito mostrar e esclarecer como a *revenge porn* afeta principalmente a figura feminina como vítima em potencial deste crime. Observa-se que esta conduta tem um contexto histórico associado ao homem como ser superior e que existe uma diferença entre a liberdade sexual de ambos os sexos. Destarte a pornografia de vingança não pode ser visto como um mero crime qualquer ou apenas como uma atitude desesperada de um ex cônjuge.

A análise de toda a pesquisa apresenta a necessidade de uma visão mais ampla sobre esse assunto e a devida importância que ele merece. Essa situação é preocupante pois mais do que uma ofensa, a exposição para a mulher significa uma morte em vida, por isso são chamados também de assassinos virtuais os agentes desse tipo de crime, que levam as vítimas muitas vezes a tirarem suas próprias vidas.

O tema ainda carece de uma reflexão mais aprofundada sobre o porquê do agressor atacar a sexualidade de sua parceira ou de qualquer mulher com o intuito dela ser humilhada pela sociedade. A priori é necessário que a sociedade atravesse uma mudança paradigmática e não rotule a liberdade sexual, como algo errado que ela jamais deveria ter feito ou que jamais

o sexo feminino terá direito de ter sua liberdade para fazer o que bem entender do seu corpo, pois de acordo com a constituição descrito nos direitos fundamentais.

Todos têm o mesmo direito, as marcas do patriarcado ainda persistem na sociedade atual, mas é necessária uma luta maior por esta causa em particular. Só assim para situações como essas virem a mudar, e mulheres e homens possuírem igualdade até na liberdade sexual.

A responsabilidade civil do indivíduo que pratica um crime assim ainda é questionável nos dias de hoje, pois a indenização ainda é difícil de ser calculada, mas para se ter direito a uma indenização o dano existencial da vítima precisa ser provado. E como é um crime que precisa difamar a vítima na internet é facilmente provado.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: A experiência vivida**. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.10.406, de 10 de janeiro 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, de 5 de outubro de 1988.

CONTEÚDO JURÍDICO. **O dano existencial decorrente do desenvolvimento de doença profissional**. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44227/o-dano-existencial-decorrente-do-desenvolvimento-de-doenca-profissional>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume VII, 29. ed, São Paulo: Saraiva, 2015.

DIREITO NET. **Responsabilidade civil e dano estético**. Disponível em: [https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10786/Responsabilidade-civil-e-dano-estetico#targetText=Embora%20houvesse%20muita%20discussão%20se,\(Súmula%20387%20FSTJ\)](https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10786/Responsabilidade-civil-e-dano-estetico#targetText=Embora%20houvesse%20muita%20discussão%20se,(Súmula%20387%20FSTJ))

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Edição, São Paulo, 2012.

FRANKS, Mary Anne. **Draftin An Effective Revenge Porn Law: A Guide for Legislators**. 2015. Disponível em: <http://www.endrevngeporn.orh/guide-to-legislation/>. Acesso em: 14 out. 2019.

G1. **MÃE de jovem achada morta após vídeo íntimo reclama de violação**. Disponível em: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html>. Acesso em 14 out. 2019.

G1. NÃO tenho mais vida, diz Fran sobre vídeo íntimo compartilhado na web.

Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/11/nao-tenho-mais-vida-diz-fran-sobre-video-intimo-compartilhado-na-web.html>. Acesso em 15 out. 2019.

HISTÓRIA SOBRE OS SITES DE BUSCA. História da tecnologia.

Disponível em: <https://sites.google.com/site/historiasobreossitesdebusca/Historia-da-tecnologia>. Acesso em 14 out. 2019.

JUS. Direitos a personalidade. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade>. Acesso em 14 out. 2019.

JUS. Os direitos da personalidade e suas principais características.

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47279/os-direitos-da-personalidade-e-suas-principais-caracteristicas>
PINTO, Célia Regina Jardim. **Feminismo, história e poder.** Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.

JUSBRASIL. Dano Existencial: O que é?

Disponível em: <https://surirozzetto.jusbrasil.com.br/artigos/357011846/dano-existencial-o-que-e>. Acesso em 14 out. 2019.

PORTAL NOTÍCIAS. O avanço da tecnologia e as transformações na sociedade.

Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/artigos/paulo-afonso-ferreira/o-avanco-da-tecnologia-e-as-transformacoes-na-sociedade/>

PUC RIO. Direito à privacidade. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12455/12455_5.PDF. Acesso em 14 out. 2019.

REVISTA GZH. Carolina revela como foi conversa com o filho.

Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/donna/gente/noticia/2019/08/carolina-dieckmann-revela-como-foi-conversa-com-o-filho-sobre-fotos-intimas-vazadas-cjzlnz7m04u001qm1xo30umb.html>. Acesso em: 16 out. 2019.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** Volume IV, Editora Saraiva, 19. Edição, São Paulo, 2002.

SILVA, Thiago Domingos de Souza. Segurança na Internet: Qual a nossa vulnerabilidade?

Disponível em: <http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/ueadsl/article/viewFile/2603/2551>. Acesso em: 16 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. A indenização por revenge porn no Direito de Família brasileiro.

Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI282544,81042-A+indenizacao+por+revenge+porn+no+Direito+de+Familia+brasileiro>. Acesso em: 16 out. 2019.

TOFFOLI, Vitor. **Desafios para tutela do direito autoral na era digital, relações com o direito à educação e o acesso à justiça, como meio de efetivação desses direitos da personalidade:** conflitos e possíveis soluções conciliatórias. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=FvVom96-fzoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 16 out. 2019.

DIREITO E LITERATURA: A OBRA SHESPEREIANA “O MERCADOR DE VENEZA” (1596): ANÁLISE DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS E O DIREITO COMERCIAL NO CLÁSSICO

Paulo Sérgio da Silva Santos ¹

Zuila Virginio de Almeida ²

RESUMO

Em síntese esse artigo tem como tripé: análise da obra Shakespeariana o mercador de Veneza e como essa narrativa ajuda na compreensão da importância do consorte Direito e literatura. Como pano de fundo a história do Direito comercial permeia esse ensaio como relevante critério para refletir e problematizar o que essa obra analisada pode inferir ao campo do Direito e como o campo da literatura dialoga com essa ciência social.

Palavras- chave: Literatura. Direito. Obrigações. Comércio e contrato.

ABSTRACT

In summary this article has as its tripod: analysis of the Shakespearean work the merchant of Venice and how this narrative helps in understanding the importance of consort law and literature. As a background, the history of commercial law permeates this essay as a relevant criterion to reflect and problematize what this work analyzed may infer to the field of law and how the field of literature dialogues with this social science.

Keywords: Literature. Right. Obligations. Trade and contract.

INTRODUÇÃO

A historicidade que permeia a evolução socioeconômica dos contratos e o princípio da obrigação vai percorrer longos caminhos até o rol de garantias e deveres em torno dessas práticas. E para compreender a história dos contratos e obrigações é de suma relevância visualizar e compreender através da obra clássica de Shakespeare (1596).

Sobre a importância da literatura no Direito Felix e Soares dizem: A literatura desvela o pensamento da sociedade acerca do direito e da justiça, facilitando a compreensão da realidade jurídica do mundo (2017, p. 215).

¹ Graduado em História na Universidade Federal de Campina grande (UFCG) e bacharelado de Ciências Jurídicas e Sociais- Direito na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC);

² Bacharelado de Ciências Jurídicas e Sociais – Direito na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC);

Destarte, a leitura da obra "O mercador de Veneza" (1596) fornece ao estudante de Direito ou seu operador as estruturas sociais da temporalidade vigentes dentro do enredo, pois a literatura e posteriormente recursos como os filmes apresentam e analisam o período do mercantilismo, renascimento urbano, artístico e econômico da Europa nos séculos XV e XVI.

No entanto, até para também refletir sobre essa linearidade histórica é importante dar uns passos antes do contexto do "Mercador de Veneza" e ir à Antiguidade clássica, em *locus* o Império Romano.

Em Roma se argumentava que os contratos deviam prever obrigatoriedade como elemento primordial para os negócios. Por um lado, todos os caminhos levavam a Roma, porém alguns atalhos (em um território enorme) sempre havia e para auxiliar a administração e contatos com tantos povos e lugares diversos tornou-se possível a questão de a obrigatoriedade nascer no seio romano em consorte com a ideia moral. Havia um agente do governo responsável por manter esses contratos e fiscalizá-los denominados de pretores, uma iniciativa nova na antiguidade.

Prevalência entre os romanos a ideia que a obrigação era um elo de ligação forte entre dois sujeitos. Envolve os processos dar e receber. Esses dois verbos deviam ser conjugados em igual valor e para isso havia uma interface jurídica. Caso não houvesse cumprimento em uma das partes o pretor impunha sanções previstas no ordenamento jurídico romano. Também entendiam que era um tripé: credor, pedinte e objeto (matéria negociada) e a que a inadimplência corrompia o princípio de "*jus*" romano.

No medievo o contrato ganha um consorte com moral e preceitos religiosos que estavam permeados em quase ou todas as esferas normativas da vida humana nesse período. A Igreja Católica condenava a prática de usura, ou seja, cobrança exacerbada de juros como um pecado.

A palavra "obrigação" no âmbito jurídico no mundo Ocidental está em consonância com sua gênese etimológica latina proveniente do termo "*obligatio*", que significa compromisso entre duas pessoas, no qual há indivíduo ativo (credor) e indivíduo passivo (debetor) e o que foi acordado. Como um cobertor que envolve esse tripé, há o elemento do vínculo jurídico. E como um guarda-chuva que protege ambos, há o contrato que pode ser unilateral (geralmente prever obrigações ao indivíduo passivo) e bilateral (para os dois agentes).

BREVE APRESENTAÇÃO DA HISTÓRIA DO DIREITO COMERCIAL

Devemos compreender que a origem das práticas comerciais tem seu nascituro ligado atividades de trocas e posteriormente de organização de sistemas monetários. Alguns historiadores também salientam a importância das negociações dos povos na antiguidade e desenvolvimento da própria, escrita, agricultura e navegações, foi importante para o intercâmbio cultural, das feiras no medievo etc.

Porém, o direito comercial possui segundo a doutrina teria três fases aos quais se desenvolveram sua historicidade nesses momentos elencados como uma fórmula explicativa - dedutiva, destes modelos metodológicos e didáticos doutrinários para facilitar a compreensão estrutural do direito comercial ao longo das temporalidades, assim apresentam as fases: subjetiva, a fase objetiva e a moderna.

Na antiguidade clássica ocidental e do crescente fértil, no medievo europeu e no início do renascimento cultural, econômico e urbano europeu, neste momento temos a periodização ao qual se situa “o mercador de Veneza”, através da obra compreendemos a importância do uso dos costumes nas relações mercantis, outrossim, com a ideia de contratos apenas refletiam o que em meio social se praticava um Direito comercial com fundamento os costumes e práticas em usos.

Nessa fase temos a importância atos comerciais subsidiados pelos costumes, ou seja, uma carga subjetiva não considerava uma sistemática organizacional nessa esfera socioeconômico vigente. Praticava-se o direito baseado nos costumes em torno das práticas comerciais.

Na próxima fase denominada de objetiva, influenciada por uma Europa no auge do período demarcado pelos historiadores como moderno, ao qual surgem os primeiros Estados na ideia moderna deste, imperava o absolutismo e expansão do mundo pelas navegações e a primeira fase da globalização (época das grandes navegações e do novo mundo).

Destarte, a marca principal desse momento que ganha assim a marca de “objetivo” é a relevância dada aos códigos, ao qual se sobressai o código napoleônico e a teoria dos atos de comércio que segundo Teixeira:

Napoleão, a partir do Código Civil francês de 1804), a disciplina do Direito Comercial passou a ter nova “roupagem”, com a criação da **teoria dos atos de comércio**, positivada pelo Código Comercial francês de 1807 e mais tarde

adotada pelo Código Comercial brasileiro de 1850. De acordo com o art. 110-1 do Código Comercial francês de 1807, ato de comércio é a compra com intenção de revender. Nessa fase, o Direito Comercial tinha por objeto, principalmente, estabelecer regras sobre os atos daqueles que compravam para revender, ou seja, a atividade dos comerciantes. Para que alguém fosse considerado comerciante, os atos de comércio deviam ser realizados habitual e profissionalmente. Isso também era chamado de **mercancia**. Assim, **atos de comércio** ou **mercancia** pressupunham habitualidade, atuação contínua no exercício da atividade comercial (2018, p. 40).

Na atual fase a denominada como “moderna” está correlacionada com as transformações na própria maneira de pensar, fazer e ter comércio foi influenciado pelo código Italiano de 1942 e na premissa de uma unificação do direito comercial e o civil sob o ramo do direito privado nessa época se aplica a teoria do empresário segundo a qual diz:

Surgiu então, a partir da vigência do Código Civil italiano de 1942, a **teoria da empresa**, como evolução da teoria dos atos de comércio, tendo em vista sua maior amplitude. A teoria da empresa é mais ampla que a teoria dos atos de comércio porque alcança qualquer atividade econômica organizada para a produção ou para a circulação de bens ou de serviços (exceto as atividades intelectuais), e não apenas os atos de comércio. Vale considerar que a palavra “comércio” (base da teoria dos atos de comércio) em sua acepção primária teria o sentido de compras e vendas, intermediação (TEIXEIRA, 2018, p. 41)

Portanto, nesse breve ensaio da história do Direito comercial visualizamos suas transformações e edificação. No entanto, através da literatura podemos adentrar na cosmogonia da primeira fase do direito comercial por meio de falas, situações e narrativas da obra “o mercador de Veneza”. É inegável a importância que o estudo do direito seja comercial ou outros a partir da literatura pode ajudar a entender de forma menos exegética e didática metodológico da história do Direito.

DIREITO E LITERATURA: A CONTRIBUIÇÃO DA LITERATURA NA HISTORICIDADE DO DIREITO OCIDENTAL

Para compreender a importância da literatura no estudo e análise do Direito devemos em primazia abandonar preceitos arraigados em uma ideia de Direito como ciência social apartada, que está apenas correlacionada a exegética e unicamente refletida em códigos (como se estes não fossem fruto de anseios e historicidade) e de uma incredulidade na relação direito e literatura.

Segundo Bernsts e Trindade (2017, p. 225):

Os estudos e pesquisas em Direito e Literatura ainda constituem uma “novidade” para os juristas brasileiros, inclusive para grande parcela da comunidade científica, que vê essas abordagens e articulações com certa estranheza, associando-as, frequentemente, a uma prática acadêmica diletantista, modista e, de certo modo, supérflua.

Portanto, segundo o exposto pelos autores a literatura fornece além de uma carga enorme de possibilidades de análises sobre o campo histórico e reflexivo do Direito uma carga de fonte, sobretudo de um farol para a relação entre Themis a deusa da justiça e Apolo Deus das artes e luzes.

As narrativas possuem como fundamentos trazer uma interface entre Direito e literatura em primeiro momento há uma nítida contribuição para análise da sociedade e sua noção de justiça e Direito.

Segundo Ramos há duas pontualidades relevantes a esférica do Direito nessa obra:

[...] O Mercador de Veneza de William Shakespeare narra dois fatos de altiva riqueza para os debates acerca da Ciência do Direito. O primeiro deles descreve o momento do nascimento de um contrato pactuado entre Shylock e Bassânio e garantido por Antônio. O segundo, decorrência do primeiro, relata o processo judicial através do qual Shylock pleiteia a execução da cláusula penal estipulada em função do inadimplemento do contrato no prazo (2010, p. 1885).

Diante dessas duas etapas jurídicas na obra devemos salientar que há uma contribuição no questionamento sobre a própria aplicabilidade, efetividade e validade da norma, também ajuda a entender o Direito não apenas como uma ilha longínqua do arquipélago das ciências sociais, apesar de notoriamente tem suas especialidades. E por fim, as narrativas trazem casos postos, demonstra como era as sociedades ou como são e sua historicidade, destarte, ajuda a edificação de valores, eticidades e moralidades.

O encontro entre Direito e Literatura ajuda principalmente ao operador do direito em três quesitos: na compreensão da literatura para o Direito nos aspectos como fontes de casos concretos e historicidades, na acepção de como outros ramos da epistemologia compreender e representa o Direito e na essência desse ensaio na análise do Direito como ou na literatura e da literatura no Direito.

Por tanto, devemos abandonar falências que induz a uma ideia de Direito isolado e que não pode ser estudado, analisado e discutido a luz de obras clássicas. Direito, sobretudo, não é o único receptáculo da Themis e desde antiguidade clássica seja com Sófocles com a peça de Antígona e no renascimento com Shakespeare com obrigatoriedade dos acordos comerciais sempre Apolo esta sua luz sobre a justiça. Há inúmeras contribuições no consorte direito e literatura.

A NARRATIVA DO MERCADOR DE VENEZA: Entre Empréstimos, Obrigações Contratuais, Religião e Comércio

E nesse contexto de renascimento cultural e econômico pós medievo que inicia a obra “O mercador de Veneza”, ao qual retrata a condenação ético moral com banqueiros em especial os judeus pela igreja e ao mesmo ponto descreve a relevância deste nesse “renascimento” europeu, em especial na cidade que respirava ares comerciais como Veneza.

O livro demonstra como grupos semitas em volta do comércio eram vistos com olhares preconceituosos, até mesmo como “vilões” (como o autor faz) apontamentos de um anti-semitismo. As primeiras narrativas da obra expõem como ricos e ascendentes mercadores alimentavam o sistema de contratos de empréstimos, usura e negociatas.

Por outro lado, temas são recorrentes como usura e religião de acordo historiador medievalista Jacques Le Goff desenvolve uma análise sobre a usura de acordo com as particularidades como renascimento urbano e econômico europeu. Os juros eram utilizados em demasia nesse contexto sócio-histórico mesmo condenados pela Igreja Católica.

Adentrando no enredo dos personagens são importantes para visualizar o contexto de condenação da usura e necessidade de um empréstimo. A dicotomia e essência no clássico Shakespeariano estão na impossibilidade do pagamento e na cobrança e requisição da obrigatoriedade.

Antônio era rico, porém seu dinheiro estava em investimentos estrangeiros e na necessidade de casar, ou melhor, na viagem para solicitar matrimônio a “Portia”, não podia solicitar ajuda aos seus amigos situação econômica idem. Destarte o jovem procura um agiota (um judeu) a persona de Shylock e promete uma tira de sua própria carne caso não pagasse em três meses. O clímax da obra e está na obrigatoriedade dessa cláusula do contrato.

Segundo Ramos (2010, 1884) o que chama mais atenção na obra é “o contrato firmado por Shylock e Bassânio, tendo Antônio como fiador, e o processo de execução da fiança

fabulosamente narrados por Shakespeare em O Mercador de Veneza chamam especial atenção pela riqueza do litígio e seu desenredo”.

Fazem, portanto, seguinte acordo: [...] será estipulado que, se não pagardes em tal dia, em tal lugar, a soma ou as somas combinadas, a penalidade consistirá numa libra exata de vossa bela carne, que poderá ser escolhida e cortada de não importa que parte de vosso corpo que for de meu agrado. A leitura exegética do contrato é posta como propósito do autor para delimitar o rumo e futuro clímax do enredo (como fugir desse contrato e particularmente dessa obrigação?).

Dentro do ordenamento normativo de Veneza no século XIV como grande polo efervescente mercantil era recorrendo esses recursos de requerer a obrigação de um acordo, assim Shylock pede o que foi fixado entre as partes.

Destarte, Portia colocou em jogo o desfecho pautado na hermenêutica (interpretação do acordo entre as partes) astuciosa a personagem valeu-se do valor semântico da frase “uma tira de pele”, porém perante a omissão do termo “sangue” ficava impossível cumprir a obrigatoriedade do caso.

Diz a personagem Porcia:

- Espera um momento. Ainda não é tudo. Esta caução não te concede uma só gota de sangue. Os termos exatossão: 'uma libra de carne'. Toma, pois, o que te concede o documento; pega tua libra de carne. Mas, se ao cortá-la, por acaso, derramares uma só gota de sangue cristão, tuas terras e teus bens, segundo as leis de Veneza, serão confiscados em benefício do Estado de Veneza. (SHAKESPEARE, 2011, p.128).

Shakespeare consegue à luz da hermenêutica jurídica resolve a problemática de seu livro, através da astúcia de Porcia o romance tem uma reviravolta e Antônio tem sua pele e vida salva por sua amada, por meio e astúcia ao que foi posto no contrato. Adentrando agora na historicidade contemporânea e o seu desenrolar pós-modernidade a questão dos contratos ganham impulso e proporção na era dos códigos, positivismo e acordos inter-indivíduos.

No nosso ordenamento jurídico brasileiro há o código defeso dos consumidores que delimita princípios como obrigações, sanções e medidas que possam garantir a solução do litígio, além do código civil e a constituição com seu rol de princípios, garantias, direitos e deveres.

Como também o mero acordo deve ser devidamente burocratizado lhe possa embutir além da obrigatoriedade todos demais direitos e deveres entre os dois agentes. O credor e o devedor possuem uma situação bilateral, ou seja, direitos e deveres observados e positivados no nosso código de defesa do consumidor e outros dispositivos legais.

De acordo com a Constituição Federal brasileira de 1988, Ferreira, de forma anacrônica traz o caso de Veneza ao contexto brasileiro atual mencionando:

Para a análise principiológica no caso de “O Mercador de Veneza”, quanto ao aspecto da retirada da libra de carne do devedor ou garantidor da dívida encontra-se um impasse: no contexto do ordenamento jurídico brasileiro pós Constituição de 1988, a proteção da pessoa humana sob a perspectiva da tutela psicofísica seria suficiente para resguardar a integridade física do devedor. Por isso, para possibilitar o exame dos princípios de natureza obrigacional ao caso em questão, deve-se contextualizar o julgamento em um cenário semelhante à Veneza do século XIV, onde era pactuável a parte do corpo como garantia (FERREIRA, 2017, p. 80).

Para a autora em torno do princípio da obrigatoriedade atualmente está embutido algumas garantias como a dignidade da pessoa, não permite ninguém passar por uma situação degradante e vexatória, isso tudo revestido dos direitos fundamentais humanos. Compreende-se atualmente entre os três elementos (credor, devedor e objeto) há um quarto, a função social.

Por tanto, observa-se que deste a civilização Romana clássica e seus dispositivos de fiscalização dos contratos e suas obrigações até o contexto medieval que vai ser enredada no contexto da Veneza do século XIV da estória shakespeariana nota-se uma escala evolutiva em direitos, deveres, especificidades entre os credores e devedores até chegar ao nosso tempo presente e o Código Defesa do Consumidor e demais dispositivos garantem além do princípio da obrigatoriedade, mas equidade, justiça e seguranças individuais civis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse ensaio teve como princípio norteador procurar edificar uma análise em primazia da relação entre Direito e literatura apontando suas convergências e possibilidades de aproximação, dessa maneira desmistificando esse consorte com uma linha de raciocínio que tinha como função colocar em lócus o que a interface entre esse binômio poderia ajudar ao operador do Direito.

Nossa segunda intenção foi apresentar uma breve mais importante história senão historicidade do direito comercial sobre as obrigações e contratos, salientando conceitos e teorias sobre esses campos.

No entanto a linha conduta dessas discussões foi análise do livro “o mercador de Veneza” e como Shakespeare desenha cenários, enredos e personas que tem suas vidas modificadas por causa de uma cláusula contratual possível desenrolar desse fato. Não à toa o autor é posto entre os clássicos da literatura internacional em específico nessa obra compreendemos o senso de Direito comercial, as práticas e a importância da hermenêutica jurídica.

Por tanto, esse artigo deve essa três vertentes (discutir a relação Direito e literatura; a história do direito comercial e a importância da obra o Mercador de Veneza). Sobretudo esse ensaio tinha como objetivo apontar como, porque e pra quer compreender a interface entre Direito e literatura, principalmente ao operador ou futuro operador do Direito.

REFERÊNCIAS

BERNSTS, LUÍSA GIULIANI; TRINDADE , ANDRÉ KARAM. **O ESTUDO DO DIREITO E LITERATURA NO BRASIL: SURGIMENTO, EVOLUÇÃO E EXPANSÃO.** ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura v. 3, n. 1, janeiro-junho 2017

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NORMAS CORRELATAS. 2. ed. Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 132 p. 2017.

FÉLIX, Irene Celina Brandão; SOARES, Jessica Vasconcelos. **Análise do contrato entre Shylock e Antônio sob a ótica de Robert Alexy.** Anais do V CIDIL v. 5, n. 1, p. 212-226, jul. 2017

FERREIRA, Mariana de Athayde. **O mercador de Veneza e a força obrigatória dos contratos.** Monografia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. p. 6 – 94. 2017.

LE GOFF, Jacques. **Mercadores e Banqueiros.** São Paulo: Martins Fontes, 1991.

RAMOS, Marcelo Maciel. **SHAKESPEARE E O DIREITO: O MERCADOR DE VENEZA À LUZ DA FILOSOFIA JURÍDICA E DA TEORIA GERAL DO DIREITO.** Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

SCHWARTZ, Germano (Org.). **Direito e literatura: o encontro entre Themis e Apolo.** Curitiba: Juruá, 2008.

SCHWARTZ, Germano. **A constituição, a literatura e o direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHWARTZ, Germano. **Direito e Literatura: proposições iniciais para uma observação de segundo grau do sistema jurídico**. Revista da Ajuris, v. 31, n. 96, p. 125-140, 2004.

SHAKESPEARE, WILLIAM. **O mercador de Veneza**. Londres: Collector's Library. 153 p. 2011.

SILVA, Maritza Maffei. **“O mercador de Veneza” de William Shakespeare: um encontro na encruzilhada da literatura, do direito e da filosofia**. Porto Alegre: Alternativa, 2013.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática** / Tarcisio Teixeira. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR FAMÍLIAS POLIAFETIVAS NO BRASIL

Josefa Diana Moreira Saturno¹
Fabyelle Alves Almeida²

Orientador: Me. Francisco Paulino da Silva Junior³

RESUMO

O presente artigo visa discutir a modalidade do novo arranjo familiar cognominada poliafetiva, mostrando o parecer do ordenamento jurídico brasileiro em relação às possibilidades para a adoção de crianças e adolescentes. Para isso, será realizada uma análise através da afetividade e seus desdobramentos jurídicos e um estudo da dignidade da pessoa humana e dos direitos das crianças e dos adolescentes. Outrossim, a pesquisa apresenta a despatrimonialização das relações familiares trazidas pelo Código civil de 2002, onde passaram a repersonalizar as famílias à luz da efetivação dos direitos fundamentais, pois a afetividade passou a ser um princípio importante para o direito de família, como forma de amparar e garantir as questões que envolvam não só a poliafetividade, mais também todos os novos arranjos familiares.

Palavras-Chaves: Adoção. Afetividade. Família. Poliamor.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the modality of the new family arrangement known as poly-affective, showing the opinion of the Brazilian legal system regarding the possibilities for the adoption of children and adolescents. For this, an analysis will be performed through affectivity and its legal consequences and a study of the dignity of the human person and the rights of children and adolescents. Moreover, the research presents the depatrimonialization of family relations brought by the Civil Code of 2002, where they began to repersonalize families in the light of the realization of fundamental rights, because affectivity became an important principle for family law, as a way to support and ensuring issues that involve not only poly-affectivity, but also all new family arrangements.

Keywords: Adoption. Affectivity. Family. Polyamory.

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras - FAFIC, PB. profjuniorgoncalves@hotmail.com

² Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC, PB. fabyelle.ip@gmail.com

³ Mestre em ciências Jurídicas pela UFPB. Professor de direito Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras - FAFIC, PB e do Centro Universitário de Patos – UNIFIP. fpsjunior@gmail.com

INTRODUÇÃO

Família é considerada o arranjo social mais antigo, historicamente, do ser humano, era formada por um grupo de pessoas ligadas por um ascendente comum ou pelo casamento, assumindo obrigações morais entre si, através da liderança de um patriarca. O patriarca era o

líder da família, através dele que ocorriam as chamadas reuniões familiares, aos quais conseguiam um desenvolvimento social e cultural onde tinham a função de reproduzir e defender seus membros.

O código Civil de 2002 aduz no seu artigo 1.565 e seguintes, a despatrimonialização das relações familiares, onde passaram a priorizar as famílias como a efetivação dos direitos fundamentais, pois a afetividade está passando a ser atualmente considerado um princípio ponderoso para o direito de família, como forma de escudar e garantir as questões que envolvam não só a poliafetividade, mais também todos os novos arranjos familiares que existem.

O reconhecimento jurídico deste princípio é reafirmado na Lei nº 12.010, que traz sobre o aperfeiçoamento da adoção, onde garante o direito à convivência familiar, e surge para garantir os interesses das crianças e dos adolescentes como forma de avigorar os laços da afetividade e prevenir a banalização de acolhimentos institucionais, para assim, poder encontrar a melhor maneira de fazer com que elas encontrem um lar afetuoso e feliz.

A convivência familiar de crianças e adolescentes tem esse direito assegurados na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois todas as medidas tomadas que são referentes a eles devem ser priorizadas e aplicadas de forma que sejam garantidos todos os seus interesses.

O Supremo Tribunal Federal tem como entendimento que as novas modalidades familiares devem ser reconhecidas pelo direito e não ignoradas pela justiça, é inevitável negar que hoje em dia a sociedade vem evoluindo de forma rápida, e devido a isso, não há no que se falar em modelos ideais de famílias, pois a ligação socioafetiva deve ter seu valor jurídico e ser, obrigatoriamente, reconhecidas como família sem distinção, confirmando de que os laços afetivos são dignos de constituir relações para serem reconhecidas pelo direito.

MATERIAIS E MÉTODOS

A presente pesquisa utiliza-se do método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise geral acerca do paradigma da afetividade como norte de novas conjecturas familiares, para uma análise específica de reconhecimento do poliamor e da possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por essas novas entidades familiares. Para tanto, o artigo ora proposto vale-se das técnicas concernentes à pesquisa bibliográfica e documental.

OS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

A entidade familiar é definida como sendo uma “sociedade formada através do marido, da mulher, dos filhos e de pessoas ligadas pelos laços sanguíneos ou pelo parentesco” (GUIMARÃES, 2011, p. 121).

Para Simionato e Oliveira (2003, p. 57), a família é “como um grupo de pessoas em convívio, composta por uma história inerente que é formada por diferentes etapas, sendo que a cada membro constituem de tarefas próprias por parte da família”.

A origem da família se deu no momento em que o ser humano admitiu sua necessidade em se estabelecer nas relações afetivas. Para Wald (2004) a estrutura familiar surgiu na Roma antiga, onde passou a ser de responsabilidade jurídica, sendo um conjunto de pessoas e coisas comandadas pelo patriarca, que comandava seus descendentes não emancipados, a sua esposa e as suas noras, antes da Roma antiga a família era formada pelos costumes.

No Brasil, o casamento civil surge em 1890 quando o Estado se afasta da igreja Católica, fazendo com que a família se torne peça fundamental para a sociedade, onde se deu uma mudança do patrimonialíssimo, perdendo seu caráter produtivo e econômico e tornando uma base de afetividade. Com o passar dos anos, o conceito de família mudou para uma concepção múltipla, onde os indivíduos são ligados não só pelos laços matrimonial e biológicos, mais também pelo afeto, também é possível notar que com o avanço dos anos vai sumindo a figura do patriarca, o reconhecimento da família de união estável, da homoafetiva e de muitas outras que vão surgindo, cabendo ao Estado a proteção de todos os membros destas.

No Código Civil de 1916 só era aceito como forma de família através do casamento, tendo seus direitos regulados pela sua celebração, como dito por Gonçalves: “No artigo 229 do Código Civil de 1916 falava que o principal efeito do casamento é a criação da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima, sendo proibido as doações de herança à concubina ou a inclusão desta como beneficiária do seguro de vida”. (GONÇALVES, 2011, p. 28).

No Código Civil de 1916 era proibido o divórcio, sendo autorizado apenas o desquite, que dissolvia a convivência conjugal, mais não o vínculo jurídico, e discriminava união estável e os filhos que dela vinhesse, sendo considerados ilegítimos, não podendo receber um único benefício deixado pelo pai.

Com a evolução da sociedade o direito de família no Brasil sofreu várias alterações, uma delas foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que relaciona a família de um modo

menos hierárquico, apresentando princípios ligados ao direito de família., estabelecendo que o casamento não pode ser visto apenas como única base de instituição de família, passando a ser reconhecida como famílias as recompostas, as monoparentais, as homoafetivas, e assim, sucessivamente, garantindo a sua proteção de maneira igualitária.

Hoje em dia as famílias brasileiras são também as que tem relações afetivas, não só as que tem laços biológicos, assim entende-se família como “modelo patriarcal, baseado no ideal de similitude, no qual, cada indivíduo possui o direito de buscar o seu deleite real, seja ele qual for” (AUGUSTO, 2018).

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona o direito de família atualmente gira em torno do princípio da afetividade, pois trata-se de uma força maior para as relações familiares:

Todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade. (...) a afetividade — tem muitas faces e aspectos e, nessa multifária complexidade, temos apenas a certeza inafastável de que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida. Nesse contexto, fica fácil concluir que a sua presença, mais do que em qualquer outro ramo do Direito, se faz especialmente forte nas relações de família. (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 111).

No artigo 226, §3º e 4º da Constituição Federal dispõem sobre a possibilidade de reconhecimento da união estável e da família monoparental, sendo que estas representam a realidade de muitas famílias brasileiras, permitindo a expansão do conceito de família garantindo o reconhecimento de outras espécies de famílias no ordenamento jurídico brasileiro. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2017) sistematizam o conceito de família da seguinte maneira:

- a) núcleo existencial composto por mais de uma pessoa: a ideia óbvia é que, para ser família, é requisito fundamental a presença de, no mínimo, duas pessoas 13;
- b) vínculo socioafetivo: é a afetividade que forma e justifica o vínculo entre os membros da família, constituindo-a. A família é um fato social, que produz efeitos jurídicos 14;
- c) vocação para a realização pessoal de seus integrantes: seja qual for a intenção para a constituição de uma família (dos mais puros sentimentos de amor e paixão, passando pela emancipação e conveniência social, ou até mesmo ao extremo mesquinho dos interesses puramente econômicos), formar uma família tem sempre a finalidade de concretizar as aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social” (GAGLIANO; FILHO, 2017).

Também conceitua a Maria Berenice Dias (2016, p.33) que a “família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito”, ou seja, para a autora a família é formada através do amor, é algo que acontece naturalmente, fazendo com que as formalidades que são feitas através da legislação nunca se iguale a naturalidade.

O Código Civil de 2002, reconhece as diversas modalidades familiares, sejam elas biológicas ou afetivas, sendo que algumas estão previstas na lei, enquanto que outras, (Carvalho, 2013) vem sendo aceita aos poucos pela legislação brasileira devido ao princípio da afetividade, usado como fundamento primordial das relações familiares. Essas modalidades são: as do casamento; a união estável; a monoparental; a multiparental ou pluriparental; a anaparental; a eudemonista; a homoafetiva; homoparentalidade; e por fim, a família que é objeto do nosso estudo, a poliafetiva.

A UNIÃO POLIAFETIVA

As uniões poliafetivas ou poliamor causaram muitas divergências na justiça brasileira, pois não se sabe ao certo se esse tipo de união pode ser considerado uma modalidade de família. Para Regina Navarro Lins (2007, p. 327) o poliamor é substancialmente a união isocrônica entre três ou mais pessoas, e aceita e reconhecida por todos os envolvidos. Poliamor vem do grego – poli, que significa muitos, e do Latim – amor, ou seja, vários amores.

Na poliafetividade todos aqueles que convivem em um mesmo lar de forma amorosa se consideram família, por isso esse tipo de união teria os mesmos preceitos relacionados a união estável e a homoafetiva, com a diferença de ser composta por três ou mais pessoas.

De acordo com Elizangela Feel e Jeniffer Sanches (2016), para que a união poliafetiva seja assentida como entidade familiar, deve ser observado os princípios constitucionais e os princípios do direito de família. Desta forma, primeiramente temos o princípio da dignidade da pessoa humana que está no artigo 1º, III da CF: “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 e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, 1988).

Este princípio é o mais importante do ordenamento jurídico, pois ele serve para todas as pessoas, já que de fato, todos temos que ter uma vida digna e ser respeitado pelo que somos. A família, portanto, pode ser vista como um dos mecanismos mais globais por natureza, já que

existe uma relação estreita entre os indivíduos que a constitui acautelando uma vida conscienciosa, para Flávio Tartuce (2006) esse princípio é o a chave para o início do novo Direito de Família brasileiro.

Tem também aqueles princípios do direito de família que são; o da afetividade, o da igualdade, o da pluralidade das famílias, o do melhor interesse da criança e do adolescente, o da autonomia de vontade e o da intervenção estatal mínima, todos estes são a base para o macroprincípio da dignidade da pessoa humana.

Rodrigo da Cunha Pereira (2011) fala que a família nos dias que correm, não está mais ligada à dependência econômica, mais sim, a solidariedade, a cumplicidade e o afeto, tornando o ambiente familiar um centro de realização pessoal.

Em agosto de 2012 um homem e duas mulheres na cidade de Tupã no estado de São Paulo ganharam o direito de ter a escritura da união estável poliafetiva lavrada em cartório, pois o tabelião intendente explanou a ausência legal para a proibição do feito, sendo este o primeiro caso registrado no Brasil. Acontece que em 2018 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu pela proibição de registro de uniões poliafetivas em cartórios brasileiros, não sendo possível a revogação da união realizada no cartório de Tupã-SP, já que na época não havia a proibição, mais perde a sua validade jurídica. A decisão acatou a solicitação da Associação do Direito de Família e das Sucessões, que acionou o CNJ em objeção aos dois cartórios de comarcas paulistas, um que é em São Vicente e o outro em Tupã, onde foram lavradas escrituras de uniões estáveis poliafetivas.

Isso porque, mesmo se falando tanto em dignidade da pessoa humana, ainda deparamos com uma grande resistência de aceitação da sociedade em relação as outras maneiras de se relacionar que não sejam as monogâmicas e heterossexuais, como pode ser visto no projeto de Lei nº 6.583/2013 apresentado a Câmara dos Deputados por Anderson Ferreira (2013), onde visa aceitar apenas casais heterossexuais casados ou em união estável como entidade familiar. Diante disso, se faz necessária uma revisão de valores morais ou até mesmo religiosos, principalmente no que diz respeito às entidades familiares.

ADOÇÃO NO BRASIL

Muito antigamente que se realizavam a adoção, e isso se fazia quando uma família acolhia uma criança, e o criava como sendo sua. Mesmo na Bíblia é relatada a adoção de Moisés pela filha do faraó. Na Roma Antiga, o adotante tinha que ter no mínimo 60 anos de idade e

não podia possuir filhos naturais. Na Idade Média, sob fortes influências da Igreja, a adoção acabou caindo em desuso, só voltando a aparecer na França, com a modificação do Código Napoleônico (1804), que autorizava a adoção para pessoas maiores de 50 anos. Mas o regimento legal não era a norma geral (TEIXEIRA et al., 2013).

Até o ano de 1851, em alguns países ocidentais as crianças transmudavam de família por meio de um sistema de lares adotivos, ainda usados nas sociedades, as crianças e os adolescentes entre 7 e 21 anos eram enviados temporariamente para outros lares, mas permaneciam legalmente ligados às famílias originais. Essa realidade durou por muitos anos, nos Estados Unidos, inclusive, muitas crianças moravam nos abrigos e só iam para casa nos finais de semana. (TEIXEIRA et al., 2013).

No Brasil, até a época do Império, a adoção foi assimilada ao Direito português, a adoção não era efetiva, não havia sequer a permutação do pátrio poder a pessoa que vai adotar a criança, exceto em casos que o adotado perdesse o pai natural e sucedesse de uma autorização por meio de decreto real.

Foi apenas com o Código Civil (1916), no seu capítulo V, que a adoção ganhou as primeiras regras formais no país, umas de suas regras era que a idade para as pessoas adotarem era superior a 50 anos e era exigido que o adotante tivesse pelo menos 18 anos a mais que o adotado, só podia adotar pessoas casadas, a adoção só podia ser realizado com o consentimento de quem possuísse a guarda do adotado, era mais favorável ao casal sem filhos naturais.

Um novo Código de Menores (Lei 6.697/1979) introduziu duas inovações as modalidades de adoção: a simples e a plena. A simples, canalizada ao menor que se encontrava em estado de abandono dependendo de autorização judicial, onde apenas fazia uma variação na certidão de nascimento. Na plena, dissolvia-se de todo o vínculo que pudesse ter com a família original (seguindo a Lei 4.655/1965). Somente casais com igual ou mais de cinco anos de casamento, em que um dos consortes tivesse idade mínima de 30 anos, poderiam pedir uma adoção cabal irremediável e destinada a menores de 7 anos.

Em 1990, foi deferido o Estatuto da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/90), onde trouxe uma nova definição de conceito sobre a infância e a adolescência, e quanto à adoção, esta passou a ter apenas duas finalidades: dar filhos a aqueles que por algum motivo não o podem conceber, e dar as crianças o direito de fazer parte de uma família, que por algum motivo foi privada da convivência com sua família biológica.

Antes da Constituição Federal de 1988, a adoção possuía caráter contratual e se consolidava por meio de escritura pública, visto que nesta época buscava-se somente atender os interesses dos pais adotivos e não o da própria criança. Então quando ocorreu a constitucionalização deste instituto, dando como obrigação a intervenção judicial e a igualdade entre os filhos biológicos e adotivos, houve uma mudança na finalidade da adoção, onde se busca priorizar os interesses dos adotados (SOARES, 2011, p.27).

Em 2009, foi aprovada a Lei 12.010 (2010), que dispõe sobre a adoção, onde reforça o pensamento do Estatuto da Criança e do Adolescente com relação da ausência de distinção entre os filhos biológicos e os adotivos, também foram criadas novas premissas para os adotantes, efetivando um cadastro nacional de crianças susceptíveis a adoção, corroborando com o papel do Estado no processo.

ADOÇÃO POR FAMÍLIAS POLIAFETIVAS

No artigo 226 da Constituição Federal (1988) diz que não tem importância se a família é constituída de modo formal ou informal. Pouco tem importância se é formada por héteros, homossexuais, monoparental ou não, o que importa é se o ambiente em que vai ser criada uma criança, seja repleto de amor e afeto entre seus membros, e que se respeitem mutuamente para a formação de um lar estável e harmonioso.

A adoção poliafetiva a atribuição da condição de filho ao adotado, não é decretada judicialmente, sendo que o adotado não é desligado dos vínculos já existentes com a sua família biológica. A concessão deste tipo de adoção proporcionará os mesmos efeitos jurídicos decorrentes do instituto da adoção previsto na lei estatutária previstos nos artigos 41 e 47, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de tornar público e de conhecimento geral o estado de filho.

Por fim, o instituto em estudo visa sobretudo a reconhecimento de uma nova forma de família resultante da evolução das relações sociais, onde visa além da família consanguinidade, para assegurar a paternidade-maternidade socioafetiva e todos os direitos oriundos desse parentesco civil, no qual, a criança precisa acima de tudo de uma família, mesmo que essa família não seja considerada socialmente e juridicamente “ideal”, ela deve ser aquela que vai atender os melhores interesses e necessidades da criança. Portanto, mesmo que a família entusiasta na adoção de uma criança ou adolescente, não tenha o perfil tradicional, não é bom dificultar a adoção, pois, ninguém deve ser vítima de preconceitos pela forma de como decide viver (SIMAN; CAMPOS, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, pôde ser analisado sobre a possibilidade do reconhecimento das uniões poliafetivas, como entidade familiar através de alguns princípios, como o da afetividade como, o da dignidade da pessoa humana, onde ficou constatado a importância e necessidade de que seja feito o reconhecimento da poliafetividade como uma das modalidades familiares, para que seja cerrados os direitos de adoção, entre muitos outros, pois assim como algumas das outras modalidades familiares, como por exemplo a homoafetividade, esta e a poliamorosas são marcadas por serem um tema que traz uma grande dificuldade em se debater, sendo que eles são muito recente para a justiça brasileira.

Após essa conclusão de que as uniões poliafetivas requerem o reconhecimento jurídico, é que entramos na questão sobre a possibilidade da adoção poliafetivas. Sobre isso, deve ser considerado a supremacia dos princípios presentes em nosso ordenamento jurídico para que possa ser trabalhado com bastante foco o que é de melhor interesse para a criança e ao adolescente, podendo se basear na multiparentalidade, que se trata do nome de um terceiro no registro de nascimento da criança, mais sem tirar o nome do biológico do registro, ficando assim, o nome de três pessoas no registro, como demonstrado no artigo 15 do Provimento 63/2017, do qual trata-se da possibilidade do reconhecimento extrajudicial socioafetivas.

Apesar das alterações que foram realizadas em relação a esse direito, a estruturado processo permanece sem as devidas alterações, isso na questão da estrutura física dos tribunais, no poder entregue ao Estado, entre outras, ou seja, são inúmeras barreiras a serem enfrentados até que a jurisprudência brasileira seja imposta de forma que vire regra fundamental em todo o país.

Por isso que nesses casos em que a família poliafetiva deseje adotar uma criança ou adolescente, o que deve sempre prevalecer é o melhor interesse destas, pois é inconcebível que o adotado seja privado da possibilidade de conviver no seio familiar. Com o reconhecimento e a aceitação da família poliafetiva, a legislação brasileira terá realizado um grande avanço tanto moral quanto social para todos aqueles que lutam por seus direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Publicado no Diário Oficial da União, Brasília, 16 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1º de janeiro de 1916.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.010**, de 29 de julho de 2009. Diário Oficial da União. Brasília, 04 de agosto de 2009.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas, **RIDB**, Ano 2 (2013), nº 8. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_08_07963_07984.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.

CNJ. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 20 set. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FELL, Elizângela Treméa, SANCHES, Jeniffer Balen. **Possibilidade de reconhecimento da União Poliafetiva como entidade familiar e suas respectivas implicações perante o ordenamento jurídico pátrio**. Revista de Direito de Família e Sucessões. n. 2, p. 1 – 19, jul./dez., 2016.

FERREIRA, Anderson. **Projeto de Lei n. 6583/2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 26 set. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. 1069 p. v. 6. ISBN 9788547216504. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1619-Novo-Curso-de-Direito-Civil-Direito-de-Familia-Vol-6-2017-Pablo-Stolze-Gagliano-e-Rodolfo-Pamplona-Filho.pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda: arejando nossas ideias a respeito do amor e sexo: novas tendências**. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: BestSeller, 2007, p. 327.

LOPES, Pâmella Duarte. **Os novos arranjos de família no Direito Brasileiro**. [S. l.], 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37521/os-novos-arranjos-de-familia-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 23 set. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SIMAN, Adriana; CAMPOS, Denize Mazureki. **ADOÇÃO POLIAFETIVA: Um estudo de caso sobre a atuação da Justiça Restaurativa**. Faculdade Sant'Ana em Revista, Ponta Grossa, v. 1, n. 2, p. 138-153, 2017. Disponível em: <https://www.iessa.edu.br/revista/index.php/fsr/article/view/57/66>. Acesso em: 27 set. 2019.

SIMIONATO, Marlene Aparecida Wischral; OLIVEIRA, Raquel Gusmão. **Funções e transformações da família ao longo da história**. I Encontro Paranaense de Psicopedagogia/ABPppr. Curitiba, 2-5 de novembro de 2003. Anais. Curitiba: UFPR, 2003.

SOARES, Ellen White de Oliveira. **Aspectos práticos da adoção e o princípio do melhor interesse da criança**. Monografia (Curso de Direito) Faculdade de Direito, Ciências Administrativas e Econômicas, da Universidade Governador Valadares, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. 2006. Disponível em: www.ambitojuridico.com.br. Acesso em: 24 set. 2019.

TEIXEIRA, João Carlos et al (ed.). **História da adoção no mundo. Em discussão**: Revista de audiências públicas do Senado Federal, Brasília, ano 4, n. 15, p. 1-40, 1 maio 2013. Disponível em: https://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/upload/201302%20-%20maio/pdf/em%20discussão!_maio_2013_internet.pdf. Acesso em: 27 set. 2019.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

A ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS INFERÊNCIAS NOS CASOS DE DISPUTA DE GUARDA

Aldeone Pereira Silva¹
Fernanda Fernandes Barbosa²

RESUMO

Este trabalho analisa a incidência da alienação parental nos casos de disputa de guarda, promovendo a expansão das discussões referentes a temática mencionada. A coleta de dados procedeu-se mediante pesquisa bibliográfica, cujo os dados foram analisados a partir dos métodos de análise de conteúdo e o materialismo histórico-dialético. Concluindo-se que refletir sobre a alienação parental e os danos e consequências desta para as famílias, em especial para as crianças e adolescentes, possibilita a insurgência de novas dinâmicas dentro do espaço

sociojurídico, tencionando as decisões judiciais referentes à guarda, predominando a decisão que favoreça o bem-estar da criança ou adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação Parental. Convivência Familiar. Disputa de Guarda. Criança. Adolescente.

ABSTRACT

This paper analyzes the incidence of parental alienation in cases of custody dispute, promoting the expansion of discussions related to the aforementioned theme. Data were collected through bibliographic research, whose data were analyzed using content analysis methods and historical-dialectical materialism. Concluding that reflecting on parental alienation and the damages and consequences of this for families, especially for children and adolescents, enables the insurgency of new dynamics within the socio-legal space intending judicial decisions Regarding custody, predominating the decision favoring the welfare of the child or adolescent.

Keywords: Parental alienation. Family coexistence. Guard dispute. Child Teenager.

¹ Docente do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais – Direito da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC); Secretário de Assistência Social de São Domingos - PB; Mestre em Sistemas Agroindustriais pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG; Especialista em Direito Penal e Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC); Graduado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC); Graduado em Teologia pelo Seminário Arquidiocesano da Paraíba; E-mail: aldeone.advocacia2026@hotmail.com.

² Discente do curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras (FAFIC); Docente do Curso de Bacharelado em Serviço Social da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC); Assistente Social do Estado da Paraíba lotada no Hospital Regional de Cajazeiras; Mestre em Sistemas Agroindustriais pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG; Especialista em Gestão de Políticas Públicas e Graduada em Serviço Social e pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); E-mail: nandafernandesrn@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A Alienação Parental é uma realidade, a qual está presente na nossa sociedade, sendo identificada no seio familiar, cuja as relações conjugais foram desfeitas, sendo praticado contra crianças e adolescentes, tanto pelos próprios pais quanto por parentes próximos. Este ato ocorre principalmente nos casos de separação judicial, sobretudo, nos rompimentos conjugais com caráter litigioso, em que um dos cônjuges é o responsável pela ruptura da relação conjugal. Este processo separativo gera conflitos, mágoas e frustrações entre o casal, especialmente se estes possuírem filhos, no qual muitas vezes estes sentimentos não são superados e ocasiona um dos

genitores, frequentemente o guardião do filho(a), utilizar meios de manipulação destes através de falsas verdades para que estes odeiem o outro genitor, e por consequência rejeite-o.

Estas ações alienatórias podem ocasionar consequências mais graves como a Síndrome da Alienação Parental (SAP), que faz com que o(a) filho(a) acredite fielmente em seu guardião e contribua para a difamação do outro genitor, não percebendo a manipulação que se ocorre, levando assim a ruptura do vínculo afetivo entre ambos e a problemas comportamentais e psicológicos a criança/adolescente.

Diante deste cenário, o presente trabalho tem como propósito analisar as inferências da alienação parental nos casos de disputa de guarda, evidenciando o quanto essa problemática vem expandindo-se e trazendo consigo sérias consequências tanto sociais quanto jurídicas.

A alienação parental, ainda é um tema pouco discutido em nossa sociedade, mas que se faz muito presente nos processos de divórcio na atualidade, causando danos às crianças e adolescentes que são as maiores vítimas dessa situação conflituosa, sendo oportuna a reflexão sobre a temática, uma vez que esta é levada em consideração nas decisões judiciais referente à guarda.

Para discorrer sobre este tema, utilizou-se obras de autores da área, como Gardner (2002), Dias (2010) e Fonseca (2006) sobre os quais procedeu-se mediante coleta de dados da pesquisa bibliográfica, cujo os dados foram analisados a partir dos métodos de análise de conteúdo e o materialismo histórico-dialético.

No primeiro momento, foi realizada uma breve abordagem em relação à família e suas novas configurações, expondo o processo de evolução da família e a reformulação do conceito, bem como o surgimento do rompimento conjugal devido a evolução dos costumes nas sociedades e questões relacionadas a guarda como também os impasses da guarda unilateral.

Sequentemente foram feitas discussões a respeito dos desafios da alienação parental e as formas de enfrentamento, no qual exibirá considerações sobre a alienação parental, englobando conceitos e disposições legais da Lei nº 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental). Na mesma seção, serão abordadas as consequências da alienação parental tanto para os filhos quanto para os alienadores, e a aplicação da guarda compartilhada para o bem-estar da criança e do adolescente.

Por fim, têm-se as considerações finais sobre as quais alude-se que refletir sobre a alienação parental e os danos e consequências desta para as famílias, em especial para as crianças e adolescentes, possibilita a insurgência de novas dinâmicas dentro do espaço

sociojurídico tencionando as decisões judiciais referentes à guarda, predominando a decisão que favoreça o bem-estar da criança ou adolescente.

MATERIAL E MÉTODOS

Os dados levantados foram previamente analisados, agrupados, condensados e processados. Para facilitar sua compreensão, foram utilizados os métodos de: análise de “conteúdo” que segundo Bardin (2006), é um conjunto de técnicas de análise das comunicações, que visa obter através do uso de procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens fatores que permitam a conclusão de conhecimentos relativos à produção destas mensagens. Esse tipo de análise nos permite ultrapassar as incertezas e obter uma compreensão crítica dos dados.

Ressalta-se que também foi adotado o método materialismo histórico-dialético o qual requereu a um trabalho prévio de investigação (“escavação” e “garimpo”), de maturação do objeto, de sua captação com detalhes, de suas formas de evolução, de suas conexões íntimas, para depois expor adequadamente, sistemático e criticamente, a sua lógica interna. Segundo Figueiredo (2008 *apud* Triviños 1987), o método materialismo histórico-dialético tem em seu bojo preocupações com a “força das ideias, capaz de introduzir mudanças nas bases econômicas que as originou”, ressaltando a importância das organizações sociais, dos agrupamentos humanos, dentre outros, pois suas ações podem produzir transformações importantes nos fundamentos materiais dos grupos sociais.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Alienação Parental (AP) é algo que está cada vez mais explícito em nossa sociedade e inevitavelmente os profissionais que atuam na área sociojurídica se deparam frequentemente com esta problemática, portanto para uma melhor compreensão sobre o que é alienação parental é necessário, primeiramente uma breve abordagem em relação à família e suas novas configurações, com destaque para a fragilidade dos relacionamentos e a separação judicial.

FAMÍLIA E SUAS NOVAS CONFIGURAÇÕES

EVOLUÇÕES DA FAMÍLIA E A REFORMULAÇÃO DO CONCEITO

A família é considerada como parte da construção cultural vivenciada pela sociedade ao longo dos anos. A esse respeito, Nader (2010, p. 05) menciona que:

Em sua estrutura e finalidade, a família é um grupo *sui generis*, que encerra interesses morais, afetivos e econômicos. Antes de jurídica é uma instituição de conteúdo moral, sociológico e biológico, que centraliza interesses sociais da maior importância. O seu papel é relevante para a criação da prole, equilíbrio emocional de seus membros e para a formação da sociedade.

Diante das considerações de Nader (2010), a necessidade de afetividade proporciona a construção da família e conseqüentemente a continuidade da espécie, que junto com a razão propõe o planejamento da vida, no qual auxilia na criação dos filhos, e aliado a isso, a busca pela formação de patrimônio para que se atendam às necessidades materiais familiares.

Ao longo da história, novos aspectos socioculturais surgem, fazendo com que o conceito e as funções de família se modificassem cada vez mais. Desse modo, cabe ressaltar que como afirma Milani *et al* (2011, p. 04) “Inicialmente a família era regida por um pai autoritário e as mulheres e crianças eram tratadas como posse destes homens chefes de família”.

Cabe ressaltar ainda que:

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de **matrimônio**. A família tinha uma **formação extensiva**, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção com amplo incentivo à **procriação** (DIAS, 2010, p. 28, grifo do autor).

Durante muitos séculos, no contexto pré-capitalista, a família era compreendida apenas através do modelo hierarquizado e patriarcal, ligado à ideia de indissolúvel e a moral conservadora, sendo estes matrimônios muitas das vezes arranjados como acordos entre famílias.

No entanto, com a revolução industrial veio novas as transformações societárias e o conceito de família foi reformulado. Dessa forma, em meio ao contexto industrial nasce a necessidade de ampliação mão-de-obra e a figura feminina passa a adentrar no mercado de trabalho e, nesse contexto se deu início ao modelo moderno de família, caracterizado pelo

relacionamento idealizado, em que o casal se une através do afeto e tem a participação mais igualitária na vida dos filhos.

O conceito de família é algo difícil de delimitar, pois como reforça Dias (2010, p. 28, grifo do autor) “[...] é mister subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em **famílias**”, pois a família apresentou diversas formatações ao passo que a sociedade foi rompendo com tradições conservadoras, no qual o conceito ficou mais abrangente principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 em que atendeu as necessidades históricas da sociedade e afirma em seu Art. 226, §§ 3º e 4º que a família é a base da sociedade e tem como entidade familiar reconhecida não só a união estável entre homem e mulher, mas também a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, e num sentido mais amplo os elos socioafetivos.

Segundo Cézár (2016, p. 17) “A família matrimonializada foi mantida e, ao mesmo tempo, houve a recepção de novos modelos de família, baseados no afeto e na comunhão de vida [...]”, no qual o casamento deixa de ser a única forma de composição familiar, sendo inserido na lei a união estável e a família considerada monoparental.

Assim:

O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua **democratização**, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a lealdade. Talvez não mais existam razões, quer morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem esta verdadeira **estatização do afeto**, excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas. O grande problema reside em se encontrar, na estrutura formalista do sistema jurídico, a forma de proteger sem sufocar e de regular sem engessar (DIAS, 2010, p. 29, grifo do autor).

A família ganha novas composições e os princípios da afetividade e da dignidade humana passam a ter uma maior importância nas relações sociais. Dessa forma, segundo Cézár (2016), o Art. 226 da Constituição Federal de 1988, que reconhece como entidade familiar não só a união estável entre homem e mulher, mas também a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes devem ser visto de forma mais abrangente, tendo que abordar as diversas relações existentes e suas complexidades, a exemplo das relações homoafetivas.

É necessário considerar que nossa sociedade está em contínua transformação e aos poucos as legislações respondem as novas necessidades e os direitos vão sendo constituídos. Portanto, segundo Cézár (2016, p. 20): “[...] a partir de uma interpretação sistemática

constitucional e da flexibilização conceitual, a jurisprudência pátria passou a admitir as uniões homoafetivas como entidades familiares, retirando essas relações da marginalidade do direito”.

Contudo, as relações homoafetivas lamentavelmente ainda são vítimas de muito preconceito e intolerância por parte da sociedade.

Outra forma muito comum de família que vem se expandindo bastante no mundo e mais precisamente no Brasil, é a família monoparental, que de acordo com a Constituição Federal em seu Art. 226 § 4º é formada por um dos genitores e seus descendentes e que os motivos desta formação familiar nos ditames de Pessoa (2014, p. 87) “Englobam causas circunstanciais (morte, abandono ou divórcio) ou ainda, a decisão (na maior parte dos casos, uma decisão da mulher) de ter um filho de forma independente”.

Outra categoria familiar muito comum entre a sociedade moderna são as “famílias constituídas depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas [...]” (DIAS, 2010, p. 49) no qual um ou ambos os membros após constituir uma união estável trazem filhos advindos de relações passadas formando uma nova família, são denominadas famílias: recompostas, reconstituídas, pluriparentais ou mosaicos, e estas também não têm a atenção necessária por parte do Estado, fato este que nas palavras de Dias (2010, p. 49) “[...] a ausência de um nome, por si só, mostra a resistência que ainda existe em aceitar as novas estruturas de convívio”.

Observa-se, assim, que o funcionamento da família foi profundamente alterado, o que se evidencia nas funções exercidas pelos integrantes da família, no qual eram pré-estabelecidas na sociedade. O homem que tinha como principal função ser o provedor da família com poder sobre os demais membros familiares, passa a ter maior participação nas tarefas domésticas e as mulheres passam a ter maior participação no mercado de trabalho, mostrando como afirma Cézár (2016, p. 18) que “[...] não se visualiza nas famílias contemporâneas a rigidez nas funções estabelecidas para cada um de seus membros.” Dessa forma, as decisões concernentes à família passam a serem tomadas em conjunto, visto que a lei propõe igualdade entre homens e mulheres.

Com isso, ambos os pais devem ter responsabilidades e participação iguais na vida dos filhos para que se estrutrem melhor os laços socioafetivos e se tenha o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

OS IMPASSES DA GUARDA UNILATERAL E AS CONSEQUÊNCIAS PARA OS FILHOS

A guarda unilateral está dentre as modalidades de guarda previsto por lei, e, surge como uma alternativa para as disputas de guarda, ainda que o judiciário atribua preferência à guarda compartilhada. Dessa forma, a guarda unilateral pode ser concedida caso haja um consenso entre os genitores, ou “pode ser decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do menor e seu interesse” (RODRIGUEZ, 2014). Porém, este tipo de guarda mesmo que involuntariamente, proporciona um afastamento da criança com o genitor não guardião, proporcionando assim inúmeros impasses para a família.

Nas palavras de Gomes (2013, p. 84) a guarda unilateral: “[...] surgiu no direito anterior, decorrente da análise da culpa nos processos de separação, ficando a guarda do filho ao cônjuge inocente, muito embora não fosse esse que oferecesse as melhores condições para cuidar da criança”.

Porém, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a prioridade deixou de ser o genitor e veio a ser o melhor interesse da criança e do adolescente visando o seu bem-estar, visto que os filhos ficarão com o genitor que melhor apresente condições para sua formação.

Como afirma Alves (2016, p. 03) a guarda unilateral “[...] é aquela exercida exclusivamente por um dos genitores, decorrente de acordo estabelecido entre eles ou por determinação judicial, neste caso se não for recomendável o exercício da guarda compartilhada”.

Dessa forma, o não guardião da criança deverá segundo o Código Civil de 2002, ter direito a visitas regulares e a companhia do(a) filho(a) através de acordos para manter a convivência e direito de manter a supervisão dos interesses da criança, contribuindo assim para o seu desenvolvimento saudável. Portanto, segundo Rodriguez (2014) “[...] o fato de que um genitor não detém a guarda dos filhos não exclui o outro do exercício do poder familiar, tendo em vista que ambos devem ter participação na vida dos filhos.”

Nesse sentido, segundo Lôbo (2008, p. 174) citado por Alves (2016, p. 05), traz que o direito de visitas “Abrange o de ter o filho ‘em sua companhia’ e o de fiscalizar sua manutenção e educação, como prevê o art. 1.589 do Código Civil”. Com isso, compreende-se que o divórcio não extingue as responsabilidades dos pais com os seus filhos, o que contribui para uma relação mais harmoniosa e saudável. Entretanto, na maioria das vezes, o cônjuge detentor da guarda não superou as mágoas e frustrações da separação e acaba estabelecendo barreiras para a visita

com o propósito de dificultar a convivência familiar que é um direito tanto do ex-cônjuge quanto da criança.

Dessa maneira, fica evidente que esse tipo de guarda “[...] afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia, isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras” (DIAS, 2010, p. 439).

Com isso, os filhos se encontram em meio a uma situação conflituosa, no qual ficam confusos diante dos impasses familiares presenciados, e o âmbito da guarda unilateral contribui para que os filhos sejam usados como meios de afetar o(a) ex-cônjuge ao ponto de se transformar em instrumento de vingança, e ainda, serem vítimas da alienação parental, fato este que traz consequências comportamentais e psíquicas para a criança/adolescente, prejudicando a convivência familiar.

Diante disso, fica notório que a guarda unilateral não é bem aceita pelo judiciário brasileiro, visto que esta não estabelece o melhor interesse dos filhos, no qual são prejudicados pela ideia de que o genitor guardião tem total poder familiar sobre os filhos, e, portanto, os sujeitando à alienação parental.

Contudo, se faz necessário uma breve discussão a respeito da alienação parental no intuito de entender melhor esse mal que atinge diversos lares brasileiros e que tem provocado muito sofrimento para pais e filhos, os quais têm os seus direitos feridos em decorrência de pequenas ações, muita das vezes despercebidas, mas que impedem várias crianças e adolescentes de ter uma relação familiar saudável.

OS DESAFIOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL E AS FORMAS DE ENFRENTAMENTO

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental não é um fato inédito em nossa sociedade, este evento ocorre em diversas famílias, sejam estas com sua entidade familiar dissolvida ou não, e podendo ser praticada por um dos genitores, avós, tios ou outro familiar, de forma consciente ou inconsciente.

O fato é que a alienação parental se encontra mais presente nas famílias que lidam com os conflitos recorrentes do divórcio, no qual “[...] segundo estudos, apesar de já existir durante

o casamento, quando um dos genitores fala mal de outro, mas ainda moram juntos, dormem no mesmo quarto, isso não atinge o desenvolvimento dos menores” (TRANCA, 2016, p. 43).

Dessa forma a ruptura conjugal pode ocasionar ressentimentos e mágoas, sendo difícil de ser aceita e superada por uma das partes. Sendo assim, a não superação do rompimento faz com que desencadeie desejos de vingança e desmoralização do ex-parceiro.

Em vista disso, “[...] a lei 12.318 de 2010 incluiu a Alienação Parental no âmbito jurídico brasileiro, definindo-a e trazendo um rol exemplificativo das maneiras utilizadas para alienar a criança ou adolescente [...]” (CANTAL, p. 55, 2016).

De acordo com o Art. 2º da Lei nº 12.318 sancionada em 2010, 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.

A lei da alienação parental foi fruto de discussões realizadas pelas associações de pais separados, principalmente a APASE (Associação de Pais e Mães Separados) que juntos conseguiram desempenhar um projeto de alienação parental que resultou na inovadora Lei nº 12.318 que dispõe sobre a Alienação Parental. A APASE tem um papel importante no que se diz respeito à Alienação Parental, visto que os pais unidos por essa causa desempenham projetos e campanhas com o intuito de amenizar e divulgar esse mal, e principalmente o combate a Síndrome da Alienação Parental (SAP).

Retornando a Lei nº 12.318/2010 que dispõe sobre a Alienação Parental, ainda no Art. 2º em seu parágrafo único, encontram-se algumas formas exemplificativas de alienação parental. São elas:

- 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.

Tendo a lei da alienação parental como base, nota-se que mesmo após a dissolução familiar é obrigação dos pais de proteger e assegurar o bem-estar da criança/adolescente e não utilizá-los como objetos de manipulação para punir o outro genitor, dificultando o contato do ex-cônjuge com o filho e induzindo a criança a rejeitá-lo ao passo de gerar consequências graves para a criança e a família como a Síndrome da Alienação Parental (SAP), que nas palavras de Cantal (2016, p. 63) “[...] consiste na somatória dos efeitos e reflexos na psique da criança ou adolescente que sofre alienação parental”.

Dessa forma, o genitor detentor da guarda deve assegurar os direitos da criança ou do adolescente que esteja sob sua guarda, tendo em vista que de acordo com o Art. 33 do ECA “[...] a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”. Neste mesmo estatuto, em seu Art. 35, fica esclarecido que “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”. Por conseguinte, evidencia-se que caso a proteção integral da criança ou do adolescente seja posta em risco, a exemplo da alienação parental, a guarda pode ser revogada e alterada para que seja mantido o bem-estar dos filhos.

CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL: ALIENADOS E ALIENADORES

A Alienação Parental provoca graves consequências de ordem comportamental e psíquica, fazendo da criança ou do adolescente alienado as maiores vítimas dessa situação conflitante. De acordo com Tranca (2016) “[...] a alienação se instala sutilmente nas famílias e é difícil de ser notada principalmente pela pouca atenção que há entre pais e filhos atualmente, no qual possibilita a inserção deste fenômeno sem que o genitor perceba.”

Evidencia-se que quanto mais cedo o diagnóstico da alienação parental na vida das crianças e adolescentes, menos danos os alienados terão e fácil será a restauração dos vínculos familiares. Os pais ou responsáveis pelas crianças precisam ser mais atenciosos ao comportamento dos filhos, visto que simples mudanças de comportamento podem implicar em

inserção de alienação parental e que pode afetar de forma permanente a vida dos filhos caso não tenha a atenção necessária.

A alienação pode ocorrer a curto ou longo prazo na vida das crianças e adolescentes, sendo capaz de perdurar por muito tempo afetando principalmente crianças com pouca idade visto que como afirma Fonseca (2006, p. 03) “Crianças mais velhas tendem a opor maior resistência à pressão do genitor alienante, já que têm um pouco mais de independência e de vontade própria”. E, conforme destaca Tranca (2016), “as crianças, principalmente as mais novas, não apresentam raciocínio crítico desenvolvido, logo, considera como correto o que seus pais dizem e ordenam fazer, e, portanto, passa a ser manipulado pelo genitor com o qual tem maior convivência.”

Sendo assim, a alienação só poderá ser superada quando “[...] o filho consegue alcançar certa independência do genitor guardião” (FONSECA, 2006, p. 03). Porém, esse ato afeta, ainda, a estrutura familiar, amigos e todos que o cercam, impedindo a criança de conviver com toda a família da qual faz parte e tem direito.

No entanto, vale salientar que essas ações também geram consequências aos alienadores, visto que “[...] o fenômeno da alienação parental consiste em abuso do exercício de poder familiar e violação aos direitos da personalidade da criança em desenvolvimento [...]” (CÉZAR, 2016, p. 81).

Dessa forma, de acordo com o Art. 6º da Lei 12. 318/10 as consequências aos alienadores podem ser: “[...] advertência, acompanhamento psicossocial, multa, alteração de modalidade de guarda ou até suspensão da autoridade parental.” Essas medidas serão tomadas de acordo com as decisões dos juízes mediante a caracterização da alienação e a gravidade do caso, com intuito de inibir práticas que dificultem a convivência familiar saudável e de resguardar o direito das crianças e adolescentes.

A alienação parental classifica-se como uma forma de agressão aos direitos da criança e do adolescente, pois a Lei da Alienação Parental é clara quando afirma em seu o Art. 3º que:

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.

Desse modo, conforme Gomes (2013) o direito a convivência familiar é um direito fundamental da criança e do adolescente, citado por lei e que deve ser protegido sob qualquer circunstância, visto que “As crianças são pessoas em desenvolvimento, e por isso são vulneráveis, devendo-se manter acesa a formação familiar, apesar de alguma quebra conjugal” (GOMES, 2013, p. 95). Nesse sentido, o direito a convivência familiar é um direito vital a pessoa humana, sendo fundamental para a construção de personalidade e desenvolvimento do ser, principalmente quando este se encontra em formação. Logo, caso esses direitos sejam violados, punições legais serão aplicadas mediante decisão do magistrado.

A Lei 8.069 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), busca assegurar a proteção integral à criança e ao adolescente e, de acordo com o Art. 3º desta mesma lei, “[...] a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. Dessa forma, segundo o seu Art. 4º:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Nesse sentido, as leis e principalmente o ECA, que dispõem sobre regulamentos voltadas para as crianças e adolescentes, a fim de lhes proporcionar condições dignas de existência sob todas as situações, incluindo os casos de alienação parental. Porém, conforme destaca Rosa (2008, p. 8): “Leis e artigos não são os únicos meios de proteção, e sim os próprios pais, que devem ter consciência sobre o que estão fazendo para os seus filhos ao tentarem usá-los como peças de um jogo de vingança”. Com isso, os pais devem estar atentos aos sinais alienatórios que os filhos possam estar sofrendo por uma das partes, buscando abolir esse ato e proteger as crianças vítimas dessa alienação levando o caso ao judiciário para que sejam tomadas as decisões cabíveis a situação.

A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PARA O BEM-ESTAR DO MENOR

Considerando os impasses da guarda unilateral na vida das famílias o Poder Judiciário se utiliza cada vez mais como estratégia para impedir a ocorrência da alienação parental ou pelo

menos diminuir a incidência desta, a mudança da guarda unilateral para a guarda compartilhada visto que se pretende buscar o melhor interesse dos filhos.

Sendo assim, de acordo com a Lei 13.058/2014 § 2º: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Desse modo, minimizam-se os efeitos do divórcio para as crianças e adolescentes e ainda possibilita os genitores de dividirem as tarefas e decisões em relação aos filhos, propiciando uma relação familiar mais saudável com garantia de vínculos afetivos com ambos os genitores.

Vale salientar que segundo Cantal (2016) “[...] a guarda compartilhada rompe com antigos mitos de que após a separação conjugal os filhos necessariamente ficariam sob a guarda da mãe, pois era vista como a que melhor cuidaria dos filhos”. Dessa forma, era evidente o preconceito, visto que ambos os pais podem exercer a função de cuidar dos filhos, fato este que se tornou mais efetivo com a lei da guarda compartilhada, que veio para beneficiar pais e filhos, passando a ser regra e deixando de ser uma opção.

Nesse sentido, conforme Alves (2016, p. 11),

A guarda compartilhada implica em exercício conjunto, simultâneo e pleno do poder familiar, afastando-se, portanto, a dicotomia entre guarda exclusiva, de um lado, e direito de visita, do outro. A partir dessa medida, fixa-se o domicílio do menor na residência preferencial de um dos genitores, mas ao outro é atribuído o dever de continuar cumprindo intensamente o poder familiar, através da participação cotidiana nas questões fundamentais da vida do seu filho, tais como estudo, saúde, esporte e lazer, o que vem a descaracterizar a figura do "pai/mãe de fim-de-semana".

Dessa maneira, a guarda compartilhada surge como um bom método utilizado pelo Poder Judiciário para evitar a ocorrência da Alienação Parental e conseqüentemente a Síndrome da Alienação Parental, visto que esta forma de guarda vem a ser vantajosa para ambos os pais já que evita maiores conflitos entre estes e nas palavras de Gomes (2013): É bom observar que tanto a Lei de guarda compartilhada (Lei 11.698/08) como a Lei de alienação parental (Lei 12.318/10) utilizam o termo ‘convivência’ em vez de visitas, atualizando e ampliando o vínculo entre os genitores e o filho” (GOMES, 2013, p. 172).

Nesse sentido, a maior participação dos pais na vida de seus filhos beneficiará o relacionamento familiar, uma vez que a criança/adolescente ao manter maior convivência com ambos os pais apresentará uma visão mais clara da realidade, o que dificulta ser vítima de um

possível genitor alienador que se utiliza de falsas acusações para afastar a criança/adolescente do ex-cônjuge.

Contudo, a guarda compartilhada se mostra como um bom mecanismo para impedir a ocorrência da Alienação Parental, visto que aproxima todos os envolvidos de forma harmoniosa, visto que as tomadas de decisões serão tomadas em conjunto e necessita de aproximação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática da alienação parental é um fato que assola a nossa sociedade a muito tempo de forma silenciosa nos lares de todo o mundo e, portanto, para uma melhor compreensão de como surgiu esse problema fez-se necessário uma breve abordagem em relação à família e suas novas configurações, com destaque para a fragilidade dos relacionamentos e a separação judicial, como vimos no presente estudo.

Deve-se considerar que, a alienação parental acaba se consagrando como um problema não somente familiar, mas sim como problema social, que necessita de maiores reflexões e intervenções, demandando ainda de um maior esforço para se ampliar as discussões referentes a esse tema ainda pouco debatido na sociedade, mas que vem aos poucos prejudicando a vida de muitas crianças e adolescentes.

Pôde-se perceber, através desse estudo, que a presença da alienação parental nos processos de guarda incide relativamente nas decisões judiciais, constatando-se que a guarda unilateral é fonte geradora da Alienação Parental, nos conduzindo a concluir que a guarda compartilhada deveria ser mais aplicada nas Varas de Família por proporcionar maior bem-estar as crianças e adolescentes, em detrimento das unilaterais.

Vale salientar, que este estudo traz imensas contribuições em relação a esta temática, sendo de grande apoio aos profissionais da área sociojurídico que lidam com esta realidade constantemente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>. Acesso em: 10 out. 2019.

BARDIN, L. (2006). **Análise de conteúdo** (L. de A. Rego & A. Pinheiro, Trads.). Lisboa: Edições 70. (Obra original publicada em 1977). Disponível em: <https://pt.slideshare.net/RonanTocafundo/bardin-laurence-anlise-de-contedo>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. **Constituição**, 1988. Emenda Constitucional n.º 66 de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 20 set. de 2019.

BRASIL. **Lei n.º 13.058**, de 22 de dezembro de 2014. Dispõe sobre guarda compartilhada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 8.069**, de 13 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: 24 set. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

CANTAL, Ana Maria B. F. **Mediação em conflitos de alienação parental**. 2016. 91 f. Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, São Paulo, 2016.

CÉZAR, Janine P. Guimarães Calmon. **Alienação parental: a responsabilidade por violação aos princípios do direito de família**. 2016. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontífica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: [https://tede2.pucsp.br/Janine Paula Guimarães Calmon César.04.07.pdf](https://tede2.pucsp.br/Janine%20Paula%20Guimar%C3%A3es%20C%C3%A9zar.04.07.pdf). Acesso em: 10 out. de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO. Nébia Maria Almeida de. (org). **Método e metodologia na pesquisa científica**. 3. ed. – São Caetano do Sul – SP: Yendis Editora, 2008.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de alienação parental**. *Pediatria (São Paulo)* 2006; 28 (3) 162-8. Disponível em: https://issuu.com/b2marketing/docs/alienacao_parental. Acesso em: 09 out. 2019.

GOMES. Cristina Maria N. **Alienação parental: uma análise sociojurídica Da proteção à infância a sua aplicação no município de Maceió**. 228 f. 2013. Dissertação (Mestrado em

Direito Público) - Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL), Maceió - AL, 2013. Disponível em: www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/4366/1/Alienacao%20parental%3A%20uma%20an%C3%A1lise%20sociojur%C3%ADica%20da%20prote%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20inf%C3%A2ncia%20e%20sua%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20no%20munic%C3%ADpio%20de%20Macei%C3%B3.pdf. Acesso em: 24 set. 2019.

MILANI, G.; SANTOS, P.; VOLPATO, L.; **A alienação parental e a intervenção do assistente social no judiciário**. Seminário Integrado-ISSN 1983-0602. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/index/index>. Acesso em: 19 set. 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. v. 5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre guarda compartilhada e a guarda alternada**. 2014. Disponível em: <https://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>. Acesso em: 05 out. 2019.

ROSA, Felipe Niemezewski. A síndrome de alienação parental nos casos de separações judiciais no direito civil brasileiro. Monografia. Curso de Direito. PUCRS, Porto Alegre, 2008. Disponível em https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap/felipe_niemezewski.pdf. Acesso: 18 set. 2019.

TRANCA, Janaína M. A. **O papel da guarda compartilhada no controle da síndrome da alienação parental**. 125 f. 2016. Dissertação (Mestrado profissional em planejamento e políticas públicas) – Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2016. Disponível em: <https://woese.com/storage/documents/42ebd339bd0dba44935aaf070693c828669d1cdd.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019.

SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Alencar, Paloma Beatriz da Silva¹
Taveira, Jacildo Alves²
Nogueira, Hermeson Alves³

RESUMO

A Síndrome da Alienação Parental, embora não seja um fenômeno social novo, passou a ganhar a atenção do legislador infraconstitucional há pouco tempo. Tratando-se de situação nova, não há na Doutrina e Jurisprudência como matéria consolidada sobre o tema. Embora, haja uma Lei descrevendo tal fenômeno. Fato é que, não existem ainda estudos conclusivos. Aliás, sobram divergências acadêmicas e jurisprudenciais. O presente trabalho objetivou refletir sobre a Síndrome da Alienação Parental, para tanto, revisitou a bibliografia referente ao tema. Deste

modo, foi feita a revisão integrativa por meio das bases de dados tais como: SCIELO; JSTOR; CONPEDI; CAPES. Ressalta-se que, a presente pesquisa teve como corte temporal, com fatos ocorridos em estudos realizados de 2014 até 2019. Do total de trabalhos, foram encontrados 20 artigos de acordo com a temática. Concluiu-se que, se fez de melhor na pesquisa que envolve a Síndrome de Alienação Parental na realização da avaliação para fins dos subsídios a avaliação psicológica de crianças e adolescentes no contexto do Sistema de Justiça Brasileiro.

Palavras-chave: Síndrome da Alienação Parental. Família. Alienação Parental.

ABSTRACT

Parental Alienation Syndrome, although not a new social phenomenon, has recently gained the attention of the nonconstitutional legislator. In the case of a new situation, there is no consolidated Doctrine and Jurisprudence on the subject, although there is a Law describing this phenomenon. Fact is, there are no conclusive studies yet. In fact, there are academic and jurisprudential differences. The present work aimed to reflect on the Parental Alienation Syndrome and revisited the literature on the subject. Thus, the integrative review was made through databases such as: SCIELO; JSTOR; I agreed; CAPES. It is noteworthy that this research had as a temporal cut with facts occurred and studies conducted from 2014 to 2019. From the total of works, 20 articles were found according to the theme. It was concluded that it did its best in research involving Parental Alienation Syndrome in conducting the assessment for the purposes of the psychological assessment of children and adolescents in the context of the Brazilian Justice System.

Keywords: Parental Alienation Syndrome. Family. Parental Alienation.

*Paloma Beatriz da Silva Alencar acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciência e Letras de Cajazeiras-FAFIC, Email: apalomabeatriz@gmail.com

**Jacildo Alves Taveira acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciência e Letras de Cajazeiras-FAFIC, Email: jacildo.aurora@hotmail.com

***Hermeson Alves Nogueira, Orientador, Juiz de Direito pelo TJPB da 4ª Vara de Cajazeiras-PB. Email: hermesonalves@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A família é o núcleo básico da sociedade, sendo formada por seres com ancestrais em comum ou por uma ligação de laços afetivos. Então, tradicionalmente falando, família é um conjunto de pessoas, normalmente, o pai, a mãe e os filhos, que vivem em um mesmo ambiente, denominado lar, responsável pelo desenvolvimento saudável a todos que dele fazem parte (MOTA; ROCHA; MOTA, 2015).

O ambiente familiar é um local onde todos os problemas devem ser resolvidos, com base nas relações de amor, afeto e carinho, que é à base dessa estrutura, onde a confiança é o principal rotor dessa célula. Dentre os parentes familiares, é provável reconhecer dois graus de proximidade: a família nuclear e família extensa. Sabe-se que os familiares nucleares

habitualmente são derivados pelos pais e irmãos, enquanto a família extensa é composta por avós, tios, primos e etc. (HELENO, 2014).

As transformações sociais e culturais proporcionaram a existência de diferentes estruturas familiares: Família Monoparental, composta por apenas um dos progenitores (pai ou mãe), que podem englobar diversos motivos a possibilitar essa estrutura (morte, abandono ou divórcio) ou a decisão unilateral da mulher em ter um filho de forma independente; família comunitária, arrumada por todos os componentes amadurecidos que desenvolvem o anexo familiar, e são responsáveis pela educação da criança; família arco-íris, constituída por um casal homossexual (ou pessoa sozinha homossexual) que tenha uma ou mais crianças ao seu cargo; família atualizada diferencia-se pela anástrofe dentro das atitudes do que homem e da mulher perpetram na composição familiar, passando a ser a mulher a chefe de família. Abrange a família monoparental, constituída por mãe solteira ou divorciada (DESEN, 2016).

Nessa percepção, vale destacar que a família reúne todas as pessoas ligadas por vínculo carnal, pela consanguinidade ou transversalmente de uma adoção, cingindo os casais e partes, semelhantes e afins. Diante da causa como da relevância, há especialidade amparada do Estado (Art. 226 da Constituição Federal de 1988), que cobre os direitos de seus complementares por partilharem como fundamental questão a cordialidade, visto que se não possuir afeição, não possuirá qualquer tipo de benefício ou amparo a essa família demolida (GONÇALVES, 2016).

A posse familiar tem como premissa o adjacente de imputações em que os pais possuem responsabilidades ligadas relativamente aos filhos, com o desígnio de garantir-lhes uma concepção pessoal saudável. De fato, não aborda tecnicamente de um domínio, mas do aprendizado de uma gama de obrigações, que oferecem aos pais a agilidade de instituir seus filhos com responsabilidade, em compêndio, uma entidade protética.

Entende-se da veracidade, discutir de um poder-dever desempenhado por os dois como os pais em relação ao filho menor não manumitido. Este instituto jurídico incide de uma indigência apropriada e precisa, conforme a qual todo ser humano, durante sua fase infantil, precisa de cuidados, tais como: educação, acolhimento, amparo e guarda de seus interesses (LACERDA, 2014).

Neste contexto, importante análise se faz sobre o pátrio poder, uma vez que era visto apenas em sua forma singular, como exemplo na pessoa do pai, este sendo, portanto, decorrência de uma sociedade patriarcalista.

Logo assim, após as revoluções de igualdade, pátrio poder ostenta uma nova acepção, passando a adequar-se mais a realidade familiares atualizadas, sendo, pois, abrangido o julgamento de poder familiar. Este domínio, que no modelo hodierno de organização familiar encontra-se preenchido por ambos os pais configuração complementar. Em suma, o poder familiar é esta obrigação de proteção direcionada a toda criança e adolescente, para que conservem seus direitos avalizados por aqueles que atêm essa culpabilidade, conglomerando a obrigação do cuidar e subsídios para a formação social (DIAS, 2016).

Na contemporânea ocasião social brasileiro, ressalta-se a seriedade da análise do termo Síndrome de Alienação Parental (SAP). Tal entidade encontra-se positivado no art. 2º da Lei nº 12.318/2010, que dispõe sobre os atos de alienação parental: “Art. 2º Considera-se ato de SAP a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este” (BRASIL, 2017).

Ressalte-se que a Síndrome da Alienação Parental é uma enfermidade de monetizo psicológico. Trindade (2019) defende que esta patologia solicita precaução e terapêutica exclusiva, assegurando, com inclusão, a penúria de intervenção imediata de um perito.

Deste modo, vale destacar que a cultura e as atitudes são mananciais respeitáveis do Direito. Ponderando seu dinamismo, é categórico que a legislação sustente fielmente a modernização para conservar sua aparência evolutiva, peregrinando do mesmo modo junto com os novos fatos da vida (MAGALHÃES, 2015).

Entende-se que quando a SAP adentra em relação com o sistema legal se transforma em uma Síndrome Jurídica Familiar, no qual os advogados, juízes, peritos e outros profissionais conectados adquirem responsabilidade em sua assiduidade.

Logo, a adulteração com relação ao comportamento dos filhos adquire autêntica transcendência quando se promulga em um julgado, já que se desencadeiam então acusações, buscas de explicações e ações conduzidas a determinar a dificuldade que perpetra com que a instância judicial se transforme em parte para decidir-se o mesmo, de tal maneira que necessitamos a abranger como um componente de vital importância dos membros da Síndrome. O sistema judicial, com a interferência dos literatos, pelo privilegiado lugar que alagam tanto para dominar como injuriar a SAP, poderia se compreender incluso do atormento institucional (JACÓ-VELELA; SATO, 2017).

Diante dessa abordagem, por ser um tema bastante complexo e polêmico, que vem despertando atenção de vários profissionais, tanto da área jurídica como da área da saúde, bem como vem sendo denunciada de forma recorrente, justifica-se a escolha pela temática.

Outrossim, por ser uma discussão de interesse público e que se encontra atualmente em evidência na mídia, merece interesse da academia para auxiliar na construção de soluções, haja vista tratar-se de uma realidade que traz dores, sofrimentos, traumas e outras maléficas consequências que podem causar sofrimento a todos os atores envolvidos, especialmente a criança alienada e seus genitores.

O presente trabalho objetivou refletir sobre a Síndrome da Alienação Parental, buscando compreender sua dinâmica e consequências, para tanto revisitou a bibliografia referente ao tema em artigos publicados em repositórios oficiais, bem como livros de doutrina especializada.

MATERIAL E MÉTODOS

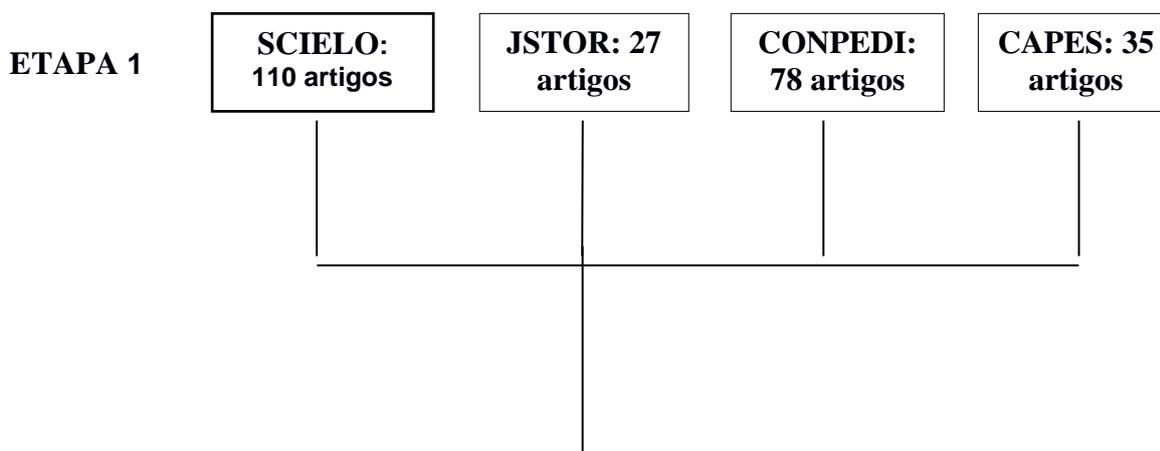
O presente trabalho utilizou-se da pesquisa bibliográfica, integrativa, descritiva e qualitativa, com o objetivo de refletir sobre a Síndrome da Alienação Parental.

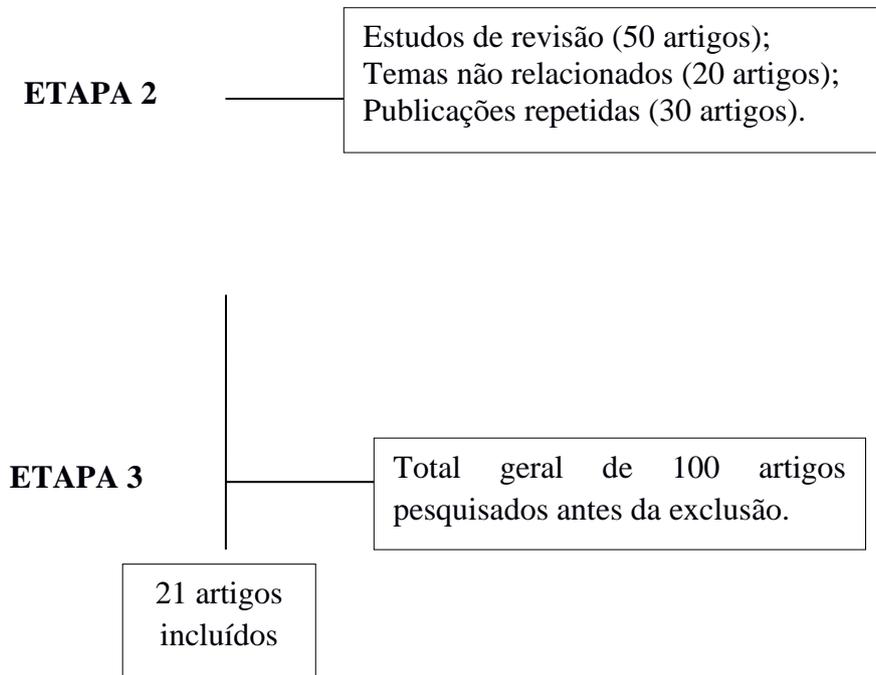
Para a realização deste estudo, foram utilizadas referências disponíveis nas bases de dados SCIELO, JSTOR, CONPEDI, CAPES. Passando por uma busca completa. Para tanto, durante o levantamento bibliográfico, utilizou-se de descritores lógicos, isolando as palavras: família; alienação; alienação parental. Nesse ponto buscou-se trabalhos com afinidade temática relacionados com a problemática.

Realizado corte temporal, foram selecionados trabalhos com períodos de publicação entre 2014 a 2019.

Como critério de exclusão ficou definido que seriam excluídos trabalhos repetidos e artigos ultrapassados por datas de publicação de acordo com o tema.

Vejamos como foi realizada a análise dos dados no fluxograma.





Vale destacar que a coleta de dados foi realizada nos meses de agosto a outubro de 2019, mediante a pesquisa de 100 artigos publicados nas bases de dados descritas anteriormente. Para registrar e organizar o levantamento de dados foi elaborado um texto contendo resultados e discussão, abordando a quantidade de publicações por ano e periódicos.

Após a disposição dos dados os textos foram organizados para leitura e seleção dos tópicos de interesse. Em seguida, iniciou-se uma análise crítica e reflexiva com base na leitura da literatura pesquisada, visando à obtenção dos objetivos propostos. Após, os dados foram agrupados em categorias emergidas do material pesquisado.

RESULTADOS

O estudo resultou na identificação de 21 artigos científicos, para composição dos resultados da amostra da presente revisão integrativa. A partir do exposto nas bases de dados pesquisadas e descritores utilizados, os achados desta revisão indicaram que estudos sobre a Síndrome da Alienação Parental ainda são escassos na literatura científica nacional.

No que diz respeito aos dados, os resultados mostraram que em 2014 e 2015 foram os anos de menor produção de artigos sobre a temática, com 20% (04) artigos. O ano de 2016 apresentou um aumento de 40% (10) dos artigos. Os anos de 2017 e 2018 apresentaram uma diminuição sobre a temática de 20% (05). No de 2019 houve um aumento de 10% (02) em produções acerca da temática.

Considerando o número de artigos publicados por periódicos, verificou-se que os artigos analisados foram publicados em Periódicos diferentes. A Revista Intervenção, Estados e Sociedade apresentou o maior quantitativo de artigos com 75%. Em seguida, observou-se a Revista Eletrônica, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, com 15% de publicações. As demais revistas apresentaram um percentual de 10%, dentre elas: Revista do Direito Público, Revista do Direito Ambiental e Sociedade, Revista Direitos Humanos e Democracia; Revista Jurídica Cognitione Júris; Revista Direito GV; Revista Sistema Pena & Violência; Revista Justiça & História; Revista Direitos Culturais.

DISCUSSÃO

SENTIMENTOS ACERCA DA RELAÇÃO AO ALIENADO

Miranda (2014) menciona em suas pesquisas que SAP nos permite debater sobre a circunstância em que um dos progenitores da criança a influencia para confinar os laços afetuosos com o outro genitor, arranjando com que ela institua intensos sentimentos de ansiedade e medo em analogia ao genitor alienado.

A parentalidade insinua numa linha de responsabilidades efetivas dos pais com o filho, que brota desde o período do desejo de ser mãe/pai e se distende a competência de cogitar acerca dos cuidados do filho e se consentir tornar mãe/pai por meio desta experiência (LEBOVICI, 2015).

Porém, Gardner (2015) alega que a Alienação Parental (AP) se configura quando um genitor programa o filho para ter sentimentos e reações negativas para com o genitor alienado e, também, quando há contribuições da própria criança neste sentido. É admirável aconselhar que deva ser determinado ao genitor alienado que não fazer jus a ser eliminado pela criança por proporcionar comportamentos e atitudes que o revolvam deslustrado em presença do filho.

Para Moreira (2015), a SAP é ponderada uma configuração de descomedimento ou maltrato. É uma perturbação psicológica que se individualiza pela modificação da consciência da criança e/ou adolescente pelo cônjuge alienador, que se oferece de diversas maneiras, com o único objetivo de infamar ou aniquilar o ligamento com o cônjuge alienado.

Estudos bem conduzidos têm mostrado a importância da família, uma vez que na estrutura familiar, as crianças são os componentes mais vulneráveis às ocorrências de subversões e, neste sentido, estão mais sujeitadas que os demais, precisamente por não apresentarem autonomia e competência íntegra de defesa e resolução. Com as modificações sociais administradas pelo grande alargamento tecnológico, econômico e científico, passar a existir adulterações no comportamento interpessoal e familiar (SILVA, 2016).

Gondim (2016), no seu estudo, define Alienação Parental como a rejeição que o pai ou mãe sofrem da criança, seja qual for à circunstância. Em analogia a SAP, o Dr. Richard Gardner conceituou como: “um distúrbio característico da infância que surge em aproximar-se que excepcionalmente ocorra no contexto de disputas de custódia das crianças. Sua manifestação preliminar recomenda uma expedição denegatória contra um dos genitores”.

Saraiva (2016) destacou em seus estudos que as crianças são aproveitadas como armas de defesa, especialmente por aquele que permaneceu com a guarda da criança. Numa circunstância de revolta determinado pelo fim do relacionamento conjugal, e com o psicológico totalmente comovido, não reflete nele e nem em quem está a sua volta, seu anseio é de vingar-se do(a) autor(a) do sofrimento, nem que para isso contenha que aproveitar de astúcias para separar a criança que ela também ama.

Para Gerbase et al. (2016), a criança é distorcida a se apartar de quem ama e de quem também a ama, provocando desordem com relação aos sentimentos e finalizando o vínculo entre ambos, permanecendo assim, órfão do genitor não guardião, que revoga se identificando com o genitor patológico, que acolhe como veracidade incondicional, tudo o que lhe é corroborado.

Dias (2016), elucida que sobre a alienação parental tem adotado de múltiplas formalidades, muitas delas patéticas e de grande brutalidade em que a criança é submetida a violências psicológicas e obrigada a viver com devotadas ações do progenitor alienante, sendo manuseada com a finalidade de macular a representação do pai/mãe e de instituir na criança reações de ódio e rejeição.

Portanto, sabe-se que crianças alienadas ostentam as opiniões e costumes do progenitor alienador como se consistir em suas ações, e não se observando, em momento algum, como manuseado. Porém, a comiseração da criança, provocada pelo progenitor alienador, é apreendido como conveniente. O filho vê-se com uma individualidade que reflete ser autoelaborada, de tal forma que fica insensível aos alcances das pessoas (CARVALHO, 2016).

RESPONSABILIDADES PARENTAIS

Santos (2016), ressalta que em sua pesquisa que a regulação das responsabilidades parentais transformam-se, por vezes, em combates de violências recíprocas entre os progenitores, onde pai e mãe cobiçam atingir o outro, que incide a ser aceito como antagonista, sempre no tentamento de afastá-lo da vida do filho.

Foi observado também pelo estudioso Pereira (2016) que os casos mais frequentes da Síndrome de Alienação Parental estão agregados a circunstâncias onde a protrusão da vida conjugal provoca em um dos genitores uma convergência vingativa. Quando este não alcança elaborar adequadamente a consternação da separação, desencadeia um procedimento de aniquilamento, vingança, desmoralização e aviltamento do ex-cônjuge. Neste procedimento vingativo, o filho é aproveitado como uma ferramenta da agressividade direcionada ao ex-cônjuge.

Baptista (2016) entende que as transformações sociais que têm instigado à modificação da composição familiar, também têm, entre outras, conjuntura associadas ao acrescentamento de divórcios e aos problemas dos pais em desempenharem as suas responsabilidades parentais.

Deste modo, nos estudos de Madaleno (2017), esta síndrome geralmente tem seu princípio a partir das disputas judiciais pela guarda dos filhos, uma vez que os processos de separação em geral alongam a despertar sentimentos de traição, rejeição, abdicação e angústia, quando passar a existir o temor de não ter mais importância para o outro.

No mesmo sentido, no último trabalho teórico encontrado, Nichols (2018), discutiu de forma detalhada a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental, suas controvérsias e a investigação do mais perfeito empenho da criança e despontou que são vários os motivos que podem desencadear a alienação parental e talvez o principal seja o divórcio em que pais e mães, inconformados com a dissolução conjugal, empregam os filhos menores como ferramenta para agredir o ex-cônjuge.

Buose (2018) enfatiza que o egoísmo do progenitor leva-o a utilizar artifícios para atrapalhar o relacionamento do ex-cônjuge com o filho e é a este comportamento manipulativo, de experimento de afugentamento da criança do pai/mãe e de familiares destes, que se cognomina de alienação parental, podendo ocasionar uma síndrome que remata na inclinação específica a um progenitor e no afastamento total do outro.

Trindade (2019), julga que não é simplificado estabelecer um apontamento de especialidades que identifique a representação do alienador, porém algumas circunscrições de personalidade e comportamentos são corriqueiras ao alienador. O genitor é assumido por sentimentos como baixa autoestima, dependência, sedução e manipulação, dominância, queixumes, obstinação à avaliação e à terapêutica etc.

De acordo com Fonseca (2017), é admissível identificar distintos coeficientes de veemência na rejeição que despontam os filhos e filhas comprometidos pela SAP: rejeições leves, moderadas e intensas. A leve se individualiza pela demonstração de algumas abonações de descontentamento na semelhança com o pai ou a mãe. A moderada se caracteriza pelo aparecimento de um anseio de não ver o pai ou a mãe acompanhado de uma investigação de feições negativas do progenitor abdicado que explique seu desejo. A intensa conjectura uma consolidação cognitiva dos argumentos que o amparam. A criança os entende e apresenta ansiedade intensa na presença do progenitor renunciado.

Conforme Dupa (2018), afirma-se que a rejeição pode surgir seguidamente depois da protrusão ou em períodos posteriores que podem impetrar vários anos depois, geralmente integrados a momentos sólidos do novo ciclo evolutivo da família. Desta maneira se assinalam, segundo diferentes autores, dos tipos de rejeição em função do momento em que aparecem: primário e secundário, que conformam uma dinâmica relacional. Por meio do processo de separação pode aparecer uma rejeição dos filhos em comum para com um dos progenitores. A rejeição pode ser primária ou secundária, a primeira como reação imediata à ruptura do casal e a secundária aparece em separações mais lentamente gestadas.

A vivência da rejeição a um dos progenitores conjecturará a abantesma de conflitos no adiantamento do regime de visitas. Antes esta ocorrência, um dos dois progenitores, normalmente o rejeitado, coloca em conhecimento do órgão judicial a ocorrência o qual abrolhará um acrescentamento da rejeição do menor. Assim, surgirão diversos problemas nas relações paternas e maternas dos filhos com o progenitor não aceito (LAMEIRA JÚNIOR; MARTORANO, 2016).

Por fim, Mendonça e Alvarenga (2019), concluem que há indigência de sufrágio adaptado a cada caso por meio de profissionais habilitados para a consequência e protegem que a intervenção deve ser concretizada de contorno decidido e a longo prazo, assumindo-se que a criança está a ser alocada numa posição desagradável e que as principais medidas a tomar precisam ser na proteção desta, responsabilizando-se o alienante e protegendo o legítimo poder do progenitor alienado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou apresentar um panorama dos estudos acerca da Síndrome de Alienação Parental. Para isso foi realizada uma revisão integrativa em quatro bases de dados da literatura nacional.

Concluiu-se que a Síndrome de Alienação Parental consiste na prática de um conjunto de comportamentos abusivos que podem afetar imensamente a saúde emocional e o desenvolvimento psicossocial das crianças e adolescentes, causando traumas aos genitores alienados, o qual, em muitos casos, é profundo e, até mesmo, irreversível. Logo, a sociedade como um todo deve se esforçar no combate à Síndrome de Alienação Parental, com destaque para o esforço por parte dos profissionais das áreas jurídica, assistencial e afins.

Desse modo, o presente trabalho tratou a alienação parental e respectiva síndrome focada na exposição de conceitos, entendimentos de doutrinadores, narrativa de casos e transcrição de julgados, justamente para atingir um fim informativo concernente ao tema.

É certo que não se esgotou o assunto, até pela sua complexidade e profundidade, todavia, ao discorrer sobre a questão, mesmo que de maneira sucinta, já foi possível entender a relevância da matéria, restando, ao menos, iniciado o debate para novas reflexões.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, I. **Famílias e intervenção social**. Ação social na área da família. Lisboa: Universidade Aberta. Pp. 35-51. 2016.

BUOSI, C. C. F. **Alienação parental uma interface do direito e da psicologia**. Curitiba: Juruá, páginas 24, 53, 54, 58, 60, 61, 63, 64, 65, 67, 80, 81, 83, 116, 117 e 119. 2018.

CARVALHO, D. M. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016, p.66.

DESSEN, M. A. **Estudando a família em desenvolvimento: desafios conceituais e teóricos.** *Psicol. cienc. prof.*, 30,202-219. 2016.

DIAS, M. B. **Manual de Direito Das Famílias.** 10. ed. Revista Atualizada e Ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 749.

DUPAS, G. **O mito do progresso.** São Paulo: Editora Unesp, 2018, p.13.

FONSECA, P. M. P. Síndrome da alienação parental. **Revista de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40, p.7. 2017.

GALANO, M. M. **Família e história: a história da família.** Em C. M. Cerveny e C. M. E. Berthoud, (Orgs.), *Família e ciclo vital: nossa realidade em pesquisa* (pp. 115-148). São Paulo: Casa do Psicólogo. 2006.

GARDNER, R. A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome da Alienação Parental SAP?** 2015.

GERBASE, T; FRANCO, B, M; JOBBS, R. TORANTE, M. **Os efeitos da indução de estereótipos na memória de crianças.** 2016.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro.** 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

GONDIM, F. F. **Alienação parental: a impropriedade do inciso III do artigo 6º da lei nº 12.318/2010.** 2016.

HELENO, E. A. **Configurações do trabalho a domicílio nas configurações de roupas jeans no município de Toritama – PE.** Tese – UFPBCCHLA. João Pessoa – PB, 2014.

JACÓ-VILELA, A. M; SATO, L. **Diálogos em psicologia social** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2017. 482 p.

LACERDA, A. R. **O papel dos pais perante o Estatuto da Criança e do Adolescente.** Jardim Goiás – GO. Associação dos Magistrados do Estado de Goiás-ASMEGO. 2013.

LAMEIRA JÚNIOR, F; MARTORANO, M. A. **Efeito da distribuição de núcleos e da rejeição de soluto na solidificação Equiaxial.** Contribuição técnica apresentada na 61º Congresso Anual da ABM. 2016.

LEBOVICI, **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver.** 2015.

MADALENO, R. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 52.

MAGALHÃES, C. C P. F. **Sociedade também deve coibir alienação parental.** 2015.

MENDONÇA, M. M; ALVARENGA, A. R. **Síndrome da Alienação.** Centro Universitário de Formigas. Trabalho de Conclusão de Curso. 2019.

MIRANDA, A. E. M. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

MOREIRA, G. L. **Alienação Parental frete à Lei 13.058. 2015**.

MOTA, T. S; ROCHA, R. F; MOTA, G. B. C. **Família** - Considerações gerais e historicidade no âmbito jurídico. 2015.

NICHOLS, P. B. **Descendentes Fantoques**: Um Estudo sobre a Alienação Parental. 2018.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**. 21. ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2016, p.330.

SANTOS, G. L. **O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar**. 2016.

SARAIVA, F. **Guarda compartilhada e a Síndrome da Alienação Parental**. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2016, p. 14. 31

SILVA, E. L. **Perícias psicológicas nas varas de família**: um recorte da psicologia jurídica. São Paulo: Editora Equilíbrio. p.16, 27, 35, 58, 59 e 61. 2016.

TRINDADE, J. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2019.

POLIAMOR: OS DESAFIOS SOCIAIS E A LUTA POR DIREITOS CONSTITUCIONAIS

OLIVEIRA, João Antônio Dantas de¹
SANTOS, Tayane Barbosa dos²
BEZERRA, Rodolfo Cipriano (ORIENTADOR)³

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o poliamor e os desafios jurídicos e sociais para o seu reconhecimento como instituto familiar legal. Diante de um ordenamento jurídico onde estabelece a monogamia como suposto parâmetro ideal, ascende no Brasil um novo contexto social composto por relações poliafetivas, mesmo diante padrões jurídicos antiquados e o preconceito social ainda presentes. Através de uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, buscamos analisar a história, o desenvolvimento das relações sociais, dispositivos legais e a atual realidade, como meios para auxiliar o Direito e seus operadores, os quais têm o dever de solucionar os conflitos e as necessidades públicas e privadas, dessa forma, é necessário o

estabelecimento de direitos e obrigações para esse novo instituto em crescimento, além de esclarecer e incentivar o respeito na sociedade.

Palavras-chaves: Poliamor. Família. Dignidade Humana.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the polyamory and the legal and social challenges for its recognition as a legal family institute. Faced with a legal system in which monogamy is established as the supposed ideal parameter, a new social context in Brazil is made up of polyaffective relations, even in the face of antiquated legal standards and social prejudice still present. Through a qualitative and bibliographical research, we seek to analyze the history, the development of social relations, legal provisions and the current reality, as means to assist the Law and its operators, which have the duty to solve conflicts and public needs. In this way, it is necessary to establish rights and obligations for this new growing institute, as well as to clarify and encourage respect in society.

Keywords: Polyamory. Family. Human dignity.

¹ Estudante do curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras (FAFIC). E-mail: janjao_dantas@hotmail.com

² Estudante do curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras (FAFIC). E-mail: simplesassim_@hotmail.com

³ Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras (FAFIC). Especialista em Docência no Ensino Superior pela Faculdade Santa Maria (FSM). Advogado e Assessor Jurídico. E-mail: rodolfo.cipriano.b@gmail.com

INTRODUÇÃO

O Poliamor vem ganhando cada vez mais destaque na nossa sociedade e conseqüentemente surgem discussões acerca do tema. Valendo-se das transformações na esfera jurídica e social ao longo da história, nesse estudo são apresentados os desafios e a insegurança pelo Direito, desde o reconhecimento da relação entre três ou mais indivíduos, como também ao amparo jurídico que até então é inexistente.

Para uma discussão acerca da poliafetividade faz se necessário explanarmos a evolução humana e sua história, trazendo temas como o amor, família e afetividade, como também, as definições e fundamentos acerca dessa nova forma de relacionamento que está cada vez mais presente na sociedade.

Em pleno século XXI é ultrapassada a fórmula monogâmica imposta por muitos países, a exemplo do Brasil, como único instituto familiar possível para reconhecimento jurídico e tutela estatal. Daí a importância, portanto, da desconstrução da ideia que a monogamia seja exclusivamente o formato de família ideal. A família é um dos fenômenos sociais mais antigos e importantes da humanidade, e graças à dinâmica social de transformações ao longo do tempo, estamos em constante evolução.

Compete às Ciências Sociais, como é o caso do Direito, por sua vez, buscar as adequações necessárias para os anseios coletivos e individuais. Será demonstrado que a interpretação constitucional através de seus princípios como o da dignidade da pessoa humana e do respeito à igualdade e a diferença são meios suficientes para o reconhecimento dos direitos das famílias com núcleos poliafetivos.

MATERIAL E MÉTODOS

O atual estudo tem como base a pesquisa bibliográfica e qualitativa, esta que se dá através da investigação voltada para os aspectos qualitativos de uma determinada questão, considerando a parte subjetiva do problema, estudando as suas particularidades e experiências. Já a pesquisa bibliográfica tem por objetivo conhecer as diferentes contribuições científicas disponíveis sobre determinado tema.

Vale ressaltar, a importância pela exploração das fontes e instrumentos que auxiliam o Direito, tais como a Constituição Federal, princípios fundamentais, doutrina e entendimentos jurisprudenciais, além de artigos científicos, livros entre outros dispositivos. A pesquisa qualitativa difere da quantitativa, pois esta última é baseada em números e cálculos matemáticos, enquanto a primeira tem base no caráter subjetivo, usando narrativas escritas ou faladas.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS ENTIDADES FAMILIARES NO BRASIL

A sociedade está em constante evolução, a família, por sua vez, ao longo da história no Brasil, ganhou várias formas. No Direito, conseguimos uma superação jurídica social de um

modelo hierárquico patriarcal por um modelo familiar eudemonista, termo esse que remete a uma forma familiar onde se mantém unidos apenas se isto trouxer felicidade e autorrealização individual a cada um de seus integrantes.

Mas antes dos dias atuais e da Constituição Federal Brasileira de 1988, o conceito de família era legalmente positivado pelo Código Civil de 1916 e pela Constituição Federal de 1967, apresentando um modelo hierárquico patriarcal de família, onde só havia constituição de família através do casamento civil. Portanto, via esse casamento como um fim em si mesmo, uma verdadeira imposição social às pessoas que não desejassem ter suas famílias fáticas discriminadas e ilegítimas pelo Direito, ficando, assim, sem o merecimento da proteção estatal. Outro aspecto era a atribuição ao homem como chefe da sociedade conjugal e que a ele cabia à representação legal e a administração do patrimônio da família, diminuindo, dessa forma, a capacidade da mulher com o casamento civil, sendo de fácil visualização a submissão da mulher aos poderes atribuídos ao homem na sociedade conjugal.

A evolução jurídica social começa normalmente no mundo dos fatos para ser gradativamente incorporada pela jurisprudência, pela legislação infraconstitucional e culminar com a recepção constitucional de forma explícita ou implícita.

A Constituição de 1988 foi um importante símbolo histórico para transformações democráticas e sociais. Graças a essas transformações, a instituição familiar também recebeu modificações em suas estruturas, a iniciar pelo o artigo 226 da CF de 88 ao afirmar que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Deixou o Estado, portanto, de estabelecer o casamento civil como o único meio de legitimar a família, para reconhecer o princípio da pluralidade de entidades familiares, tais como a união estável (art. 226, § 3º, CF), as relações homoafetivas e as famílias paralelas.

No julgamento do REsp 1.183.378/RS o qual reconheceu o direito à habilitação ao casamento civil por casais homoafetivos, o voto do Ministro Luis Felipe *Salomão* do STJ na síntese do item 3 da ementa:

Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios

da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

Na mesma vertente, o Ministro do STF Luiz Fux no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, no seu voto expôs:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.

Consagrado o princípio da pluralidade de entidades familiares, daí a importância em falar sobre Direito das Famílias ao invés de Direito de Família, é necessário discutir o que forma uma família, ou seja, quais os preceitos necessários para que essas possíveis entidades familiares adquiram a proteção constitucional.

Nesse sentido, segundo as lições de Lôbo (2008) a família se forma em virtude da conciliação dos elementos da afetividade, estabilidade, publicidade e ostensibilidade (portanto, não só no afeto, mas no afeto ligado à publicidade, continuidade e durabilidade da união). Em consonância, Vecchiatti (2013) declara que a família se forma pelo amor familiar, ou seja, o amor que vise a uma comunhão plena de vida de forma pública, contínua e duradoura. Nas importantes lições de Maria Berenice Dias:

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando compromissos mútuos (DIAS, 2010, p. 44).

Logo, é fundamental o enquadramento da união poliafetiva no conceito ontológico-constitucional de família e assim ser reconhecida e protegida.

O QUE É O POLIAMOR?

Será possível amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo? Caso isso aconteça, é viável viver estas relações amorosas simultaneamente? Será possível viver esses múltiplos amores com o conhecimento e o consentimento de todas as pessoas envolvidas? O poliamor é a resposta e a solução para essas questões.

Conforme Pilão e Goldenberg (2012), a palavra “poliamor” é a tradução da palavra “*polyamory*” que advém da palavra grega *poli* (muitos) e da palavra latina *amare* (amor), significando “muitos amores”. O poliamor é um instituto que dispõe acerca de um relacionamento entre três ou mais pessoas com a existência do consentimento e o conhecimento por todas elas acerca de suas relações afetivas. Esse instituto vem cada vez mais desafiando o modelo de relacionamento monogâmico, relacionamento esse apresentado como única opção legal e de caráter possessivo.

Poliamoristas são pessoas que perceberam ou sentiram que não se “enquadravam” no padrão monogâmico, porque amavam mais de uma pessoa ao mesmo tempo – nem sempre do sexo oposto, o que contribuiu para o questionamento da heteronormatividade – e não queriam ter que se decidir por apenas um dos seus amores. Mais importante: escolheram não mentir para si mesmas – negando seus sentimentos – e nem para seus amores – sendo infiéis às pessoas amadas ao manter outras relações amorosas ou sexuais de modo clandestino (SILVA; NERES; SILVA et al, 2017, p.2.).

Escreve a psicanalista Regina Navarro Lins que o poliamor é “opção ou modo de vida que defende a possibilidade prática e sustentável de se estar envolvido de modo responsável em relações íntimas, profundas e eventualmente duradouras com várias/os parceiras/os simultaneamente” (LINS, 2007, p. 330). A psicanalista ainda descreve:

No poliamor uma pessoa pode amar seu parceiro fixo e amar também as pessoas com quem tem relacionamentos extraconjugais, ou até mesmo ter relacionamentos amorosos múltiplos em que há sentimento de amor recíproco entre todos os envolvidos. Os poliamoristas argumentam que não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo fato de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas, sim, de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente (LINS, 2005, p. 330-331).

Dessa forma, verifica-se que o poliamor é mais uma forma de se relacionar, que possui como fundamento a não exclusividade afetiva e sexual entre duas pessoas, admitindo mais de duas pessoas ao mesmo tempo na relação. É uma relação baseada no consentimento, honestidade, lealdade, transparência, igualdade e responsabilidade afetiva entre os parceiros, sendo claros uns com os outros acerca de seus vários relacionamentos.

POLIAMOR NO BRASIL

A legislação brasileira não contempla o poliamor, não havendo, assim, previsão legal de que uniões poliafetivas possam constituir casamento ou união estável, já que nos arts. 1.514 e 1.723 do Código Civil de 2002 fica claro em suas redações que vigora o princípio da monogamia dentro matrimônio e da união estável os quais são realizados apenas entre dois indivíduos:

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

No entanto, as alterações do modo de pensar do ser humano, que passou à busca da felicidade sem culpas e preconceitos, bem como a inserção dos princípios constitucionais, ensejaram a alteração do conceito de família até então predominante na legislação civil.

A partir do momento em que a Constituição de 1988, no art. 226, §4º não define quantidade de pessoas ou quais gêneros devem formar uma família, compreende-se que o rol de indivíduos formadores é abrangente. Maria Berenice Dias relata a ampliação do conceito de família:

O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família (DIAS, 2007, p. 37).

Em virtude dessa abrangência, a Carta Magna possibilitou que casais que antes se encontravam à margem da lei, pudessem ser reconhecidos como família. Com isso, a CF/88 pôde elevar a União Estável ao *status* constitucional o que possibilitou a instituição da pluralidade familiar, coadunando com o art. 226, §4º da CF/88.

Como exemplo disso, recentemente, no Brasil, há notícias de pelo menos três casos de realização de uniões poliafetivas no país, nas cidades de Tupã/SP (com primeiro registro de União Estável poliafetiva do Brasil), Rio de Janeiro/RJ (primeiro do estado) e em Jundiaí/SP.

Como o relatado no quarto episódio de uma Série Documental chamada Amores Livres, transmitida no Canal Fechado GNT da GLOBOSAT, onde há o exemplo de união poliafetiva entre três indivíduos formados por duas mulheres e um homem. Eles convivem como se casados fossem, havendo, pois, o intuito de formar família; há diversidade de sexos, a relação é pública e notória, o relacionamento dos três tem oito anos e não possuem impeditivos matrimoniais, já que ninguém está casado e todos anuem com a relação.

Apesar de a relação não estar “de acordo” com o requisito de haver monogamia, todos os outros principais requisitos são cumpridos de forma satisfatória. A própria tabeliã que realizou a união estável poliafetiva entre eles ressalta o cumprimento de todos os requisitos que a união estável exige, apenas com o diferencial de haverem três pessoas ao invés de duas.

Na plena maioria dos casos, todas as partes possuem plena consciência das relações paralelas, e vivem bem com isso, o problema é quando entram os direitos sociais e patrimoniais na esfera privada, pois não sendo regulamentado, apenas o relacionamento que for positivado terá direitos.

Partindo da ideia de que o Direito deve sempre evoluir para acompanhar os anseios sociais e assegurar os direitos e deveres constitucionais, a justificativa de manter a inexistência de reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas por mera conservação do status quo vigente é falha e não considerável.

Nesse sentido, o âmbito jurídico deixa a desejar, pois não há unanimidade sobre o assunto, gerando insegurança e injustiças. Sendo de extrema importância, portanto, a tutela do Direito da autonomia da vontade dos indivíduos, considerando como supremo o livre-arbítrio das pessoas para determinar, dentre outras coisas, no meio da sua esfera particular, com quem ou como compartilhar suas intimidades. Faz-se assim necessário o devido reconhecimento do Estado dos relacionamentos poliafetivos como entidade familiar válida.

RECONHECIMENTO DO POLIAMOR COMO ENTIDADE FAMILIAR

Entende-se como um fato que, mesmo relativamente recente, o poliamor está presente no nosso meio social e cresce consideravelmente à medida que são travados debates sobre a “problemática” deste tema, o que conseqüentemente geram uma abertura para que, principalmente, os adeptos do poliamor possam se expressar como tais, buscando liberdade, reconhecimento e se contrapondo a essa formatação social engessada.

Interessante é que tal fenômeno social tem gerado famílias que almejam o reconhecimento de direitos, como, por exemplo, a constituição de união estável, a possibilidade de escolha de regime de bens, o reconhecimento da multiparentalidade, a guarda dos filhos e a sucessão. No entanto, o fato de tal forma de vínculo afetivo contrariar as práticas relacionais habituais, alicerçado no ideal de amor romântico e pautado na monogamia, atrai a intolerância de muitos juristas, circunstância que leva à invisibilidade dessas famílias quanto à análise de direitos de seus adeptos.

Diante disso, questiona-se o porquê de ainda não possuímos normas que possam regulamentar essas relações, tornando-as legítimas, e garantindo assim a efetivação de princípios fundamentais como o da igualdade, da liberdade em sentido amplo, da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação, e outros mais que regem o nosso ordenamento jurídico, gerando uma desigualdade de direitos e obrigações constitucionais, os quais os poliafetivos têm para que estejam amparados, e que lhes são assegurados no art.5º, I e X da CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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;

A legitimidade de reconhecimento jurídico dos relacionamentos poliafetivos pode ser justificada também, por essa ideia de que o Estado, como ente pertencente à esfera pública, deve restringir sua intromissão de modo a não invadir a esfera particular de cada indivíduo limitando o amor a um número de pessoas específico.

Devendo ele se ater apenas garantir o livre-arbítrio na escolha de seus companheiros afetivos.

[...] famílias homoafetivas, poliamorosas, envolvendo transexuais, decorrentes de reprodução humana assistida, concluímos que não mais podemos nos atrelar a conceitos rígidos que definam parâmetros legais específicos para núcleos familiares, devendo ser levados em consideração aspectos mais humanísticos e subjetivos como a solidariedade e o afeto – razão primeira e maior da vida familiar (SCALQUETTE, 2014, p. 104).

Os entraves morais, culturais e religiosos são muitos, já que grande parte dos contrários à união poliafetiva e sua consequente institucionalização como entidade familiar, geralmente tem seus argumentos pautados nos ideais monogâmicos e antiquados, defendendo que isso banalizaria o conceito de família levando à sua destruição. Todavia, apesar disso, quer se demonstrar que a monogamia não deve ser um princípio jurídico capaz de impedir a formação de uma família poliafetiva, sobretudo, levando em conta a interpretação plural e humanitária do novo conceito de família. Como pontua Scalquette:

A nosso ver, se pensarmos nessa relação múltipla e aberta e entendermos que a autonomia da vontade deverá superar qualquer determinação legal que convençione a monogamia, como se depreende do dever expresso de fidelidade – previsto no artigo 1.566, I do Código Civil -, devemos também idealizar um sistema coerente sobre, por exemplo, o dever de mútua assistência entre os envolvidos e seu desdobro em alimentos, sobre a presunção de paternidade e maternidade, que passaria a ser, também, plúrima, dentre outros inúmeros efeitos dessa não tão nova relação na esfera social, mas ultramoderna relação no âmbito jurídico, chamada de relação poliamorosa (SCALQUETTE, 2014, p. 100).

A Constituição da República de 1988 trás em seu bojo princípios, tais como o da isonomia, pluralidade familiar e intervenção mínima do Estado na família, que concedem liberdade às pessoas para que busquem sua felicidade da forma que melhor lhe atendam. Demonstra-se, portanto, que a conceituação restritiva de família não se compatibiliza com a promoção da dignidade humana, fundamento básico do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As leis devem buscar soluções para interesses e conflitos sociais, situações sociais essas que se alteram conforme o tempo. O Direito, portanto, como fruto da sociedade, não pode ser estático, devendo se adequar com a evolução dela para, desta forma, garantir os preceitos básicos que o rege, acompanhando assim os anseios sociais.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, no seu art. 226, §4º e além disso deu valor significativo ao afeto, tornando-o um dos mais importantes pilares dentro do direito de família para que houvesse a caracterização dos núcleos familiares, seja por meio da união estável ou de suas outras diversas formas.

Vendo a conceituação do Poliamor, seus tipos de relacionamentos, os aspectos que contribuem para sua caracterização e a importância que os princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana para que a prática poliafetiva tenha o respeito que deve diante da sociedade que a ver com preconceito, e conseqüentemente, acaba influenciando na legislação nacional impedindo os adeptos de terem por garantidos seus direitos e deveres conforme suas necessidades, respeitando-os e protegendo-os.

Em um Estado Democrático de Direito, as diferenças sociais e individuais devem ser assumidas para, dessa forma, o direito entrar em ação em buscar a equidade social, seja no âmbito público ou privado, sendo inviável a eternização de velhos paradigmas diante de um mundo novo. Tendo em vista isso, e reconhecendo o direito não como algo formulado pelas maiorias para as maiorias, mas sim como algo amplo, construído por toda a sociedade, é imprescindível que ele abrace essas diferenças e assim proteja toda sua pluralidade.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Adrieli Laís Antunes. **O poliamor na perspectiva dos direitos humanos: uma explicação do assunto em face do direito ao poliamor reconhecido como entidade familiar**. Evento: XXV Seminário de Iniciação Científica. Salão do Conhecimento. 2017.

BRASIL. **ADPF 132**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132. Rio de Janeiro. Relator: min. Ayres Britto Reqte.(s): governador do estado do Rio de Janeiro. Proc.(a/s)(es): procurador-geral do estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406/2002, **Código Civil**. Publicada no Diário Oficial da União, de 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ. **Recurso Especial: REsp 1183378 RS 2010/0036663-8**. Inteiro Teor. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: K. R. O. Recorrente: L. P. Advogado: Gustavo Carvalho BERNARDES e outro(s). Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.mpgj.mp.br/portalweb/hp/41/docs/acordao_-_casamento_civil_-_relacao_homoafetiva.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

DA SILVA, Vania Sandeleia Vaz; NERES, Geraldo Magella; DA SILVA, Rosângela. Michel Foucault e o Poliamor: cuidado de si, parresia e estética da existência. **Tempo da Ciência**, v. 24, n. 48. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 9. ed. 3ª tiragem, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda: Arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo**. Rio de Janeiro. Ed. Best Seller Ltda. 1. ed. 2007.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

PILÃO, Antônio Cerdeira. GOLDENBERG, Mirian. **Poliamor e Monogamia: Construindo diferenças e hierarquias**. Revista *Ártemis*, Edição V. 13; jan-jul, 2012.

SANTOS, Anna Isabella de Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Poliamor: Conceito, Aplicação e Efeitos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS**, v. 12, n. 2. 2017.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. As transformações sociais e jurídicas na família no século XXI. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**, São Paulo, n. 2, p. 103, 2014. Disponível em: <https://www.usjt.br/revistadireito/numero-2/06-ana-claudia-scalquette.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 2ª Edição, São Paulo: Editora Método, 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Preconceito e dano moral**. Ser chamado de homossexual não configura injúria, difamação nem dano moral. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Responsabilidade Civil II, 2º Volume, São Paulo: Editora Fiuza, 2013.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; CEOLIN, Isabella Arrais de Almeida Schmitberger. **União Poliafetiva: uma entidade familiar constitucionalmente tutelada**.

Publicado em: 2018. Disponível em:
<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/613129174/uniao-poliafetiva-uma-entidade-familiar-constitucionalmente-tutelada>. Acesso em: 22 de out. 2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ATO DE INFIDELIDADE

Anna Carolyne Miranda Abreu Cartaxo
Evellyn Kaynara Ferreira Canuto
Josenildo Alves Formiga (Orientador)

RESUMO

O vigente artigo tem como escopo principal a análise na esfera da Responsabilidade Civil de quais as consequências que decorrem da infidelidade, devendo os cônjuges a fidelidade recíproca um com o outro estando isto posto em lei. Ao decorrer desse estudo também será discutido o conceito de família e de casamento que sofreu e vem sofrendo grandes transformações decorrentes do desenvolvimento da sociedade, elementos constituintes da família, observando o dever de fidelidade e a possibilidade de reparação pelo dano moral do cônjuge infiel ao traído. Sendo esse tema bastante discutido na atualidade tanto na doutrina

quanto na jurisprudência em que os tribunais reconhecem a possibilidade da reparação do dano mas para isso se faz necessário a efetiva comprovação de que a conduta do agente gerou um dano para o seu cônjuge devendo estar presente também os elementos da responsabilidade civil tais como a conduta, o nexo de causalidade e por fim, a culpa, tendo relevância principalmente para o Direito Civil fazendo-se necessário uma análise sobre essa pauta. O mesmo possui como metodologia o método dedutivo de revisão sistemática sendo a fonte de pesquisa de natureza bibliográfica se utilizando da bibliografia direta e indireta.

Palavras-chave: Direito Civil. Casamento. Dever de Fidelidade. Dano Moral.

Graduanda da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. Curso: Direito. 6º Período.

¹ Graduanda da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. Curso: Direito. 6º Período.

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras, Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras, Mestrando em Sistemas Agroindustriais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Advogado OAB-PB nº 18.697, Diretor-geral da Escola Superior da Advocacia da OAB Seccional Paraíba (ESA-PB) - Núcleo de Cajazeiras - PB (2016-2018), Coordenador da Comissão Própria de Avaliação (CPA) da FAFIC e Professor da Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC).

ABSTRACT

The current article has as its main scope the analysis in the sphere of Civil Liability, of what consequences arise from infidelity, and the spouses owe mutual fidelity to each other being this in law. In the course of this study will also be discussed the concept of family and marriage that has suffered and has undergone great transformations resulting from the development of society, constituent elements of the family, observing the duty of fidelity and the possibility of reparation for the moral harm of the unfaithful spouse to the betrayed. This theme is widely discussed at present in both doctrine and jurisprudence in which the courts recognize the possibility of damages but for this it is necessary the effective proof that the conduct of the agent generated a harm to their spouse should also be present the elements of civil liability such as conduct, the causal link and finally the guilt, having relevance mainly to the Civil Law making necessary an analysis on this agenda. The method includes the deductive method of systematic review, the source of research of bibliographic nature being the use of direct and indirect bibliography.

Keywords: Civil Law. Marriage. Duty of allegiance. Moral damage.

INTRODUÇÃO

O tema Direito de Família foi o que mais evoluiu com o passar do tempo até a atualidade, consideráveis mudanças ocorreram referentes aos princípios e conceitos no que diz respeito a família desde o advento do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) até hoje. A evolução jurídica de família se deu a partir de Roma. No decorrer dos anos a doutrina e a jurisprudência formaram um novo Direito de Família repercutindo na Constituição Federal e culminando no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) assegura a família como a base da sociedade, dessa forma estando protegido pelo estado, interligado com o princípio da dignidade da pessoa humana e que os direitos e deveres dos cônjuges serão exercidos de maneira igualitária por ambos.

Anteriormente a Carta Magna o conceito de família que era bastante “restrito” sendo considerada família unicamente pelo casamento. Antigamente era regulamentado pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) que foi promulgado sofrendo a influência do Direito Canônico em que se configurava casamento apenas com a união estável e os filhos de relações mantidas fora do casamento eram considerados ilegítimos por serem frutos de um adultério, não tendo direito a reconhecimento da paternidade e nem parte testamentaria sendo considerados impuros. Esse dispositivo foi revogado pela Lei n. 7.841/1989 (BRASIL, 1989), depois que a Constituição em seu artigo 227 §6º (1988), proibiu qualquer designo de forma discriminatória referente a filiação, promulgando a igualdade de direitos e qualificações entre filhos sejam eles havidos ou não de relação do casamento.

Com a promulgação do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) houveram mudanças significativas, conseqüentes das transformações que ocorreram pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), só que de caráter complementar e de uma forma mais abrangente, visando contemplar os direitos fundamentais pertencentes a cada indivíduo se baseando nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade existente entre os companheiros.

Esse dispositivo inovou o termo do direito de família, dessa forma consagrando diferentes arranjos familiares atualmente existentes levando em consideração a evolução sofrida pela sociedade ao longo dos anos concebendo uma ideia mais moderna e atual do que a

estabelecida anteriormente trazendo princípios e normas constitucionais que não eram tratadas com vigor pelas legislações anteriores.

Com a inovação da igualdade jurídica entre os cônjuges desaparece a figura da família patriarcal no qual a supremacia da entidade familiar era detido pelo pai sendo substituído por um sistema no qual as decisões são tomadas em comum acordo entre os conviventes ou entre o marido e a mulher tendo eles os mesmos direitos e deveres no que diz respeito a sociedade conjugal sendo observado essa necessidade de mudança pelo fato da evolução social.

A família moderna é distinta dos modelos antigos no que diz respeito aos fins, como é composta e o papel dos pais e dos filhos. Se voltando a vínculos afetivos, sendo a sua base a afetividade, igualdade, respeito, companheirismo, na fraternidade. Sendo as uniões livres passadas a serem aceitas pela coletividade e de forma regulamentada tanto na perspectiva social, quanto na jurídica a união familiar não é disciplinada de forma exclusiva pelo casamento.

A família possui características próprias, se tratando de uma união natural onde o homem nasce e se desenvolve trazendo consigo um elemento fraterno e o amor pela família possuindo ainda, fator econômico por existir direitos e deveres patrimoniais entre os companheiros assim como a mútua assistência, direito aos alimentos e, conseqüentemente com o casamento se cria o regime de matrimônio de bens.

MATERIAL E MÉTODOS

O método utilizado para a realização desse estudo foi o dedutivo no qual se partiu de uma premissa maior para uma menor. O artigo é de natureza bibliográfica, pois, o mesmo se apoiou em textos, livros de importantes autores, no Código Civil, artigos científicos bem como pesquisas na internet que tratam do casamento de forma geral, da família, do dever de fidelidade e de todos os atos da esfera cível decorrentes da infidelidade primando sempre para o significado de cada um dos institutos. Após a análise das fontes fez-se possível cumprir os objetivos mencionados anteriormente e se foi possível chegar a conclusão.

RESULTADO E DISCUSSÕES

RESPONSABILIDADE CIVIL

No meio social todo ato que prejudique a outrem provoca um determinado desequilíbrio. Esse ato pode gerar consequências sejam elas materiais ou morais, sendo assim o autor do dano deve reparar o mal provocado.

Esse dever moral ou jurídico que é o de reparação do dano para que haja a restauração do equilíbrio social é o que se entende por responsabilidade sendo assim é o dever de responsabilizar-se, de arcar por algum comportamento ou ação ilícita.

O artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002) estabelece que o indivíduo seja por ação ou omissão de forma voluntária, negligente ou imprudente, violar direito causando assim dano a terceiro, ainda que de forma moral, comete ato ilícito. Assim, de acordo com Maria Helena Diniz a responsabilidade civil pode ser conceituada como: “ A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal (DINIZ, 2009)”

Para que haja ato ilícito capaz de causar dano a terceiro é necessário que esteja presente os seguintes elementos:

CONDUTA

Ação humana que ocorre através de um dolo quando o agente tem a intenção de produzir determinado comportamento lesivo ou culposo quebrando o seu dever de cuidado essas condutas se exteriorizam através de um comportamento comissivo ou omissivo, quando o agente tinha o dever de agir para impedir determinada conduta se omite causando um dano a outrem. Essa conduta pode proceder dos seguintes atos: a) Ato próprio, como difamação, calúnia. b) ato de terceiro que esteja sobre a guarda do agente, filhos; c) danos causados por coisas ou animais que lhe pertencem, como donos que deixam seus animais na pista e pode causar um acidente.

DANOS MORAIS

O dever de reparar os danos imateriais só se tornou pacífica no país com a Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988) onde há a previsão expressa no art. 5º, V e X.

O conceito doutrinário que prevalece é a que entende por danos morais lesão a direitos de personalidade que estão previstos no art. 11 do Código Civil (BRASIL, 2002) a título de

exemplo a violação do direito ao nome, a dignidade, a imagem, etc. para que haja a reparação não se requisita a determinação de um valor econômico para o sofrimento ou a dor causada e sim uma forma de pelo menos diminuir em partes os impactos do prejuízo imaterial por isso a expressão utilizada é reparação e não ressarcimento. Segundo Venosa (2017, p. 52)

Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente.

O juiz tem o dever diante do caso em questão averiguar de forma cuidadosa se a conduta ilícita sendo ela dolosa ou culposa ocasionou dano moral a determinada pessoa, ocasionando prejuízo psicológico superando os banais aborrecimentos de uma vida cotidiana a que todos estão sujeitos. Com base no artigo 944 do Código Civil (BRASIL, 2002), a indenização mede-se pela extensão do dano, pois para o Código Civil tão pouco importa o seu grau de culpabilidade seja ela grave, leve ou levíssima. Para que ocorra a reparação do dano é necessário que o agente tenha a capacidade de discernimento.

NEXO DE CAUSALIDADE

Para saber se houve realmente a extensão de um dano moral se faz necessário a averiguação do nexo causal, de modo que a conduta seja a consequência do resultado. Se em determinada ação ficar verificado que não houve o nexo de causalidade não há o que se falar em responsabilidade, exemplo, o agente vem dirigindo o seu carro prudentemente e uma pessoa se joga na frente do seu carro com o intuito de encerrar a sua vida, nesse exemplo não houve nexo de causalidade para produção do resultado lesivo.

CULPA

A culpa é considerada uma responsabilidade subjetiva. Só se pode configurar, se houver a previsibilidade do “*homo medius*”, caso não seja possível, não há o que se falar em culpa e nem em responsabilidade. O Código Civil em seu art. 186 (BRASIL, 2002) traz a ideia da culpa em Lato sensu (abrange o dolo), quando o indivíduo tem a intenção de praticar determinado ato e Stricto sensu ou Aquiliana se dar quando a agente domina as técnicas para realizar

determinada conduta e acaba quebrando o seu dever de cuidado, através das seguintes modalidades culposas: imprudência que pratica a atividade sem a cautela, exemplo: ultrapassar o sinal vermelho e acaba atropelando uma criança. Configura a negligência quando o agente deixa de praticar determinada conduta se omitindo e essa omissão acarreta um resultado danoso, exemplo, médico que ver um paciente doente e não atende e pelo fato de não atender ele sofre danos. Já a imperícia situações em que o indivíduo não domina determinada técnica, mas mesmo assim o realiza ato, exemplo: um enfermeiro que aplica uma anestesia geral. Determinados atos de culpa acarreta a obrigatoriedade de indenizar.

DO CASAMENTO

No período imperial pelo fato do catolicismo ser a religião oficial do Estado, o casamento conhecido era o católico. Com a separação da igreja do Estado, na época Republicana através do Decreto n 181, de 24 de janeiro de 1890 (BRASIL, 1890) se introduziu o casamento civil obrigatório sendo consolidado posteriormente pelo Código Civil (BRASIL, 2002).

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.515 (BRASIL, 2002) valida o casamento religioso que for de acordo com os requisitos da lei para assim se validar o casamento civil se equiparando ao religioso, contando que seja registrado, acarretando efeitos a partir do momento em que for celebrado. O casamento é portanto ato formal realizado por livre iniciativa das partes objetivando a construção familiar bem como uma prole e a satisfação de seus interesses pessoais.

NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

Há discursões doutrinárias acerca da natureza jurídica do casamento: A teoria Clássica ou contratualista que considera o casamento como sendo um contrato celebrado entre as partes decorrente de suas vontades. A dissolução matrimonial era com base da vontade mutua. Em objeção a já teoria exposta, surgiu a teoria institucionalista defendida pelo Código Civil Italiano, trazendo consigo que o casamento como uma “instituição social” pelo qual as partes ficavam submetidas as regras do estado, estabelecidas pelo legislador. Havendo grandes discursões sobre a natureza Jurídica do surgiu a teoria mista, eclética ou híbrida, entendendo assim, casamento como um ato complexo pela manifestação livre e autônoma realizada pelas partes,

com o intuito de obter um família, e o direito de escolher o regime de comunhão de bens, buscando enfatizar o que está expresso na lei (BRASIL, 2002).

DEVERES DOS CÔNJUGES E FIDELIDADE RECÍPROCA

O Código Civil estabelece que através do casamento são responsáveis pelo encargo familiar, trazendo assim em seu art. 1.566 (BRASIL,2002) os deveres que deverão ser estabelecidos por ambos os cônjuges.

Art.1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - fidelidade recíproca;
II - vida em comum, no domicílio conjugal;
III - mútua assistência;
IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
V - respeito e consideração mútuos.

Por meio do casamento, da união estável, noivado e até mesmo o namoro, o casal procura formar uma entidade familiar compartilhando uma vida, buscando companheirismo, além de fidelidade recíproca entre eles que se baseia no princípio da confiança e da boa-fé objetiva.

A fidelidade é um valor moral, tratando-se de um dever de comportamento nas relações conjugais, constituindo a base do casamento tendo como derivados os sentimentos de amor e respeito essa quebra desse dever é um ilícito cível, infringindo a norma que tutela o direito privado acarretando em dano moral, pois ofende a um dos bens de maior valor constitucional que é a família.

Portanto, baseado nesse dispositivo quando ocorre traição e a ausência de lealdade, o cônjuge traído poderá vir a sofrer problemas psicológicos e físicos o que pode ocasionar em doenças psicossomáticas que estão relacionadas as emoções, sentimentos e pensamentos que se manifesta também no corpo através de dores e doenças físicas. Tais efeitos não devem ser deixados de lado pelo poder judiciário devendo essas consequências serem passíveis de indenização a título de ressarcimento.

Todos os cidadãos têm o direito a proteção da sua honra e dignidade não sendo admissível no ordenamento jurídico o desrespeito a esse direito como estabelece o art. 5, inciso X da Constituição Federal de 1988 sendo dessa forma esses direitos invioláveis e assegurados o direito a indenização pelo dano que decorrem da violação.

O respeito e consideração mútuos previstos no mesmo dispositivo diz respeito que o casamento estipula a comunhão plena de vida, se baseando na igualdade de direitos e deveres que deve existir entre os companheiros, tendo relação com o companheirismo. Não devendo um expor o outro a qualquer tipo de constrangimento que são colocados em tal situação no momento em que há a infidelidade desrespeitando dessa forma a honra, e a dignidade sendo passíveis de reparação cível.

Além da fidelidade é necessário a vida em comum em domicílio conjugal objetivando as relações pessoais e íntima entre os cônjuges; mútua assistência seja ela material(patrimonial) ou imaterial (pessoal) e dentre isso uma cooperação econômica. O sustento, guarda e criação dos filhos, sendo as relações estabelecidas entre os pais e prole oferecendo a assistência básica para com os mesmos de saúde, educação e por fim, o respeito e a consideração mútua, podemos até então dizer que anda lado a lado com o ato de fidelidade, pois dentre a relação conjugal a necessidade de um respeito e afetividade para com o outro.

DISCURSÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE PELOS ATOS DE INFIDELIDADE

No Código Penal (1940) em seu texto original, tipificava como crime o ato de adultério no artigo 240 cominando uma pena de detenção de 15(quinze) dias a 6 (seis) meses.

Esse artigo foi revogado pela lei nº11.106, de 2005, devido o Código penal ter caráter subsidiário, cabendo assim ao Código Civil estabelecer a reparação do dano. Atualmente não há o que se falar em crime de adultério pois é visto somente como uma ofensa a honra objetiva que é um conceito sobre o qual o indivíduo entende que goza perante o âmbito social.

Há grande discussão que entre a doutrina e os tribunais pois a doutrina entende que o mera conduta da infidelidade possibilitaria danos morais e matéria a parte que foi traída. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2013, p 191): “A infração a esse dever, imposto a ambos os cônjuges, configura o adultério, indicando a falência da moral familiar, além de agravar a honra do outro cônjuge. Se extrapolar a normalidade genérica, pode ensejar indenização por dano moral.”.

O entendimento majoritário que vem prevalecendo é o dos Tribunais Superiores que não basta apenas alegar a traição para que a vítima que foi traída tenha o direito a uma indenização, mais que isso, é preciso que ela prove o dano moral relevante que foi sofrido, sendo observado em cada caso concreto. Os Tribunais entendem que embora o dever da indenização aconteça

pelo fato de se ter violado direitos de personalidade assim como o princípio da eticidade e da dignidade da pessoa humana a conduta infiel pode gerar o dano de natureza moral se essa infidelidade for comprovada e que provocou uma exposição ou humilhação no cônjuge traído, havendo provas de maneira clara e robusta de que realmente houve a ofensa a honra da vítima.

Segue as seguintes decisões proferida por tribunais, posicionando contra e a favor da reparação do dano.

O Tribunal de Justiça de Goiás TJ-GO, julgou a apelação nº**0304910-98.2015.8.09.0113**, em 18 de setembro de 2019, publicada por o Tribunal de Justiça de Goiás em 18/09/2019, cujo o relator foi Jairo Ferreira Junior, julgou a impossibilidade do dano moral por infidelidade do conjugue. “3- A infidelidade conjugal, por si só, embora constitua violação dos deveres do casamento, não gera o dever de indenização por danos morais. A reparação conjugal, somente tem lugar em caso de ofensa à honra objetiva da vítima. APELAÇÃO CIVIL CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.” (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOÁIS, 2019)

A Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgou a apelação nº **0002188-78.2007.8.26.0629**, em 13 de novembro de 2012, publicada no Diário da Justiça Eletrônico no dia 14/11/2012, cujo relator do caso foi o Ministro Luiz Antônio De Godoi, julgou procedente o pedido de indenização por dano moral com o fundamento de que no caso concreto além da infidelidade, adveio um filho decorrente da infidelidade, o que na compreensão dos Ministros, teria causado ao cônjuge traído vergonha, humilhação e constrangimento. (BRASIL, 2012).

Como visto, ocorre algumas divergências em relação ao entendimento jurisprudencial. Se realmente em um caso concreto poderá haver a responsabilidade por atos de infidelidade. O presente artigo apresenta em si, dois posicionamentos, contra e a favor dessa responsabilidade pois a infidelidade em si não acarreta o dano, é necessário que fique constatado em uma determinada situação que esteja presente os elementos necessários para a constatação da responsabilidade civil: Dano, nexo de causalidade, conduta e culpa.

DIVÓRCIO PELO ATO DE INFIDELIDADE

O divórcio é um dos temas mais tratados no que diz respeito ao direito de família. Sendo uma das maneiras que põe fim a uma sociedade conjugal tratadas no artigo 1.571 do Código Civil (BRASIL, 2002).

A maior parte dos divórcios não acontecem de forma tranquila, mas quando envolve infidelidade os fatos se tornam ainda mais sensíveis. A descoberta que houve traição gera sentimento de injustiça sendo comum a busca de reparação do dano pelo meio judicial. Pois, além dessa traição afetar o indivíduo traído pode afetar de maneira significativa os filhos, a família de uma forma geral causando um dano maior.

Até o ano de 2005, o artigo 240 do Código Penal (1940) que foi revogado pela Lei n 11.106/2005 estabelecia o adultério como sendo uma conduta criminosa com detenção que variava de 15 dias a seis meses (BRASIL, 2005). Com essa revogação se oficializou o entendimento de que o casamento diz respeito de forma exclusiva a área cível.

O Código Civil 2002) busca proteger o matrimônio ao determinar que os deveres dos cônjuges é a de fidelidade recíproca. Se essa obrigação é existente o seu não cumprimento é passível de sanções sendo direito fundamental a honra, a imagem e a dignidade como estabelece a Constituição.

Em determinados casos, a infidelidade provoca fatores negativos de tanta relevância para a vítima traída que se faz necessário a reparação pelos danos morais que foram causados. Em cada caso o magistrado irá analisar as consequências que a traição trouxe para o companheiro que foi traído, como os constrangimentos no meio social, as humilhações e os impactos psicológicos que foram sofridos.

Desta feita, o diploma civil (2002) estabelece que o indivíduo que causa dano a outrem por ato ilícito tem que repará-lo, sendo assim nos casos em que a infidelidade gera problemas de saúde que precisam ser tratados e estando presentes os elementos da responsabilidade civil que são a conduta, o dano e o nexos causal pode-se pleitear que o cônjuge adúltero faça a reparação financeira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante ao que foi exposto, conclui-se que ao decorrer da evolução social ocorreu a mera despenalização do crime de adultério assim como houve uma evolução do conceito de família em que o poder era patriarcal e com o desenvolvimento da sociedade passa a ser como

é hoje no qual as obrigações e decisões devem ser tomadas por ambos os cônjuges possuindo os mesmos direitos. Se fez uma análise sobre a estrutura familiar e as obrigações adquiridas pelo casamento que estão dispostas de forma expressa no Código Civil de 2002 mais precisamente no artigo 1566. Também sendo tópico desse estudo o conceito de responsabilidade civil baseados na culpa, dano, nexo de causalidade e conduta, vislumbrando que o grau de responsabilidade ocorre de acordo com a extensão do dano.

O presente artigo buscou uma comparação das decisões proferidas pelos tribunais acerca do dever de indenização ou não decorrentes da infidelidade havendo posicionamentos tanto contra quanto a favor que se deu analisando o caso concreto devendo a comprovação de que houve a infidelidade e que casou dano efetivo para a vítima dessa forma lhe causando consequências negativas. Em muitos casos o ato de infidelidade não só afeta o cônjuge traído como também a família de modo geral e principalmente os filhos, sendo comum ocorrer o divórcio, a separação sendo uma das consequências da infidelidade além da possibilidade de indenização por dano moral afinal, aquele que causa dano a terceiro possui o dever de repará-lo.

Portanto, em regra se reconhece que o ato de infidelidade pode ser passível de indenização por dano moral se comprovada a extensão do dano moral como é o caso da **Apelação cível n.º 0002188-78.2007.8.26.0629, acarretará a responsabilidade pelo ato de infidelidade sendo esse o entendimento que vem prevalecendo dos Supremos Tribunais em que só poderá acarretar em uma responsabilidade se em caso concreto ficar demonstrado que a ação do conjugue infiel acarretou um determinado dano a honra subjetiva da parte traída, tendo assim a obrigação de reparar os atos cometido por a sua conduta. Pois, nenhum indivíduo é obrigado a amar ou continuar casado com outrem, mas a partir do momento em que sua conduta afeta de maneira significativa a vida de outra pessoa, nasce para ele o dever de reparar esse dano como estabelece a Constituição Federal e o Código Civil no qual também estabelece como um dos deveres dos cônjuges o de fidelidade recíproca.**

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação cível n.º 0002188-78.2007.8.26.0629. Rel. Ministro: Luiz Antônio de Godoi. Primeira Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 13/11/2012. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=F49D46B4A21AEC8342DF90CA0A77904E.cjsg2>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás TJ-GO, apelação nº **0304910-98.2015.8.09.0113**, em 18 de setembro de 2019, publicada por o Tribunal de Justiça de Goiás em 18/09/2019, Rel. Ferreira Junior. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759041889/apelacao-apl-3049109820158090113?ref=serp>. Acesso em: 19 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. volume 6: direito de família/ Carlos Roberto Gonçalves. 14. ed. São Paulo: Saraiva 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil/ 12. ed. São Paulo: Saraiva 2017.

JUS BRASIL. **Responsabilidade Civil decorrente da infidelidade conjugal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74911/a-responsabilidade-civil-decorrente-da-infidelidade-conjugal>. Acesso em: 22 out.2019.

JUS BRASIL. A POSSIBILIDADE jurídica de indenização nos casos de infidelidade conjugal. [S. l.], 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61663/a-possibilidade-juridica-de-indenizacao-por-dano-moral-nos-casos-de-infidelidade-conjugal>. Acesso em: 15 out. 2019.

JUS BRASIL. A POSSIBILIDADE de dano moral na violação do dever conjugal de fidelidade. [S. l.], 2016. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/52525/1>. Acesso em: 16 out. 2019.

LISBOA, Roberto Senise Manual de Direito Civil, volume 5: Direito de Família e Sucessões/ Roberto Senise Lisboa. 7. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**: volume único / Flavio Tartuce – 8. ed. Ver, atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: família. – 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção de Direito civil; 5).

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO OU FATO DE OUTREM

SILVA, Lucas Ferreira Alves e ¹
NETO, Pedro Antas Pereira ²
FORMIGA, Josenildo Alves ³

RESUMO

O seguinte trabalho tem como objetivo demonstrar como se dá a responsabilidade objetiva, mais especificamente a responsabilidade civil por fato ou ato de terceiro, abordando um breve contexto histórico, fazendo ainda a diferenciação entre as responsabilidades subjetivas e objetivas, englobando também o estudo do artigo 932 do Código Civil, mostrando com clareza quem será responsabilizado por ato ou fato de terceiro. Abordando em síntese como se dava a responsabilidade no código anterior, em que a culpa era presumida. Veremos ainda que a

doutrina e as jurisprudências são convergentes, ou seja, tem a mesma linha de raciocínio quando o assunto é a responsabilidade por fato de terceiro, trazendo ainda o pensamento dualista do código ao aceitar que vivam em conjunto as duas responsabilidades, tanto a subjetiva artigo 186 do CC/2002 e a objetiva art. 927 CC/2002, como objetivo trazemos a contribuição jurisprudencial para o abarcamento do inúmeros casos que se apresentam diariamente no judiciário.

Palavras chaves: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Responsabilidade por ato ou fato de terceiro.

ABSTRACT

The following paper aims to demonstrate how objective liability occurs, more specifically civil liability for fact or act of third parties, addressing a brief historical context, also making the differentiation between subjective and objective responsibilities, also encompassing the study of article 932 Civil Code, clearly showing who will be liable for any third party act or fact. Briefly approaching how responsibility was given in the previous code, where guilt was assumed. We will also see that doctrine and jurisprudence are convergent, that is, it has the same line of reasoning when it comes to third-party responsibility, and brings the dualist thinking of the code by accepting that both responsibilities live together, both subjective article 186 of the CC / 2002 and the objective art. 927 CC / 2002, the objective is to bring the jurisprudential contribution to the coverage of the numerous cases that appear daily in the judiciary.

Keywords: Civil right. Civil responsibility. Responsibility for third party act or fact.

¹ Discente do 7º período curso de ciências jurídicas e sociais da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-PB.

² Discente do 7º período curso de ciências jurídicas e sociais da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-PB.

³ Bacharel em Direito pela FAFIC, Mestre em Sistemas Agroindustriais pela UFCG, Especialista em Direito Penal pela FAFIC, docente do curso de Direito da FAFIC.

INTRODUÇÃO

O seguinte artigo consiste em uma releitura sistemática sobre o tema da responsabilidade civil, colocando em foco a responsabilidade civil por ato ou fato de terceiro. Por ser um tema extenso e de inegável relevância no ordenamento jurídico, antes de adentrarmos no tema escolhido foi necessário realizar um estudo também da responsabilidade subjetiva.

No início do trabalho foi trago uma abordagem histórica e o surgimento do tema, desde o início onde vigorava a vingança privada, sem a atuação estatal, até a chegada dos ordenamentos positivados.

O título nº 3 foi dedicado ao conceito e elementos da responsabilidade civil, onde foi detalhado as principais características de cada uma delas. Foi explicitado ainda a teoria dualista aceita pelo vigente ordenamento civilista, onde encontra-se positivado tanto a responsabilidade subjetiva como a objetiva.

Por final foi trago as modalidades de responsabilidade por ato ou fato de outrem, trazendo cada particularidade acompanhado ainda de ementas e posicionamentos jurisprudenciais atualizadas de cada modalidade, citando ainda o direito de regresso que o terceiro tem sobre o causador do dano.

Este trabalho foi confeccionado através do método dedutivo numa abordagem teórica-metodológica. As pesquisas foram feitas através de doutrinas e jurisprudências sem deixar passar, no entanto, a riquíssima fonte de informações contidas na internet, de onde foi procurado tirar informações extras, que com toda certeza enriqueceram nosso trabalho.

BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil teve seu cerne introduzido pelo direito romano, mas seu início propriamente dito começou desde as civilizações antigas através do instituto da vingança privada, exemplo mais conhecido advém da lei de Talião “olho por olho, dente por dente”, ou seja, se alguém causasse dano a alguém ou a sociedade seria pago com a sua exclusão ou até mesmo sua morte, não se levava em consideração a culpa do agente causador do dano, bastando, tão somente, a ação ou omissão deste e o prejuízo sofrido pela vítima para que aquele fosse responsabilizado.

Com fundamentos na lei talionista outros modos de reparação foram sendo desenvolvidos nas sociedades, ainda na sociedade pré-romana, outra forma de compensação foi criada, agora não baseada tão somente no corpo do indivíduo, mas sim na oportunidade de aquele que sofreu o dano tê-lo reparado no patrimônio de quem deu causa ao prejuízo, caso houvesse.

Como se observa, nas modalidades de reparação descritas acima temos a presença da vingança privada, ou seja, ela não é patrocinada por nenhum ente estatal, feita, portanto, à margem do governo. Nessa jornada, parte o Estado romano a estruturar uma forma legal para a responsabilidade civil, mas somente depois de vários casos concretos e a formulação de diversas

jurisprudências, e que se conseguiu forma um direito positivado no instituto da responsabilidade civil. Veja o que lecionam nesse contexto histórico os professores Pamplona e Stolze (2015).

É dessa visão do delito que parte o próprio Direito Romano, que toma tal manifestação natural e espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade para permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa. Trata-se da Pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas. Ressalte-se, contudo, como se sabe, que o Direito Romano não manifestava uma preocupação teórica de sistematização de institutos, pois sua elaboração se deu muito mais pelo louvável trabalho dos romanistas, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões dos juízes e dos pretores, pronunciamentos dos jurisconsultos e constituições imperiais.

É certo afirma que a responsabilidade civil foi dividida em grandes marcos no decorrer da história, suas mutações se deram como forma de adequações as novas sociedades e as novas necessidades que começaram a existir. O primeiro grande momento se deu com a regulamentação da compensação, segundo marco deu-se com a edição da *lex aquila de dammo* (286 a.C), onde essa foi o alicerce para o desenvolvimento da atual responsabilidade civil baseada na culpa, sendo necessária a caracterização da intenção da pessoa querer causar lesão à outra, excluindo-se o objetivismo do direito primitivo.

A Lei Aquilia se dividia em três capítulos: nº 1 a regulamentação dos casos de morte de escravos e de quadrúpedes que pastam em rebanho; nº 2 o dano causado por um credor menor ao credor principal, que conseguia a quitação de sua dívida em prejuízo do credor principal e o nº 3 O *damnum injuria datum* que consistia na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa *corpore et corpori*, sem direito ou escusa legal (injúria). (GONÇALVES, 2017)

Igualmente grandioso marco para o instituto da Responsabilidade Civil ocorreu com o Código Napoleônico, 1804, o denominado Código Civil dos Franceses. Homologado por Napoleão I, este instrumento de cidadania passou a servir de fonte de inspiração para as sociedades modernas, principalmente pelo seu caráter civilista. Pelo Código de Napoleão, a culpa passou a ser tratada como elemento da responsabilidade civil, no entanto, em que pese muitas legislações terem adotados seus princípios, a dita Teoria da Culpa não conseguiu suprir a grande demanda da sociedade que surgia dos inúmeros casos concretos que se apresentavam à medida que evoluía a aplicação do direito reparador. Como solução para os problemas naturalmente advindos por meio da grande demanda, o conceito de culpa tomou outra proporção e passou a abarcar situações outras que impunham ao agressor a obrigação de reparar o dano

independentemente de culpa. Saía, assim, a Responsabilidade Civil, do campo da subjetividade e passava à objetividade, ou seja, se antes havia a necessidade de se provar a culpa, agora, em alguns casos, já não se fazia necessário, principalmente devido ao grau de risco de algumas atividades. (GONÇALVES, 2017)

RESPONSABILIDADE CIVIL

CONCEITO

A responsabilidade civil tem como pilar de sustentação a culpa, pois, ninguém está obrigado a realizar a compensação do dano caso não haja o nexo e a culpa, o dano só pode acarretar obrigação de reparos para aquele que o pratica.

A responsabilidade surgiu para que houvesse o direito de restituição para aquele que viu seu bem deteriorado, usurpado ou tornado sem uso, essa reparação pode advir de forma direta ou indireta, contratual ou extracontratual, direta ou indireta, então se pode tomar como nota que a responsabilidade civil nada mais é que a segurança jurídica para aquele indivíduo que teve seu bem danificado. Colabora Maria Helena Diniz com esse pensamento quando diz:

Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem responda, por algo que a pertença ou de simples imposição legal.

Como praxe o ordenamento civilista pátrio segue a responsabilidade subjetiva, com base na teoria da culpa, em que pese seja necessário que haja culpa para que conseqüentemente haja reparação, mas em se tratando de fato de terceiro essa responsabilidade é objetiva, tendo sido para esta adotado a teoria do risco, não podendo portanto se falar em culpa presumida. A responsabilidade civil tem como função a sanção e a garantia da reparação. Somente será objetiva a responsabilidade quando a lei mencionar, ou quando a atividade envolver risco.

RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.

Esta modalidade tem seu começo no próprio dano, causado por ato doloso ou culposos e, assim sendo, não tem como dissociar o resultado da causa. Nada mais é do que se não o dever jurídico de indenizar e responder pela ação delituosa e o prejuízo que causou. Vale salientar, que para que se configure a modalidade subjetiva da responsabilidade pela negligência, imperícia e imprudência do agente causador, será obrigatório a existência do dano e o nexo causal, e nesse sentido também preconiza o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002): “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”.

Stolze e Pamplona (2015) nos lembram que a noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – “*unuscuque sua culpa nocet*”. Acrescentam ainda os renomados autores que por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu. Aliás, esta é a concepção clássica de reparação de dano, pela qual a vítima somente será ressarcida de eventual prejuízo se, e somente se, provar a culpa do agente causador do dano, o que torna bastante difícil a satisfação de quem sofreu o dano e isto se dá devido, principalmente ao avanço tecnológico e o aumento populacional.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Diferentemente do que ocorre com a responsabilidade subjetiva, a responsabilidade objetiva não é necessária a comprovação de culpa, para a reparação do dano, indenização ou ressarcimento. Ela surge então com o grau de risco assumido pela atividade exercida e da impossibilidade de se provar a culpa, daí o batismo de responsabilidade objetiva.

Sua iniciação e aplicabilidade se deram nas vitórias alcançadas pelos direitos humanos, avanços tecnológicos, e transformações sociais. O código civil abarcou a modalidade objetiva no parágrafo único do art. 927, CC (BRASIL,2002): “Art. 927. [...] **Parágrafo único.** Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Vale salientar que o ordenamento pátrio contemplou a dualidade no que se refere a responsabilidade, assim, existe uma convivência pacífica entre uma regra eminentemente subjetiva, trazida pelo art. 186 CC/02, e outra eminentemente objetiva, situada no art. 927

CC/02. Assim impera o consenso que ambas as modalidades sirvam de base para a não violação do princípio *neminem laedere*, que preceitua que ninguém deverá ser lesado em virtude de conduta alheia, seja ela negativa ou positiva.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE OUTREM

A responsabilidade civil é em suma uma obrigação para responder sobre seus próprios atos, ou até mesmo atos alheios daqueles em que você tinha a obrigação de vigilância. Causa controvérsias quando se fala que uma pessoa que não agiu diretamente para o dano poder responder pela reparação deste, principalmente quando não se tem culpa, mas o atual código civil em seu art. 932 deixa claro as pessoas que poderão responder independente de ter culpa ou não. De acordo com o art. 932,CC (BRASIL,2002):

São também responsáveis pela reparação civil:

- I- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II- o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- IV- os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- V- os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Diferentemente do que trazia o diploma de 1916 a pessoa prejudicada teria que provar que o terceiro agiu com culpa ou negligência, já no atual sistema normativo, tal responsabilidade não antecede a culpa, exemplo disto são os casos trazidos pelo art. 932 em que todos respondem independente de culpa ou não (BRASIL, 1916).

A responsabilidade do terceiro se mostra presente claramente com a culpa civil, lato sensu, do causador direto do dano, ou seja, incube ao terceiro, quando demandado provar que o causador não agiu com culpa.

RESPONSABILIDADE DOS PAIS

Esse primeiro tipo de responsabilidade por ato de terceiro é o mais comum na prática jurídica. É dever primário de quem detém o poder familiar, é o dever de cuidar, de vigiar, de proteger e colocar primeiramente se este se encontra em pleno gozo do poder familiar, pois, caso contrário, não responderão eles, mas sim aquele que por decisão judicial detém a responsabilidade deste. Com isso, tiramos como conclusão que este instituto é baseado no pleno gozo do poder familiar e não no fato de simplesmente ser pai ou mãe os filhos no caminho correto. Vale salientar, para não causar confusões que, a paternidade por si, não possui o condão de responsabilizar os pais pelos danos causados por seus filhos, há que se verificar

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA - IMPOSSIBILIDADE - RÉU QUE NÃO SE VALEU DE MEIOS MODERADOS E NECESSÁRIOS PARA REPELIR INJUSTA AGRESSÃO - ATO ILÍCITO CONFIGURADO - RESPONSABILIDADE PELA RAPARAÇÃO DO DANO QUE DEVE RECAIR SOBRE O GENITOR DO MENOR - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 932, INCISO I, COMBINADO COM O ARTIGO 933, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS MENORES - DANOS MATERIAIS COMPROVADOS - INDENIZAÇÃO DEVIDA - DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS - INDENIZAÇÃO QUE NÃO PROCEDE - ABALO MORAL NÃO PRESUMIDO - SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. (TJ-PR - APL: 15321116 PR 1532111-6 (Acórdão), Relator: Ademir Ribeiro Richter, Data de Julgamento: 14/07/2016, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1861 11/08/2016)

É necessário verificar em cada caso, no momento do dano, de quem era o dever de vigilância. O magistrado olhará a conduta sob a forma objetiva, e não, sob o aspecto da culpa dos menores, podendo haver o conhecimento no caso fortuito ou força maior.

Havendo a omissão e conseqüentemente a culpados pais, estes respondem solidariamente pelo dano causado, pelo filho em detrimento, de outrem, podendo os incapazes (menores de 16 anos) responderem pelos seus próprios prejuízos, segundo art. 928,CC (BRASIL,2002): “Art. 928. 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”.

É oportuno salientar que a indenização imposta ao menor não pode supri-lo dos meios necessários à sua subsistência. “Art. 928: [...] Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

Outro ponto importante trata-se do cônjuge separado que detém o poder familiar, e também em relação aos pais adotivos, adotando o mesmo pensamento, responderá apenas o pai ou a mãe que tem o filho em sua companhia, os pais adotivos seguindo a mesma lógica responderão pelos atos do seu filho.

RESPONSABILIDADE DE TUTORES E CURADORES

Idêntica será a responsabilidade dos tutores e curadores como se pais fossem. Assim como quem detém o poder familiar respondem pelos filhos menores, os tutores e curadores também responderão objetivamente pelos tutelados e curatelados. Responderão os tutores e curadores com seu patrimônio, idêntico aos pais respondem pelos filhos menores.

Para ficar claro a diferenciação entre tutor e curador segue os arts. 1728 CC e 1775 CC (BRASIL,2002):

Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela:

I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes;

II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.

Art. 1.775 CC. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.

§ 1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto.

§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.

§ 3º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador.

No caso de uma internação em clínica psiquiátrica, por exemplo, a responsabilidade passará imediatamente para a clínica e sairá das mãos do curador, sendo assim qualquer prejuízo que o curatelado causar, quem irá arcar com os prejuízos do lesado será a clínica e não o curador, pois, a responsabilidade é cessada a partir do momento que assinou o contrato, como exemplo dos pais e mães responderá aquele que detiver a responsabilidade sob este.

RESPONSABILIDADES DO EMPREGADOR E ASSEMELHADO

Nesse tipo de responsabilidade há geralmente uma relação de dependência ou sujeição de um para com o outro, estando presente ainda que essas ordens sejam advindas da relação de autoridade com outro. Se encaixa ainda neste tipo de responsabilidade aqueles que desempenhem eventualmente função para outrem.

É objetiva também a responsabilidade do empregador, sendo o mesmo responsável pelos atos praticados por seus empregados, durante o tempo que estiverem sob sua subordinação. Corrobora com o exposto a súmula 341 do STF que diz: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”

O empregador somente se eximira desta culpa em caso fortuito ou de força maior, ou não havendo como já dito antes o nexos de causalidade com a relação, ou seja, que a conduta foi praticada fora dos limites da preposição e nem mesmo em razão dela (VENOSA,2005).

RESPONSABILIDADES DOS DONOS DE HOTÉIS E SIMILARES

A responsabilidade descrita neste tópico existe desde os primórdios da sociedade romana, que obrigava o capitão do navio, dono de hotéis ou estábulos a indenizar pelos danos ou furtos praticados no seu estabelecimento.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCURSÃO ESCOLAR. ACIDENTE EM HOTEL. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. 1. Segundo a jurisprudência do STJ, os estabelecimentos de ensino respondem objetivamente pelos danos causados a alunos no período em que estes se encontrarem sob sua vigilância e autoridade, por força da aplicação da teoria do risco do empreendimento. 2. Os juros de mora na condenação por dano moral fluem a partir da citação ou do evento danoso, tratando-se, respectivamente, de responsabilidade contratual ou extracontratual. 3. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no AREsp: 891249 RJ 2016/0079236-7, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 17/10/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/10/2017).

É comum identificarmos avisos neste tipo de estabelecimento alertando que não se responsabilizam pelos danos ou furtos ocorridos em pertences dos hóspedes, não são válidos. Quando falamos dos atos praticados pelos hóspedes em relação a terceiros, deverá ser provado a culpa do agente causador do dano. A sumula 130 do STJ reforça: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo em seu estabelecimento.”

De forma contraria se o indivíduo colabora ou age com culpa, exclui a responsabilidade dos donos dos hotéis ou similares

DIREITO DE REGRESSO

O direito de regresso é o direito que o terceiro que foi alvo da responsabilidade objetiva, ou seja, foi responsabilizado pelo ato ou fato de terceiro que estava sob sua guarda, responsabilidade ou sujeição, tem de pedir o ressarcimento do prejuízo que suportou pelos atos daquele.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS - SEGURADORA - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - DANOS EM EQUIPAMENTOS DOS SEGURADOS - APLICAÇÃO DO CDC - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA - AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA APRESENTADA PELA CONCESSIONÁRIA - INCAPACIDADE DE AFASTAR A RESPONSABILIDADE - PROVA TÉCNICA E ORÇAMENTOS APRESENTADOS PELOS SEGURADOS - RECURSO DESPROVIDO. - Responde, de forma objetiva, a concessionária de serviço público, pelos danos que causar ao consumidor por falha na prestação do serviço, conforme preceitua o art. 37, § 6º, da Constituição da República - A seguradora se sub-roga nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano, nos termos estatuídos pelo art. 786 do Código Civil - Tratando-se de relação entre concessionária de serviço público e de seguradora que se sub-rogou nos direitos do segurado, será aplicável, na espécie, o Direito do Consumidor com a consequente inversão do ônus da prova, porquanto reconhecida a hipossuficiência técnica do segurado frente à concessionária. (TJ-MG - AC: 10000190572792001 MG, Relator: Versiani Penna, Data de Julgamento: 22/07/2019, Data de Publicação: 24/07/2019).

O direito de regresso deve impetrado através de uma ação própria, após o trânsito em julgado da ação movida por quem sofreu o dano e a consequente condenação a indenização, pois, o objetivo da ação é justamente ter ressarcido seu prejuízo decorrente da indenização, em virtude dos atos praticados dolosa ou culposamente pelo agente.

CONCLUSÃO

Após essa breve análise acerca da responsabilidade civil: histórico, conceito, elementos e modalidades de culpa, podemos concluir que tal instituto se encontra muito avançado e ocupando lugar de destaque no código civil. A propósito, há de se ressaltar o sedimento que a doutrina, legislação e, principalmente a jurisprudência vem trazendo a este instituto.

É meritório salientar, o papel da jurisprudência neste instituto, visto que, ao agir diretamente nos casos concretos que se apresentam, com isso vem sedimentando os

entendimentos e colaborando para a formação e aplicação de uma justiça igualitária e eficaz no tocante a responsabilidade por culpa de terceiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6028:2003**: informação e documentação: citações em documentos. Rio de Janeiro. 2003.

Código Civil Brasileiro 2002. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm >. Acesso em 23 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro – Vol.7 Responsabilidade Civil**.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**, volume 3: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. – 4.Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral, **1978- Direito civil sistematizado** /– 5.ª ed. Rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

SALOMÃO, Lidia – **Responsabilidade Civil**. Disponível em:

http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=795&id_titulo=10025&página=2. Acesso em 22 out. 2019.

SANTOS, Fabio Marques. **Responsabilidade civil por fato de outrem**. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7000/Responsabilidade-civil-por-fatodeoutrem> . Acesso em: 24 out. 2019.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STOLZE, Pablo e PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil vol. 2**: direito das obrigações e responsabilidade civil / Flávio Tartuce; 9. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Responsabilidade Civil - Vol. IV**

A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL (12.318 DE 2010) E SEUS DESDOBRAMENTOS NO ÂMBITO FAMILIAR

Beatriz Fernandes Dantas¹
Ingyrd Mayara Rodrigues da Silva²
Orientadora: Thereza Kristina Cesar Macena Ferreira³

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade a discussão relacionada ao instituto da alienação parental e os desdobramentos da Lei 12.318 de 2010. Apesar de ser uma temática contemporânea ao ordenamento jurídico, reflete uma realidade bastante vivenciada por filhos vítimas de desentendimentos de seus pais. O que se pretende aqui é analisar a nova lei que regulamentou o comportamento desviado dos genitores em relação aos seus filhos, no caso de dissolução da sociedade conjugal, buscando entender como essas situações podem ser constatadas e as medidas cabíveis a aplicação da lei em questão, visando sempre uma melhor qualidade de vida ao menor progenitor.

Palavras-Chave: Alienação; Genitores; Progenitor.

ABSTRACT

The purpose of this article is the discussion related to the institute of parental alienation and the consequences of Law 12.318 of 2010. Despite being a contemporary theme to the legal system, reflects a reality long experienced by children victims of misunderstandings of their parents. The aim here is to analyze the new law that regulates the deviant behavior of parents in relation to their children, in the event of dissolution of the marital society, seeking to understand how these situations can be found and the appropriate measures to apply the law in question, always aiming at a better quality of life for the lowest parent.

Keywords: Alienation; Parentes; Parent.

¹ Beatriz Fernandes Dantas, acadêmica do 8º período do curso de Ciências Jurídicas e Sociais – DIREITO, da instituição FESC-FAFIC, biiadantas88@gmail.com

¹ Ingrid Mayara Rodrigues da Silva, acadêmica do 8º período do curso de Ciências Jurídicas e Sociais – DIREITO, da instituição FESC-FAFIC, ingrydrodriguesilva@hotmail.com

¹ Thereza Kristina Cesar Macena Ferreira, Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela instituição FESC-FAFIC, thereza-kristina@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Com os transtornos decorrentes da disputa acirrada pela guarda do menor, aparecem efeitos e consequências, uma delas é a alienação parental e a síndrome decorrente desta. Casos remetidos a tal assunto estão em forte crescimento, pois em algumas situações a separação do casal faz com que um dos genitores passe a querer ter mais autoridade e liderança na criação do filho.

Com isso, inicia-se um conflito de interesses entre os pais onde os maiores afetados são seus progênitos.

Este tema é questão de intensas discussões nos dias atuais, os casos que chegam às Varas de Família são comuns e exigem muita cautela ao serem analisados, pois a grande maioria dos problemas relativos à alienação parental não é de cunho jurídico, tratam antes, de questões emocionais. Ao romperem o vínculo conjugal de maneira um tanto conturbada e na busca para atingir a outra parte, o genitor se apega a esta ideia e vê no filho uma oportunidade para atingir o polo alienado.

Em 26 de agosto de 2010, fora publicada a Lei de Alienação Parental, com o objetivo principal de conferir maiores poderes aos juízes, a fim de proteger os direitos individuais da criança e do adolescente, vítimas de abuso exercido pelos seus genitores.

O artigo 2º de tal lei dispõe sobre a alienação parental definindo esta situação como sendo:

[...] 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).

Pode-se observar que o alienador procura, com constância, controlar o sentimento do menor com o fim de desconstruir uma imagem positiva do outro genitor. Tal situação quando imposta a uma criança que está em processo de formação psicológica promove com tamanha influência o afastamento do menor em relação ao genitor alienado, acreditando nas palavras que lhe são impostas e fazendo com esta sofra da síndrome da alienação parental.

O psiquiatra infantil Richard Gardner (1985), citado por Analícia Martins (2010, p. 99) descreve esta síndrome como sendo: “Um distúrbio infantil, que surge, principalmente, em contextos de disputa pela posse e guarda de filhos. Manifesta-se por meio de uma campanha de difamação que a criança realiza contra um dos genitores, sem que haja justificativa para isso.”

A síndrome de alienação parental apresenta-se como a programação de uma criança por um dos genitores, em vista de que passe a visualizar e idealizar o outro genitor de forma negativa, alimentando, a partir de então, sentimentos de ódio e rejeição por ele, e externando tais sentimentos. Tal ponto merece uma atenção maior, pelo fato de que a síndrome da alienação parental se refere à conduta do filho, enquanto a alienação parental diz respeito à conduta do genitor que desencadeia o processo de afastamento da criança do outro genitor.

Apesar de a sociedade associar a figura da guarda da criança a mãe, existem muitos casos em que o genitor escolhido para exercer este instituto é o pai. Dada a concepção igualitarista dos direitos e deveres de homens e mulheres e o respeito às diferenças garantidos pela Constituição Federal de 1988 e pelos Tratados e Convenções Internacionais, se introduziu ao ordenamento jurídico brasileiro uma outra definição de família, introduzindo assim, no cotidiano dos casais, o compartilhamento de direitos e obrigações.

O problema está no fato de que muitas vezes esse compartilhamento é um objetivo que não se consegue alcançar, pois o conflito oriundo do fim do relacionamento faz com que o filho se ponha no meio dos pais de forma negativa. De tal maneira o progênito acaba por se inserir numa situação de controle da parte do alienador e acaba em um grande prejuízo.

Nesta perspectiva, foi por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com levantamento em livros doutrinários, artigos em revistas científicas, jurisprudência e legislação que foi desenvolvido o presente trabalho, visando analisar a situação de alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro em consonância com a realidade a que este se aplica.

DESENVOLVIMENTO

AS MUDANÇAS NO CONCEITO DE FAMÍLIA E A ALIENAÇÃO PARENTAL

A noção de família vem se modificando na medida em que a sociedade se desenvolve. Apesar do conceito raiz composto por pai, mãe e filho a tendência da família atual é um vínculo baseado na afetividade. A mesma é oriunda da convivência entre os indivíduos e dos sentimentos recíprocos que se desenvolvem com esta coexistência. A afetividade se apresenta como sendo o respeito que os membros familiares têm entre si, a fim de que o parentesco tenha sua dignidade e assim seja reconhecido no corpo social, tal reconhecimento se mostra como sendo uma das maiores características do conceito de família atual.

Quando dissolvida a sociedade conjugal, o afeto dos genitores em relação aos progênitos deveria se sobrepor ao rompimento. Contudo, não é o que acontece na maioria das vezes, as mágoas tomam conta do “ex-casal” e os filhos são sempre os mais prejudicados. Vale ressaltar que após o rompimento do relacionamento dos pais, o vínculo entre os mesmos e os filhos devem permanecer, pois é tarefa dos mesmos continuar com o processo educacional dos menores pelo fato de que os deveres que lhe foram impostas são irrenunciáveis por serem pessoas de tamanha influência na formação da criança.

Outro aspecto relevante no conflito da Síndrome de Alienação Parental (SAP) são as diferenças culturais e de valores, assim como as divergências quanto à percepção do que seja a melhor educação e o melhor trato com os filhos, o que de forma fundamental, acirram os conflitos dos genitores e proporcionam sérios problemas à saúde mental do menor.

A assistente social Carmem Tassiany traz em seu artigo a graduação da SAP em três estágios sendo eles: leve, moderado e grave (LIMA, 2012). No primeiro estágio, ou seja, o progenitor se sente retraído apenas no momento em que os pais se encontram, quando não está com o guardião, a criança mantém um relacionamento normal com o outro genitor.

Já no estágio moderado, a criança sente-se indecisa e conflituosa nas suas atitudes, sendo que em certos momentos já começa a mostrar gradativamente o desapego ao alienado. No estágio grave, a criança apresenta-se doente, perturbada ao ponto de compartilhar todos os sentimentos do guardião, não só escutando as agressividades dirigidas ao não guardião como passa a contribuir com a desmoralização do mesmo, as visitas nesse estágio são impossíveis.

O afastamento não ocorre de maneira radical e instantânea, ela se apresenta de maneira gradativa, dia após dia, em que o guardião vai embutindo na cabeça do seu filho certa rejeição pelo outro genitor. Nesse contexto, acometido pelo sentimento de vingança, o alienador desfaz a boa imagem do “ex-parceiro” conjugal em relação ao filho. O mesmo passa a deter a maior parte da educação e criação do filho, fazendo com que o convívio com o alienado vá tendo cada vez menos influência na formação do progenitor.

Dessa forma, o genitor alienador, sem saber separar a desconstrução de relação com o alienado, faz com que a parentalidade com o filho também se rompa, violando o direito do menor à convivência familiar saudável. Afinal, a convivência saudável com o pai e a mãe é direito do menor, pois só assim, terá a possibilidade de uma formação completa.

Como se não bastasse a situação anteriormente descrita, os familiares do genitor alienado também acabam por serem afastados da criança, em especial, os avós que são, normalmente, os entes mais próximos dos pais, incorrendo também o alienador em desrespeito ao direito dos idosos à convivência familiar, assim como determina o art. 3º da Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso.

REFLEXÃO ACERCA DA LEI 12.318 DE 2010

A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de ter uma convivência familiar saudável e a lei 12.318/2010 surge objetivando estabelecer uma punição ou até mesmo inibir àquele genitor que descumpre os deveres inerentes à autoridade parental ou decorrente da tutela ou da guarda do menor. Por meio desta lei, foram também reconhecidos como legitimados passivos os avós, bem como qualquer pessoa que tenha

o menor sob sua guarda e/ou vigilância, tais como tutores, guardiões, educadores, babás, etc., determinando que não só os genitores serão sujeitos às medidas protetivas.

Constatando indícios da prática da alienação parental, o juiz poderá determinar perícia psicológica ou biopsicossial, sendo que o laudo não vinculará uma decisão obrigatória do magistrado. As consequências da Síndrome de Alienação Parental na vida da criança chegam a ser graves e podem provocar uma total anormalidade no desenvolvimento psíquico, havendo a possibilidade de aquisição de ansiedade, depressão crônica, nervosismo, comportamento agressivo, transtorno de identidade e incapacidade de adaptação à ambiente normal.

Segundo Cláudia Mara (2011), nas situações em que o estágio de alienação seja leve, ainda se consegue enxergar a possibilidade da mediação, meio extrajudicial de resolução de conflitos de forma as partes buscarem o diálogo como sendo um instrumento eficaz para se chegar ao senso comum, no caso em questão, como chegar de maneira mais adequada a realização de atos que sejam de interesse da criança.

Já nos casos cuja presença da SAP desenvolve no menor um quadro clínico mais grave, é indispensável à intervenção judicial para que, além de tentar preservar a relação do filho com o não-guardião, seja imposto ao alienador a devida responsabilização pelas atitudes até então realizadas sejam elas a violência emocional contra o filho e contra o outro genitor.

O artigo 6º da 12.318/2010 estabelece as providências que podem ser tomadas pelo juiz, sendo estas:

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

I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III – estipular multa ao alienador;

IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII – declarar a suspensão da autoridade parental. 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 (BRASIL, 2010).

De acordo com a gravidade da situação, o juiz pode aplicar de forma cumulativa ou não as penalidades descritas anteriormente sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal. Poderá também utilizar-se amplamente de instrumentos processuais que tenham a aptidão de inibir ou diminuir os efeitos da alienação.

A lei possui um caráter mais educativo, no sentido de conscientização dos pais, uma vez que o judiciário já vinha tomando providências para proteger o menor, quando detectado um caso da aludida síndrome.

O artigo 2º, parágrafo único da lei assemelha a alienação parental a um abuso moral contra a criança/adolescente, de forma a prejudicar a convivência social e afetiva desta com o grupo familiar pelo descumprimento dos deveres decorrentes da guarda familiar. De forma exemplificativa, a lei de alienação parental, nos traz em no parágrafo único de seu artigo segundo algumas condutas que foram criminalizadas pela legislação, sendo elas:

- 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.

Quem pratica a alienação parental, pode ser punido com advertência, multa, alteração ou inversão de guarda, mudança de visitas, determinação de acompanhamento psicológico e, em casos mais graves, suspensão da autoridade parental.

E, em nível processual, é digno de nota que, para o fim de aplicar as sanções legais ao alienador, contentou-se, o legislador, não com uma prova suficiente da ocorrência do ilícito, mas, sim, com meros indícios do ato de alienação parental:

Art. 4.º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará,

com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visita assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Em uma primeira análise, poder-se-ia até argumentar que tal previsão meramente indiciária afrontaria o sistema constitucional de ampla defesa, mas, em verdade, tal raciocínio não procede, pois o que se tem em mira é, em primeiro plano, a perspectiva de defesa da própria criança ou adolescente, vítima indefesa dessa grave forma de programação mental, em um contexto familiar que, em geral, dificulta sobremaneira a reconstrução fática da prova em juízo.

CONCLUSÕES FINAIS

Essa expressão “Direitos Humanos” tão amplamente difundidos no pós-segunda Guerra Mundial e até os dias atuais é uma forma de renomear os direitos fundamentais da pessoa humana, já que estando no plano internacional da Declaração Universal dos Direitos Humanos recebe a nomenclatura de Direitos Humanos e quando positivados em cada respectiva Constituição Federal ou documento legal equivalente carrega o nome de Direitos Fundamentais, que deve em regra ser respeitado.

Na ausência desses tais direitos a pessoa humana não é capaz de existir ou não é capaz de existir e se desenvolver com dignidade, participando com plenitude da vida. Absolutamente todos os seres humanos devem ter garantidos, desde o seu nascimento, as mínimas condições indispensáveis para se transformarem em seres primordiais e importantes à humanidade como um todo, junto deve vir a viabilidade de adquirir os proveitos que a vida em sociedade pode promover.

Desta forma, os Direitos Humanos condizem com as necessidades inerentes à pessoa humana independente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, para que possa não somente viver, mas viver com dignidade, pois a vida também é um direito humano fundamental.

A finalidade básica da lei 12.318/2010 é proteger os direitos fundamentais da criança e adolescente. Por disposição do Art. 3º da referida lei: 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.

Para conservar a vida os humanos, tem que ter alguns direitos resguardados, como por exemplo: o direito à alimentação, à saúde, à moradia, à educação, e tantas outras coisas que nem sempre são atendidas, mas essa conquista continuará todos os dias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Site da Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: Acesso em: 06 jun. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FIHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 6 Direito de família** – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

GARDNER, Richard Alan. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)**. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 29 nov. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 3: esquematizado® : Responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza).

LIMA, Carmem Tassiany Alves de. **A síndrome de alienação parental: Um novo enfrentamento para o assistente social do Poder Judiciário**. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-97/a-sindrome-de-alienacao-parental-um-novo-enfrentamento-para-o-assistente-social-do-poder-judiciario>. Acesso em: 9 out. 2019.

MARTINS DE SOUZA, Analícia. **Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida. **A alienação parental. Âmbito Jurídico**. Rio Grande. XIV. n. 88. maio 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9269&revista_caderno=14. Acesso em: 9 out. 2019.

GT 04 - Linha 01: Dignidade da Pessoa Humana, Arranjos Familiares e Direito Sucessório
Coordenador: Prof. Francisco Paulino da Silva Júnior

TÍTULO	AUTORES/ORIENTADOR
A EVOLUÇÃO DO GRUPO FAMILIAR: A PROTEÇÃO À DIGNIDADE DOS CASAIS HOMOSSEXUAIS	FELIX, MATEUS PAULINO LEITE, FRANDSON LUAN VIEIRA FORMIGA, JOSENILDO ALVES (Orientador)
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATUAL CONCEITO DE FAMÍLIA À LUZ DA AFETIVIDADE	SANTOS, FERNANDA SUYANE AVELINO DOS SILVA, MARIA GABRIELA ALVEZ DA JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
OS OBSTÁCULOS À ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	ALBUQUERQUE, LÍVIA KARLA DA FONSECA JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS: O ENTENDIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO X O PRECONCEITO SOCIAL	CESÁRIO, EFIGÊNIA EUGÊNIA DANTAS LOPES, EMILLY STEPHANY LEITE JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS ENTIDADES FAMILIARES POLIAFETIVAS NO BRASIL	GOMES, GUILHERME LIRA FERNANDES, MARIA MARCELLA QUIRINO JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS	SOUZA, FERNANDA DUARTE DE SOUSA, JAMILLA CRUZ DE LUCENA, FRANCISCA JULIANE SOARES

A EFICÁCIA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO IDOSO NO CONTEXTO FAMILIAR E SOCIAL	SOUSA, BEATRIZ FERREIRA DE ALVES, MÁRCIA ROMÊNIA DA COSTA JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
A RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE O ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL	LUCENA, THEREZA RAQUEL SARMENTO PEREIRA, NATALY SILVA JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL	LIRA, GISANNY DA SILVA NASCIMENTO, MARIA LARISSA DA SILVA JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL	TEIXEIRA, MARIA ACIDÁLIA GRANJEIRO LEITE PEREIRA, ELLEN SABRINA MARECO PEREIRA OLIVEIRA, LEONARDO FIGUEIREDO DE (Orientador)
ANÁLISE ACERCA DA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL E SUA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	FERREIRA, MARCOS ANDRADE DUARTE, KARINY MACÊDO FORMIGA, JOSENILDO ALVES (Orientador)
ALIENAÇÃO PARENTAL E GUARDA COMPARTILHADA: A RELAÇÃO FAMILIAR EM QUESTÃO	MORAES, FRANCISCO RUAN SOARES DE BARRETO, YASMIN BATISTA JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS EM DECORRÊNCIA DAS FAKE NEWS DIVULGADAS EM SUAS PLATAFORMAS QUANDO VIOLADORAS DE DIREITOS DA PERSONALIDADE	AMORIM, NAJARA LÍGIA ÂNGELO RAMALHO, JOSÉ MICKAELL CARVALHO DE FIGUEIREDO MORAES, EVERTON GONÇALVES (Orientador)
DIREITO DAS SUCESSÕES: UNIÃO ESTÁVEL E A ANÁLISE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL	SILVA, PATRÍCIA CRITIANE DA
CONSEQUÊNCIAS TRAZIDAS COM O NOVO CÓDIGO CIVIL SOBRE A QUESTÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO	SILVA, CÁSSIO PAULINO GONÇALVES DA SOUSA, JOÃO VITO SOARES DE JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
A TEORIA DA IMPREVISÃO E SUA NÃO CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS CONTRATOS	TAVARES, ALICYA PEREIRA MOREIRA, EMANUELLE LOPES FORMIGA, JOSENILDO ALVES (Orientador)
EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA DO CASAMENTO DE MENORES DE 18	HELOÍSE MARIA DE SOUZA LEITE MYLENA PINHEIRO ALVES

(DEZOITO) ANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	NEURIBERTSON MONTEIRO LEITE (ORIENTADOR)
--	---

A EVOLUÇÃO DO GRUPO FAMILIAR: A Proteção à Dignidade dos Casais Homossexuais

Mateus Paulino Felix¹
Franson Luan Vieira Leite²
Josenildo Alves Formiga³

RESUMO

Partindo de uma análise bibliográfica, pretende-se analisar a evolução do grupo familiar que era constituída praticamente por homem e mulher e longe se via a existência de união entre pessoas do mesmo sexo, é importante destacar que isso representa uma grande mudança na sociedade, é de grande importância a incriminação de atos que venham para discriminar por motivos de gênero as pessoas que se assumem homossexuais para que se possa assegurar a dignidade que é um direito básico de todos, sendo cada vez mais necessário proteção para estas pessoas com a propositura de leis como PL. 672/2019 que vem para protege-los e assegurar a punição aos indivíduos que cometem tais atos. É evidente que a simples edição de leis e modificação de entendimentos dos tribunais não são o suficiente para a proteção de tais pessoas, sendo necessário também debater no meio da sociedade um tema tão importante como este.

Palavras Chave: Dignidade da Pessoa Humana. Novos Arranjos Familiares. Inclusão.

ABSTRACT

The family entity over the years has abandoned its old conception where it was basically made up of men and women far away was seen the existence of same-sex union, it is important to highlight that this represents a major change in society, is of great importance the criminalization of acts that come to discriminate on the grounds of gender for persons who assume homosexuals in order to ensure the dignity that is a basic right of all, and protection for

these people is increasingly necessary with the introduction of laws such as PL . 672/2019 that comes to protect them and ensure punishment to individuals who commit such acts. It is evident that simply editing laws and changing the understanding of the courts is not enough for the protection of such people and it is also necessary to debate in the midst of society such an important subject.

Key words: Dignity of the Human Person. New Family Arrangements. Inclusion.

¹Discente do 6º período curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-PB.

²Discente do 6º período curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-PB.

³ Bacharel em Direito pela FAFIC, Mestrando em Sistemas Agroindustriais pela UFCG, Especialista em Direito Penal pela FAFIC, docente do curso de Direito da FAFIC.

INTRODUÇÃO

Não é novidade que a sociedade evolui e que o direito evolui junto com esta, isso de fato ocorre em todos os ramos do direito, como tal ocorre no Direito Civil inclusive no que tange o direito de família que com o passar do tempo mudou inclusive a maneira de como se via a entidade familiar que é o núcleo da sociedade, tal entidade com a evolução do Direito Civil mudou o seu entendimento do grupo familiar passando de uma interpretação mais restrita sendo formada por homem, mulher e filhos e passou a abranger também os casais homossexuais.

Tal medida é de grande importância visto que este é um direito básico e que deve ser inerente a todos para que se possa assegurar a dignidade da pessoa humana que é protegido pela própria Constituição Federal em seu Art. 1, III, sendo um dos princípios fundamentais da mesma.

Porém, em meio a violência e a discriminação que existe na sociedade, para que o princípio da dignidade da pessoa humana possa vir a ter efeitos práticos e necessário mais do que o reconhecimento legal da união de tais pessoas, é necessário também uma proteção as mesmas, visto a violência e a discriminação que sofrem no seio da sociedade.

Se faz cada vez mais necessário a propositura de leis como a Projeto de Lei (PL) N° 672/2019 que venham a proteger essas pessoas garantindo assim a dignidade que é um dos mais importantes direitos inerentes ao ser humano, é vigente sua importância receber proteção

especial de nossa Constituição se encontrando substanciado já em seu primeiro artigo (BRASIL, 2019).

Vigente as modificações que a sociedade sofreu e sofre, se torna necessário que o direito mude e se atualize para que possa abranger as novas situações sócias, como não é diferente com o direito de família, que é o ramo do direito responsável por definir tutela e proteger a entidade que se encontra no centro da sociedade.

Justamente pelo fato deste ramo do direito se encontrar em meio a uma sociedade tão plural e diversificada, que deve se encontrar a cada momento em desenvolvimento, pois apenas assim o mesmo pode compreender as novas formações e arranjos de grupos familiares.

Podendo assim perceber a grande importância que esses direitos e a defesa dos mesmos possuem em meio a atual sociedade cujo preconceito e a violência se encontram disseminadas a ponto que cada vez mais o legislador se vê forçado a intervir com a criação de tais leis para a defesa de direitos que deveriam ser básicos e inerentes à todos

METODOLOGIA

O presente trabalho através do método dedutivo e da técnica Bibliográfica de revisão sistemática que possui como base doutrinas de direito civil que tratam sobre o direito de família como o livro de Direito Civil Brasileiro de Carlos Roberto Gonçalves (2013) e do Manual de Direito das Famílias da ilustre jurista Maria Berenice Dias (2016), para que se possa discutir a respeito das modificação sofridas pelo direito de família, utiliza-se também da Constituição Federal (1998) e de informações contidas no site do STF a respeito de julgamentos e seus resultados, para que se possa discutir e analisar o princípio da dignidade da pessoa humana como um direito de todos, bem como analisar a propositura de leis e mudanças na formação do grupo familiar que vem para garantir a efetivação do princípio em apreço.

FORMAÇÃO E EVOLUÇÃO DO GRUPO FAMILIAR

O conceito de família com o passar dos tempos vem se modificando cada vez mais. Diante das presentes mudanças na nossa sociedade, se faz necessário que o modelo familiar seja alterado. É visível que o modelo patriarcal ficou de lado e passou a ser constituída de forma

igualitária e democrática não havendo hierarquia no grupo família como a que existia no início da formação da referida entidade.

A constituição de família na sociedade atual não decorre apenas de casais heterossexuais, mas também de união entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, estamos em uma fase de consolidação entre o real termo de família (BRASIL, 1988). Diante destas circunstâncias, é fundamental que seja destacado e exposto essa inclusão na base familiar para que haja uma nova visão de introdução a família em nosso país.

É difícil a visualização do que seria o real conceito de família hoje, já que o núcleo familiar tomou uma proporção enorme se diversificando e evoluindo o que torna difícil até mesmo para grandes doutrinadores a conceituação do que seria uma família.

Nos dias atuais, o que pode ser feito é uma demonstração da evolução e modificação que o grupo familiar sofreu, para isso, é necessário compreender as mudanças que a mesma sofreu, tais mudanças só podem ser visualizadas a partir de uma análise das modificações que a mesma passou e da compreensão da forma como a mesma se modificou.

Essa evolução do entendimento de família se pauta em um principal ponto que é a modificação do centro de formação da mesma, que deixou de ser entendida como uma união formal e passou a ser entendida como uma união baseada no afeto.

Pelo Código Civil de 1916, a constituição de família se dava apenas pelo casamento, era a única forma (BRASIL, 1916). Hoje, com as diversas mudanças, o legislador reconhece não somente esta, mas outras diversas formas.

Quando se pensava em família, destaca bem Maria Berenice Dias (2016), se pensava sempre em “Um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos.” É evidente que essa não é mais a nossa realidade, hoje temos uma pluralidade de moldes familiar predominadas pelo laço afetivo e não mais regidas pelo matrimônio como antigamente.

Tendo a entidade familiar passado a se basear em algo tão relativo quanto a felicidade, a mesma passou a segundo muitos autores, não ser mais passível de conceituação específica, devido em parte a subjetividade da felicidade na qual a mesma se baseia e em parte pela pluralidade social que cria várias espécies e modalidades a cada dia que se passa.

Bem observou Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018) em um de suas obras de Direito Civil, a ligação entre essa pluralidade de constituições familiares e o Direito. “a expressão “família” é gênero, que comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto da proteção do Direito”.

Em meio a essa modificação do conceito do grupo familiar, surge o conceito união homoafetiva, como uma nova modalidade de grupo familiar que emerge em meio a uma sociedade tão diversificada como a nossa.

Ressaltamos que é justamente em meio a esta sociedade que surge o preconceito contra estas famílias, tornando assim necessário que o legislador e o judiciário interviessem nesta situação para garantir a efetivação dos direitos que são inerentes a todos como o da dignidade e a felicidade.

MAIOR PROTEÇÃO AOS HOMOSSEXUAIS

Mesmo após a extensão do entendimento do que seria o grupo familiar, ainda sim são necessárias modificações legislativas no sentido de garantir maior proteção para os homossexuais que apesar de terem sua união e grupo familiar reconhecidos perante a lei e o direito não são reconhecidos ou são discriminados perante a sociedade como um todo.

A distinção contra os homossexuais chegou a tal ponto que se tornou necessário a intervenção do STF que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão (ADO) N° 26 e do Mandato de Injunção (MI) N° 4733 teve de enquadrar o crime de homofobia como crime de racismo, para que assim pudesse garantir uma maior proteção para as pessoas que são vítimas de tal crime.

O resultado dos casos em apreço também demonstra a preocupação do direito em proteger estas pessoas que anteriormente não tinham seus laços contemplados pelo direito e muito menos a proteção da qual tanto precisam em meio a uma sociedade com tantos preconceitos.

Ambas as ações anteriormente mencionadas são de extrema importância, pois além de tornarem a homofobia uma forma de racismo, também cumpriram os seus papéis, pois logo após o julgamento do STF, ocorreu a propositura de uma Projeto de Lei (PL) N° 672/2019 que visa tipificar como crime a discriminação ou o preconceito que decorrer da orientação sexual e/ou identidade de gênero do indivíduo, isso ocorre ao incluir tais condutas na lei de racismo o que viria a dar uma maior garantia de proteção as pessoas que são vítimas de tais atos.

A entidade familiar ao longo dos anos passou por muitas alterações e modificações, e atualmente é uma das entidades mais difíceis de se definir. Segundo Pamplona Filho e Stolze Gagliano (2018), ao tratar do conceito de família afirma que “[...] não é possível apresentar um conceito único e absoluto” para defini-la visto que a alta complexidade que as relações que a

mesma possui, portanto é evidente que não há como existir apenas uma espécie de família e sim uma gama de “relações sócio afetivas que vinculam as pessoas”.

Essa complexidade de conceituação do que seria a família se dá em grande parte pelo fato de que a mesma seria como o descrito por Gonçalves (2018) considera a entidade familiar como “núcleo fundamental onde repousa toda a organização social”, sendo assim, o centro da sociedade e como tal a base do estado e como o exposto na Constituição Federal em seu Artigo. 226, Caput, “base da sociedade” possuindo assim especial proteção do Estado (BRASIL, 1988).

Vigente a evolução da entidade familiar que deixou de ser um núcleo econômico e de ter a função quase que exclusiva de gerar filhos e passou a ser baseada no amor e nas relações socioafetivas surgiram vários novos tipos de famílias, como é o caso das família homoafetiva, não sendo mais possível restringir aquilo que seria a entidade familiar ou dar um conceito único e geral para algo tão complexo e diversificado.

Sendo assim, é evidente que as novas relações de familiares são agora mais do que nunca pautados no princípio da afetividade, deixando assim de se pautar no direito das obrigações em que a mesma seria uma sociedade de fato e sendo vista agora como realmente e uma sociedade pautada no afeto existente entre os indivíduos.

Agora necessário que os vínculos homoafetivos que existem em meio a nossa sociedade para além de serem consideradas relações homossexuais não mais sejam marginalizadas e discriminadas pelo preconceito em um Estado que se pauta no princípio da dignidade da pessoa humana e que passa a reconhecer outras espécies de grupos familiares diversos do tradicional composto por um homem e uma mulher.

RELAÇÕES POLIAFETIVAS OU POLIAMOROSAS

Quando se trata das diversas mudanças que a base familiar passou, um bom exemplo a ser explanado são as famílias poli afetivas ou poli amorosas. Que se trata de uma família constituída com base no afeto, amor e liberdade de expressão que pode existir entre duas ou mais pessoas e como tal e uma espécie de grupo familiar que a sociedade julga muito por fugir dos padrões éticos e da normalidade.

Ocorre que em grande parte da sociedade as pessoas estão acostumadas com a forma de família heterossexual e condenam todo e qualquer tipo de laço afetivo que venha a ser

divergente, agindo assim muitas vezes com desdém, repúdio e agressividade contra as pessoas que constituem grupo familiar diverso do qual a sociedade definiu como padrão.

Segundo a ilustre jurista Maria Berenice Dias (2016) podemos entender a união poliafetiva se forma através da formação de uma entidade familiar que ocorre através da:

União poliafetiva é quando forma-se uma única entidade familiar. Todos moram sob o mesmo teto. Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes. Isto significa que o tratamento jurídico à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo direito.

Maria Berenice Dias (2016) ainda fala em seu livro a seguinte frase “Claro que estas uniões sempre foram invisibilizadas. Não aceita pela sociedade e nem contempladas no sistema jurídico” demonstrando que a sociedade durante muito tempo se recusou a aceitar essas pessoas e demonstrando também o fato de que o próprio direito não vinha a se importar em proteger tais pessoas que não eram aceitas pela sociedade.

Atualmente a situação em apreço vem sofrendo alterações principalmente no campo do direito em que essas pessoas passam a ter algum reconhecimento e que suas relações afetivas passam a ter um certo poder jurídico através de seu reconhecimento como espécie de família.

O poliamor surgiu dentro da sociedade como uma bomba, a união recíproca entre 3 pessoas sobre o mesmo teto (um homem e duas mulheres) na maioria dos casos, é algo que as pessoas não estão acostumadas a verem, e é isso que leva a pessoas a não aceitarem, pois não é uma coisa comum, para muitos isso vai contra a ideia tradicional de família e como tal acaba sendo rejeitado por parte da sociedade.

Hoje em dia, é justamente o que devemos ressaltar, a poliafetividade é o exemplo vivo de uma família constituída com base no afeto, união e respeito devendo assim ser visto como uma entidade familiar comum, que se baseia no afeto e na e parte da liberdade indo de encontro com a felicidade. Nas lições de Berenice Dias (2016) “Não havendo prejuízo a ninguém, de todo descabido negar o direito de as pessoas viverem como quiserem e da forma que desejarem”.

Atualmente, a trancos e barrancos nos encontramos em meio a um processo de transição para a construção de uma sociedade de fato livre e democrática, em que as pessoas toleram e respeitam toda e qualquer forma de união familiar.

Devemos ter consciência que independentemente de como são compostas as famílias: heteroafetivas, homoafetivas ou poli afetivas o direito rege-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, devendo assim ter como objetivo a redução e fim da rejeição social, sofridos para os mencionados grupos familiares e os diversos outros que se encontram em meio a uma sociedade plural e diversificada como a que existe nos dias atuais.

PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um direito de todos e está prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Esse princípio se enquadra bem quando falamos sobre os casais homossexuais. Sem dúvidas, é o princípio que protege essa forma de laço familiar.

Pessoas sofrem de variados tipos de preconceito diariamente por usufruir do seu direito de liberdade, isso em grande parte se dá pela falta de conscientização da população que vivem em um “Estado Democrático de Direito” em que cada um tem o seu espaço e deve ser respeitado por suas escolhas. Carmem Lúcia bem trata do tema ao falar durante a sessão do STF que se decidiu a favor da criminalização da homofobia (STF, 2019):

Numa sociedade discriminatória como a que vivemos, a mulher é diferente, o negro é diferente, o homossexual é o diferente, o transexual é diferente. Diferente de quem traçou o modelo porque tinha poder para ser o espelho e não o retratado. Preconceito tem a ver com poder e comando. Todo preconceito é violência, toda discriminação e causa de sofrimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os fatos expostos, fica evidente que a sociedade vem evoluindo e que junto com ela os tribunais e os legisladores. Uma evolução que se consubstancia nas interpretações e visões que vem mudando com o tempo, como assim ocorreu e continua ocorrendo no direito de família no qual inicialmente existia uma visão “fechada” daquilo que se tinha como entidade familiar e hoje se tem uma visão mais “aberta” e abrangente.

Em uma breve análise de tudo o que já foi conquistado até o momento, é evidente que a sociedade ainda possui um longo caminho. E justamente em virtude desse processo de evolução que nos dias de hoje não é mais possível ter uma visão estagnada do que é a família.

Atualmente, muito se critica a respeito das novas formas de família principalmente quando composta por pessoas do mesmo sexo, porém, é importante visualizarmos que o que constitui a família nos dias atuais e a vontade entre as partes não se podendo mais negar o status de família a pessoas que advenham da união de pessoas do mesmo sexo.

Nos dias de hoje, em meio a uma sociedade baseada na dignidade da pessoa humana não é mais aceitável que formas arcaicas de pensamento impeçam a formação de novos tipos de família, para tanto, é necessário que acima de tudo haja uma conscientização por parte da população para que se possa difundir as novas e incontáveis formas de grupos familiares que se encontram tão diversificados em todas as suas formas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Rideel, 2005.

BRASIL. Projeto de Lei 672/2019. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135191>. Acesso em: 22 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Maria Berenice Dias. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**. Volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6: direito de família/Carlos Roberto Gonçalves. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Mariana. BÁRBIER, Luiz Felipe. **STF permite criminalização da homofobia e da transfobia**. 13/06/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/stf-permite-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia.ghtml>. Acessado em: 24 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. Publicado dia 13 de junho de 2019.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 22 out. 2019.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATUAL CONCEITO DE FAMÍLIAS À LUZ DA AFETIVIDADE

Fernanda Suyane Avelina dos Santos¹
Maria Gabriela Alves da Silva²
Me. Francisco Paulino da Silva Junior³

RESUMO

Este estudo visa apresentar, analisar e fomentar a definição hodierna de família levando em consideração o princípio da afetividade, trazendo também à tona outros princípios que estão diretamente relacionados a esse, como o princípio da dignidade humana. Utiliza-se do método dedutivo e das técnicas concernentes à pesquisa bibliográfica e documental, pois recorre a doutrinadores e estudiosos deste campo e suas acepções a fim de obter um conhecimento mais abrangente a respeito do tema, com o intuito de quebrar paradigmas. Por se tratar de um tema atual, esta pesquisa expõe a família na conjuntura que se tem no presente tempo, levando em conta o contexto histórico evolutivo, com destaque a afetividade, além de apresentar as críticas sofridas pelos novos arranjos familiares atualmente. Isso tudo com a finalidade de trazer um olhar moderno, ampliado com respeito e dignidade ao campo das famílias.

Palavras-chave: Família. Hodierna. Afetividade.

ABSTRACT

This study aims to present, analyze and foster today's definition of family taking into account the principle of affection, also bringing to light other principles that are directly related to this, as the principle of human dignity. It uses the deductive method and the techniques concerning the bibliographic and documentary research, because it resorts to scholars and scholars of this field and their meanings in order to obtain a broader knowledge on the subject, in order to break

paradigms. Because it is a current theme, this research exposes the family in the current situation, taking into account the historical evolutionary context, highlighting the affection, besides presenting the criticisms suffered by the new family arrangements currently. All this with the purpose of bringing a modern look, expanded with respect and dignity to the field of families.

Keywords: Family. Today. affectivity.

¹ Fernanda Suyane Avelina dos Santos – Graduanda em bacharelado em ciências jurídicas e sócias (direito) faculdade de filosofia ciências e letras de Cajazeiras PB – FAFIC, endereço eletrônico: Fernanda.suyane12@gmail.com

² Maria Gabriela Alves da Silva - Graduanda em bacharelado em ciências jurídicas e sociais (direito) faculdade filosofia ciências e letras de Cajazeiras PB – FAFIC, endereço eletrônico: gabrielaalves0001@gmail.com

³ Francisco Paulino da Silva Junior – Mestre em ciências jurídicas e sócias (direito) Universidade Federal da Paraíba – UFPB, endereço eletrônico: fpsjunior@gmail.com

INTRODUÇÃO

A família é a base fundamental das relações humanas, é a partir dela que o indivíduo se encontra inserido em uma sociedade, a sociedade familiar, para só depois adentrar na sociedade como um todo. É, pois, devido a tamanha importância que se tem da unidade familiar, que este estudo visa discutir a respeito do atual conceito de família assim como salientá-la no princípio da afetividade.

Este trabalho busca analisar a estrutura atual familiar por meio bibliográfico. Dentre autores utilizados pode-se destacar Berenice Dias com a sua obra “manual de direito das famílias” com o intuito de mostrar a presente conjectura familiar entrelaçada com o princípio da afetividade, tendo como o objetivo expor que a época da única forma de família, a patriarcal, não existe mais e sim muitas composições, as quais merecem o direito essencial para a vida em sociedade: o respeito.

Além do mais este trabalho busca ampliar as discussões a respeito deste tema, trazendo o que a Magna Carta apresenta sobre este, assim como as decisões do STF (Supremo Tribunal Federal) e demais tribunais.

Foi da ideia de trazer um conceito do que seria família na pós-modernidade no tocante à afetividade e seu contexto histórico evolutivo que este estudo surgiu. Pois tendo a ideia de que é a partir do passado que se entende o presente e conhecendo o assunto que a visão é ampliada, preconceitos e discriminações são diminuídos e soluções são postas é que a sociedade evolui, visando sempre a dignidade de todos e o bem comum.

Portanto, é no intuito de apresentar aspectos referente à afetividade no conceito de família que este ensaio surge.

CONTEXTO HISTÓRICO EVOLUTIVO DA FAMÍLIA: O CONTRAPONTO DA ORIGEM AOS DIAS ATUAIS

Ao longo da história pode-se ver que a união dos seres vivos foi algo recorrente, seja por meio do acasalamento, para a perpetuação da espécie, seja por meio afetivo como ocorre com a espécie humana, porém isso é recente. A construção das famílias na antiguidade clássica grego-romana influenciou o mundo ocidental, nos legando o patriarcado, o patrimonialismo, o antigo código civil, etc. Além disso:

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. No dizer de Giselda Hironaka, não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupo familiar a que ele pertence - o que importa é pertencer ao seu âmbito, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade. (DIAS, 2016, p 46).

Nesse contexto, é perceptível ver que a família não mais tem somente caráter de proteção na ideia que juntos somos mais fortes, mas de natural, biológico e, sobretudo, afetivo, visando sempre a completude. Mas para que isso se tornasse possível, a estrutura que chamamos hoje de família deveria passar por mudanças históricas.

Em um determinado momento histórico foi instituído o casamento como regra a ser seguida, fora uma forma de melhor estabelecer a relação grupal. É assim que se dá início a organização na qual a figura do homem pressupõe força, poder, é o patriarcado ditado no perfil hierarquizado. Como o homem era tido como o ser mais forte e valente foi instaurado que ele seria o pai, o protetor do lar; a mulher, por outro lado, seria a mãe a que procria e cuida dos filhos, tudo pensando nas melhores condições de sobrevivência de todos.

No entanto, este perfil começa a mudar de figura com a chegada da industrialização, com a Revolução Industrial. Dessa forma, pela necessidade de mão de obra, as mulheres passam a trabalhar (até mesmo as crianças o fazem), o homem já não é o único a sustentar a família, há a retirada do campo para a cidade. Assim, finda o caráter produtivo e reprodutivo.

Nesse sentido, devido a mudança para a cidade, o espaço se torna menor e gera uma certa aproximação conseqüentemente. Desse modo, sai a família instituída como forma de sobrevivência e entra a família com vínculo afetivo, como local de aconchego e amor, como forma de carinho que deve perdurar toda a relação.

Outrossim, inicia a fase que dura até a época atual, a qual permite a relação familiar por meio afetivo, a forma de garantir dignidade à pessoa, porém findo o afeto, também o é a família, ou seja, este é a base da estrutura familiar. Diferentemente de antigamente em que as pessoas eram obrigadas a ficarem juntas, pois era a forma de sobrevivência, que passa a ser imposta pela sociedade e com ela o seu prejulgamento, o que fazem as pessoas temerem a separação; hoje quando terminar o afeto também com ele termina a família.

Portanto, a família surge como método fundamental de sobrevivência e chega a base afetiva relacionada com o bem estar emocional, ligada com a dignidade e elementar para uma vida humana saldável, com prazer e com o sentimento de pertencimento antes de tudo a um grupo afetivo, o qual é base da vida, sendo o primeiro agente socializador do ser humano.

A PLURALIDADE DO CONCEITO DE FAMÍLIAS NA HODIERNA SOCIEDADE

Geralmente quando se fala em família vem à mente a composição patriarcal de pai, em seguida a mãe e os filhos. No entanto, esta ideia permanece equivocada quando se refere à estrutura familiar no presente século.

A constituição de 1988 trouxe mudanças e proteção a respeito da estrutura familiar, a exemplo da união estável (CF 226 § 3.º), bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226 § 4.º). Além disso, o STF decidiu elencar como família as uniões homoafetivas, que assegurou direito, inclusive, o casamento. Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada na 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nos termos da legislação temos a Lei n. 11.419/2006, § 3º e 4º do art. 4º.

Nessa conjuntura, o que é levando em consideração pela juridicidade é a questão afetiva. Assim, os termos como família marginal, informal dentre outras, só demonstram um caráter discriminatório, por isso estão banidas do vocabulário jurídico.

É por meio da afetividade, projetos de vidas e propósitos comuns que as famílias estão sendo formadas. O aspecto de casamento sexo, procriação, o mito da virgindade são conceitos que estão sendo quebrados quando se trata de formação familiar. Em vista disso, a concepção já não decorre exclusivamente do contato sexual, haja vista a adoção.

Desse modo, se torna difícil a definição de família dos dias atuais. Assim, Berenice Dias fomenta:

É necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional - cujo núcleo é a vontade - para inseri-lo no direito das famílias (DIAS, 2016, p. 232).

Desta forma, o conceito de família deve estar intrinsecamente relacionado à afetividade. Esse aspecto é levado em consideração na Lei Maria da Penha (L11.340/06) quando admite em seu texto legal que violência doméstica e familiar contra a mulher é advinda de qualquer relação íntima de afeto (LMP 5º. III).

Não obstante, essa pluralidade familiar gera por vezes discriminações daqueles ditos defensores da família tradicional, ou seja, a patriarcal. Por não aceitarem na atualidade as distintas formas familiares, a exemplo da união estável ser reconhecida pejorativamente como “amancebo”, acabam por agir com diferenciação, com repulso.

Cabe salientar que na Constituição Federal está expressamente exposto a união estável entre homem e mulher, isto é, a um casal heterossexual, gerando margem para discussão acerca da união estável entre pessoas do mesmo sexo, a homossexuais. Entretanto, essa lacuna a respeito da homossexualidade, ocasionou, como dito anteriormente, na decisão advinda do STF.

Outro ponto a ser destacado é a questão da união poliafetiva, a qual seja a família formada por três ou mais pessoas, com um vínculo afetivo. O casamento, por sua vez, é monogâmico, quer dizer, só pode casar uma pessoa por vez. Entretanto, é cabível argumentar que a primeira união estável entre duas mulheres e um homem fora oficializada no cartório do estado do Rio de Janeiro no ano de 2016.

Destarte, ressalta-se que a família é um grupo social unidas essencialmente por laços afetivos com objetivos comuns a fim de partilhar suas vidas juntas.

AFETIVIDADE COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE HUMANA

A ideia de afeto é usando no ordenando jurídico como um farol para o entendimento do que de fato são configurados os laços socioconstruído na atual sociedade. A noção de afetividade está implicitamente correlata ao respeito à dignidade da pessoa humana ao que se diz respeito a sua convivência, laços e costumes assim foi lançado a premissa de afetividade um grau de princípio.

Segundo Tartuce em diálogo com Calderon (2012, p.28) exemplifica que esse princípio da afetividade é crucial na compreensão do âmbito familiar na atualidade:

Pois bem, apesar de algumas críticas contundentes e de polêmicas levantadas por alguns juristas, não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar. Conforme bem aponta Ricardo Lucas Calderon, em sua dissertação de mestrado defendida na UFPR, “parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento

E conseguindo esse status a noção de afeto (não confundida com amor, mas as relações edificadas entre indivíduos de caráter positivo e constitutivo de interação interindividual), destarte, torna uma orientação, fonte e base para os julgamentos do caso concreto a observância da afetividade como fundamento que conecta os indivíduos. Uma vez compreendida a importância implícita constitucional a importância da busca da preservação e relevância do poder sócioafetivo buscou nos diversos ramos da árvore jurídica e em lócus no direito civil a valorização desse entendimento como luz direcionadora solução de casos concretos e nos entendimentos doutrinários, sóciojurídicos e legislativo do poder que emerge desse princípio.

Para Serrão configura como princípio da afetividade:

O princípio da afetividade assume papel importante na sociedade atual, uma vez que é reconhecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de forma implícita no artigo 226, e principalmente foi reconhecido no direito de família. A afetividade é considerada elemento essencial para a formação da família. O afeto é aquele sentimento que mantém a unidade familiar entre cônjuges/companheiros e entre pais e filhos (SERRÃO, 2016, p. 3).

Em sintonia ao que foi exposto o princípio da dignidade humana prevista na constituição como fundamento do nosso estado está correlato diretamente com o princípio supracitado ao qual um está em consonância com a efetividade do outro, através do entendimento do princípio da afetividade a jurisprudência e corte suprema federal compreendeu por omissão do legislativo considerar e colocar isonomia, por exemplo, a família homoafetiva garantindo igualdade e respeito à nova configuração sociocultural da nossa sociedade ao qual indivíduos estão unidos por afetividade e por consequência construir uma família, patrimônios e relações sociais e não lançar direitos a esses grupos que tem por caráter uma déficit sócio histórico o não reconhecimento.

Dessa maneira emergiu:

De início, como primeira consequência, a afetividade contribuiu para o reconhecimento jurídico da união homoafetiva, expressão cunhada por Maria Berenice Dias, como entidade familiar. Após um longo trajeto -, que se iniciou pela negação absoluta de direitos, passou pelo tratamento como sociedade de fato e chegou ao enquadramento como família -, o Direito Brasileiro passou a tratar a união entre pessoas do mesmo sexo como comunidade equiparada à união estável. A culminância de tal conclusão se deu com a histórica decisão do STF de 5 de maio de 2011, publicada no seu Informativo n. 625 (TARTUCE, 2012, p 28 e 29).

Por tanto, pela valorização do afeto construído nas relações e na predominância de laços constitutivos de uma outra ideia de família o nosso ordenamento jurídico considera atualmente família a união estável de homoafetivos, uma conquista histórica e reiterada de fundamento da dignidade humana e o seu respeito.

NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DE NOVOS ARRANJOS FAMILIARES PAUTADOS NO AFETO

Direito civil constitucional aplica de forma vertical irradiante a norma constitucional na esfera do direito dito privado, ou dos indivíduos ou entre os sujeitos. Essa aplicação é importante na compreensão de uma unicidade do sistema jurídica brasileiro ao qual o master farol é a carta magna, que deve fundamentar aquilo que Gonçalves dita como uma leitura não do código civil puramente deslocado, mas a leitura e a interpretação aparato por meio da constituição.

Destarte:

O reconhecimento da existência do direito Civil Constitucional, de forma autônoma, leva o Estado à necessidade de aprimorar os instrumentos utilizados em sua atuação como agente normatizador das atividades humanas. Desta forma verificou-se a socialização das relações privadas, iniciando um fenômeno de constitucionalização do direito privado (JUSBRASIL).

Usando a ideia de um direito civil e constitucional está basicamente apresentando uma outra noção das estruturas civis assim mesmo não sendo consagrados na constituição e tão pouco no código civil as uniões homoafetivos e estáveis estão garantidos de direitos no tocante à sua proteção e reconhecimento e para isso os princípios constitucionais como a dignidade humana e a igualdade que estão correlato a nova ideia de família e sua configuração.

Outrossim, é relevante frisar o conceito:

Direito civil constitucional, na tradução de Flores Valdés, deve ser entendido como "um sistema de normas e princípios institucionais integrados na Constituição, relativos à proteção da pessoa em si mesma e suas dimensões fundamentais familiar e patrimonial, na ordem de suas relações jurídico-privadas gerais, e concernentes àquelas outras matérias residuais consideradas civis, que tem por finalidade firmar as bases mais comuns e abstratas da regulamentação de tais relações e matérias, nas que são suscetíveis de aplicação imediata, ou que podem servir de ponto de referência da vigência, da validade e da interpretação da norma aplicável ou da pauta para o seu desenvolvimento (JUSBRASIL).

A própria nomenclatura do direito civil e constitucional é uma tentativa no campo doutrinário na edificação de um entendimento unificador e de uma hermenêutica que privilegia os princípios assegurados na carta máxima como base não apenas das esferas do direito público e extrapola esses pseudoslimites e aplica de forma imediata os princípios e normas constitucionais, cria-se um direito civil- constitucional.

CONCLUSÃO

Esse ensaio teve como base a fundamentação e problematização do princípio da afetividade, a nova configuração histórica familiar e conquistas reiteradas que asseguram a dignidade humana.

No primeiro momento o ensaio adentrou na construção histórica ocidental de laços latino e até a configuração da família na sociedade brasileira de outrora e as novas dimensões do conceito de âmbito familiar.

No segundo momento explicado de maneira suscita porém pontual a importância da constituição na edificação do entendimento de novos princípios que funcionam como farol a nossa sociedade atual que não pode tolerar desrespeito, intolerância e negar direitos básicos como o reconhecimento de uma união fundamentada não nos meios conservadores ou tradicionais, mas de igual valor pautado na efetiva construção de uma sociedade que valoriza o pluralismo e a diversidade, não nega o afeto, ou seja, os laços entre as pessoas não considerando cor, gênero ou qualquer tipo de discriminação.

Por outro lado, também desenvolvemos uma ponte entre o princípio da afetividade com o master princípio da dignidade humana, pedra fundamental no ordenamento jurídico brasileiro por ser a base constitucional do país entre outros princípios que são faróis como a igualdade.

Por fim, há uma breve discussão sobre a relevância do direito constitucional civil e sua efetividade no ordenamento jurídico brasileiro na produção de uma hermenêutica do código civil através dos princípios constitucionais, estes são irradiante a toda a árvore do direito e como o campo do direito civil constitucional está em consorte com os princípios e conquistas como o reconhecimento de outras formas de famílias e laços afetivos.

Por tanto, esse ensaio tem como norte reiterar a importância dos direitos conquistados a luz de uma interpretação que respeita o ser humano e seus laços e emoções, base para o reconhecimento e dar igualdade entre os indivíduos. Os princípios da igualdade, da afetividade e da dignidade da pessoa humana são e serão sempre além de luzes constitucionais, pois configuram faróis para uma nova sociedade atenta ao altruísmo e afeto ao próximo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lauren J. L. F. Teixeira. **O direito admite o poliamor?** Jusbrasil. Disponível em: <https://laurenfernandes.jusbrasil.com.br/artigos/469611956/o-direito-admite-o-poliamor>. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em

<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf>. Acesso em: 23 set. 2012.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. Forense LTDA. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. ABDR. São Paulo. 2016.

PENHA, Lei Maria da (2006). **Lei Maria da Penha**. Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico.

GONÇAVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, volume I: parte geral**. 14 ed. São Paulo, 2016.

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.

SERRÃO, Giuliana Carvalho dos Santos. **O princípio da afetividade e a reparação por danos morais no caso de abandono afetivo**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro 2016.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Revista Consulex nº. 378, de 15 de outubro de 2012, páginas 28 e 29 (Ano XVI, Brasília, DF).

TURATO, Angelo Henrique de Oliveira. **Direito civil- constitucional**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35992/direito-civil-constitucional>. Acesso: 15 out. 2019).

OS OBSTÁCULOS À ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Lívia Karla da Fonseca Albuquerque¹
Francisco Paulino da Silva Júnior²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a discussão acerca dos obstáculos enfrentados por pares homoafetivos no que diz respeito à adoção no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, o artigo tem a intenção de realizar uma maior reflexão na sociedade sobre com relação a aceitação da adoção por pares de mesmo sexo, além da análise sobre a possibilidade de mudanças na legislação para que haja a legitimação da adoção por casais homoafetivos, como também a tentativa conceitual de família homoafetiva e suas formas de configuração. Trata-se da realidade da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessária a análise das dificuldades e conquistas pelas quais passam os casais homossexuais, principalmente no que diz respeito ao preconceito e aversão social que estes sofrem constantemente, fazendo-se aqui uma busca de soluções e melhorias para uma maior eficácia nesse processo de adoção com base nas decisões jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Família Homoafetiva. Legislação. Preconceito. Jurisprudenciais.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the obstacles faced by homosexual couples about adoption in the Brazilian legal system. Also, the article intends to make a greater reflection in society regarding the acceptance of same-sex peer adoption, as well as the analysis of the possibility of changes in the legislation to legitimize adoption by same-sex couples, as well as the adoption of same-sex couples, the conceptual attempt of homoaffective family and its forms of configuration. This is the reality of adoption in the Brazilian legal system, and it is necessary to analyze the difficulties and achievements that homosexual couples go through, especially about prejudice and social aversion that they constantly suffer, searching for solutions here. and improvements to make this adoption process more effective based on case law decisions.

KEYWORDS: Adoption. Homoffective Family. Legislation. Preconception. Jurisprudential.

INTRODUÇÃO

As relações entre pessoas é, historicamente marcada sobretudo pela heterossexualidade, principalmente quando se trata destas no Brasil, em que a sociedade possui raízes machistas, patriarcais e discriminatórias, prevalecendo a ideia de que a família só poderá e deve ser formada por um homem e uma mulher, a famosa “família tradicional brasileira”, sendo assim enorme a dificuldade de aceitação de formação de família por casais de mesmo sexo e conseqüentemente o reconhecimento no que diz respeito à adoção por estes. Porém, é notório que a “cara” da família moderna já não é mais a mesma, sendo possível identificar o surgimento de um pluralismo de entidades familiares, fugindo da normalidade daquelas já existentes, sendo urgente a necessidade de reconhecimento por parte da jurisprudência, já que as leis ignoram tal fato.

O Estado por meio da Constituição Federal em seu artigo 226, dá uma especial proteção à família, uma vez que, segundo a Carta Magna de 1988, a família é a base da sociedade. Hermeneuticamente, não cabe aqui exclusão de demais entidades familiares. A família que antes somente era aceita pela sociedade se constituída pelo patrimônio, hoje não é mais vista de tal maneira, há uma grande repersonalização das relações familiares, pois como base da sociedade, busca atender aos mais valiosos interesses das pessoas humanas como o afeto, a solidariedade, a lealdade, a confiança, o respeito e o amor. A família é de fato uma realidade sociológica, é o núcleo fundamental onde repousa a organização social. Dessa forma, a adoção por casais de mesmo sexo, na busca de construir uma família, é uma forma de promover os interesses e as necessidades de todos os sujeitos do ato, tanto daquele que se encontra na posição de ingressar na família como o casal que a compõe.

Além disso, as relações entre pessoas de mesmo sexo sempre foram marginalizadas e segregadas, sobretudo por parte da Igreja, a qual considera a homossexualidade um pecado e até mesmo uma doença. Após a sacralização do casamento matrimonial entre um homem e uma mulher e o pensamento preconceituoso transmitido pela Igreja, fez com que a sociedade, principalmente a parte conservadora, passasse a tratar com repúdio as relações homoafetivas. Entretanto, essas relações adquiriram visibilidade, não sendo mais excluídas do âmbito do direito das famílias, passando a serem reconhecidas como uniões homoafetivas e graças aos avanços jurisprudenciais, os quais foram necessários, fizeram com que o Supremo Tribunal

Superior declarasse que as uniões homoafetivas são uma entidade familiar, sendo-lhes assegurados todos os direitos, incluindo o direito de acesso ao casamento. Portanto, proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria um afronto a decisão do STF, tendo em vista que este juntamente com o Congresso Nacional, por meio da Resolução nº 175/2013 proíbe que os cartórios recusem-se a realizar o casamento civil entre pessoas de mesmo sexo, como também deixar de converter a união estável em casamento.

Por isso hoje, a adoção por casais homoafetivos, para construção de uma família, visa principalmente assegurar o bem-estar da criança ou adolescente, tendo como principal característica o sentimento humanitário e o caráter social. Além disso, é possível afirmar que crianças adotadas e criadas por casais homossexuais possuem uma vida digna e também suas necessidades, tanto afetivas como físicas, garantidas e supridas, da mesma forma que uma criança que é adotada e criada por um casal heterossexual possui. A adoção por casais de mesmo sexo permite que a natureza do ato de adotar seja realmente efetivada, ou seja, a natureza afetiva, uma vez que não se trata mais de um contrato no qual uma criança é inserida na família, mas sim de um ato de acolhimento que oferece vida digna ao adotado.

É verdade que vivemos em uma sociedade preconceituosa, por isso é objeto principal deste trabalho analisar o tema com a intenção de despertar a reflexão a respeito da aceitação de adoção por pares homoafetivos, e principalmente a legitimação do ato, uma vez que há aqui uma maior vulnerabilidade e também dificuldade, por razões de discriminação e aversão social, pois no Brasil esse tema ainda é visto como polêmico, sendo possível identificar poucas análises científicas. Se ver necessário falar sobre a temática, pois pouco se discute a respeito desse direito, uma vez que por vivermos em uma sociedade moldada em laços conservadores, essa “novidade” de adoção por pares homoafetivos é estranha aos olhos de quem pouco sabe sobre o assunto, sendo de suma importância gerar uma maior reflexão acerca desse debate, buscando reprimir o preconceito e a aversão ainda persistente na sociedade brasileira.

Dessa maneira, o presente trabalho tem por objetivo falar sobre a família, tendo em vista suas novas formas de configuração, não podendo dessa forma, ao falar sobre família, deixar de lado as família homoafetivas, a qual será tema principal desta discussão, dando-se ênfase aos obstáculos à adoção pelos quais casais de mesmo sexo enfrentam constantemente dentro de uma sociedade preconceituosa, bem como os requisitos deste procedimento e os efeitos que resultam da adoção. Inicialmente será apresentado o conceito de família como também o conceito de família homoafetiva e seu direito ao casamento por meio de decisões judiciais,

servindo para melhor compreensão da temática. Será analisado também o funcionamento da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, assim como as formas de solucionar e fazer com que a sociedade tome entendimento desse processo, a fim de pôr fim ao preconceito que é, entre outros, um dos maiores obstáculos para a aceitação da adoção por casais homoafetivos.

METODOLOGIA

Para a realização do trabalho foi utilizado o método de abordagem dedutivo e técnicas concernentes à pesquisa doutrinária e documental, pois tem a finalidade de analisar o tema aqui proposto baseando-se no entendimento doutrinário de outros autores como também o entendimento jurisprudencial, semelhantes com o objetivo deste artigo, a fim de obter os resultados e uma reflexão mais ampla sobre o assunto, para a construção da análise científica.

Foram escolhidas duas principais obras para a realização do estudo e assim a produção do trabalho, uma voltada diretamente aos relacionamentos homoafetivos no âmbito do direito civil e outra voltada a temas mais gerais de conceituação e expansão de conteúdo. Ambas as obras tratam do direito de família, porém, uma traz de forma mais ampla e transparente a realidade sobre os casais homoafetivos. Portanto, o estudo deste artigo terá fundamento nos ideais de autores que apresentam significativo conhecimento sobre o assunto, tais como: conceito de família, de adoção, origem, histórico e modificações, bem como o estudo da legislação que regula os pontos aqui expostos. Além disso, serão estes pontos estudados também em fontes secundárias como por exemplo trabalhos acadêmicos, artigos científicos e livros que aqui foram colocados.

O estudo terá caráter analítico, com o intuito de fazer refletir e abrir novos caminhos para o pensamento, não sendo obrigado que se chegue a uma única conclusão ou pensamento, mas que seja visto de forma mais ampla e humanizada, em que seja possível se colocar no lugar do outro, favorecendo a liberdade de direcionar o pensamento para caminhos mais realistas e não influenciados.

O CONCEITO DE FAMÍLIA

Historicamente, especificamente na Idade Média, as relações familiares eram orientadas principalmente pelo direito canônico, cujo único casamento conhecido era o religioso, além disso, houve também importante crescimento das regras romanas e germânicas sobre família na época. Pode-se dizer que o conceito dado hoje a família brasileira teve por influência o conceito da família romana, canônica e germânica. Somente após as transformações sociais e culturais que a família passou a tomar rumos diferentes, podendo-se falar que ela tomou rumos próprios, adaptando-se à realidade, perdendo o caráter dogmático e canonista e prevalecendo a natureza contratual. Não obstante, as leis vigentes posteriormente ao Código Civil de 1916 assim como este, regulavam somente a família constituída pelo casamento religioso, de modelo patriarcal e hierarquizada (GONÇALVES, 2017, p. 36).

Portanto, entende-se por família o conjunto de pessoas de mesma linhagem e de mesmo sangue, a qual é formada por pai, mãe e filhos. As leis geralmente definem família como um núcleo restrito, como o conceito primeiramente mencionado. Seria essa a definição do modelo tradicional, em que um homem e uma mulher, unidos pelo matrimônio, têm a finalidade de procriar. Família é, portanto, uma instituição jurídica e social decorrente da união estável ou do casamento, formada por duas pessoas de sexo oposto, com a finalidade de estabelecer a comunhão de vidas e, em regra, gerarem filhos com o objetivo de transmitir o nome e o patrimônio.

Os ramos do direito trazem a definição do que vem a ser família atualmente. A Constituição Federal em seu artigo 226 trata especificamente da família. Interpretando o artigo e seus parágrafos, Tartuce (2018, p. 1176) afirma que a família é decorrente dos institutos do casamento civil, da união estável e da família monoparental. Nesse mesmo dispositivo, a Carta Magna deixa expresso que a família é a base da sociedade e que tem especial proteção do Estado, bem como a união estável e a família monoparental, pois como dito, são também consideradas entidades familiares. Para o Direito Civil a entidade familiar é aquela que deriva do casamento e é formada por pai, mãe e filhos, é possível identificar esse entendimento com a leitura do artigo 1.511 do Código Civil de 2002.

O conceito de família é, de fato, uniformizado dentro do ordenamento jurídico, em síntese, trata-se da união entre homem e mulher e sua prole. Além disso, a doutrina e a jurisprudência, principalmente a dos Tribunais Superiores, vêm entendendo nos últimos tempos que o rol constitucional não é taxativo, mas apenas exemplificativo. Compreende também como entidade familiar a família anaparental, que significa família sem pais, a família homoafetiva,

constituída por pessoas de mesmo sexo e a família pluriparental, que seria aquela decorrente de vários casamentos, uniões estáveis ou meros relacionamentos afetivos.

O casamento, por sua vez, pode ser conceituado como a união de duas pessoas, em que o Estado reconhece e regulamenta, e que é baseada no vínculo afetivo com o objetivo de constituir uma família. De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 5), casamento é:

União formal entre um homem e uma mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor de família, constituída mediante negócio jurídico solene e complexo, em conformidade com a ordem jurídica, estabelecendo comunhão plena de vida, além de efeitos pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, com reflexos em outras pessoas.

Apesar de ser mencionado que o casamento é a união entre pessoas de sexo oposto, atualmente no Brasil é admitido o casamento entre pessoas de mesmo sexo. Não há previsão legal admitindo a família homoafetiva, mas cabe à jurisprudência e à doutrina adequar a norma ao fato social que vem ocorrendo nos últimos tempos. Dessa forma, pode-se dizer que a concepção de família possui várias formas de constituição, não sendo taxativo a formação tradicional, formada por pai, mãe e filho, aquela conhecida maioritariamente, pois todas as entidades familiares possuem dignidade e afeto, e são esses núcleos axiológicos que classificam as diversas formas de grupos afetivos como entidade familiar.

A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Quando se fala de família, a ideia já formada em mente é a de um modelo convencional, aquele em que um homem e uma mulher unidos pelo casamento, têm o dever de gerar filhos e viverem juntos até que a morte os separe, ou seja, o modelo estabelecido pela Igreja. Segundo Maria Berenice Dias:

Historicamente, a família sempre esteve ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo (DIAS apud BARROS, 2016, p. 95).

Apesar disso, as relações entre pessoas de mesmo sexo sempre existiram, porém com a sacralização do conceito de família por parte da igreja, aferindo a mera finalidade de procriar, as relações homossexuais passaram a ser alvo do preconceito e da aversão social. É por razões como essa que há grande necessidade de reconhecer as uniões entre as pessoas, independente de orientação sexual, pois é na verdade uma união de afetos e deve ser identificada como tal, por isso a expressão “homoafetividade”.

Como dito, a homossexualidade sempre existiu, não se sabe ao certo sua origem. Não é uma doença ou mal contagioso, nem mesmo um pecado e muito menos um crime, e não há justificativa sequer para a dificuldade de se conviver com lésbicas, gays, bissexuais e demais que compõem a sigla LGBTQIA+, é apenas uma outra maneira de viver, distinta da maioria predominante em nossa sociedade. Por muito tempo a união de pessoas de mesmo sexo foi alvo de aversão social, discriminação e rotulações pejorativas, por razões da rejeição provinda da religiosidade. A Igreja sempre viu o casamento como uma forma de espalhar a fé cristã gerando filhos, dessa forma acarretou a marginalização e repúdio às relações homossexuais por serem elas inférteis, ou seja, não podem gerar filhos.

A ideia de que a família é uma relação entre um homem e uma mulher constituída pelo matrimônio é tão habitual que a Constituição Federal não chegou a falar nada sobre a diversidade sexual dos pares, o Código Civil por sua vez não exige em seu texto normativo que o casal seja formado por pessoas de sexos diferentes. Pode-se dizer que por preconceito a Constituição emprestou, de modo expresse, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher (DIAS, 2016, p. 238). De fato, não há previsão legal sobre a união entre pessoas de mesmo sexo, muito menos a vedação, uma vez que há ausência de tal, por isso hoje a realidade é outra, como mencionado anteriormente, ao se falar em família já não se pode deixar de falar em família homoafetiva, uma expressão de afetividade que vem ganhando respeito socialmente e visibilidade judicial, graças ao Poder Judiciário, que por faltas de leis não permite que o direito seja inexistente. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2005, p. 17):

As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.

Sendo a união entre pessoas de mesmo sexo um vínculo de afeto, não se pode deixar de atribuir a esta o status de família, pois de acordo com a Carta Magna de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, que trata respeito à dignidade humana, não deve o Estado se omitir em proteger a união homoafetiva, uma vez que, é objetivo fundamental do Estado garantir que ninguém sofrerá preconceitos quanto à raça, sexo e demais formas de discriminação (art.3º, inciso IV, da Constituição). Nesse sentido, o Direito deve se refazer sempre de acordo com as mudanças sociais, como também as decisões dos Supremos Tribunais, e foi com base no princípio da dignidade humana como também o observando o princípio da isonomia, que STF declarou as uniões homoafetivas como entidade familiar, e a jurisprudência, em especial a do Tribunal Superior de Justiça, admitiu expressamente o direito ao casamento, portanto, proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria um afronta a decisão do STF, tendo em vista que juntamente com o Congresso Nacional, por meio da Resolução nº 175/2013, fica proibido que os cartórios recusem-se a realizar o casamento civil entre pessoas de mesmo sexo, como também deixar de converter a união estável em casamento.

O compromisso do Estado é garantir ao cidadão o respeito à dignidade humana, a igualdade e a liberdade, concedendo proteção a todos, bem como a vedação de qualquer preconceito ou discriminação. Dessa forma, as famílias formadas por casais de mesmo sexo devem e são dignas da mesma proteção do Estado, assim como aquelas formadas por pares distintos. As famílias homoafetivas possuem os mesmos núcleos axiológicos das famílias heteroafetivas, que são a dignidade e o afeto. Além disso, há sim a possibilidade de homossexuais constituírem uma família com filhos, por meio da adoção convencional, bem como por meio de técnicas de reprodução assistida, que é autorizada de forma expressa pelo Conselho Federal de Medicina, algo que será discutido em um outro momento deste trabalho.

Portanto, nessa tentativa conceitual, pode-se afirmar que a família homoafetiva é aquela formada por pares de mesmo sexo que estão vinculadas pelo afeto e amor, que visam ser respeitadas e tratadas com dignidade tanto pelo Estado como pela sociedade. Vale salientar que hoje os homoafetivos buscam o reconhecimento de direitos através da lei, para que possam realizar todos os atos e direitos de uma sociedade natural, assim como um homem e uma mulher, sem que sofram aversão por não estarem legalmente reconhecidos.

A ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de tudo, cabe aqui conceituar o que seria o ato de adoção. Pode-se dizer que adoção é um ato jurídico em que se é estabelecido um vínculo de paternidade e filiação, independentemente da relação natural ou biológica. Nas palavras de Maria Helena Diniz (2008, p. 484):

[...] adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Entretanto, hoje a adoção não é mais tratada como o simples contrato de inserir uma criança na família, o vínculo afetivo passou a ter maior importância, passando a ser a natureza jurídica desse ato. A atual concepção de adoção é aquela que visa recuperar a dignidade humana de crianças desamparadas, tendo como principal finalidade a proteção.

Entretanto, é indispensável que se fale sobre o histórico da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, pois a partir dele é possível perceber as grandes modificações que o instituto da adoção vem passando no decorrer dos tempos, sendo possível também perceber quais mudanças e melhorias podem ainda ser feitas. No Brasil, a adoção foi implementada a partir das Ordenações Filipinas, em que a primeira lei a falar sobre foi promulgada em 22 de setembro de 1828, obviamente com características do direito português. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 491):

O Código Civil de 1916 disciplinou a adoção com base nos princípios romanos, como instituição destinada a proporcionar a continuidade da família, dando aos casais estéreis os filhos que a natureza lhes negara. Por essa razão, a adoção só era permitida aos maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, pressupondo-se que, nessa idade, era grande a probabilidade de não virem a tê-la.

Com o decorrer do tempo, os dispositivos que regulamentavam a adoção sofreram modificações, pode-se dizer que importantes modificações. Por meio da Lei nº 3133, de 8 de maio de 1957, foi atualizado o instituto da adoção prescrita no Código Civil de 1916, sendo possível perceber a grande transformação, principalmente no conceito de adoção, bem como nos requisitos para o procedimento. A Lei 3.133/57 permitiu que pessoas com 30 anos de idade adotassem, pois antes só se permitia se a pessoa tivesse 50 anos. Além disso, a lei permitiu que

a adoção tivesse finalidade assistencial e caráter humanitário, permitindo que pessoas com ou sem prole legítima adotassem, não mais destinado apenas a dar filhos aos casais que não podiam gerar filhos, mas também permitir que crianças e adolescentes desamparados viesse a ter um novo lar ao serem adotados. Uma outra alteração feita diz respeito ao tempo de casamento que era necessário para que se pudesse adotar, os casais que tivessem interesse em adotar, deveriam ter 5 anos ou mais de casamento.

Entretanto, ainda que a lei 3.133/57 permitisse que os casais que já tivessem filhos legítimos adotassem, os filhos adotivos não eram equiparados a estes, pois segundo o art. 377 a adoção não se envolvia com a sucessão hereditária. Só houve mudança nessa situação com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual em seu art. 227, § 6º, declara que “[...] os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Além disso, nessa época, a criança permanecia ligada a família sanguínea, era um tipo de partilha. Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069, de 13 de julho de 1990, a adoção passou a ser regulamentada de uma outra maneira, a adoção seria sempre plena para menores de 18 anos. O ECA, portanto, é importante no que diz respeito a adoção, uma vez que que ele visa resguardar os direitos de crianças e adolescentes.

Houveram diversas mudanças com o passar do tempo, só vindo a adoção a ser regulamentada de maneira que atendesse os interesses da criança e do adolescente com a atual lei que disciplina a adoção, a Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. A lei aperfeiçoa a “sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes” (art. 1º), ou seja, aperfeiçoa o Estatuto da Criança e do Adolescente no que diz respeito à adoção.

Os requisitos para a adoção estão dispostos na lei 8.069/90 (ECA), nos artigos 42 e 45 e seus respectivos parágrafos, os principais e de maior relevância são: pessoas com 18 anos ou mais têm o direito de adotar, independente de estado civil; não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando, pois não há necessidade de adoção, uma vez que a lei fala que avós e irmãos se configuram como sucessores naturais na guarda de crianças que possuem pais falecidos, ausentes ou destituídos do pátrio poder; para adoção conjunta, é necessário que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovando estabilidade familiar; o adotante deve ser, pelo menos, 16 anos mais velho que o adotando, para que possa educar a criança ou adolescente de modo apropriado, além de poder exercer o pátrio poder; a

adoção depende do consentimento dos pais ou representantes legais, sendo o consentimento dispensado somente nos casos em que os pais forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.

De fato, a adoção não é uma das primeiras opções para quem quer ter filhos, mas sim uma das últimas alternativas. São adotadas formalidade, requisitos e medidas razoáveis para prevenir e assegurar que a pessoa está habilitada para o processo de adoção. Nem sempre o perfil de crianças e adolescentes é compatível com o perfil desejado pelos interessados na adoção, acabando por ficarem durante muito tempo em abrigos ou nunca chegam a serem adotadas. Dessa forma, é interessante falar sobre os efeitos que a adoção gera. Os efeitos gerados pela adoção são tanto pessoais como patrimoniais, os pessoais são a filiação legal e a transferência do pátrio poder, ou seja, o adotado passa a ser legalmente filho e o adotante, assume a paternidade. O efeito patrimonial, por sua vez, pode ser identificado no art. 227, parágrafo sexto, da Constituição Federal, são efeitos sucessórios e relativos à prestação de alimentos. O dispositivo garante a isonomia entre filhos adotados e legítimos, dando a ambos os mesmos direitos sucessórios. Além disso, a adoção tem por função não dá um filho a uma família, mas ao contrário, permite que uma criança ganhe uma família, assegurando a esta a saúde, educação, afeto, resumindo, permite que a criança ou adolescente tenha uma vida digna.

No Brasil, um dos temas mais polêmicos com relação a adoção trata-se da adoção por casais homoafetivos, que embora não esteja prevista em lei, já é admitida pela jurisprudência, na maioria das vezes a autorização fica a critério do juiz responsável pelo caso do processo de adoção, assunto que será discutido mais adiante.

OS OBSTÁCULOS À ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

De fato, a adoção por pares homoafetivos é um assunto ainda bastante polêmico aos olhos da sociedade brasileira, há uma enorme resistência em aceitar que existe a possibilidade de casais de mesmo sexo realizarem adoção. Não há legalmente previsão sobre o assunto, mas os princípios constitucionais direcionam a jurisprudência, em especial a superior, para soluções que visam o interesse de crianças e adolescentes.

De tal maneira, se faz necessário e importante falar sobre o assunto, pois a sociedade no decorrer do tempo vem sofrendo grandes transformações. Portanto, o direito deve se refazer a cada nova mudança do conjunto social. Como já mencionado anteriormente, não há previsão

legal sobre casamento entre pessoas de mesmo sexo, nem mesmo sobre a adoção por estes, visto isso, o Estado, principalmente o ordenamento jurídico, não pode se omitir diante de situações como essas, pois omitindo-se estará afetando o direito e várias crianças e adolescentes, estará tirando destas a possibilidade de serem acolhidos por uma família com lar, amor, educação e vários outros benefícios, além disso acaba violando também o direito de casais de mesmo sexo formarem uma família. Por isso hoje, busca-se a legitimação da adoção por pares homoafetivos, para que haja uma maior eficácia no que diz respeito à adoção por pares de mesmo sexo, além de possibilitar maior conhecimento sobre, gerando assim, a quebra do preconceito existente sobre.

Hoje, a adoção por casais homoafetivos é uma realidade, apesar do ECA não fazer qualquer menção sobre a orientação sexual como fator a ser considerado na adoção, muito menos citar que a família a qual a criança futuramente irá fazer parte deve ser formada por pais de sexo distintos, é possível sim que pares homossexuais adotem, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente verifica apenas a capacidade para adotar, visando o interesse do menor a ser adotado. Conforme interpretação do artigo 42 do ECA, a adoção pode ser realizada tanto por um homem quanto por uma mulher, seja de forma conjunta ou não.

É possível identificar dentro da sociedade várias famílias homoafetivas que vivem de forma digna com seus filhos, entretanto, nem todas as famílias vivem livres de preconceitos e discriminação, uma vez que são estes os maiores obstáculos enfrentados por casais que desejam adotar. Os argumentos mais comuns sobre o assunto é que o casal adotante influenciaria na orientação sexual do adotando, alegando que existe uma maior tendência da criança ou adolescente optar pela homossexualidade. Ademais, argumentam que a criança também sofrerá discriminações, pois seria vista pela sociedade como a figura de duas mães ou de dois pais. De fato, há várias contradições sobre a adoção homoafetiva, seja no âmbito jurídico, social ou religioso.

Apesar de o STF declarar possível a união estável entre homossexuais e o Conselho Nacional Justiça aprovar o casamento civil entre estes, ainda há enorme dificuldade sobre a adoção por pessoas de mesmo sexo. Em muitos casos, alega-se que o próprio Poder Judiciário é preconceituoso e por isso a adoção torna-se difícil. No Brasil, a adoção por pares homoafetivos ganhou impulso considerável no ano de 2010 com a decisão da quarta turma do Supremo Tribunal de Justiça que, por unanimidade, manteve o registro de adoção de uma criança por duas mulheres no Rio Grande do Sul, foi negado o recurso do Ministério Público

contra a decisão. Foi considerado entre os votantes o melhor interesse da criança, considerando que o julgamento daria dignidade ao casal e as crianças.

Embora que a jurisprudência permita, a falta de reconhecimento legal gera na sociedade a prevalência do reconhecimento de tal entidade família e conseqüentemente o preconceito com relação a adoção por casais homoafetivos. Ainda há pessoas que confundem a homossexualidade com a pedofilia, acredita-se que crianças podem ser abusadas por homossexuais, esse fato foi desmistificado nos últimos tempos, porém ainda existe pessoas que creem na existência desse fato.

Portanto, a omissão do ordenamento jurídico, no que diz respeito à adoção por casais homossexuais, gera uma violação ao direito de diversas crianças e adolescentes que esperam em abrigos pelo momento em que serão acolhidos por uma família, assim como leciona o direito de diversos casais de mesmo sexo de formar uma família. Há hoje, por parte de casais homoafetivos, uma luta na busca de legitimação quanto ao direito de casar e praticar os atos naturais que qualquer casal heterossexual pratica, sem distinção ou discriminação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou uma análise sobre como é importante discutir a temática na sociedade brasileira, tendo em vista que para muitos é desconhecida e por essa razão há maior discriminação e aversão social. Apesar do reconhecimento da união homoafetiva ter aberto portas para novos conceitos de família, ainda há enorme discriminação a respeito da adoção por casais de mesmo sexo.

Sabe-se que deve prevalecer o maior interesse da criança bem como a dignidade humana desta, porém, por falta de reconhecimento legal, a sociedade acredita que a família homoafetiva não pode ser considerada uma entidade familiar, acredita-se que influenciará a orientação sexual da criança adotada. Nesse sentido, é preciso fazer uma maior reflexão no que tange ao reconhecimento legal, possibilitando uma maior eficácia no processo de adoção e assim gerando menor repercussão de discriminação e preconceitos. Além disso, o legislativo por medo de perder seu eleitorado, não visa criar leis que favoreçam a minoria, por razões como essa que fica a responsabilidade da jurisprudência decidir sobre temas polêmicos como o caso do casamento homoafetivo e conseqüente da adoção por casais de mesmo sexo. Se faz necessário que se aceite a adoção por casais homoafetivos, pois visam o bem-estar da criança ou

adolescente, com a finalidade de promover a dignidade humana, garantindo as necessidades físicas e afetivas, como saúde, educação, amor e tantas outras, garante que possua os mesmos direitos que uma criança que vive com casais heterossexuais.

Conclui-se, portanto, que a adoção por casais homossexuais deve ser aceita sem restrições, pois negá-la, apenas por razões de orientação sexual seria um retrocesso judicial, visto que o Conselho Nacional de Justiça permite a celebração de casamento civil bem como a adoção por pares de mesmo sexo. Aceitar a adoção por casais homoafetivos é aceitar que uma criança ou adolescente estará ganhando uma família capaz de suprir todas as suas necessidades, é uma forma de aceitar que a criança viverá com amor, afeto, carinho e condições dignas inerente a qualquer ser humano. Ademais, a luta pela legitimação é uma forma de reprimir qualquer forma de preconceito ou discriminação proveniente da sociedade, visando o respeito à diferença, é um assunto que merece maior atenção do âmbito jurídico, não esquecendo que a adoção deve ser vista como um ato de amor e afeto que visa a felicidade e o bem-estar do adotado.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol. 5. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol. 6. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS: O ENTENDIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO X O PRECONCEITO SOCIAL

CESÁRIO, Efigênia E. Dantas¹
LOPES, Emilly Estephany Leite²
SILVA JUNIOR, Francisco Paulino da³

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a adoção por casais homoafetivos no Brasil, considerando as manifestações legais, jurisprudências e doutrinários sobre o tema e suas interfaces com o estigma social dessas entidades familiares provocado pelo preconceito ainda existente contra as mesmas em nosso país. Sempre levando em conta o melhor interesse da criança e do adolescente, no decorrer do tempo, se formou novos arranjos familiares, a exemplo da família homoafetiva, a qual continua no centro de discriminação pelos diferentes grupos sociais. Ao Estado, cumpre proteção aos grupos vulneráveis, aqueles que não possuem seus direitos categoricamente tutelados ou efetivados, cabendo interpretar o ordenamento vigente à luz das necessidades hodiernas. Destarte, a pesquisa estabelece um diálogo com os princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança e sua proteção integral, uma vez que, o Direito de Família deve proteger as convivências afetivas, independentemente da orientação sexual de seus membros. Consta-se, portanto, que apesar dos avanços obtidos nos tribunais, o processo de adoção ainda resguarda burocracias que obstaculizam a efetividade desse direito para certos grupos e que a mudança paradigmática na cultura social é imprescindível para esses novos arranjos sejam completamente aceitos e incluídos socialmente.

Palavra-Chave: Adoção. Preconceito. Homoafetivo. Família. Afeto.

ABSTRACT

The present work deals with the adoption by homosexual couples in Brazil, considering the legal manifestations, jurisprudence and doctrinal on the subject and their interfaces with the social stigma of these family entities caused by the prejudice still existing against them in our country. Always taking into account the best interests of children and adolescents, over time, new family arrangements have been formed, such as the homosexual family, which remains at the center of discrimination by different social groups. The State complies with the protection of vulnerable groups, those who do not have their rights categorically protected or enforced, and it is up to the current ruling to be interpreted in light of today's needs. Thus, the research establishes a dialogue with the principles of isonomy, dignity of the human person, best interests of the child and their full protection, since family law must protect affective coexistence, regardless of the sexual orientation of its members. Therefore, despite the advances made in the courts, the adoption process still protects bureaucracies that hinder the effectiveness of this right for certain groups and that the paradigmatic change in social culture is essential for these new arrangements to be fully accepted and socially included.

¹Graduanda em Direito – Faculdade de F. Ciências e Letras, eficesario@gmail.com

²Graduanda em Direito – Faculdade de F. Ciências e Letras, emillyesteph@gmail.com

³Professor Orientador Faculdade de F. Ciências e Letras, fpsjunior@gmail.com

Keywords: Adoption. Preconception. Homoaffective. Family. Affection.

INTRODUÇÃO

Atualmente vivemos em um país que, apesar de organizado democraticamente, enfrenta conceitos tradicionais e primitivos. Na maioria das vezes, esses conceitos são considerados padrões, nos quais quem se afasta necessariamente deles, acaba passando por uma série de preconceitos estabelecidos historicamente.

Durante a evolução da sociedade, ocorreu a construção de vários arranjos familiares e um deles foi a família homoafetiva, na qual até hoje passa por dificuldades no momento da adoção.

O processo de adoção no Brasil, teve várias modificações durante os anos, uma delas foi a deliberação da aprovação de adoção por casais homoafetivos, e mesmo reconhecida pelo Estado no qual teve perspectivados princípios constitucionais fundamentais e a aprovação do Supremo Tribunal Federal, essa adoção frequentemente ainda sofre preconceito e exclusão na presença da sociedade.

Essa discriminação efetuada aos casais do mesmo sexo, faz com que a intolerância se sobreponha sobre os princípios fundamentais que protegem da pessoa humana, como sua dignidade e liberdade. Situação esta inconcebível em um país que se pretende democrático, vez que é direito de todos a vivência em sociedade, sem distinção de um ser humano ao outro. Ressalte-se, ainda, que para a formação de um indivíduo em coletividade é essencial o vínculo de amor, afeto, carinho e proteção que os pais irão dar à criança ou adolescente adotado, sendo a família um importante instrumento de desenvolvimento psicossocial.

A adoção por casais homoafetivos é, portanto, uma das fundamentais questões de afastamento de previsão legislativa, acabando por limitar os direitos destes indivíduos. O lapso legislativo quanto aos direitos desse grupo, não se adapta a desculpa para que não haja um acolhimento legal ao direito dos mesmos. Prova disso, são os entendimentos de nossas Cortes Judiciais sobre os direitos desses grupos.

A realidade de preconceitos de ordem cultural, religiosa e moral, reverberam em obstáculos não só pela discriminação sexual dos adotantes, como também nas barreiras para a inclusão em sociedade das crianças adotadas. Os operadores do direito não podem ignorar a existência fática dessa situação, excluindo os casais homoafetivos e o direito de adotar sobre

pena de atentado aos princípios constitucionais da isonomia, do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana. Bem como, deve cumprir a sociedade a ruptura definitiva com padrões tradicionalistas que impedem a inclusão dessas famílias.

Convém esclarecer que o Poder Público deve proteger aqueles que não dispõem de direitos categoricamente protegidos por leis, devendo, pois, utilizar mecanismos de interpretação que consigam conjugar as leis existentes e as necessidades atuais. Reiterando que os Tribunais brasileiro, vem desempenhando importante papel neste sentido, quando da omissão do Poder Legislativo.

Além do mais, para o estável exercício de parentalidade exige-se atualmente a afeição, ou seja, o afeto como fio condutor dessas novas conjecturas familiares, para além do antigo critério meramente biológico de outrora, o que possibilita um melhoramento na vida de crianças e adolescentes abandonados ou sem lar e que precisam de um ambiente familiar que lhes proporcione cuidado e desenvolvimento.

MATERIAL E MÉTODOS

Método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise geral acerca do instituto da adoção até se chegar a uma premissa mais específica, qual seja, o enfrentamento das famílias homoafetivas na efetividade desse direito. O trabalho se utiliza, ainda, das técnicas concernentes à pesquisa bibliográfica e documental.

DOS ARRANJOS FAMILIARES CONTEMPORÂNEOS

A base da família é o ser humano, uma representação que tem o papel importante por fazer a socialização dos indivíduos no meio social. Essa convivência em família é a construção dos preceitos para a vida em comunidade, e o valor desse conjunto é fundamental para o desenvolvimento do ser.

Primeiramente, o que importa é o convívio social, essa relação é necessária para o progresso não só de criança como também do adolescente, sendo fonte de afeto e amor, em que eles encontram a proteção necessária para se sentir seguros e apoiados. A sociedade ao se desenvolvendo ao longo dos anos, deu início a criação de vários arranjos familiares, alguns já são reconhecidos e outros ainda buscam a sua efetivação sem contar que todas as famílias devem ser protegidas pelo direito.

De acordo com DIAS, (2016, p. 228):

Sempre que se pensa em família ainda vem à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento, com o dever de gerar filhos, até que a morte os separe mesmo na pobreza, na doença e na tristeza. Só que essa realidade mudou se é que um dia existiu! Mas hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas impõe que se reconheça que seu conceito se pluralizou.

A Matrimonial era a única reconhecida antigamente, por ser o primeiro conceito de família a se desenvolver no direito Brasileiro, ela é composta por homem e mulher ao qual é formado pelo casamento legítimo, também conhecido como união civil, tem um protocolo estabelecida.

Mediante o que preconiza, Rolf Madaleno (2018, p. 47):

O casamento identifica a relação formal consagrada pelo sacramento da Igreja, ao unir de forma indissolúvel um homem e uma mulher e cujos vínculos foram igualmente solenizados pelo Estado, que, durante largo tempo, só reconheceu no matrimônio a constituição legítima de uma entidade familiar, marginalizando quaisquer outros vínculos informais.

A informal, conhecida como união estável, é a união de duas pessoas que tem o convívio social entre elas, a mesma que está prevista no artigo 1723 do Código Civil, o seu intuito é construir uma família sem padronizar o casamento, mas, sendo formada por pessoas, é uma união publica com o intuito de constituir uma família.

À vista disso, Rolf Madaleno (2018, p. 48):

A família informal é uma resposta concreta a essa evolução e ela já foi sinônima de família marginal, muito embora figurasse como panaceia de todas as rupturas matrimoniais enquanto ausente o divórcio no Direito brasileiro, ela serviu como válvula de escape para quem, desquitado, não podia casar novamente porque o matrimônio era um vínculo vitalício e indissolúvel. Denominado concubinato, em 1988 foi alçado à condição de entidade familiar com o advento da vigente Carta Federal, trocando sua identidade civil pela expressão consolidada de união estável.

A família homoafetiva nos dias atuais, embora seja composta por pessoas do mesmo sexo, como dois homens ou duas mulheres, é aceita jurisprudencialmente, a união homoafetiva

foi levada a uma entidade família com os mesmo direitos e deveres da união estável que os heterossexuais possuem, e sua finalidade é formação de uma família também pelo ato da adoção de crianças.

Assim, entende Dias (2016, p. 238):

Em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões.

A Monoparental é composta por uma única pessoa, independente de sexo, podendo ser o pai e seus filhos, ou a mãe e os filhos, estando constituída por um dos pais, pode surgir por diversos motivos como exemplo a separação, o abandono, a viuvez, morte de um dos pais. Há também a definição de monoparentalidade voluntária na qual o indivíduo por vontade própria forma uma família sem um parceiro(a), procurando uma produção independente ou no caso da adoção.

De acordo com, Berenice Dias (2016, p. 241): “Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar”.

Pluriparental ou Mosaico, é originada da união estável ou casamento de um casal, na qual um deles ou ambos têm filhos de relações anteriores, é uma família feita a partir de outras, formando a composição de uma nova família.

Assim sendo, Rolf Madaleno (2018, p. 50)

Seguindo sua trajetória de vida e, sobrevivendo ou não o divórcio, ela se casa novamente ou estabelece uma união estável e passa a constituir uma nova família, que não tem identificação na codificação civil, e passou a ser chamada de família reconstituída, mosaica ou pluriparental. A família reconstituída é a estrutura familiar originada em um casamento ou uma união estável de um par afetivo, onde um deles ou ambos os integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou de uma relação precedente.

Anaparental é a convivência de pessoas, na qual tem a ausência de ascendentes dentro de uma família (pai e mãe), então é formada por parentes acolhedores, como os avós, tios,

irmãos, sobrinhos ou até aqueles que não têm vínculos parentais, mas que convivem por algum fundamento.

Isto posto, Berenice Dias (2018 p. 242): “A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento de uma entidade familiar, que tem o nome de família parental ou anaparental”.

Paralela é a família em que o indivíduo apresenta duas uniões em um mesmo período, porém, uma teve início antes da outra, possuindo obrigações iguais, mas com relacionamentos diferentes, e na maioria das vezes, uma família não tem conhecimento sobre a existência da outra.

Dessa forma, Berenice Dias (2016, p. 239):

Eles dispõem de habilidade para se desdobrar em dois relacionamentos simultâneos: dividem-se entre duas casas, mantêm duas mulheres e têm filhos com ambas. Quer se trate de um casamento e uma união estável, quer duas ou até mais uniões estáveis.

Poliafetiva é a probabilidade de constituir duas ou mais convivências coexistentes vivendo uma mesma relação, familiar ou doméstico, em que seus membros conhecem e permitem uns aos outros, em um relacionamento múltiplo e aberto, ou seja, cada um tem a liberdade de se relacionar com outros simultaneamente.

Logo, Berenice Dias (2016, p. 241):

A união poliafetiva é quando se forma uma única entidade familiar. Todos moram sob o mesmo teto. Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes. Isto significa que o tratamento jurídico à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo direito.

Eudemonista é um tipo familiar que busca a efetivação de seus membros, são laços afetivos recíprocos pelo respeito e consideração entre seus componentes, procura a paz, felicidade, amor, independentemente de seu vínculo biológico, pode ser irmão ou amigos que dividem um lar, formando um núcleo familiar entre eles.

Dessa maneira, Berenice Dias (2016, p. 248).

Busca a felicidade individual, por meio da emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento legal

altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8.º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram.

Multiespécie é uma nova nomenclatura de família, na qual é construída por humanos e animais de estimação, considerando esses animais como filhos ou membros da família, torna-se uma convivência que atribui características como se se trata realmente do parentesco.

Então, Berenice Dias (2016, p. 232-233), “O conceito de família vem adquirindo tal elasticidade que a doutrina denomina de família multiespécie a constituída pelos 232/1276 donos e seus animais de estimação, membros não humanos.¹³ A tendência de chamá-los de seres sencientes (coisas sensíveis)”.

Vale lembrar que , o projeto do Estatuto da Família institui apenas a união de homem e mulher, por meio de casamento, união estável ou até por comunidade formada por qualquer dos pais, excluindo a formação das novas organizações familiares, porém, o Ministério Público e outros órgãos se pronunciaram para acabar com a lei estabelecida pelo Estatuto da Família que elimina os novos arranjos, o Tribunal de Justiça do Acre (TJ-AC) conseguiu suspensão desse decreto que gerou debates e exclusão, no qual ficou arquivado .

Dessa maneira, a família independentemente da forma que se inicia, tradicional ou não, elas são capazes de demonstrar o respeito e o amor, não são menos corretas que as demais, porém, originam uma nova sociedade, precisaria de mais tolerância da parte de todos para que não ocorra discriminação, mas, é o que ainda permanece na coletividade.

Berenice (2016) aponta como aspecto importante a evolução das famílias nas novas culturas jurídicas, proporcionando compreender as propostas de proteção as entidades familiares para o recurso da repersonalização dessas convivências, que considera a pessoa humana o centro do direito, não de modo abstrato como antes era avaliada, todavia, se preocupa com a pessoa humana e a sua dignidade, como suma importância no ordenamento jurídico e centralizando-se na manutenção do afeto que é a maior preocupação diante da sociedade.

A adoção passou por modificação no Brasil no século antigo XVII. As leis civis solidificam a abordagem do tema, com início da força do Código Civil de 1916, em que foi posto o modo da estrutura pátria. A compulsoriedade de não ter descendência, mostrava que o intuito da época era somente favorecer o indivíduo do adotante.

De acordo com Maria Helena Diniz (2017, p.487):

Adoção é o ato jurídica solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

A constituição de 1998 nivelou todos os filhos, dando os mesmos direitos dos filhos legítimos aos filhos adotados, promovendo a tutela constitucional da família socioafetiva. Na retaguarda, as leis foram alteradas com intuito de permanecer as condições como fundamentos de estabilidade conjugal, permanência dos direitos e deveres provenientes de afinidade natural e distinção de direitos supletes entre as conjunções de filhos genuíno e os adotados.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil, em junção com a Constituição Federal de 1988, oferece instrumentos a serem usados como norteadores no processo de adoção, aspirando sempre a aplicação do princípio do melhor proveito da criança e do adolescente.

Conceitua-se a adoção ao ato no qual o indivíduo tem uma associação jurídica de dependência irrevogável, pondo em sua família como filho uma pessoa desconhecida a esta. A adoção é um ato formal, por esse motivo é primordial que seja seguido quesitos determinados em lei.

É recomendado, levar em conta que a adoção é uma forma de defender os direitos das crianças e adolescentes, contendo a estes o ensejo de pleno desenvolvimento. O art. 43, ECA determina que " A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". Determinando, portanto, a conduta a ser proposta nos processos de adoção em analogia com o princípio do melhor interesse de criança. O objetivo do instituto da adoção necessitará ser sempre de procurar uma família apropriada uma determinada criança, e não de levar uma criança para aqueles que querem adotar.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união estável de casais do mesmo sexo, sendo capaz, assim ser reconhecida como entidade familiar. Á vista disso, muitas

vezes a adoção é rejeitada, adequado as lacunas presentes em nossas legislações a respeito de vedações ou favorecimento deste assunto, e também baseando-se em princípios morais. Mas, esse reconhecimento possibilitou o processo de adoção por casais homoafetivos, porém, ainda não assegura absolutamente, por não haver legislação que garante seus direitos nesse sentido.

Destarte, os casais homoafetivos ao constituírem a adoção, têm que enfrentar diversas situações problemáticas, seja na parte advindo da sociedade o preconceito incluído, ou seja pela parte judiciária. Visto que, fundamentando-se no o ponto de vista tradicional da constituição familiar, mostra que casais homoafetivos não são capacitados a criar uma criança, formando muitas vezes em ação de prejulgamento e discriminação.

Apesar de que seja a mais recente neste âmbito, a nova Lei Nacional de Adoção (Lei 12.010/09), ainda traz consigo um distintivo tradicionalista, no que se refere a não aceitação aberta acerca da adoção por casais homoafetivos, mesmo sendo de apreensão que essa realidade está presente da sociedade.

O maior número de pessoas em que momento formam uma família ambicionam ter filhos, mas, não são todas que realizam a concretização desta aspiração de forma comum, pois buscam respostas para alcançá-los, como por exemplo, a fertilização *in vitro*, inseminação artificial, entre outros métodos, e a adoção. Porém, os dois primeiros exemplos mencionados são procedimentos de custeios caros e não considera-se alternativas acessíveis por muitas famílias. Prontamente, o seguimento de adoção se mostra como mais habitual, se contrapostos aos diversos procedimentos, mas ainda muitos casais abandonam em torno dela. E nesse discernimento de edificação de família, as famílias homoafetivas comumente escolhem pela adoção como possibilidade.

Dessa forma, apenas a legitimação adotiva veio decidir o problema dos menores abandonados, que não conseguiam ser agregados decididamente como filhos pela família que o quisesse adotar, a não ser pelo meio criminoso e falso de fazer declarar como filhos legítimos. A forma de adoção é a legitimidade mais dianteira de inclusão de crianças desamparadas ou desenvolvidas, em moradas suplentes.

PRECONCEITO COMO OBSTÁCULO À ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

Primordialmente, o preconceito está anexado em todos os grupos de interação humana, assim, a dificuldade no momento da adoção é um obstáculo que muitos pais vêm tendo por um vasto período, mas quando se trata de casais homoafetivos requerendo a adoção, essa discriminação se torna maior, principalmente quando se vincula ao padrão de vida, as classes sociais, e a dificuldade de convivência com os outros indivíduos que são de grupos sociais diferentes.

Certamente existem milhares de crianças órfãs pelo mundo, precisando de um lar e de uma família para lhe auxiliar no seu desenvolvimento, a família é a base para que o indivíduo consiga progredir em uma sociedade e os pais são essenciais, podendo ser influenciadores ou referências para essas crianças, as mesmas que se espelham em seus pais.

Portanto, Rolf Madaleno (2018, p. 44), “A família contemporânea encontra sua realização no seu grupo e, dentro deste grupo familiar, cada um de seus integrantes encontra na convivência solidária e no afeto o valor social e jurídico que 1.4. a família exerce no desenvolvimento da sociedade e do Estado”.

Há varias teorias sobre a personalidade do indivíduo, sendo conceitos filosóficos, psicológicos entre outros, que relatam que as crianças seguem os passos de seus pais, vale lembrar que, a preocupação da sociedade é sobre a saúde física e mental da criança ou do adolescente que será adotado pelo casal do mesmo sexo, como se fosse prejudicar a orientação sexual desses indivíduos após a adoção, bem como pelas discriminações que possam sofrer ao logo de sua vida em sociedade.

No entendimento conservador, se a criança não tiver a imagem de um pai e de uma mãe como os demais indivíduos tem, ela será criada de outra forma, e isso faz com que as famílias homoafetivas se depare com as diversas dificuldades, tanto na adoção, quanto nos obstáculos que enfrentam para a convivência social.

Não basta a discriminação que os homossexuais sofrem, os filhos desses casais também acabam sendo vítimas dessa situação, e esse preconceito relativamente pode começar na escola como forma de bullying, no local em que deveria ser a formação e socialização da criança, acaba sendo pontos de constrangimento, trazendo ainda consequências no seu aprendizado, vale ressaltar que isso pode acontecer não só nas escolas, como também em diversos locais. Portanto, no que se refere aos casais homoafetivos, são indivíduos que entram no rol da população que tentam construir uma família e conseqüentemente espalhar o amor as crianças em situação de abandono, ou que passaram por uma situação de violência imputada pelos pais biológicos.

Segundo o IBGE (2015), as mulheres fazem parte da maioria das conjunções homoafetivas, somando 60 mil, e posteriormente se igualando a 53,8% dos lares homoafetivos no país.

Muitas famílias do mesmo sexo conseguem adotar, mas ainda são vítimas de preconceito por outras famílias, sendo um obstáculo para a efetivação desse direito, mesmo que tenham conquistado essa autorização na esfera jurídica, ainda continuam excluídos socialmente, logo, precisaria de uma alta relevância na educação para que as pessoas comecem a entender que essas famílias são permitidas pelo Estado e que a sociedade deve acolher essas pessoas em vez de excluí-las.

É notório que no Brasil existem normas para proceder a adoção de crianças por casais homoafetivos, na qual se o requisito de adoção não fosse por causa do gênero ou da união, o número de crianças e adolescentes diminuiria fazendo com que eles recomeçassem uma nova vida em seus lares.

O preconceito contra homossexuais no Brasil ainda é relevante, porém, eles vêm conseguindo alcançar algumas conquistas ao longo dos anos. Além da concretização da união estável pelo STF, o Conselho Nacional de Justiça em 2013 aprovou o casamento civil entre eles, e é permitido em lei desde março de 2015, casais do mesmo sexo adotar crianças, ou seja, a adoção para casais homoafetivos é admitida em nosso país. Ficou conhecida como adoção homoparental, reconhecida pelo STF, no qual condiz que na concepção de família, não pode ser restringida a casais heterossexuais, tem que haver igualdade para todos principalmente quando o motivo principal é fazer o bem.

CONCLUSÃO

As famílias homoafetivas ainda encontram barreiras na efetivação de seus direitos, principalmente ao querer formar uma família, única e insubstituível, no qual era para ser um simples processo, se torna uma difícil etapa.

A adoção é um posicionamento afetivo exercido por um casal ou um indivíduo, nos quais se preocupam com todo o cuidado essencial para a formação da criança ou do adolescente em sociedade. Se a lei é igual para todos independentemente de cor, sexo, raça e gênero, como diz no Constituição Federal, a adoção é para ser igualitária, pois a negação desses direitos será uma violação dos princípios constitucionais dos indivíduos, o mesmo que não pode haver distinção.

Além disso, se a legislação pátria não prenuncia, nem impede a possibilidade da adoção por homossexuais, mas, teria que buscar meios na Constituição Federal para viabilizar esses obstáculos sociais.

A criança e o adolescente não só adquirem a felicidade com pessoas heterossexuais, os homoafetivos também são capazes de repassar o afeto necessário para esses indivíduos, pois o que vale são os reais motivos dos candidatos para a adoção.

O Poder Judiciário no qual promove a justiça e a defesa dos cidadãos, teria o dever de incentivar o respeito pelas diferenças, e apoiar a efetivação da adoção por casais do mesmo sexo, fazendo com que a igualdade seja finalmente reconhecida por todos, diante disso, deve ser levado em consideração da felicidade, bem-estar e a proteção dos adotados, pois não importa se a relação de família é heterossexual ou homoafetiva, tem que ter total proteção do direito, seja pela previdência, direito de família, direito sucessório, até a Constituição Federal que além de proteger essa família, ainda transfere a elas a dignidade, pois não é permitido que essas famílias sejam desonradas em nenhuma situação.

Vale ressaltar, que o importante é o amor, assumir a responsabilidade de cuidar daquele indivíduo, independentemente de ser seu filho biológico ou não, pois uma pessoa feliz, fará outra pessoa feliz, a sexualidade de um indivíduo não irá influenciar como a maioria pensa, o essencial é o respeito e para serem aceitos socialmente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, LF de, *et al.* **Adoção de crianças por casais homoafetivos:** um estudo comparativo entre universitários de Direito e de Psicologia. *Psicologia & Sociedade*, 2007, 19.2: 95-102.

BEAL, Maria Cristina Traiano; ZILIO, Carolina. **A ADOÇÃO DE FILHOS POR CASAIS HOMOAFETIVOS À LUZ DO DIREITO.** *Anais de Medicina*, 201

CECÍLIO, Mariana Silva; SCORSOLINI-COMIN, Fabio; DOS SANTOS, Manoel Antônio. **Produção científica sobre adoção por casais homossexuais no contexto brasileiro.** *Estudos de Psicologia*, 2013, 18.3: 507-516.

COITINHO FILHO, Ricardo Andrade; RINALDI, Alessandra Andrade. **A "homoafetividade" no cenário adotivo: um debate jurídico.** *Mediações-Revista de Ciências Sociais*, 2015, 20.1: 285-306.

DA COSTA SANTOS, Rosa Maria Dias. **ADOÇÃO HOMOPARENTAL: DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.**

DE JESUS SANTOS, Cleonice; DO ESPÍRITO SANTO, Mônica; LELIS, Acacia Gardenia Santos. **A adoção de crianças por casal homoafetivo.** *Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT*, 2012, 1.1: 127-138.

DIAS, M. B. (2016). DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito de Família. 11ª edição*—São Paulo: Revista dos Tribunais.

DORNELAS, Chiara Brigida Almeida de Sena. **Adoção por casais homoafetivos: uma nova configuração familiar.** 2017.

FERRARI, Adriana; DE OLIVEIRA, Flora Pereira Dorado; DE PROENÇA, Soraya Águida Brandão. **ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS HOMOAFETIVOS.** *FACULDADES OPET CURSO DE DIREITO*, 46.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MATTIOLA, Alexia Louise; BACK, Alessandra. **A CONSTITUIÇÃO FAMILIAR POR CASAIS HOMOAFETIVOS: DIREITO A ADOÇÃO.** *Anais do EVINCI-UniBrasil*, 2016, 1.2: 36-36.

MELLO, Renata de Fatima Vieira Nogueira; MORAES, Ana Paula Bagaiolo; DE OLIVEIRA VALERIANO, Daiane Cristina. **ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVO E MULTIPARENTALIDADE DO REGISTRO.** *Eventos Científicos da Fundação Educacional de Ituverava*, 2017, 1.1: 108.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos.* GEN, Grupo Editorial Nacional, Editora Método, 2008.

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS ENTIDADES FAMILIARES POLIAFETIVAS NO BRASIL

GOMES, Guilherme Lira ¹
FERNANDES, Maria Marcella Quirino ²
SILVA JÚNIOR, Francisco Paulino da ³

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo uma maior compreensão de como são as entidades familiares poliafetivas e como elas podem se encaixar no ordenamento jurídico brasileiro, tendo assim o seu reconhecimento, abordando as estruturas familiares desde Antiguidade Clássica até a Contemporaneidade. Para consecução dos objetivos aqui propostos, a pesquisa vale-se do método de abordagem dedutivo e das técnicas concernentes à pesquisa bibliográfica e documental. O trabalho demonstra a evolução da entidade familiar, considerando a afetividade como novo paradigma de tutela jurídica dos arranjos hodiernos. Nesta perspectiva emerge a necessidade de discutir a poliafetividade enquanto novo modelo familiar. Para além disso, outros princípios norteadores do Direito de Família corroboram com a fundamentação da tese levantada, diante disso e levando em consideração o tímido posicionamento da jurisprudência brasileira, obtêm-se o resultado de que o poliamor requer tutela jurídica específica para o melhor enfrentamento das consequências dele provenientes.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Entidades familiares. Poliafetividade. Reconhecimento jurídico.

ABSTRACT

This paper aims at a better understanding of how are the polyfective family entities and how they can fit in the Brazilian legal system, thus having its recognition, addressing family structures from Classical Antiquity to Contemporary. To achieve the objectives proposed here, the research uses the method of deductive approach and the techniques concerning the bibliographic and documentary research. The work demonstrates the evolution of the family entity, considering affectivity as a new paradigm of legal protection of today's arrangements. From this perspective emerges the need to discuss polyaffectivity as a new family model. In addition, other guiding principles of Family Law corroborate the grounds of the thesis raised, and considering the shy position of Brazilian jurisprudence, we obtain the result that polyamory requires specific legal protection to better cope with consequences of it.

KEYWORDS: Family. Family entities. Poly-affectivity. Legal recognition.

INTRODUÇÃO

¹ Graduando do Curso de Direito – Faculdade FAFIC – Cajazeiras / PB

² Graduanda do Curso de Direito – Faculdade FAFIC – Cajazeiras / PB

³ Mestre em Direito pela UFPB, professor da FAFIC e UNIFIP.

A importância da família para a vivência do homem, desde os primórdios, é incontestável. Ela é considerada a célula master da sociedade, sendo assim, observa-se a sua relevância no tocante à estruturação e estabilidade familiar que, seguramente, imprime reflexos sociais. Ao analisar-se o seu conceito, historicamente, temos como base direta a relação social marcada pela dependência do caráter figurativo como um ente que assume um papel de soberania e representatividade.

A sociedade é um organismo marcado por frequentes mudanças e composto por seres absolutamente diversos. Com isso, é notável o desenvolvimento de novas entidades familiares apresentando a evolução do modelo de família que transitou por períodos como a Antiguidade Clássica e Idade Média. No decorrer dessas constantes mudanças, existiu a perda de características fundamentais, dentre elas, o caráter paternalista, a matrimonialização, e a essência patrimonial.

No Brasil, as transformações na estrutura familiar consideram três legislações básicas, a saber, o antigo Código Civil de 1916, que recepcionou algumas prerrogativas provenientes do Direito Romano, a Constituição Federal de 1988 que, imbuída no contexto de redemocratização do país, repersonalizou o Direito Civil, estabelecendo o paradigma da socioafetividade no reconhecimento de entidades familiares e, por fim, o Código Civil de 2002 que, a partir de um arcabouço principiológico deu margem ao reconhecimento de novos arranjos familiares pautados na ideia de afeto.

Destarte, o presente trabalho propõe como objetivo geral, investigar, de forma crítica, o reconhecimento jurídico das famílias poliafetivas no Brasil e, de forma específica, estabelecer a evolução histórica da entidade familiar ao longo dos tempos, apresentar seus princípios contemporâneos e as bases doutrinárias e jurisprudenciais que corroboram com a tutela jurídica nesse novo arranjo familiar.

O trabalho aqui pretendido, visará oferecer respostas à seguinte problemática: existe a possibilidade de reconhecimento jurídico das famílias poliafetivas pelo ordenamento jurídico brasileiro?

Justifica-se a presente pesquisa pela importância social e acadêmica do tema em epígrafe, haja vista ser o poliamor uma realidade em nosso país e, por conseguinte, digna de reflexão jurídica e social. Muitas famílias têm aderido à tríade familiar, ou seja, quando três pessoas, pelas suas próprias vontades, decidem manter uma comunhão de vida e construir, a partir disso, uma entidade familiar pautada no afeto. É bem verdade que o conceito de poliamor

é bem mais abrangente, compreendendo arranjos com mais pessoas, igualmente unidas pela mesma finalidade afetiva.

Diante dessas novas entidades, o poliamor perfeitamente se encaixa trazendo consigo o conceito que possibilita uma simultaneidade diante de dois ou mais membros em um relacionamento, opondo-se assim à monogamia, que é tradicionalmente defendida no Ordenamento Jurídico brasileiro. Essa tradição é a maior responsável pela discriminação e preconceito referidos à parcela populacional que se encaixa nessa distinta realidade, além de ser um assunto inovador que se contrapõe aos pensamentos de alguns doutrinadores brasileiros. Podemos também afirmar que o fato da não aceitação acarreta a certeza da possível violação do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece liberdade e igualdades entre as pessoas.

Ainda sobre as premissas constitucionais, imperioso faz-se destacar o fenômeno do Neoconstitucionalismo que introjetou no Direito Privado o respeito aos direitos e garantias estabelecidos na Magna Carta, desembocando em um processo conhecido como Direito Civil-Constitucional. Com efeito, o Direito Civil deve considerar as novas “luzes” constitucionais, de modo a favorecer a dignidade humana em suas relações, fomentando, nos mais variados níveis o desenvolvimento da pessoa humana.

Não obstante, a pesquisa pretenderá anunciar meios que possibilitem a proteção destas famílias, haja vista ser dever do Estado, diante de suas prerrogativas democráticas, respeitar a liberdade de constituição familiar. Ademais, a destituição desses arranjos precisam ser melhor definidas por questões que, embora não constituam objetivos deste ensaio, estabelecem com ele interfaces importantes como a divisão de patrimônio, a guarda, a parentalidade, as questões previdenciárias, etc.

Outrossim, os paradigmas tradicionalmente impostos revestem-se em óbices ao reconhecimento social, ou seja, o respeito da sociedade à diversidade e a inclusão social desses arranjos sofrem segregação e preconceito.

MATERIAL E MÉTODOS

A pesquisa ora proposta, utiliza-se do método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise geral sobre as novas conjecturas familiares, até se chegar à análise particular acerca da poliafetividade enquanto nova entidade familiar digna de reconhecimento jurídico no Brasil. Para tanto, este trabalho, utiliza-se, ainda, das técnicas concernentes à pesquisa bibliográfica,

recorrendo à doutrina jurídica e documental, analisando o arcabouço normativo que orienta as famílias contemporâneas e as decisões judiciais correlatas ao assunto em epígrafe.

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Inicialmente, para melhor compreensão da temática proposta, faz-se necessário uma breve abordagem histórica acerca do conceito de Família, levando em consideração as legislações que o orientaram e estabeleceram parâmetros para sua composição. Para tanto, analisar-se-á a formação da entidade familiar desde a Antiguidade Clássica até as modernas compreensões estabelecidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

A FAMÍLIA DURANTE A ANTIGUIDADE CLÁSSICA ATÉ A IDADE MÉDIA

De início, devemos levar em conta as definições e a estruturação familiar, elas estão diretamente relacionadas com a origem populacional, a maior marca que concretiza o surgimento das famílias desde esse período histórico, é a concretização do matrimônio. Ao falarmos de matrimônio e Grécia antiga, não podemos desconsiderar a existência dessa ação que está diretamente relacionada com a prioridade voltada a origem social e o padrão econômico (LUÍS, 2005). Esse vínculo era algo que se comportava além de uma simples união entre duas pessoas, pois tratava da união dos bens pertencentes a duas linhagens, estendendo-se em um conceito que hoje é abordado pelo Código Civil de 2002, mais precisamente nos artigos 1639 a 1688 que relatam sobre os regimes dos bens, que é o conjunto de regras que os noivos devem escolher antes de subir no altar, para definir juridicamente como os bens serão administrados durante o casamento.

Paralelamente, ao abordar esse conceito de família na Antropologia, trazemos os ideais da antropóloga Françoise Héritier que ao tratar do assunto define o casamento como: “[...] um contrato entre duas famílias, e não um contrato entre duas pessoas. Quando dois indivíduos se casam, as duas famílias assinam um contrato, há testemunhas, os parentes” (HÉRITIER, 2004). Dessa maneira, podemos definir que a ideia abordada anteriormente pode assumir um posto de relação direta com o comportamento da sociedade grega na antiguidade.

Além disso, a realidade que mais possui marcas nessa civilização e no comportamento familiar é a função da mulher após a cerimônia do casamento. Mesmo sendo algo que possui

uma mutação de funções ao levarmos em conta o local onde ocorre, acaba convergindo no que se relata a grande subordinação à figura masculina e a importância da mulher na realidade do âmbito familiar podendo ter destaque a cidade de Esparta, que apesar do preconceito que ocorriam na maioria das cidades gregas em que a maior parte das funções eram destinadas ao lar, as permitiam o ensinamento do treinamento militar, a presença nas atividades políticas e maior liberdade de participação nas atividades que marcam o cotidiano da pólis.

Roma ganha destaque ao caracterizar-se como herdeira das tradições socioculturais, tendo a família baseada no modelo paternalista, na realidade dessa sociedade o tamanho familiar era responsável pela representação de poder e força. O caráter de divergência e preconceito que era estabelecido mantém, as funções das mulheres romanas são equivalentes às exercidas pelas mulheres gregas, analisa-se assim a familiar realidade que se estabelece de maneira notória em todo o processo da evolução, destacando assim a relação de subordinação e dependência a figura do patriarca.

Para compreender com excelência a sociedade medieval, é fundamental estudar a sua organização familiar. Surge um novo modelo de família, em que sua composição é baseada no modelo do casamento cristão, no qual a reprodução era de extrema importância para a constituição familiar tomando como exemplo a passagem bíblica: “Quanto a vós, sede fecundos, multiplicai-vos, povoai a terra e dominai-a!” (Gênesis 9:7), também dispõe da ideia de que a família deve ser garantia de amparo para os demais membros, sendo essencial neste período, prestando auxílio moral e psicológico.

A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Durante o Ordenamento Jurídico, vamos analisar esse conceito fundamental, em três momentos específicos, sendo eles a evolução que partiu do CC de 1916- em que a família era matrimonializada (constituída pelo casamento), patriarcal, heteroparental (jamais se imaginava família entre pessoas do mesmo sexo) e biológica (o vínculo de criação aferido com o vínculo biológico) - até a Constituição de 1988.

Acerca do advento da Constituição Federal de 1988, esta imprimiu parâmetros democráticos no ordenamento jurídico brasileiro, rompendo com a desigualdade de gênero constante no antigo Diploma Civil de 1916. Para além disso, a Constituição Federal

consubstanciou direitos fundamentais e sociais, que devem ser respeitados pelo ordenamento jurídico como corolário da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Neste sentido, menciona Sarlet (2011, p. 80), que a Constituição Federal de 1988, acabou por: “Reconhecer categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.

O Código Civil de 2002 já nesse processo de evolução, em que foram mantidos alguns conceitos que formavam a família, mas foram marcadas por mudanças, podendo assim ser estruturados de uma maneira diferente – a família era matrimonializada (situações referentes a esse assunto é abordada na CF de 1988 no art.226, §1º ao 3º.), pluralizada (princípio constitucional que mantém o direito das famílias), patriarcal, democrática (devido aos direitos referentes à sociedade conjugal serem exercidos igualmente tanto pelo homem como pela mulher, apresentado no art.226, §5º da CF/88), igualitária substancialmente, além disso passou a incluir a característica homoparental após o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, realizada em 05.05.2011, que permitiu o reconhecimento a união estável entre pessoas do mesmo sexo e por fim passou a ser uma unidade socioafetiva em que a família não é mais um núcleo voltado para produção e reprodução, considerando o afeto como um valor jurídico.

Após abordarmos a questão da evolução familiar, afirmamos necessárias as mudanças ocorridas anteriormente no ordenamento jurídico brasileiro, confirmando essa situação necessária através da maneira como Durkheim conclui o pensamento sobre a solidariedade orgânica:

A solidariedade orgânica existe na presença de uma sociedade complexa e moderna, que não compartilham as mesmas crenças, formas de organização e trabalho, uma vez que cada indivíduo possui uma consciência própria levando em conta uma questão que aumenta o grau de interdependência de uns para com os outros, e nessa relação social a o Direito, as regras e as leis funcionam como instrumento de coesão social (DURKHEIM,1895).

Diante disso, observa-se, a necessidade de adaptação do Direito às novas demandas sociais, levando em consideração da autonomia dos indivíduos e o solidarismo entre os mesmos como ferramentas de uma sociedade livre e justa. Não obstante, reafirma-se o entendimento que, no contexto contemporâneo, cumpre ao direito reconhecer a existência de novas conjecturas familiares que, igualmente a outras já reconhecidas, carecem da mesma proteção.

PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

A priori, cumpre ressaltar a importância dos princípios como valores fundantes de um ordenamento jurídico. São as bases estruturantes do Direito, influenciando no seu processo de formação e interpretação.

Sobre Princípios, leciona Celso Antônio Bandeira de Melo (2010, p. 958):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o reconhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Observa-se, assim, a importância do arcabouço principiológico para o ordenamento jurídico pátrio, sobretudo, no tocante ao Direito de Família, ramo em constante transformação e que, pela sua natureza evolutiva requer o aporte dos princípios para o reconhecimento e tutela jurídica de arranjos familiares contemporâneos. Esta pesquisa elege alguns destes princípios em razão de sua notável importância nesse processo de transformação paradigmática do Direito das Famílias.

Os princípios norteadores do Direito de Família brasileiro estão, basicamente, presentes na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002. Eles podem ser apresentados na seguinte ordem:

Primeiramente, o Princípio da dignidade da pessoa humana: Esse princípio é previsto pelo art.1º, III, da CF/88:

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 e tem como fundamentos:

[...]

III. a dignidade da pessoa humana.

Evidencia-se, com esse princípio, a saída do patrimônio e entrada da afetividade como pilar de sustentação da entidade familiar, sendo ele um representante direto na interpretação do

caso concreto, na medida em que a afetividade estabelece correlação direta com a afetividade. Neste sentido, esclarece Madaleno (2013, p. 66):

A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto, é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto. O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável, e certamente nunca será inteiramente aquele que não pode merecer o afeto de seus pais, ou de sua família e muito mais grave se não recebeu o afeto de ninguém.

Posteriormente, a pesquisa elenca o Princípio da liberdade: Este é o responsável por assegurar a escolha do sexo do parceiro, o perfil da pessoa e o tipo de entidade familiar que será constituída. Outrossim, a igualdade estabelecida constitucionalmente, equiparou os gêneros, de modo que homens e mulheres possuem os mesmos direitos e deveres na relação familiar. Acerca da liberdade, entende Maria Helena Diniz (2013, p.27):

O princípio da liberdade refere-se ao livre poder de formar comunhão de vida, a livre decisão do casal no planejamento familiar, a livre escolha do regime matrimonial de bens, a livre aquisição e administração do poder familiar, bem como a livre opção pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole.

Depreende-se, a partir dos ditames da autora, que a liberdade na constituição familiar deve ser igualmente respeitada pelo Estado e resguardada pelo Direito, sob pena de violação do referido princípio em determinados contextos familiares.

Por sua vez, o Princípio da Igualdade apresentado pela Constituição Federal de 1988, assegura a igualdade entre o homem e a mulher na relação familiar (art.226, §5º, CF/88) e a igualdade entre os filhos (art.227, 6º, CF/88), havidos ou não do casamento ou da adoção. Observando-se, com efeito, que todos que integram aquela entidade familiar devem ter o tratamento igual, indo além da formalidade e atingindo a materialidade.

O Princípio da solidariedade familiar fundamenta os direitos e deveres recíprocos que a lei impõe aos integrantes de uma entidade familiar, sendo definidas pelo Código Civil no art.1566, que expõe o seguinte:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - fidelidade recíproca;
II - vida em comum, no domicílio conjugal;

- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

A solidariedade familiar, contudo, não deve ser observada sob um único prisma. A mútua assistência, a consideração recíproca, a vida em comum, por exemplo, podem ser observadas em vários arranjos familiares, inclusive nas famílias provenientes do poliamor, foco central deste trabalho. Na medida em que as pessoas ali envolvidas querem estabelecer, entre elas, laços familiares pautados no afeto, cumprindo com os deveres e direitos oriundos dessa relação.

O Princípio do Pluralismo das entidades familiares é a maior marca da presença de uma sobreposição do afeto em relação ao caráter da linhagem biológica. Dessa forma, podemos confirmar que o afeto evita um ponto que sempre foi comum aos costumes que eram referentes a uma parcela populacional, o preconceito, então esse princípio é capaz de garantir o art.5º, CF/88 que expõe que: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

O retromencionado artigo, assegura liberdade e igualdade entre os indivíduos e, evidentemente isso deve se estender às relações familiares. A pluralidade de entidades familiares enquanto valor principiológico corrobora com esse entendimento. Sobre isso, ensina Diniz (2013, p. 38):

Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é afrontar a ética, é ser conivente com a injustiça.

Sobre o Princípio da proteção integral da criança e do adolescente, este princípio norteia o Estatuto da criança e do adolescente, vigente após a lei nº 8.069, de 13/07/1990. Paralelamente, esse princípio está explicitado no art.227, CF/88, que afirma:

Art. 227-É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de

colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ao analisar-se esse entendimento constitucional, observa-se a preocupação estatal em garantir os direitos básicos da criança e do adolescente, de forma integral, o que inclui sua inserção em um lar e a experiência do cuidado e do afeto que a unidade familiar pode proporcionar, garantindo seu desenvolvimento humano.

Com relação ao Princípio Monogamia a legislação brasileira não prevê a família poligâmica, apesar do princípio da liberdade, o ordenamento jurídico não permite a existência de várias entidades familiares, o casamento que possui legalização pelo cartório permite o registro de união estável, sendo possível diversos registros, mas é considerado válido apenas o primeiro registro. Nesta esteira, as uniões poliafetivas não encontram óbice legal, haja vista que não se tratam de várias uniões ou vários casamentos, mas sim, uma única união entre várias pessoas, por suas vontades próprias, e responsáveis pelos deveres e direitos daí decorrentes.

FAMÍLIAS POLIAFETIVAS E SEU RECONHECIMENTO JURÍDICO NO BRASIL

A possibilidade de reconhecimento das famílias poliafetivas no âmbito jurídico é frequente na área do Direito de Família, são abordadas incessantemente diversas opiniões e questionamentos sobre o assunto, por ser atípico – ferindo o princípio da monogamia – e contemporâneo. Entretanto, houve insuficientes estudos com a dedicação precisa que os mantém embasados na questão, decorrendo a uma interpretação ligada ao senso comum, inclusive na esfera do judiciário.

Quando tratamos do conceito de novas entidades familiares podemos englobar o poliamor, assim trazemos a seguinte definição: “Isso porque o poliamor é antes de tudo um polirrelacionamento. É a possibilidade de ter dois ou mais relacionamentos simultâneos, que englobam afeto e sexo” (ANAPOL,1997).

Assim, pode-se compreender o poliamor como uma forma de amor livre, em que habitam várias pessoas unidas pelo mesmo interesse familiar. Aqui não se pretende o questionamento fundamentalmente moral ou religioso, mas sim, técnico-jurídico, na medida em que esses relacionamentos já existem e não contrariam a lei vigente. A monogamia em tempos contemporâneos pode ser questionável, considerando a evolução das relações sociais e

mesmo o compromisso de lealdade estabelecido entre os envolvidos em uma relação poliamorosa.

Neste sentido, corrobora Gonçalves (2015, p. 338):

“Todavia, as uniões poliafetivas, enquanto grupamento de pessoas em torno de uma finalidade comum (consistentes em ter relacionamentos sexuais múltiplos com desejo de instituir família ou não [sic]), podem e devem caracterizar sociedade em comum, lhes sendo conferidos direitos no campo obrigacional, evitando-se, assim, o enriquecimento ilícito por qualquer de seus membros, sobretudo nas relações patrimoniais em que se verifique a aquisição de bens e os direitos e deveres deles decorrentes.

No entanto, esse tipo de relação enfrenta, hodiernamente, preconceito e discriminação, levando em conta que o caráter monogâmico possui destaque e influência direta da Igreja, que estabelecia a exclusividade conjugal, exposta em Gênesis (2,18), segundo a qual apresentava que foi criado uma mulher para cada homem (ALMEIDA; RODRIGUES, 2018).

Desse modo, Rocha (2013, p. 22-23) aduz que:

“Embora alguns entendam esse instituto como um ultraje a família tradicional, devemos nos ater ao fato de que esse tipo de relacionamento não surgiu de repente, é algo que vem se arrastando por muitos anos timidamente em face ao preconceito de muitos que se detém a um princípio meramente cultural (monogamia), esquecendo que a interpretação da lei deve ser da forma mais equitativa e menos inflexível, regulando o convívio em sociedade através de uma maneira mais humanitária que busca atender aos anseios da sociedade com maior sensibilidade em sua aplicação.

O poliamor, pois, se contrapõe à ideia tradicional de monogamia, embora o tema esteja ainda em construção. Nossa sociedade não é tão diligente quando se fala em fidelidade. Gilberto Freyre afirma que, desde o início da colonização o Brasil não foi monogâmico, mas poligínico, quando o patriarca podia manter mais de uma relação, possibilidade incabível para mulheres (FREYRE, 2000).

Mesmo com todas essas situações, o poliamor teve registro no Brasil pela sua primeira vez no ano de 2012, e até hoje foram feitas cinco delas, uma situação que vem tornando-se comum (FERREIRA, 2019). Além dessa situação, estima-se o domínio dessa realidade ao decorrer dos anos, existe a possibilidade de quem em 30 anos esse número de registros possa aumentar (LINS, 2012).

A relação entre o sujeito e sua composição é algo comum e que podemos apresentar como ocorre na relação da família e sua composição, em que hoje o afeto é superior a relação biológica – princípio do pluralismo das entidades familiares – , confirmamos isso na obra Introdução ao Estudo do Direito em que Paulo Nader afirma: “A família o homem se vincula pelos instintos vitais e afetivos” (NADER, 2011, p. 364).

Destarte, cumpre destacar que o Direito deve caminhar lado a lado com a sociedade e adaptar-se as constantes mudanças e necessidades sociais. Dessa forma, ao reconhecer o poliamor estaria sendo garantido e preservado o princípio da família brasileira, o princípio da liberdade, além de averiguar o artigo 5º da CF/88. Para mostrar a relação da família e do Direito, e confirmar com as ideias apresentadas anteriormente, podemos levar em conta a análise de Maria Berenice Dias:

O direito das famílias é o mais humano de todos os direitos. Acolhe o ser humano desde antes do nascimento, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas até depois de sua morte. Procura dar-lhe proteção e segurança, rege sua pessoa insere-o em uma família e assume o compromisso de garantir a sua dignidade. Também regula seus laços amorosos para além da relação familiar. Essa série de atividades nada mais significa do que o compromisso do Estado de dar afeto a todos de forma igualitária, sem preconceitos e discriminações (DIAS, 2009, p. 80).

Diante disso, ao analisarmos a definição anterior, podemos dizer que o Direito de Família deve garantir a aceitação do poliamor, sendo assim, haveria uma maior inclusão social, levando em conta o fim do preconceito e da discriminação e possibilidade da presença efetiva das relações poliafetivas do registro em cartório, seguindo como exemplo uma oficialização de união estável entre três pessoas na cidade de Tupã, São Paulo, em maio de 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, abordou-se a evolução do conceito de família, tratada durante a Antiguidade Clássica até a Idade Média, cujo objeto principal se externa nas mudanças estruturais do núcleo familiar e, que estão diretamente relacionadas com a origem populacional. Neste contexto, o tema em questão, também tratou sobre o aspecto de nosso ordenamento jurídico civil, sua evolução a partir do CC de 1916 – em que a concepção do termo “família”, era originariamente matrimonializada, ou seja, constituída pelo casamento hétero afetivo.

Citou-se também o aspecto evolutivo do tema, o surgimento conceitual de famílias poliafetivas e seu reconhecimento jurídico no Brasil, sobretudo pelo tratamento e abrangência em que o referido instituto é abordado na área do Direito de família, em que questionamentos e opiniões muitas vezes, divergentes, por ser um assunto “contrário” a relação monogâmica, a qual, ainda se encontra amplamente enraizada ao nosso contexto social, é tratado pelos defensores do Poliamor (relacionamentos simultâneos, entre dois ou mais indivíduos que englobam afeto e sexo).

Existe uma grande discriminação e preconceito no poliamor, já que a igreja é a favor da monogamia, que é uma mulher para cada homem. Apesar de que vemos nesses últimos dias, acontecendo, mesmo contra o desejo da mulher, o patriarca mantém mais de uma relação.

REFERÊNCIAS

ALVES, Júlio Henrique de Macêdo Alves. **A Evolução nas definições de família, suas novas configurações e preconceitos**. 2014. 55f. Dissertação de Mestrado- Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF, Senado, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2014.

CARDOSO, Adailton de Souza; SILVA, Ludmila Barbosa. **O pluralismo nas entidades familiares e os novos moldes de família**. De junho de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39664/o-pluralismo-nas-entidades-familiares-e-os-novos-moldes-de-familia>.

CARIGÉ, Silvio Dayube. **A poliafetividade no direito de família: A possibilidade de reconhecimento jurídico das entidades familiares poliafetivas no direito brasileiro**. Março. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72773/a-poliafetividade-no-direito-de-familia>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

DURKHEIM, Émile. **As regras do Método Sociológico**. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1983.

FERREIRA, Lilian. **Amo muito**. TAB UOL. São Paulo, 22 de outubro de 2019. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/poliamor/>

GUEDES, Tcharlye. **Direito de Família o que mudou de 1.916 até 2.002?** 2016. Disponível em: <https://tcharlye.jusbrasil.com.br/artigos/305953203/direito-de-familia-o-que-mudou-de-1916-ate-2002>.

GONÇALVES, Dalva Araújo e SANTOS, Antônio Marcos Pereira dos. **As novas formas de família no ordenamento jurídico brasileiro.** 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59559/as-novas-formas-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro/2>.

JÚNIOR, James Muniz Marinho. **O reconhecimento e dissolução de união estável no Brasil e o meio processual cabível nas hipóteses de companheiros com ou sem filho menor de idade.** 2019. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53635/o-reconhecimento-e-dissolucao-de-uniao-estavel-no-brasil-e-o-meio-processual-cabivel-nas-hipoteses-de-companheiros-com-ou-sem-filho-menor-de-idade>.

LISBOA, André. **Família: a chave para compreender a Idade Média.** 2016. Disponível em: <https://escoladefilosofia.org/fam%C3%ADlia-a-chave-para-compreender-a-idade-m%C3%A9dia-na-europa-86833b23fb60>.

Machado, João Luís de Almeida. **A vida em família na Antiguidade Clássica.** 2005. Disponível em: <http://acervo.plannetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=405>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 958/959.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 5. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 80.

SZTUTMAN, Renato; NASCIMENTO, Silvana. **Antropologia de corpos e sexos: entrevista com Françoise Héritier.** 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77012004000100007.

TRIBIST, Fernanda. **As novas entidades familiares.** IBDFAM. 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/691/As+novas+entidades+familiares>.

YASSUE, Izabela. **A família na Constituição Federal de 1988.** 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5640/A-familia-na-Constituicao-Federal-de-1988>.

RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Fernanda Duarte de Souza¹

Jamilla Cruz de Sousa²

Orientadora: Francisca Juliane Soares Lucena³

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o reconhecimento da multiparentalidade e seus efeitos jurídicos, em especial o direito de filiação sob a perspectiva constitucional, o reconhecimento jurídico da filiação na multiparentalidade e os seus efeitos jurídicos. Buscou-se ainda analisar a possibilidade do reconhecimento da dupla paternidade no registro civil, situação advinda de vínculo afetivo existente entre pais e filhos de famílias formadas por casais que trazem para o novo relacionamento filhos de relacionamentos anteriores. O referido artigo foi formulado com base em pesquisas bibliográfica, documental e jurisprudencial, com a finalidade de demonstrar o reconhecimento da multiparentalidade como consequência do reconhecimento da dupla paternidade/maternidade no registro civil, elencando os efeitos jurídicos da prestação alimentícia advindos com este instituto.

Palavras-Chave: Multiparentalidade. Reconhecimento. Efeitos jurídicos.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the recognition of multiparenting and its legal effects, in particular the right of membership from a constitutional perspective, the legal recognition of multiparenting membership and its legal effects. We also sought to analyze the possibility of recognizing double paternity in the civil registry, a situation that arises from the affective bond that exists between parents and children of families formed by couples who bring to the new relationship children from previous relationships. This article was formulated based on bibliographic, documentary and jurisprudential research, with the purpose of demonstrating the recognition of multiparenthood as a consequence of the recognition of dual paternity / maternity in the civil registry, listing the legal effects of child support arising from this institute.

Keywords: Multiparent. Recognition. Legal effects

INTRODUÇÃO

Conforme o artigo 226 da Constituição Federal de 1988, família é considerada a base da sociedade e, tinha como objetivo principal garantir o patrimônio e a reprodução em grande parte da história, independentemente que houvesse a existência ou não da afetividade entre seus membros. Com o decorrer dos anos e com a evolução da sociedade, fundada nos princípios da igualdade, solidariedade, liberdade, dignidade humana e afetividade, a família deixou para trás

seus principais objetivos para abrir espaço para a efetivação dos direitos fundamentais e o bem-estar de seus membros.

O direito de família vem passando por mudanças constantes, sempre tentando adaptar-se, bem como regulamentar todas as possíveis situações que poderão surgir. Com esses novos arranjos familiares surgem várias outras questões que devem ser solucionadas pelo próprio direito, a exemplo são os efeitos advindos das novas formas de filiação existentes.

Já podemos observar a formação de vários novos modelos de família, como exemplo as denominadas famílias recompostas. Situação em que um duas pessoas se casam quando ambos já têm filhos de relacionamentos anteriores, podendo surgir com o tempo uma relação de paternidade/maternidade socioafetiva gerados por meio da convivência e do afeto.

O Código Civil reconhece em seu artigo 1.593 a afetividade quando há a existência de algum tipo de parentesco, seja ele natural ou civil conforme a consanguinidade ou outra origem, ao falar-se em outra origem entende-se pela afetividade e, com isso, permitindo a parentalidade socioafetiva.

Neste sentido, os anos foram passando e as ações de reconhecimento de paternidade/maternidade socioafetiva aumentaram no Judiciário, o legislador ao perceber essa grande demanda e com o intuito de facilitar os trâmites para o reconhecimento, editou, em novembro de 2017, o Provimento de nº 63 do Conselho Nacional de Justiça que cria modelos únicos para a certidão de nascimento, casamento e óbito, regulamentando o reconhecimento voluntário e extrajudicial da paternidade socioafetiva e trata também da reprodução assistida.

Nesta perspectiva, foi por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com levantamento em livros doutrinários, artigos em revistas científicas, jurisprudência e legislação que foi desenvolvido o presente trabalho, que visa analisar a possibilidade de cumulação de paternidade/maternidade socioafetiva concomitante com a paternidade/maternidade biológica no registro civil, formando assim a multiparentalidade no registro civil procurando esclarecer as formalidades e os principais efeitos advindos desse reconhecimento.

O DIREITO À FILIAÇÃO SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

Com o decorrer do tempo, o conceito de família vem passando por grandes transformações, havendo uma ampla contextualização. Deste modo, podemos entender a definição de família como sendo um conjunto de pessoas que estão ligados a laços paternos, sendo capaz de conter vínculos afetivos ou consanguíneos. Para a autora Maria Berenice Dias (2016, p. 54): “O fato é que família, apesar dos que muito dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização familiar na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor”.

Cumprido esclarecer que o próprio texto constitucional de 1988 buscou conceituar o que é família, trazendo no art. 266, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Além das diversas interpretações acerca de família, a Magna Carta também garante os diversos direitos às mesmas.

Deste modo, percebe-se que o Direito de Família, assim como os demais direitos são compostos por vários princípios, que fornecem grande abrangência à interpretação da norma, sempre procurando adaptar a constante evolução social, aos costumes e crenças. Conforme Maria Berenice Dias (2015, p. 42) “Os princípios constitucionais vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito.”

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA NA FILIAÇÃO

A constituição da república estabeleceu alguns princípios, um dos mais importantes do ordenamento jurídico está previsto no art.1º, inciso III da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana, considerada a base do direito família, que promove dignidade, e tem como finalidade garantir igualdade para todas as entidades familiares, ou seja, não se pode tratar diferenciadamente as formas de filiação.

O princípio da solidariedade familiar possui também grande importância no direito de família, sempre buscando ter uma sociedade livre, justa e solidária, podendo ser analisada em vários institutos no ordenamento civil, como também em jurisprudências. Este princípio garante a relação familiar de mútua assistência, sendo responsáveis os membros de estar sempre se auxiliando uns aos outros.

O princípio da igualdade irá abranger outros dois princípios, quais sejam: entre os cônjuges e companheiros, e entre os filhos. Este presente princípio requer igualdade entre o

homem e a mulher, que está previsto no artigo 5º, inciso I e também no artigo 26, parágrafo 5º da Constituição Federal. Já no artigo 227, parágrafo 6º, determina que “Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Desta forma, ao analisamos os diversos dispositivos legais que dizem respeito ao tema em questão, direito de família, podemos identificar o princípio da igualdade entre os filhos, no qual todos terão os mesmos direitos, sem distinção, como descrito no artigo acima independente se havidos ou não durante o casamento, previsto no artigo 1.596 do Código Civil.

Outrossim, um elemento formador do modelo atual de família é o princípio da afetividade, que apesar de não estar expresso na constituição, encontra-se fundamentos em alguns artigos e incisos. Pois, diante das mudanças na sociedade, as famílias começaram a ter laços afetivos, se tornando socioafetivo, tendo este princípio grande importância para o direito familiar e para as novas formas de filiação.

O princípio da convivência familiar, garante aos membros da família uma relação afetiva no dia a dia, sendo assim, mesmo divorciados os filhos têm o direito de conviver com os seus pais e familiares.

Nessa perspectiva Gagliano e Pamplona (2012, p. 89) entende que:

Pais e filhos, por princípio, devem permanecer juntos. O afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento do dever legal.

O princípio do planejamento familiar, tem previsão legal no artigo 226, parágrafo 7 da CF/88. O mencionado princípio garante a todo e qualquer cidadão o livre e planejamento familiar, sendo vedado a todo e qualquer órgão exercer limites ou condições para aos mesmos.

Por fim, e não tão mesmo importante o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, tem previsão legal do artigo 3º do ECA, como também no artigo 227 e parágrafo 6 da CF/88. Este referido princípio assegura a todas as crianças e adolescentes que seus direitos sejam vistos como prioridades por todos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

As Novas Formas de Filiação no Atual Cenário das Famílias

O termo filiação pode-se dizer que é a relação entre pais e filhos de parentescos afetivo e biológico. Monteiro (2012, p. 276) conceitua como “sendo a relação que existe entre o filho e as pessoas que geraram [...]”. Já para Silvio Rodrigues (2004, p. 297) “filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivesse gerado”. Diante dessa ampla conceituação, os doutrinadores dividem a filiação em três espécies, a natural, a presumida e adotiva.

A filiação natural também conhecida como biológica é a relação entre as pessoas que geraram (no caso os pais sanguíneos) com filho. Para a referida filiação não precisa estar obrigatoriamente casado, basta uma união estável, um namoro ou mesmo uma relação extraconjugal. Esta filiação ao ser reconhecida em registro civil acaba se tornando indisponível e imprescindível, podendo ser realizada separadamente ou de forma conjunta.

A filiação presumida também conhecida como legítima, é a relação que surge do casamento. A mesma pode ser prevista no artigo 1.597 do código civil com algumas hipóteses. No entanto, vale ressaltar que a referida presunção de veracidade é relativa, sendo permitido prova em contrário.

A filiação adotiva podendo ser chamada de sociológica é aquela em que independe da união estável. Acontece quando uma pessoa recebe outra como filho, independentemente do seu parentesco afetivo ou biológico. Podemos observar esta filiação no princípio da isonomia no artigo 227, parágrafo 6 da CF/88, a adoção também está regulamentada no Código Civil artigos 1.618 e 1619, como também no ECA dos artigos 39 ao 52.

Reconhecimento Jurídico da Filiação na Multiparentalidade

A perspectiva tradicional sobre filiação é que o seu reconhecimento resultaria em uma concepção dual: uma personalidade paterna, uma materna e um filho. No transcorrer da história e das relações familiares, de forma praticamente uniforme, era impossível a existência de uma parentalidade biológica e outra afetiva, e o reconhecimento de apenas uma era aceita para fins de registro civil e conseqüentemente para efeitos familiares, tais como registraís, pessoais, patrimoniais e sucessório.

Com a evolução da sociedade, esse modelo tradicional de família começou a ser revisto, por não ser coerente com a nossa realidade fática e com os valores insculpidos na Constituição de 1988. O direito, assim, começou a se preocupar com a multiparentalidade.

Diferentemente do modelo tradicional, a multiparentalidade, permite ao juiz, reconhecer em situações excepcionais, a possibilidade de um filho ter mais de uma figura paterna ou materna.

Neste sentido, a Constituição Federal, além de ampliar o conceito de família, assegura igualdade a todos os filhos, não admitindo tratamento discriminatório quanto à origem da filiação, quer seja biológica ou havida de outras formas, assim, reconhecendo e garantindo direitos iguais a todos.

O Código Civil de 2002, ao admitir parentesco de origem distinta, além do consanguíneo, incorporou o conceito de socioafetividade em seu texto legal. Abrindo espaço para outras realidades, aquelas que traduzem a complexidade das relações familiares. A lei e a justiça também não ficaram inertes, ao emprestar efeitos jurídicos aos avanços sociais e acolher novas demandas envolvendo o conceito de filiação.

A biologicidade passou a ser vista como uma verdade científica que não traduz a série de sentimentos e relações que realmente formam a família. O fator que agora domina é a presença do vínculo de afeto. Quem dá amor, protege, atende as necessidades, assegura ambiente saudável, independentemente de vínculo biológico atende o preceito constitucional de assegurar a crianças e adolescentes a convivência familiar.

Com esse intuito, a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça em 2017 publicou o provimento de nº 63, o qual diz respeito a regras voltadas aos cartórios de registros cíveis, uma delas teve como escopo regulamentar o reconhecimento voluntário da paternidade/maternidade socioafetiva nos registros cíveis, assim, a partir deste provimento, qualquer pessoa que alegar laços de afinidade e afetividade com crianças e adolescentes, poderá comparecer ao Cartório mais próximo e a assumir a qualidade de pai ou mãe de determinado menor.

É de fundamental importância esclarecer que, antes do provimento a legislação brasileira não possuía normas que abordassem este tema, assim, os juristas utilizavam como fundamentos doutrinas e jurisprudências, encontrando amparo legal somente nos princípios constitucionais da dignidade, afetividade, paternidade responsável, pluralismo familiar e melhor interesse da criança e do adolescente.

Ressalta-se que alguns dos Estados brasileiros mediante regramento próprio, já realizavam o reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade, os que não possuíam regulamento próprio deveriam recorrer ao judiciário para que se realizasse o reconhecimento desta paternidade/maternidade. Contudo, o Provimento nº 63 do CNJ veio justamente para suprir a referida lacuna, bem como consolidar a possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva, assim como estabelecer a possibilidade da multiparentalidade, podendo ser realizados de forma extrajudicial.

Com a ampliação do reconhecimento sobre as famílias recompostas, o ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de permitir ao enteado ou a enteada a possibilidade de incluir o nome de família de seu padrasto ou madrasta, sancionou a Lei de nº 11.924/2009, para que houvesse essa inclusão nos registros, bastava que houvesse comprovação de relação afetiva.

A Lei supracitada ficou conhecida como “Lei Clodovil”, já que a mesma foi de autoria do deputado federal Clodovil Hernandes, falecido em 17 de março de 2009, acrescentou o § 8º ao artigo 57 da Lei de Registros Públicos de 1973 (Lei nº 6.015/73), que aduz a possibilidade da inclusão do nome do padrasto ou da madrasta por parte dos enteados, contanto que haja a concordância de ambos.

Efeitos Jurídicos da Multiparentalidade

A multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro tem como objetivo principal a alteração no registro de nascimento, contudo, é importante destacar as consequências e os efeitos acarretados por este reconhecimento, já que uma das consequências imediatas é a criação de um vínculo parental.

Ressalta-se que, ao regulamentar e reconhecer a multiparentalidade como um dos arranjos familiares brasileiro, o ordenamento jurídico também tem o dever de regulamentar as consequências legais e os problemas que poderão surgir com este novo instituto, pois após a inclusão do nome dos pais surgem várias dúvidas com relação às responsabilidades familiares, e com o intuito de tentar compreender tais efeitos jurídicos é que passaremos a analisá-los de forma sucinta, sem esgotar o assunto.

O nome é considerado um dos direitos da personalidade previsto nos artigos 16 e 19 do Código Civil Brasileiro, o texto legal garante a toda pessoa o direito de possuir nome, prenome

e sobrenome. É fundamental que o ser humano possua uma identificação e o nome ocupa uma representatividade no aspecto afetivo e biológico.

Neste sentido, com o advento da multiparentalidade, haverá uma demanda de novos ascendentes, descendentes e colaterais ao filho, ficando evidente um aumento no quadro de pessoas que possam prestar alimentos, o artigo 1694 do Código Civil de 2002, diz que quando se tratar de forma genérica os parentes podem pleitear alimentos uns dos outros.

Entretanto, em caso de multiparentalidade, poderá ser exigido alimentos de toda família socioafetiva, da mesma maneira que o filho efetivo poderá também pagar alimentos para sua família, podendo ser classificada como responsabilidade familiar recíproca. Neste parâmetro, os parentes devem prestar alimentos uns aos outros, quando for observado o binômio necessidade/possibilidade.

O Código Civil de 2002 dispõe em seu artigo 1696, que “[...] a prestação de alimentos é recíproca entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Nestes termos, os pais assim como os filhos podem pedir alimentos um ao outro, uma vez que se trata de um direito recíproco. Partindo da prerrogativa de que para que haja o sustento de uma criança, as despesas deverão ser divididas entre os pais. Existe a possibilidade de se pleitear alimentos de todos os pais concomitantemente, tanto do biológico como do socioafetivo, sempre observando o binômio necessidade/possibilidade. Os alimentos são prestações periódicas e servem para atender as necessidades vitais de quem as recebem e possuem meios de provê-las por conta própria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos aspectos já analisados, podemos definir família como um grupo de pessoas que convivem possuindo uma ligação afetiva ou consanguínea. Consegue-se perceber, contudo diante as explanações, a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este a base principal para o direito de família, que garante os demais princípios. Consta-se também as novas formas de filiação que se encontra no atual cenário das famílias.

A partir do código civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, faz-se evidente o amplo conceito de direito de família juntamente com o reconhecimento da ampla multiparentalidade presente no provimento n° 63, que revogou alguns artigos da lei n° 6.015/73,

retratando uma nova forma de filiação bastante presente na sociedade, em que um indivíduo poderá ter dois pais, ou mesmo duas mães.

Passa-se a fazer uma revisão sobre a possibilidade da dupla paternidade ou maternidade no registro civil, assim, de acordo com os requisitos pré-estabelecidos em texto legal é possível à inserção ou alterações dos termos destes registros.

De acordo com o que fora apresentado, percebe-se que a partir dos dispositivos apresentados, é possível a inserção do nome do novo pai ou mãe socioafetivo no registro civil e com isso ocorrerá alguns efeitos jurídicos, como o aumento de vínculo parentesco de ascendentes, descendentes e colaterais ao filho, prestação de alimentos de ambas as partes, ocorrerá também que os filhos biológicos como os afetivos terão os mesmos direitos e responsabilidades jurídicas de forma igualitária, garantidas nos princípios.

Destaca-se que, restou-se demonstrado que os efeitos jurídicos de prestação alimentícia passa-se a ser de todos os envolvidos no novo arranjo familiar, no qual quando comprovada a possibilidade dos alimentantes e necessidade dos alimentandos a prestação alimentícia será devida. Portanto, os pais e filhos podem pedir alimentos uns aos outros garantindo o sustento de ambas as partes, podendo ser dividida as despesas entre os pais biológicos e socioafetivos.

Ademais, verificou-se a inegável importância do tema proposto, e que devido aos diversos efeitos jurídicos advindos deste novo arranjo familiar restou-se impossível esgotar o tema, pois, trata-se de um assunto novo, ainda pouco difundido na doutrina, mas que merece destaque diante da nova realidade que vive a sociedade, assim é necessário ressaltar a importância do reconhecimento da multiparentalidade na vida da criança, esclarecendo todos os efeitos e responsabilidades que irão surgir após essa nova conjuntura.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63**. 5 de maio de 2014. Disponível em:
http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Provimento_36_2014_CNJ.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto, Brasília – DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 de out 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.069/90**. Estatuto da criança e do adolescente. Planalto, Brasília – DF, 13 de julho de 1990 em Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 05 out 2019.

BRASIL. **Lei n.º 6.015/1973**. Lei dos Registros Públicos. Planalto, Brasília – DF, em 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015original.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Família: de acordo com o novo CPC**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Fernanda Cristina Rodrigues de. **Princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 01 de Dez. 2009. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/124220-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-de-familia. Acesso em: 17 Out. 2019.

MÜLLER, Meri. Princípios constitucionais da família. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5268, 3 dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60547>. Acesso em: 18 out. 2019.

QUARANTA, Roberta Madeira. O direito fundamental ao planejamento familiar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2421, 16 fev. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14354>. Acesso em: 18 out. 2019.

SOBRAL, Cristiano. **O princípio da solidariedade familiar**. Cristiano Sobral Direito Civil. 23 Nov 2017. Disponível em <https://blog.cristianosobral.com.br/o-principio-da-solidariedade-familiar/>. Acesso em: 17 out. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito civil 2: direito família**.42. ed. São Paulo: Editora Saraiva,2012.

A EFICÁCIA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO IDOSO NO CONTEXTO FAMILIAR E SOCIAL

Beatriz Ferreira de Sousa ¹
Márcia Romênia da Costa Alves ²
Prof^o Me. Francisco Paulino da Silva Junior ³

RESUMO

A população idosa no Brasil já alcançou grande proporção e se mantém em contínuo crescimento, acarretando demandas importantes para o Poder Público, sociedade e família. O objetivo do estudo é analisar a eficácia dos direitos do idoso frente à exclusão do indivíduo, discutindo o envelhecimento enquanto construção social que ainda não tem sido adequadamente abordado nas políticas públicas com a devida centralidade. O estudo foi desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas. Destacou-se que a família, enquanto instituição de importância primordial na vida de qualquer pessoa, ainda enfrenta dificuldades para compreender as necessidades do idoso e estabelecer o diálogo, apoiando o indivíduo. É possível concluir que a participação e inclusão do idoso na família e em outros espaços sociais deve ser uma prioridade na execução das políticas, como forma de combater a estigmatização e discriminação, traduzindo a efetividade das normas jurídicas e materializando a dignidade humana da pessoa idosa.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Família. Garantias. Idosos.

ABSTRACT

The elderly population in Brazil has already reached a large proportion and remains in continuous growth, causing important demands for the Government, society and family. The aim of the study is to analyze the effectiveness of the rights of the elderly in face of the exclusion of the individual, discussing aging as a social construction that has not yet been adequately addressed in public policies with due centrality. The study was developed through bibliographical research. It was highlighted that the family, as an institution of prime importance in the life of anyone, still faces difficulties to understand the needs of the elderly and establish dialogue, supporting the individual. It can be concluded that the participation and inclusion of the elderly in the family and other social spaces should be a priority in the implementation of policies, as a way to combat stigmatization and discrimination, translating the effectiveness of legal norms and materializing the human dignity of the elderly.

Keywords: Fundamental rights. Family. Guarantees. Elderly.

¹ Aluna do Curso Bacharelado em Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC.
E-mail: beatfsz@gmail.com

² Aluna do Curso Bacharelado em Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC.
E-mail: marcia_romenia@hotmail.com

³ Docente da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a maioria dos países passou por um processo de transformação na estrutura demográfica, com destaque para o crescimento da expectativa de vida e, portanto, o número de pessoas idosas é cada vez maior (BRASIL, 2018). Ao mesmo tempo, concomitantemente a esse processo, as mudanças na estrutura das famílias contribuíram para proporcionar impactos importantes na dinâmica familiar, tendo em vista que, atualmente, a convivência intergeracional se tornou comum, com três ou quatro gerações convivendo em um mesmo lar e, quase sempre, originando conflitos (FORNASIER; LEITE, 2018).

No Brasil, considera-se idoso o indivíduo com idade de 60 anos ou mais (BRASIL, 2003). Conforme o último censo demográfico, a população idosa já totalizava 20,59 milhões de pessoas em todo o país. Para o ano de 2019, entretanto, a projeção do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta população idosa de 229,09 milhões, evidenciando um crescimento expressivo nos últimos anos (IBGE, 2018).

O rápido crescimento da população idosa motivou transformações políticas e sociais, com impactos de curto e longo prazos. O envelhecimento humano tem sido tema frequente em estudos e debates, tanto pelo interesse científico em compreender esse fenômeno, quanto em virtude do grande aumento no número de idosos e das estimativas de contínuo crescimento dessa população. As melhores condições de vida contribuíram para aumentar a longevidade e o envelhecimento populacional representa uma conquista de grande importância. Entretanto, ainda não se observa a efetivação a todos os idosos do pleno acesso aos serviços de saúde, trabalho, participação social, exercício de direitos, entre outras demandas (MIRANDA; MENDES; SILVA, 2016).

Os direitos dos idosos decorrem de um processo que, a nível mundial, adquiriu maior expressividade com o fim da Segunda Guerra Mundial, quando as constituições passaram a enfatizar temas que antes eram objeto da legislação civil apenas, no intuito de concretizar transformações sociais. Os direitos fundamentais então adquiriram maior importância. Foi especialmente com o advento do Estado Social que o movimento pela garantia de direitos se destacou na sociedade, refletindo também o avanço do princípio democrático. Desse processo, surge o Estado Democrático de Direito como via garantidora das liberdades individuais, da proteção jurídica aos direitos humanos e das garantias fundamentais (VERAS; OLIVEIRA, 2018).

Uma importante dedução que se pode fazer a partir dessas informações é que o Estado passou a atuar como verdadeiro executor das políticas públicas formuladas segundo os preceitos constitucionais, submisso às determinações da lei e participando de maneira mais ativa na vida das pessoas.

Entretanto, no que se refere aos direitos voltados à população idosa, as políticas e instrumentos legais ainda se mostram incipientes para atender às demandas de um segmento populacional que, apesar das contribuições oferecidas para a própria formação da sociedade, quando alcançam a velhice os indivíduos enfrentam dificuldades para terem acesso e garantia de direitos que deveriam ser de todos (AGUIARO, 2016).

A exclusão do idoso no âmbito familiar, inclusive, constitui uma situação cada vez mais frequente. Percebe-se que o idoso, outrora visto como símbolo de respeito e admiração, na sociedade atual assumiu um lugar de menor importância, tendo seus direitos constantemente violados. A família, a primeira e mais importante instituição da vida de alguém, muitas vezes acaba negando o seu papel de apoiar, oferecer segurança e assistência na velhice (SOARES et al., 2018).

Quando a fragilização de vínculos do idoso ocorre no âmbito da própria família, as oportunidades de efetiva integração e participação social, acesso a bens e serviços fundamentais assegurados sob a forma de direitos fundamentais, se tornam progressivamente mais reduzidas. É importante acrescentar, ainda, que a diversidade de arranjos familiares é uma característica intrínseca à família contemporânea e, nesse contexto, a convivência com a pessoa idosa não raramente é marcada por conflitos, maus tratos, violência, exclusão e abandono (PINHEIRO; AREOSA, 2018).

Atualmente, os direitos da população idosa são estabelecidos em legislação própria, com fundamento em todas as inovações trazidas pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/88). O Estatuto do Idoso e a Política Nacional do Idoso são instrumentos fundamentais de assistência aos idosos que, sem dúvidas, trouxeram avanço de grande importância para a proteção da pessoa idosa. Entretanto, grande parte dos idosos desconhece seus direitos, evidenciando um aspecto diretamente ligado à ineficácia dos diferentes instrumentos legais na garantia de direitos ao idoso. A execução das políticas públicas certamente é um aspecto essencial, assumindo posição central na trajetória de garantias e direitos ao idoso (VERAS; OLIVEIRA, 2018).

Nessa perspectiva, o presente trabalho tem sua relevância ligada a um aspecto essencial da efetivação de direitos à população idosa, que se refere à divulgação de conhecimentos a respeito das políticas, programas, instrumentos legais e outros recursos voltados ao atendimento das demandas específicas da população idosa. A escolha do tema também se justifica pela pertinência e atualidade, dada a importância de abordar o público idoso que, na medida em que cresce, deve receber o amparo legal, a proteção e apoio por parte do Estado, da família e de toda a sociedade.

O objetivo do estudo é analisar a eficácia dos direitos do idoso frente à exclusão do indivíduo no âmbito familiar, discutindo o envelhecimento enquanto construção social que ainda não tem sido adequadamente abordado pelas políticas públicas com a devida centralidade, com ênfase na dignidade da pessoa humana como princípio orientador do ordenamento jurídico pátrio.

MATERIAL E MÉTODOS

O estudo foi desenvolvido a partir de pesquisas bibliográficas, de natureza básica e qualitativa, compreendendo consultas a diversas fontes como bases de dados, livros e estudos publicados em revistas e periódicos, os quais abrangeram importantes informações de diversos autores sobre o tema. O método bibliográfico permite reunir os posicionamentos mais recentes e relevantes acerca de um determinado tema em estudo. As discussões foram desenvolvidas com base em posicionamento crítico quanto aos achados, especialmente a partir do método dialético, com argumentos e contra-argumentos, na perspectiva da constante interação e transformação entre os fenômenos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Sabe-se que a população idosa tem crescido continuamente em todo o mundo. Diversos fatores contribuíram para este resultado, tais como a redução nas taxas de natalidade e mortalidade, a melhoria da qualidade de vida e o desenvolvimento de políticas públicas que contribuíram para a longevidade, o avanço do conhecimento nas áreas da medicina e da farmácia, entre outros (FERREIRA; TEIXEIRA, 2014).

É certo que essas transformações demográficas, em que o público idoso se torna uma parcela cada vez mais expressiva da população, criando novas demandas para o poder público

e para a sociedade de um modo geral, no intuito de proporcionar as condições adequadas para atender às necessidades dos idosos, geram responsabilidades que também alcançam a família enquanto espaço primordial ao desenvolvimento, apoio e proteção ao indivíduo em praticamente todas as etapas da vida, principalmente na velhice.

Antes de adentrar especificamente na seara familiar, a fim de discutir a situação de efetivação dos direitos do idoso nesse contexto, é importante trazer em breves considerações, como esses direitos evoluíram a nível mundial e no ordenamento jurídico brasileiro.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DO IDOSO

Os direitos do idoso decorrem dos direitos humanos e, assim, entende-se pela necessidade de iniciar essa abordagem a partir de um dos mais importantes marcos históricos da garantia de direitos fundamentais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), considerado um dos mais importantes documentos que abordou princípios de direito à vida, dignidade e proteção à pessoa idosa, assinado em 1948 pelos países integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU).

Em seu artigo inaugural, a DUDH estabeleceu que todas as pessoas nascem livres e iguais quanto à dignidade e direitos, como também são dotadas de razão e consciência, devendo agir em relação umas às outras conforme o espírito de fraternidade. Ao longo do documento, destacam-se todos os direitos inerentes à pessoa, ao mesmo tempo em que fica claro o repúdio a qualquer forma de exploração, discriminação ou desigualdade (ALMEIDA, 2005).

São direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos o direito à vida, liberdade e segurança pessoal, liberdade de pensamento e expressão, remuneração justa que proporcione a existência compatível com a dignidade humana, proteção social, saúde, educação, habitação e lazer, proteção no desemprego, na velhice e na viuvez. Contudo, apesar da Constituição Federal atual e algumas Leis incorporarem direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, com relação aos idosos ainda é comum observar que em várias partes do mundo e no Brasil a violação aos direitos humanos é uma realidade preocupante (CARVALHO, 2012; GIOVANNETTI, 2009).

Nesse sentido, através da atuação no âmbito das políticas especificamente voltadas para o idoso, o poder público pode avançar na construção de uma sociedade mais compreensiva com relação à população idosa. No Brasil, a Constituição Federal tratou os direitos dos idosos de

maneira diversa nos diferentes momentos históricos, evidenciando uma tendência de incorporação dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, refreada pelos anos de governo militar e plenamente concretizada apenas com a promulgação da Constituição da República de 1988.

Assim, para trazer uma breve exemplificação, a Constituição de 1934 enfatizou principalmente os direitos trabalhistas, determinando a proteção social do trabalhador, priorizando também o direito à educação, com a previsão de que o ensino primário seria obrigatório e gratuito para crianças e também para adultos. Em seu texto, menciona a velhice apenas uma vez, na alínea “h” do § 1º do artigo 121, ao assegurar a prestação de assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, instituição de previdência mediante contribuição a favor da velhice, invalidez, maternidade, acidentes de trabalho ou morte. A Constituição de 1937, apesar de discreta com relação aos direitos dos idosos, representou um importante passo em direção aos direitos sociais, mas durou apenas cerca de três anos (BRASIL, 1934).

Em 1937, o então Presidente Getúlio Vargas outorgou a nova Constituição Brasileira no dia 10 de novembro, sendo um documento essencialmente baseado em um regime autoritário, cuja principal característica foi a concentração do poder no chefe do Executivo. O artigo 127 evidencia a prioridade para a infância e a juventude, mas a referida Carta Constitucional não demonstra nenhuma preocupação com a velhice, suprimindo a assistência à saúde e previdência (BRASIL, 1937). O conteúdo fortemente centralizador dessa Constituição acabou de certa forma ofuscando os direitos e garantias individuais. A harmonia entre os três poderes também foi prejudicada, já que a concentração de poder comprometia a independência do poder legislativo.

Alguns anos depois, a Constituição de 1946 restaurou direitos e garantias individuais e também reduziu os poderes do chefe do Executivo, restabelecendo assim o equilíbrio entre os poderes. O artigo 157 enumera regras relativas ao trabalho e previdência social, destacando a necessidade de promover melhorias para os trabalhadores e gestantes e, nesse sentido, determinando no inciso XVI a previdência, custeada pela União, pelo empregador e empregado, a favor da maternidade, consequências da doença, velhice, invalidez e morte (BRASIL, 1946). Entretanto, com o período de instabilidade e crises que se instalaram no país, ocorreu o golpe militar e o estabelecimento de um regime autoritário.

A Constituição de 1967 manteve o posicionamento acerca da previdência como forma de amparo ao trabalhador, maternidade, velhice, invalidez ou morte, não trazendo outras

disposições específicas com relação à população idosa. A referida Carta de 1967 foi emendada vinte e sete vezes, até que foi substituída pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1967). Com o fim do regime militar e a redemocratização do país, a nova Constituição, chamada Constituição Cidadã, foi promulgada em 5 de outubro de 1988. Os direitos sociais foram enfim reconhecidos e positivados, abrangendo não somente a proteção de trabalhadores, mas também as minorias excluídas e aqueles incapazes de prover as próprias necessidades.

O texto constitucional traz uma gama de direitos individuais e coletivos até então desconhecidos na história do país. Inclusive, existem muitas semelhanças entre os preâmbulos constitucional e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre as quais destacam-se a dignidade humana, igualdade e fraternidade, liberdade, proteção legal dos direitos, Estado Democrático, direitos sociais e individuais e bem-estar.

Especificamente sobre o idoso, a Constituição de 1988 destaca, com base no princípio da solidariedade familiar, que os pais devem educar e assistir os filhos, assim como estes devem amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. O texto constitucional privilegia a garantia de direitos básicos e a proteção da família, principalmente a criança, o adolescente e o idoso. O artigo 226, § 8º, enfatiza a função do Estado na promoção da integração e manutenção da unidade familiar. Já no artigo 230, fica estabelecida a obrigatoriedade do Estado de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação social, o direito à vida, dignidade e bem-estar (BRASIL, 1988).

A Lei 8.842, de 1994, que estabelece a criação da Política Nacional do Idoso, buscou assegurar direitos sociais, criando condições para a promoção da autonomia, integração e participação da pessoa idosa na sociedade, proporcionando dessa forma mecanismos para avaliar as dificuldades e avanços no que diz respeito à forma como o envelhecimento é percebido pela sociedade. As propostas voltadas para a melhoria das ações relacionadas à qualidade de vida e dignidade da pessoa idosa também se tornaram mais frequentes (BRASIL, 1994).

Já o Estatuto do Idoso (EI) reafirmou os direitos das pessoas idosas, buscando assegurar aos idosos o gozo dos direitos fundamentais, compreendendo principalmente a preservação da saúde física e mental, aperfeiçoamento moral, intelectual e social em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003). Fica claro no estatuto que a obrigação de proteger e favorecer o acesso aos direitos dos idosos é da família, comunidade, sociedade e Poder Público, obedecendo a essa ordem de responsabilidade.

A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA VELHICE E AS REPERCUSSÕES NA FAMÍLIA E NA SOCIEDADE

Enquanto construção social, a velhice se manifesta segundo valores culturais que se transformam e se acumulam continuamente, de modo que, nos dias atuais, o comportamento daqueles que envelhecem é caracterizado por um conjunto de crenças, hábitos, termos e atitudes tradicionalmente representados pelos momentos não mais destinados ao trabalho, mas, sim, ao descanso, inatividade, mais tempo para lazer, afetividade e vínculos ainda não experimentados.

A velhice ainda é frequentemente associada à dependência física, fraqueza, incapacidade para desempenhar papéis e tomar decisões, entre outras atribuições direcionadas ao idoso. Características negativas são comumente atribuídas ao idoso. Contudo, novas representações são agregadas à velhice, a cada nova geração, de forma que essa fase da vida tem sido continuamente valorizada e compreendida segundo os valores, o respeito e a cidadania da pessoa idosa.

Nesse sentido, torna-se evidente a necessidade de mais educação e informação sobre a velhice, pois as pessoas devem entender o envelhecimento como uma das etapas da vida, tendo em vista que essa percepção, quando é vista com desejo de viver e com otimismo, coopera para uma vida mais saudável. Entretanto, muitas vezes no âmbito da própria família os idosos são constantemente discriminados, tratados com violência, desvalorizados e percebidos como pessoas inúteis.

Em muitos casos, a família acolhe o idoso porque usufrui de sua aposentadoria, de forma que o indivíduo assume a posição de principal provedor da família, o que não é suficiente para evitar os maus tratos. Nota-se ainda que, em outras situações, são os filhos e netos que passam a residir na casa do idoso, principalmente em função do desemprego e outras dificuldades que surgem nas famílias. O fato é que, qualquer que seja a hipótese em que o idoso convive com demais membros da família, entre diversas gerações, em muitos casos estará sujeito ao desrespeito e maus tratos (ARAÚJO, *et al.*, 2012).

Grande parte das famílias ainda não são capazes de compreender as mudanças físicas e psicológicas que surgem no processo de envelhecimento e, por isso, não conseguem proporcionar uma velhice saudável do ponto de vista físico e mental, já que percebem o idoso tão somente como mais um membro da família, esquecendo suas fragilidades e necessidades,

as características de seu comportamento, entre outras mudanças típicas da velhice (CAVALCANTI *et al.*, 2016).

Essa realidade para o idoso vem de transformações que a família vem sofrendo ao longo do tempo, numa dinâmica que acompanha as mudanças da sociedade, seja de natureza econômica, sociocultural ou religiosa, conforme a conjuntura vivenciada nos diferentes períodos da história. Atualmente, nota-se que o idoso perdeu a posição de comando que outrora ocupava, de forma que as decisões são tomadas quase sempre pelos filhos ou outros membros da família.

Nesse contexto, reconhecendo que o ambiente familiar influencia profundamente nas características comportamentais do idoso, entende-se que em uma família com relações sadias, predomina um ambiente harmonioso que permite o crescimento e o bem-estar de todos, inclusive o idoso, já que cada membro da família ocupa um papel relevante que é respeitado pelos demais. Por outro lado, nas famílias em que predomina a desarmonia e a falta de respeito, não há o reconhecimento de papéis nem de limites, de forma que as relações são constantemente agressivas e o idoso passa a experimentar uma situação de exclusão, pois se torna isolado socialmente.

Os conflitos na família envolvendo idosos quase sempre estão relacionados à não aceitação do ponto de vista entre as diferentes gerações que compõem muitas famílias atuais. Os mais jovens acabam não aceitando as necessidades dos idosos, da mesma forma que as pessoas idosas não compreendem o comportamento de outras gerações (ARAÚJO, 2012). Dessa forma, há dificuldades em expressar sentimentos, conversar e dar opiniões sobre questões comuns da família, uma situação que contribui para aprofundar a exclusão do idoso dentro da própria família.

A EFICÁCIA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO IDOSO

Os Direitos Humanos pressupõem aqueles que fundamentam o respeito de todas as nações por esta condição, a partir de um contexto de extrema violação de direitos que emergiu particularmente na vigência do nazismo. Os direitos humanos chegam a se confundir com os direitos fundamentais e ocorre, inclusive, o uso da expressão “direitos humanos fundamentais” para se referir à essa aglutinação terminológica.

O respeito às liberdades individuais atualmente é um papel indiscutível no âmbito do Estado Democrático de Direito, que deve proteger os direitos fundamentais. Nesse sentido, o Estado deve criar mecanismos para assegurar os direitos fundamentais nas relações entre as pessoas, sempre resguardando a igualdade. Pode-se dizer que o surgimento dos direitos fundamentais está ligado ao firme propósito de delimitar o poder de atuação do Estado, criando uma abertura fundamental no ordenamento jurídico para favorecer o livre exercício da vontade individual.

Muito se avançou na conquista de direitos da população idosa, haja vista os instrumentos normativos, os órgãos criados e as ações governamentais voltadas aos idosos. Da mesma forma, sabe-se das dificuldades que ainda persistem com relação à efetivação de direitos, já que muitas vezes, a própria família desconhece e desrespeita o idoso, excluindo-o de uma convivência harmônica, saudável, participativa, negando os direitos de cidadania e a dignidade da pessoa idosa.

A exclusão do idoso na família não significa que este é expulso da convivência com a família, transferido para abrigos ou asilos. Trata-se de relações em que o idoso não possui voz ativa e nem recebe a atenção e os cuidados de que necessita. Importante ressaltar que o envelhecimento tem diferentes valores dependendo de cada família, sendo que para algumas, o envelhecimento de um de seus membros não resulta em qualquer tipo de transtorno, ao passo que para outras, a presença de idosos é motivo de desavenças constantes.

Dessa forma, tendo em vista a importância da instituição familiar na sociedade, diante um expressivo número de idosos, nota-se que a família se torna um importante sistema de mediação entre a população idosa e o Estado. Mesmo quando a convivência é marcada por conflitos e desigualdades e a família não consegue cumprir com a função de proteção social, aumentando as demandas para a comunidade e para o Estado, é nesse espaço contraditório que seus membros devem superar as dificuldades em prol dos mais frágeis, principalmente os idosos (CAVALCANTI *et al.*, 2016).

No Brasil, a situação social dos idosos tem revelado a necessidade urgente de discussões mais aprofundadas acerca das relações do idoso na sociedade e família. A exclusão na velhice e no próprio ambiente familiar é um problema difícil de ser enfrentado, uma vez que até mesmo a violência quase nunca é denunciada pelas vítimas, que muitas vezes dependem dos agressores e fazer uma denúncia. O idoso acaba internalizando a situação de exclusão como algo normal,

inerente à velhice, afirmando para si próprio que os membros mais jovens da família são os mais competentes para tomarem decisões (MACHADO; OLIVEIRA, 2015).

A legislação tem avançado, mas a eficácia ainda tem sido insatisfatória. Considera-se que as políticas públicas nesse sentido ainda são frágeis e insuficientes para produzir resultados concretos e duradouros. O sistema público ainda tem sido ineficaz e a sociedade que ainda não se encontra pronta para compreender e aceitar a velhice como parte integrante da sociedade, da vida humana e, principalmente, entender o idoso enquanto sujeito de direitos e integrante da sociedade que possui grande relevância, direitos constituídos, ocupa uma posição e deve contar com todas as facilidades para exercer plenamente a cidadania.

A respeito da eficácia da legislação relativa aos direitos dos idosos, é relevante trazer alguns esclarecimentos. A princípio, a produção de uma norma pode ser considerada uma ação, a qual provoca uma reação que é o efeito esperado daquela norma. Esse efeito pode ser restrito ao aspecto jurídico ou alcançar o meio social. Isso significa que a norma não vai ter somente o efeito social, dissociado do efeito jurídico, pois dentro do sistema normativo o que prevalece é o direito, as regras (SOARES NETO, 2017). As normas de caráter puramente social são estabelecidas no âmbito doméstico, nas residências das famílias, produzindo efeitos somente no âmbito do espaço de convivência particular, familiar.

De um lado estão as regras jurídicas, de outro, as regras que podem ser morais, familiares, religiosas, etc. No Estado legalista, normativo, o comportamento é regulado pelas normas jurídicas, o que abrange leis, decretos, a Constituição, atos normativos em geral. A eficácia jurídica representa a qualidade da norma produzir determinados efeitos jurídicos, em maior ou menor grau, ou a aptidão para produzir efeitos, no que se refere à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Segundo José Afonso da Silva (2007), a lei é mais eficaz na medida em que se projeta no meio social, no qual deve atuar. Dessa forma, quanto mais os seus termos abstratos são enriquecidos de conteúdo social, do Direito, mais eficaz a norma será. Quando não há um mínimo de eficácia, a lei não passa de uma mera construção teórica.

Relativamente à trajetória histórica dos direitos dos idosos, cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988, nos termos consagrados pelo art. 1º, inciso III, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento próprio da República Federativa do Brasil, sendo que tal valor inspira toda a aplicação da Carta Constitucional, justificando assim, o motivo pelo qual a efetividade dos direitos fundamentais não poderia ser deixada sob a mera

vontade do legislador no que se refere à sua aplicação. “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 e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Justifica-se, assim, a aplicabilidade imediata às normas garantidoras dos direitos fundamentais, como mecanismo essencial para evitar que tais direitos pudessem se tornar letra morta, no caso da omissão legislativa. Para concretizar realmente os direitos fundamentais, o constituinte achou por bem deferir a esses direitos a característica da aplicabilidade imediata (MATOS, 2018).

A norma pode ter eficácia jurídica sem necessariamente ser eficaz socialmente, o que significa que pode gerar efeitos jurídicos, como revogar normas anteriores, mas não ser efetivamente cumprida no campo social. A eficácia social refere-se à concretização de um comando normativo, a materialização da sua força realizadora no mundo dos fatos. A efetividade de uma norma indica não a eficácia jurídica de sua aplicação, mas a sua eficácia social e os mecanismos necessários para a sua real aplicação. Dessa forma, a eficácia social depende de uma aceitação social para que a norma produza os efeitos (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Nesse sentido, a efetividade é a realização do direito, o desempenho de uma função social concreta, traduzindo a materialização dos preceitos legais no mundo dos fatos e simbolizando a aproximação melhor possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (LENZA, 2015). Naturalmente, a eficácia social depende, em primeiro lugar, da eficácia jurídica da norma, que é a aptidão formal para a incidência da mesma nas situações da vida social, produzindo os efeitos inerentes ao seu objeto. Dessa forma, não se fala somente na vigência da regra, mas também na capacidade da mesma em produzir efeitos, seja de maneira isolada ou conjugada a outras normas.

Feitas essas considerações gerais sobre a eficácia e efetividade das normas jurídicas, no que se refere às leis e políticas voltadas aos direitos dos idosos, é possível notar que a efetividade de tais normas não se concretiza em virtude dos instrumentos restritos que a lei determina para fazer cumprir suas determinações. As ações e políticas pontuais são incompatíveis com a abrangência que a população idosa representa na sociedade atual, nos mais diversos sentidos.

Mudar a situação de exclusão do idoso na família e da sociedade de uma forma geral exige uma intervenção abrangente, compreendendo desde ações educativas que alcancem toda a sociedade, especialmente as gerações mais jovens, bem como, envolvendo os idosos e seus familiares em atividades e programas para fortalecer o apoio e proteção aos idosos, além de assegurar à pessoa idosa a convivência digna e harmônica com sua família.

No contexto atual, a Sociedade e o Estado acabam contribuindo para essa exclusão do idoso, pois a família adquiriu centralidade no plano teórico da legislação relativa ao idoso e no arcabouço das políticas sociais, mas na prática as famílias ainda não têm sido tratadas com a merecida atenção. É importante lembrar que, enquanto instituição fundamental à sociedade, reconhecida internacionalmente e especialmente valorizada no Direito brasileiro, a família ainda não tem refletido os impactos almejados pelo legislador, especialmente no que se refere à pessoa idosa no âmbito familiar.

Dessa forma, atualmente é possível observar uma mudança na posição ocupada pelo idoso dentro da família, em que o mesmo possui acesso à renda e na maior parte dos casos, saúde e longevidade, o que contribui para uma maior independência. Na verdade, esses idosos têm representado uma importante fonte de ajuda às famílias, o que pode contribuir para que ocupem uma posição redefinida, com maior participação ativa no cotidiano das famílias.

É relevante acrescentar, ainda, que os novos arranjos familiares implicam em novas dificuldades e preocupações para o idoso que ocupa o lugar de provedor da família, ao mesmo tempo em que o indivíduo percebe uma perda de sua autoridade, de onde surgem as dificuldades de relacionamentos, os conflitos gerados na convivência diária. Muitos idosos vivenciam o descaso dentro da própria família, o menosprezo, em que outros membros tratam com desrespeito, muitas vezes culminando até mesmo com situações de violência e exclusão do idoso, ocasionando no mesmo a baixa autoestima e a sensação de improdutividade (MINÓ; FARIAS, 2016).

Conforme mencionado anteriormente, não é incomum que pessoas idosas compartilhem a residência com outras pessoas, como filhos e netos, sendo que os idosos são provedores da família. Nesse contexto, a percepção do indivíduo sobre os direitos do idoso se torna limitada, evidenciando a necessidade de uma abordagem mais ampla, no intuito de efetivamente responsabilizar a família, a sociedade e o Poder Público pela proteção e garantia de direitos à população idosa.

Ações abrangentes e pautadas na construção de uma sociedade que seja mais justa e mais igualitária são pontos considerados essenciais para que o envelhecimento possa ser um dia compreendido como de fato é, uma etapa da vida muito rica em significados e possibilidades. Talvez a abordagem educativa seja um ponto de partida para mudar a realidade do envelhecimento no Brasil, inserindo nos currículos escolares determinados conteúdos que ressaltem os direitos dos idosos e a relevância do envelhecimento para uma sociedade, despertando desde cedo um conhecimento que deve ser levado para as famílias e para os demais espaços de participação social. Esse é um exemplo de como os instrumentos legais de proteção ao idoso podem partir da eficácia jurídica, traduzidos a partir dos resultados efetivamente alcançados no meio social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo foi realizado no intuito de analisar a efetividade dos direitos do idoso frente à problemáticas como a exclusão no âmbito familiar, as dificuldades relacionadas ao envelhecimento enquanto construção social e a precariedade das políticas públicas. Buscou-se ressaltar a discrepância entre a garantia da dignidade da pessoa humana enquanto princípio orientador do ordenamento jurídico pátrio e a inefetividade da legislação de proteção ao idoso. Por meio das interpretações e discussões realizadas, considera-se que o objetivo foi alcançado.

Destacou-se que a família, instituição de importância primordial na vida de qualquer pessoa, não pode excluir, desprezar e discriminar o indivíduo na sua velhice. A compreensão sobre as necessidades do idoso, o diálogo e o respeito devem estar sempre presentes para que uma boa convivência familiar se torne possível. Quando o idoso enfrenta dificuldades e exclusão no âmbito da própria família, dificilmente alcançará oportunidade de participação em outros espaços. Por outro lado, o Poder Público se omite quando deixa de implementar políticas mais abrangentes e ações direcionadas para toda a sociedade, concentrando esforços em medidas pontuais que não geram repercussão ampla e não traduzem os comandos legais sob a forma de benefícios ao idoso.

É possível concluir que as demandas representadas pelos idosos constituem verdadeiros desafios para toda a sociedade, mas a participação e inclusão do idoso, além de serem direitos estabelecidos em Leis, são necessários para a cidadania do idoso, para o combate à

estigmatização e discriminação e para a boa convivência familiar, sob os preceitos constitucionais orientados primordialmente pela dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGUIARO, F. F. **O idoso como cidadão: enfrentando o abandono familiar da pessoa idosa**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Serviço Social) – Universidade Federal Fluminense, Rio das Ostras, 2016.

ALMEIDA, V. L. V. **Direitos humanos e pessoa idosa**. – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2005.

ARAÚJO, C. K.; CARDOSO, C. M. C.; MOREIRA, E. P.; WEGNER, E.; AREOSA, S. V. C. Vínculos familiares e sociais nas relações dos idosos. **Revista Jovens Pesquisadores**, Santa Cruz do Sul, n. 1, p. 97-107, 2012.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2019

BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm. Acesso em: 17 out. 2019

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 18 out. 2019

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Censo Demográfico**. 2010. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Projeções da população: Brasil e unidades da federação: revisão 2018.** – 2 ed. – Rio de Janeiro: IBGE, 2018a.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Projeções da População do Brasil e Unidades da Federação por sexo e idade: 2010-2060.** 2018b. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?=&t=resultados>. Acesso em: 25 set. 2019.

CARVALHO, O. F. de. A constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais. **DPU nº 43, parte geral – doutrina**, jan./fev., 2012. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico>. Acesso em: 01 out. 2019

CAVALCANTI, K. F.; MENDES, J. M. S.; FREITAS, F. F. Q.; MARTINS, K. P.; LIMA, R. J.; MACÊDO, P. K. G. O olhar da pessoa idosa sobre a solidão. **Av Enfermagem**, v. 34, n. 3, p. 259-267, 2016.

FERREIRA, A. P.; TEIXEIRA, S. M. Direitos da pessoa idosa: desafios à sua efetivação na sociedade brasileira. **Argumentum**, Vitória (ES), v. 6, n. 1, p. 160-173, jan./jun., 2014.

FORNASIER, M. O.; LEITE, F. P. A. A exclusão social do idoso no ambiente urbano. **Revista de Direito da Cidade**, v. 10, n. 3, p. 2073-2105, 2018.

GIOVANNETTI, A. **60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil.** – Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19. ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

MACHADO, A. K. C.; OLIVEIRA, H. C. A exclusão social da pessoa idosa e o despreparo para lidar com o envelhecimento humano. **Anais... 4º Congresso Internacional de Envelhecimento Humano**, setembro, 2015.

MATOS, M. C. **Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata.** [online], 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67138/direitos-e-garantias-fundamentais-e-aplicabilidade-imediata/3>. Acesso em: 28 mar. 2019.

MINÓ, N. M.; FARIAS, R. C. P. Percepção de idosos sobre núcleo de convivência: um estudo com participantes do Programa Municipal da Terceira Idade de Viçosa, Minas Gerais, Brasil. **Revista Educação, Cultura e Sociedade**, v. 6, n. 1, p. 302-317, jan./jul., 2016.

MIRANDA, G. M.D.; MENDES, A. C. G.; SILVA, A. L. A. O envelhecimento populacional brasileiro: desafios e consequências sociais atuais e futuras. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 507-519, 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado.** – 16. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PINHEIRO, O. D. S.; AREOSA, S. V. C. A importância de políticas públicas para idosos. **Revista Brasileira de Assuntos Regionais e Urbanos – BARU**, Goiânia, v. 4, n. 2, p. 183-193, jul./dez., 2018.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, N. V.; et al. **Sentimentos, expectativas e adaptação de idosos internados em instituição de longa permanência**. **Revista Mineira de Enfermagem – REME**, v. 22, 2018.

SOARES NETO, P. B. O. Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais. **Revista Virtual Direito Brasil**, v. 11, n. 2, 2017.

VERAS, R. P.; OLIVEIRA, M. Envelhecer no Brasil: a construção de um modelo de cuidado. **Ciências & Saúde Coletiva**, v. 23, n. 6, p. 1929-1936, 2018.

A RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE O ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL

Thereza Raquel Sarmiento Lucena *
Nataly Silva Pereira
Francisco Paulino da Silva Junior***

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a possibilidade indenizatória dos pais idosos frente o abandono afetivo de seus filhos. Trata-se de situação que merece ampla discussão haja vista o não cumprimento dos deveres familiares no que tange à proteção da pessoa idosa, sobretudo, pelos seus próprios filhos. A situação de ausência de afeto, nessa fase de vulnerabilidade da vida, pode repercutir em vários âmbitos da vida da pessoa idosa, de modo que este trabalho se propõe a discutir os danos morais e existenciais sofridos por esse grupo social e sua possível reparação da esfera cível. Essa possível reparação seria feita com incidência no afeto, visto que a problemática tem mais impactos emocionais, os quais desencadeiam uma série de outros problemas.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono. Filhos. Pessoa idosa.

ABSTRACT

The present research deals with the indemnity possibility of the elderly parents facing the affective abandonment of their children. This is a situation that deserves wide discussion given the non-compliance with family duties regarding the protection of the elderly, especially by their own children. The situation of lack of affection, in this phase of vulnerability of life, may have repercussions in various areas of the elderly person's life, so this paper aims to discuss the moral and existential damages suffered by this social group and its possible reparation of the sphere. civil. This possible repair would be made with affect on the affection, since the problem has more emotional impacts, which trigger a series of other problems.

KEYWORDS: Abandonment. Children. Elderly.

*Bacharelada do curso Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC. E-mail: americaraquel@hotmail.com

** Bacharelada do curso Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC E-mail: natalysilva.161@gmail.com

***Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais. Advogado. Professor universitário. E-mail: fpsjunior@gmail.com

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é informar e alertar a sociedade, especialmente aos juristas como conhecedores e aplicadores da lei, sobre a importância, bem como o esquecimento que existe sobre o abandono dos filhos para com os seus pais idosos. O assunto é de grande relevância, pois fere especialmente a Constituição Federal, e como *Lex Mater* deve ser respeitada e aplicada.

Boa parte do problema inicia-se com a inversão da pirâmide etária, que está passando a ter os idosos como a base, ou seja, como a maioria da população, necessitando assim de cuidados da classe trabalhadora, que além de não ter tempo suficiente para tais cuidados, muitas vezes por negligência, deixam de dá-los a assistência que precisam, e mesmo sendo coagidos mediante lei para cumprir tal função, deixam de cumpri-la. A falta mais grave dos filhos em relação aos pais não seria a de valor pecuniário, mas sim de afetividade, visto que os mais velhos têm uma certa sensibilidade, e carecem, acima de tudo, de atenção. Não só os filhos possuem essa obrigação, mas sim toda a família, sendo os principais responsáveis, porém não exclusivos sobre os idosos, como está posto no Estatuto do Idoso.

Como Direito Fundamental, presente no Estatuto do Idoso (Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) em seu artigo 9º diz que é Obrigação do Estado garantir um envelhecimento saudável e em condições de dignidade, todavia, diante do problema apresentado, esse direito não está sendo cumprido. E mediante a inércia do Estado, quem está sendo diretamente atingido, é o cidadão que está na fase mais vulnerável da vida: a velhice, a qual deveria estar resguardada ao descanso e não ao sofrimento.

Diante do que já fora supracitado, constata-se que o problema mais que social, também é jurídico e emocional. Ficando para responsabilidade do Estado, sanar essas lacunas na Justiça, punindo os que vieram a cometer tal ato, bem como garantir a efetivação dos dispositivos legais existentes. A conscientização da população ajudaria a enxergar o problema para além da questão financeira e visualizá-lo, acima de tudo, como uma questão humanitária.

DA PROTEÇÃO À PESSOA IDOSA NO BRASIL

Para que se possa entender o problema que se dá em decorrência do abandono afetivo inverso, é de suma importância que se conheça o principal atingido, porque através disso, poderá ser analisado o tema mediante as suas particularidades para que se possa haver uma

melhor forma de solucionar a lide, nesse caso, o idoso. Mas a partir de qual idade pode se considerar uma pessoa idosa? Seguindo a OMS (Organização Mundial de Saúde) o Estatuto do Idoso, em seu artigo 1º, define o idoso como pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.

Todavia, não são todos que estão nessa idade que carecem de cuidados de terceiros, pois muitos conseguem realizar suas atividades e seguirem com sua vida sem a necessidade de um acompanhamento. Além dos fatores físicos, estão os psíquicos e os sociais, uma boa qualidade de vida influencia diretamente num envelhecimento saudável, então se houvesse realmente um bom investimento na vida do cidadão, talvez o impasse não tivesse tomado grandes proporções, pois o filho teria mais tempo antes de cuidar dos seus próprios pais.

O Brasil está se tornando um país de idosos, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2030 o número de pessoas com 60 anos ou mais será superior ao grupo de pessoas com até 14 anos. Isso se deve ao aumento da expectativa de vida, visto que as tecnologias trouxeram inúmeras benesses principalmente no âmbito da saúde. Outro fator que influi diretamente é a diminuição da taxa de natalidade, pois com a inserção da mulher no mercado de trabalho, e a conseqüente diminuição do tempo da mesma, muitas optam por não terem filhos.

Como envelhecer é uma característica personalíssima, que todas as pessoas estão suscetíveis e a mesma está assegurada que se possa haver de forma digna nos dispositivos legais, o Estado deverá usar da igualdade material, tratando os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desiguais afim de manter a sua igualdade, para que dessa forma, possa ocorrer a real justiça, não permitindo assim qualquer tipo de preconceito, violência ou desrespeito aos direitos inerentes dessa característica.

O PAPEL FAMILIAR FRENTE O PARADIGMA DA AFETIVIDADE

Antes mesmo do nascimento, são os futuros pais que arcam com todas as responsabilidades no nascituro, eles que terão que cuidar, educar, responder judicialmente, entre muitas coisas. Essa tutela cessa aos 18 anos, podendo assim o indivíduo ter relações jurídicas sem a concessão de um terceiro, a maioridade civil poderá ser antecipada nos casos previstos em lei, como é o caso da emancipação, contudo, enquanto estiver dentro dos requisitos, terá que haver um tutor.

Quando os seus ascendentes já não conseguem executar suas tarefas normalmente, seja por velhice, carência ou enfermidade a responsabilidade se inverte, passando a ser o filho o sujeito que irá cuidar do polo mais frágil, ou seja, do seu genitor, e a depender do caso, também responderá pelo mesmo. Tal afirmativa é assegurada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 229.

Além dos cuidados mais convencionais, a ajuda dos filhos durante a velhice é de suma importância para que o idoso possa diminuir e até evitar certas doenças comuns à sua idade, como por exemplo a depressão, tendo em vista que além de ser uma fase a qual o ser já não tem o mesmo funcionamento de antes, a solidão também contribui para esse quadro, pois muitos se sentem sem importância, principalmente para aqueles o quais tanto cuidou.

Porém, o que vem acontecendo na atual sociedade é o oposto disso. A prole está se desviando da sua função legal, e como consequência, ocasionando danos físicos, materiais e morais àqueles que por eles deveriam estarem sendo zelados. E o impasse se agrava, visto que não há previsão legal para o abandono afetivo inverso, sendo assim, por mais que haja severos danos, o sujeito ficará isento de culpa, e o idoso prejudicado pela inércia do Estado.

RESPONSABILIDADE

No mundo jurídico as condutas têm suas consequências, sejam elas comissivas ou omissivas, desde que atinja o bem jurídico de outrem e a esse causar-lhe um prejuízo, seja ele material, moral ou físico haverá que se falar na palavra justiça. Segundo a História do Direito, nos primórdios já se tinha essa ideia, todavia para que se fosse feita essa tal justiça, as próprias pessoas que agiam por si, causando na verdade um sentimento de vingança e não de efetivação e restituição do direito, um exemplo dessa ideia justiça é o Código de Hamurabi, o qual é baseado na Lei do Talião, que visa o “olho por olho, dente por dente”.

Com a evolução da sociedade e as necessidades intrinsecamente ligadas a ela, começou a existir uma sede de formalidade para que tornasse o procedimento mais seguro. Deixando a responsabilidade de ser mero costume passando a ser positivada, surgindo assim, leis, regulamentos e outros dispositivos legais para resguardar tais bens jurídicos, bem como doutrinas e jurisprudências, tais quais compõem as fontes do direito.

A responsabilidade Civil implica na consequência que recairá sobre o indivíduo que causar dano a outra pessoa o dever de repará-lo, neste caso, será ao filho, que mediante negligência (ação omissiva), não cumpre com o seu dever legal. Fazendo uma ponte entre os

artigos 186 e 927, caput, do Código Civil de 2002 fica claro que tal conduta se configura como crime. Para além disso, a responsabilidade não se restringe, no direito de família, apenas à casamentos ou união estável, podendo expandir-se ao âmbito parental, incidindo sobre as relações de afeto.

Há ainda a distinção entre responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. A primeira depende que o agente haja com culpa ou dolo, como no artigo 927 que já fora citado, o qual descreve a responsabilidade da conduta por meio de ato ilícito. A responsabilidade objetiva independe de culpa o dolo, presumindo-se o nexo de causalidade ser suficiente para gerar responsabilidade.

ABANDONO AFETIVO INVERSO: BREVES CONSIDERAÇÕES

O afeto provém da palavra latina *affectus* e significa estar inclinado a disposição. A disposição de alguém por alguma coisa é chamada de afeto. O afeto também está ligado aos sentimentos e são através deles que se consolidam um vínculo. A psicologia entende que o afeto é um agente o qual é responsável pela mudança de comportamento, podendo influenciar até a forma de pensar sobre determinada coisa.

Quando se chega a terceira idade e já não se consegue mais ter a mesma funcionalidade, fica a caráter dos filhos ajudar nessa missão, seja por amor e afeto ou simplesmente porque são coagidos mediante lei. Mas como já foi exposto em outros pontos deste artigo, isso não vem acontecendo de forma efetiva, os filhos deixam de cumprir com suas obrigações e os seus pais ficam sem apoio

O Estado já possui o programa de previdência social, mesmo aos que não contribuíram durante o tempo de trabalho, isso é um ponto positivo, porque ameniza a dependência financeira dos pais para com os filhos, então se acontecer o abandono por eles, a renda ainda será do idoso para suprir suas necessidades básicas, não dependendo totalmente da sua prole. Mas acontece que muitas vezes além de abandoná-los, tomam para si o dinheiro que deveria estar sendo destinado ao próprio dono.

O abandono muitas vezes chega a situações cruéis e até desumanas, isso atenta diretamente contra os Direitos Fundamentais tutelados no Estatuto do Idoso. A sua progenitura constantemente deixa de fornecê-los alimentos, remédios, os tratam com violência física e moral. Dados do disque 100, canal de denúncia, apresentados no ano de 2016 pelo Ministério de Justiça e cidadania atestam essa afirmação, segundo os mesmos 77% são por

negligência; 51% por violência psicológica; 38% por violência patrimonial; e 26% por maus tratos e violência física.

A Dignidade da Pessoa Humana, conjunto de bens e valores assegurados pelo Estado, tem como objetivo principal garantir o bem-estar de todos os cidadãos, ele é o princípio fundamental do Brasil e por essa razão é um objetivo a ser cumprido. Como o direito à vida é um dos seus objetos de tutela, em razão da problemática até aqui abordada, o mesmo está sendo altamente desrespeitado, já que o abandono ao Idoso e a sua não possibilidade de viver sem dependências, está influenciando diretamente na vida, pois se o mesmo não consegue realizar suas atividades vitais e os que deveriam fazê-lo estão se abstendo, esse será o curso natural.

Outras opções constantemente adotadas são os asilos e as casas de repouso, os quais abrigam os idosos e lhe dão assistência, sendo assim, é transferida uma função que deveria por outros serem cumpridas. No Brasil esses programas recebem o nome de Instituição de Longa Permanência para Idosos (ILPI). Embora seja uma alternativa plausível para que o abandono não seja feito de forma total, a melhor opção ainda são os cuidados dos filhos. Para isso, o Estatuto do Idoso considera que mais de 30 dias sem visita já é considerado abandono.

A maior problemática que gira em torno do abandono não é o que ele pode causar ao bem jurídico, não é a indenização que deve haver pela ocorrência deste, mas sim, o trauma que se cria mediante essa prática irresponsável, é o dano moral por ele sofrido e as consequências psicológicas que aparecem intrinsecamente ligados. Afinal, se o direito visasse apenas a pecúnia, não seria uma ciência social, já que o principal objeto, o sujeito que compõe a sociedade, contudo, o fato indenizatório pode servir como meio pedagógico para o não cometimento de novas práticas, bem como ressarcir os danos provocados por essa espécie de ilícito.

Como nesta fase o corpo já não tem mais a mesma rigidez, é natural que fique mais suscetível às doenças. O Abandono torna-se um agravante de grande influência, por conta do mesmo, as pessoas com 60 anos ou mais sentem-se sós, o que abre portas para uma possível depressão, contribuindo para que haja um aumento nos números de mortes por suicídio, pois a mente fica frágil.

Na Universidade de Chicago diversos pesquisadores descobriram que a solidão pode aumentar em 14% o risco de morte para os que estão na terceira idade, descobriu-se então que mediante o que nasce com esse sentimento se produz respostas inflamatórias nas células afetando as estruturas que defendem o organismo de possíveis doenças. Como nas idades mais

avançadas as enfermidades aparecem com uma maior frequência, o curso natural é que haja muitas mortes diante desse fato.

O que os idosos mais precisam, na verdade, é do amor, do zelo e do cuidado dos seus filhos, pois nessa fase tão complicada é necessário todo o apoio que possa se prestar. Desta forma, não é o dinheiro ou o simples cumprimento de uma obrigação que irá sanar o problema que nasce mediante o abandono afetivo inverso, porque se trata de elementos subjetivos, de sentimentos e não apenas de um direito, a problemática transcende a área do direito.

DISPOSITIVOS LEGAIS

Como supracitado no início deste artigo, não há um dispositivo específico para regulamentar o abandono afetivo inverso, o que é bastante maléfico, pois já que existe um estatuto para tratar apenas do idoso, por que não haver nele algo mais específico para tratar exclusivamente desse problema ao invés de ter que recorrer a outros meios, afim de conseguir com que o direito inerente ao idoso seja efetivado?

No direito, há várias formas de conseguir um direito que não está positivado de forma específica, utilizando-se, por exemplo das fontes do direito, como a jurisprudência e a própria lei juntamente com o mecanismo de analogia. Para o problema citado há muitos dispositivos que se assemelhem a sua prática, desta forma, tendo o indivíduo uma opção para conseguir aquilo que não e foi dado.

Para o abandono material, que neste caso seria restringir aos idosos o acesso a bens básicos de sobrevivência, como água, comida, a qualquer forma de acesso à saúde, bem como à previdência, tem-se o artigo 224 do código penal, que tipifica a conduta de dano material, o no mesmo está prevista a pena de privação de liberdade, sendo cumulativa com multa para aquele que se abster do dever de prestar assistência material ao idoso.

Também há o abandono imaterial que trata da parte mais subjetiva do assunto, esse diz respeito a falta de convivência familiar, refletindo assim na moral do indivíduo atingido. O mesmo está presente na Constituição Federal, em seu artigo 229, que trata do amparo dos filhos na velhice dos pais. No Estatuto do Idoso, essa prerrogativa também se faz presente em seu artigo 4º, o qual afirma que nenhum idoso será vítima de violência, negligência, discriminação, crueldade ou opressão, seja por ação ou omissão.

No tocante ao abandono paterno-filial, há casos que se utilizou do meio de reparação imaterial para solucionar a lide. Como esse problema e o abandono afetivo inverso tem as

mesmas raízes, já que tratam de responsabilidade, afetividade e parentesco, poderiam os órgãos competentes utilizarem da jurisprudência para resolver o conflito, como é o caso do Recurso Especial 159.242/SP, em 2012.

Nota-se a ausência de uma regulamentação por danos morais no Código Civil, o que é uma grande falta por parte do Estado, pois como detentor do *jus puniendi*, é de sua competência tratar dos regulamentos, pois isso atinge diretamente a população lesada, que por causa da sua inércia terão que arcar com as consequências, por isso é de suma importância um dispositivo que trate deste mal de forma digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo um apanhado geral, tem-se o idoso como um polo de extrema fragilidade de forma jurídica, psíquica e social. Isso decorre de uma má estruturação e da falta de investimento por parte do Estado em políticas públicas, numa regulamentação e aplicação efetiva das leis. Para tanto, é de suma importância que o legislador trate de proferir um dispositivo legal no que diz respeito à moral do indivíduo que está sendo posta de lado, utilizando-se de decisões *inter partes* e as tornando *erga omnes*, pois os precedentes judiciais auxiliariam numa positivação civil acerca do tema até aqui abordado.

A família deveria ser o princípio base inerente a todo e qualquer indivíduo, mas cada um tem seus próprios valores e não é uma prerrogativa da justiça tratar desse assunto, contudo, não será por esse motivo que o direito será negligenciado. Pois já que não se pode mudar o cidadão no que diz respeito ao compromisso emocional para com suas famílias, que pelo menos os conscientize da presença que deve haver por parte dos menos para que assim, o idoso tenha uma velhice digna, o que mais que algo subjetivo, é algo que está assegurado nos textos legais.

A indenização se faz um meio bastante necessário para minimizar os impactos sofridos em decorrência do abandono, o dano moral na sua forma subjetiva não se repara tão facilmente, pois dependerá da autonomia das partes, mas a parte objetiva a ele intrínseca poderá ser suavizada com o meio apresentado. E embora não haja regulamentação civil acerca disto, a Constituição é clara em seu artigo 5º, inciso V, o qual diz que é assegurada a indenização por danos morais. Ainda nesse viés de pecúnia, é preciso, também, a reparação por perdas e danos decorrentes das outras reações causadas pelo abandono.

Há ainda que se falar na inclusão de métodos adequados para a resolução de conflitos, como mediação e conciliação, pois um terceiro imparcial iria orientar na concretização do direito, sendo os próprios interessados que iriam decidir. Ademais, aceleraria o processo, pois não teria todo o procedimento de um júri, e já que os idosos têm por direito uma maior celeridade nos julgamentos. Os métodos alternativos são os meios mais indicados para se resolver questões de cunho afetivo, porque devolvem aos indivíduos o afeto, resolvendo o conflito de direito e pessoal.

Desta forma, seria assegurado e provavelmente haveria mudanças e melhorias na qualidade de vida dos idosos. Diminuindo a quantidade de mortes devido ao agravamento que a solidão lhes causa a saúde, bem como previdência, que estaria sendo encaminhada da forma correta, e o índice de violência entraria em declínio, o que acarretaria numa diminuição na quantidade de processos. E o princípio constitucional da isonomia, presente no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, o que garante que todos são iguais perante a lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Loa Karen Pereira dos Santos. **Abandono afetivo inverso e sua responsabilidade civil e criminal.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58218/abandono-afetivo-inverso-e-sua-responsabilidade-civil-e-criminal>. Acesso em: 22 out. 2019.

BIANCHI, Paula. **Brasil vai se tornar um país de idosos já em 2030, diz IBGE.** Disponível em <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/brasil-vai-se-tornar-um-pais-de-idosos-ja-em-2030-diz-ibge,91eb879aef2a2410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>. Acesso em: 22 out. 2019.

MARÇAL, Priscila. **Os maus tratos contra idosos no Brasil têm números impressionantes.** Disponível em: <http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/06/maus-tratos-contra-idosos-no-brasil-tem-numeros-impressionantes.html>. Acesso em: 22 out. 2019.

MENDONÇA, Débora Batista. **Responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo inverso.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66596/responsabilidade-civil-decorrente-do-abandono-afetivo-inverso>. Acesso em: 22 out. 2019.

OLIVETO, Paloma. **Abandono que adoece.** Disponível em <http://especiais.correiobraziliense.com.br/solidao-maltrata-o-corpo-e-a-mente-dos-idosos>. Acesso em: 22 out. 2019.

SILVA, Camila Valéria; LEITE, Salomão Glauber. **ABANDONO AFETIVO INVERSO: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS.** Disponível em <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/4948/2661>. Acesso em: 22 out. 2019.

SILVIA, L. P.; MEDEIROS, A. A.; PENNA, J. B.; OZAKI, V. T. R.; PENNA, C. P.

Responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos: abandono material e afetivo.

Disponível em:

http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx.

Acesso em: 22 out. 2019

TARTUCE, Flávil. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência**

brasileira. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/482143063/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira>. Acesso em: 22 out.

2019

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL

Gisanny da Silva Lira
Maria Larissy da Silva Nascimento
Francisco Paulino da Silva Junior

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar acerca do abandono afetivo pelos seus filhos, conhecido como abandono afetivo inverso, e a possibilidade de reparação civil, que se trata do abandono do filho em relação aos pais quando dar assistência de relação familiar bem como se o abandono causa dano moral, levando em consideração a relação familiar propriamente dita. Os idosos são indivíduos detentores de direitos e garantias, levando em consideração também o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e sua principal atuação no direito das famílias. Diante do contexto exposto, o trabalho demonstra a análise da jurisprudência, e a lacuna legislativa sobre o abandono afetivo inverso, na qual o idoso fica desprotegido.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Reponsabilidade civil. Reparação de dano. Estatuto do idoso.

ABSTRACT

This article aims to analyze about the affective abandonment by their children, known as inverse affective abandonment, and the possibility of civil reparation, which is the abandonment of the child in relation to the parents when giving family relationship assistance as well as if the abandonment causes moral damage by considering the family relationship itself. The elderly are individuals with rights and guarantees, also taking into consideration the constitutional principle of the dignity of the human person and their main role in family law. Given the exposed context, the paper demonstrates the analysis of jurisprudence, and the legislative gap on the inverse affective abandonment, where the elderly are unprotected.

Keyword: Emotional abandonment. Civil liability. Damage repair. Status of the elderly.

INTRODUÇÃO

Com a evolução da sociedade, a estrutura da convivência familiar está mais distanciada, uma vez que as pessoas passam maior parte do tempo no emprego dispondo de pouco tempo para o cuidado com os seus idosos. Os membros da família devem ser o ponto de apoio e do bem-estar do idoso na sua velhice, atuando de forma efetiva, fornecendo dignidade para o convívio saudável.

O desafeto e a falta de afeição pelo próximo têm feito com que as famílias fiquem cada vez mais distanciadas e os relacionamentos mais complexos, ocasionando assim uma falta de respeito e amor para com os entes, todavia, o respeito recíproco e o bem-estar dos idosos é um dever de seus familiares.

Entretanto, o idoso ao ser abandonado acaba acarretando vários danos psíquicos e físicos fazendo com que ocorra o envelhecimento precoce bem como maiores possibilidades de adoecer, dado que conforme estabelece a Constituição Federal, que em seu artigo 229, ressalta que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade.

Com esse enfrentamento, surge o abandono afetivo inverso, em que cabe o direito de reparação dos filhos para com o idoso abandonado afetivamente. Mesmo que muitos considerem impossível, a exigência de afeto tem sido objeto de responsabilidade civil pelo não cumprimento do dever de cuidado. Vivemos em uma sociedade na qual o idoso tem sido uma das menores preocupações.

MATERIAS E MÉTODOS

A presente pesquisa utiliza-se do método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise geral acerca da responsabilidade civil no contexto familiar até chegar à uma análise mais específica, concernente à reparação indenizatória nos casos de abandono afetivo inverso pelo ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, utiliza-se das técnicas concernentes à pesquisa bibliográfica e documental.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

A origem da família está diretamente ligada a história da civilização, visto que surgiu de um fenômeno natural devido à necessidade do ser humano em relacionar-se de forma afetiva e estável.

Na família romana, a base da família era patriarcal, em que todos eram submissos ao homem, e este por sua vez, era o patriarca da família que possuía o pátrio poder absoluto com a finalidade de manter a preservação da ordem social. Os submissos ao pátrio poder não possuíam a capacidade de gozo, com isso, todo e qualquer bem que o mesmo adquirisse pertencia ao *pater* família. Neste contexto, a respeito de alguns aspectos destacados desse modelo familiar.

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os

seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo *pater*. Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater* (GONÇALVES, 2017, p. 31).

No código civil de 1916, a família era constituída apenas pelo casamento e havia uma desproporcionalidade entre o homem e a mulher, pois a mulher não detinha sequer o direito ao trabalho, uma vez que era tratada como incapaz, com base no que descreve. “Na classificação dos direitos e deveres de cada cônjuge, a diferença de tratamento entre o marido, chefe da sociedade conjugal, e a mulher, sua colaboradora, fica evidente (SCHERER, 2010, p. 27).

Além disso, deixando um pouco de lado a família da antiguidade em seu aspecto primitivo, pode-se constatar que a família brasileira tem como alicerce a organização formulada pelo direito romano e canônico, uma vez que a família romana constituída por um conjunto de pessoas era sujeita a um chefe denominado *Pater Família*. A família patriarcal na era da sociedade primitiva se reunia com seus membros para uma celebração religiosa com fins políticos e econômicos.

Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio. No que tange aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidade (GONÇALVES, 2017, p. 34).

Vendo que até então a família era composta através de costumes, sem regramentos, o direito romano impôs regras por meio de princípios normativos, um deles é que só haveria família se houvesse casamento, portanto, qualquer relação que não segue a norma, não seria considerada família. Após a ascensão do cristianismo, a igreja católica passou a disciplinar o casamento, considerando-o um sacramento.

CONCEITO DE FAMÍLIA

Com a evolução e a mudança na convivência o conceito de família se adapta com a sociedade buscando privilegiar as modalidades que venham a se formar. É na família que o indivíduo começa a adquirir sua personalidade, se desenvolve e mantém o seu vínculo sanguíneo e afetivo com as pessoas do seu convívio. Sendo assim, já não se fala somente da relação de pai e filho, mas também pessoa com afinidade, solidariedade, confiança, respeito e amor.

Segundo Paulo Nader (2006, p. 3):

Família consiste em “uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Já para Rolf Madaleno (2015, p. 36):

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

Maria Berenice Dias (2005, p. 1) nos mostra que, ao longo da história, a família gozou de um conceito sacralizado por ser considerada a base da sociedade. De início, as relações afetivas foram apreendidas pela religião, que as solenizou como união divina e abençoada pelos céus. O Estado não podendo ficar aquém dessa intervenção nas relações familiares buscou estabelecer padrões de estrita moralidade e de conservação da ordem social, transformando a família numa instituição matrimonializada.

A Constituição Federal de 1988, artigo 226, §4º trata de um conceito inovador, reconhecendo assim todas as modalidades como família, pois para a sociedade a família era constituída pelo matrimônio. Por isso que a Carta Magna reconhece o leque de família.

RECONHECIMENTO DE NOVOS ARRANJOS FAMILIARES PAUTADOS NO AFETO

O código civil de 2002 resultou grandes novidades no que diz respeito ao novo conceito de família, alterando o padrão de família constituído no período clássico que tinha em vista o matrimônio e o patriarcalismo. Com isso gera um novo espaço com o propósito de que as relações familiares disponham de um afeto direcionado a diversas ramificações familiares, tal como as homoafetivas, parental, não estando necessariamente condicionada a presença do pai, mãe ou filhos.

Assim, o vigente código civil possui como fim a função social da família, buscando um equilíbrio entre os direitos e obrigações do marido e da esposa, constituindo o poder familiar e cessando com o pátrio poder, uma vez que estabelece obrigações igualitárias para ambos os pais, não importando se os mesmos são divorciados ou separados judicialmente. Ambos têm a obrigação de educar, criar, resguardar, e assistir os filhos. Vale ressaltar que nos casos em que um dos pais ou ambos não cumprem os seus deveres conferidos em relação aos seus filhos, cabe ao magistrado com base na redação normativa suspender, o poder familiar dos pais.

Neste sentido, com o surgimento deste código civil, houve diversas modificações no que diz respeito aos direitos dos idosos, estabelecendo um regime de separação obrigatória para pessoas maiores de sessenta anos. Com relação à obrigação alimentícia e subsidiária com base ao que é estabelecido pelo código apontando que é o alimentante, sendo inadmissível a escolha do idoso. Nesse sentido, dispõe o artigo 1.964 do código civil brasileiro:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Deste modo, no tocante a definição dos alimentos, o código civil de 2002 vai ponderar a possibilidade de quem vai pagar e a necessidade de quem precisa.

Com isso, devido as várias alterações ocorridas, formou-se uma nova concepção no que diz respeito as relações familiares, reforçando a constituição de novos arranjos familiares pautados no afeto, em que o casamento não era mais visto como a única forma de constituição familiar, mas sim o afeto que tornou uns fatores de mais relevante importância nessa nova concepção. “O elemento distinto da família e a identificação de um vínculo afetivo, a unir as

peçoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns” (DIAS, 2007, p. 68).

Portanto, com o advento do código civil de 2002, a família passou a adotar um sentido bem mais amplo incluindo o princípio da pluralidade de entidades familiares, reconhecendo a união estável como sendo uma das modalidades de constituição familiar, em que se refere-se àquela relação pública constante e permanente entre homem e mulher, com o objetivo de firma uma família, assim o referido código civil em seu artigo 1.723 vai dispor a respeito dessa união estável: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Nesse sentido, houve um reconhecimento de novos modelos familiares como a monoparental e homoafetiva, ambas firmados no afeto.

No tocante a monoparental, é constituída por qualquer um dos pais e seus descendentes com base no exposto na Constituição Federal em seu artigo 226, § 4º, dispõe que: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

No que diz respeito a homoafetiva, consiste na união afetiva de pessoas do mesmo sexo, com isso, o conceito de família usual não seria possível a adoção desses novos modelos familiares sem a existência da procriação, no entanto, esse fator que antes era de grande importância, nos dias atuais, esse fato não é levado tanto em consideração, não sendo mais um requisito obrigatório para constituir a família. “A base da família deixou de ser procriação, a geração de filhos, para se concentrar na troca de afeto, de amor, e natural que mudanças ocorressem na composição dessas famílias (BAPTISTA, 2014, p. 30).

Portanto, e notório que hoje e preciso constituir uma perspectiva pluralista da família, no qual vários arranjos familiares são firmados na afetividade, de modo que se tornou a mais importante ligação entre seus membros, devendo haver o respeito e a solidariedade, que são fatores essenciais para o convívio familiar.

CONCEITO DE IDOSO E SUA PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A palavra idoso tem um conceito ainda não definitivo, é distinto nos diversos países que estão em desenvolvimento, mas existem algumas expressões para definir o melhor vocabulário sobre envelhecimento, que seria a terceira idade, melhor idade, adulto maduro, adulto mais velho e maturidade.

A velhice pode ser compreendida sob três perspectivas: a cronológica, a burocrática e a psicológica ou subjetiva. A velhice cronológica é meramente formal. Estipula-se um patamar (uma idade) e todos que o alcançarem são considerados idosos, independentemente de suas características pessoais. A velhice burocrática corresponde àquela idade que gera direito a benefícios, como a aposentadoria por idade ou passe livre em ônibus urbanos. A velhice psicológica, ou subjetiva, é a mais complexa já que não pressupõe parâmetros objetivos. Depende do tempo que cada indivíduo leva para sentir-se velho (BOBBIO, p. 3).

Segundo a ONU (Organização das Nações Unidas), o número de pessoas idosas com 60 anos ou mais tendem a aumentar de 962 milhões em 2017 para 1,4 bilhão em 2030, e 2,1 bilhões em 2050 quando todas as regiões do mundo, exceto a África, terão quase um quarto ou mais de suas populações com 60 anos de idade ou mais. Em 2100, o número de pessoas idosas pode alcançar 3,1 bilhões.

Muitas vezes usa-se como referência a forma física, que seria as modificações do corpo, de ordem biológica, psicológica e social. Na sociedade atual, o idoso é um sujeito tratado com prioridade que carece de respeito e atenção.

É de suma importância a presença do idoso tanto no ambiente familiar quanto no social. Dessa forma, entende-se que é dever de ambos cuidar e amparar os idosos. Mas essa obrigação se torna mais específica da família, ou seja, é o núcleo familiar que sempre será o primeiro solicitado para garantir e resguardar os seus direitos.

A Carta Magna de 1988 no art. 229 diz que “[...] os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Nesse artigo da Constituição Federal, não se exclui a obrigação que é imposta ao poder público no âmbito da assistência social. Vale reiterar que dar proteção e maior atenção àqueles que por sua vez já contribuíram para o crescimento de todos é de total responsabilidade da família, da sociedade e do poder público. Os idosos precisam de proteção legal e de garantias de uma vida digna e com qualidade, já que na sua velhice tornam-se mais frágeis e necessitados, e em alguns casos adquirem deficiências físicas e mentais.

A ideia de que ser idoso é sinônimo de dependência econômica é percebida com frequência nos dias atuais, no entanto esse conceito está sendo alterado, pois, a cada dia, mais e mais sujeitos idosos estão envolvidos com ocupações de destaque na sociedade, o papel de responsável pela família é incumbência relevante dos idosos. O censo de 2000 mostrou que 62,4% dos idosos eram responsáveis pelos domicílios brasileiros. E se comparado com o conjunto dos domicílios no Brasil, o índice mostra que o contingente é de um total de 20%. As rendas advindas das pensões e das aposentadorias, muitas vezes, não são suficientes para a manutenção da família. Motivos como estes, fazem com que grande contingente de idosos reingresse no mercado de trabalho (COSTA, 2007, p. 12).

O estatuto do idoso é uma reunião de leis e políticas públicas, o qual constitui um vasto processo de transformação no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de concretizar os direitos dos idosos.

É necessário destacar que só é considerado idoso aqueles que têm idade igual ou superior a 60 anos com base no que dispõe o artigo 1º do Estatuto do Idoso: “1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

O idoso desfruta de todos os direitos e garantias fundamentais da pessoa definidos na nossa carta constitucional de 1988, sem agravar a proteção integral definida pelo estatuto do idoso, pois estamos diante de uma pessoa que vive em uma situação peculiar de vulnerabilidade que é o processo de envelhecimento, sendo merecedor de uma atenção especial que preserve a saúde física e mental dos mesmos. Esses direitos encontram-se no artigo 2º do aludido Estatuto:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Neste sentido, o referido artigo 3º Estatuto do idoso destaca alguns direitos fundamentais que devem ser prestados com o máximo de cautela pelo poder público, família e pela coletividade em geral:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho,

à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Assim, com o advento da própria lei 10.741/03 que beneficiou na formação de projetos direcionados aos idosos, do mesmo modo proporcionou diligências que concede o acesso em repartição pública e privadas e ratificou o que a posterior Constituição Federal já havia apontado com relação ao dever dos filhos de amparar os pais idosos.

Com isso, a redação desta lei elencou um capítulo direcionado aos cuidados da saúde, em que o Estado é responsável por preservar recursos à saúde do idoso, assegurando um acesso livre e igualitário ao Sistema Único de Saúde (SUS), sendo responsável também por prover medicamentos e outros meios destinados a tratamentos, sobretudo os que devem ser utilizados constantemente.

É notável, que as pessoas idosas são um patrimônio da sociedade e precisam ser cuidadas com carinho, pois já vivenciaram uma vida inteira de dedicação e construção da sociedade, e têm uma enorme experiência para transmitir aos jovens.

Por fim, faz-se necessária uma vigilância no que se refere ao estado, família e sociedade quanto à execução desse estatuto para que haja uma proteção eficaz e respeitável que proporcione a essas pessoas vulneráveis uma qualidade de vida digna.

RESPONSABILIDADE CIVIL

Preliminarmente, antes de falar da conceituação de responsabilidade civil propriamente dita, é necessário destacar que esse conceito se aplica a muitas situações do dia a dia que necessariamente não são questões jurídicas, pois quando se pensa em responsabilidade tem que lembrar de atribuição de efeitos.

A atribuição de efeitos é um ato ou omissão que faz ou deixa de fazer, e essa atribuição de efeitos é denominada de responsabilização. No que tange a responsabilização jurídica, é denominada toda aquela situação que uma vez realizada vai produzir efeitos jurídicos.

Deste modo, a responsabilidade civil é toda e qualquer violação de uma norma no âmbito do direito civil que pode ser subdividida em responsabilidade civil contratual e extracontratual. A responsabilidade contratual ocorre quando a transgressão da norma for um acordo pactuado pelas partes, já a responsabilidade extracontratual é aquela em que a violação atinge diretamente uma norma.

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 15).

A responsabilidade subjetiva é aquela que há o elemento do dolo ou da culpa no momento em que é cometido o ato ilícito, no tocante a responsabilidade objetiva, independentemente de ter ocorrido com dolo ou culpa vai haver a responsabilização civil.

Por esta concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinário e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 16).

Quanto ao princípio da responsabilidade civil em relação ao direito da família, no que se refere à correlação entre pais e filhos, visto que estes são responsáveis pela manutenção de uma vida digna desde a criação até a educação dos mesmos, pode-se abrir um leque de discussões no tocante à responsabilização do dano no âmbito das relações familiares, uma vez que a legislação não trata do tema supracitado com tanta amplitude.

Neste sentido, com o fim de que seja possível a indenização, é necessário seguir algumas hipóteses que não são tanto vistas na esfera do direito de família, visto que carece da presença de alguns elementos: 1º ação omissiva ou comissiva, 2º conduta ilícita e 3º o dano gerado psicológico que afeta a personalidade, isto é, a honra à dignidade, sendo necessária a observância do nexo de causalidade bem como a correlação entre a conduta e o resultado da ação e do dano causado.

Desta forma, há uma dificuldade em relação a essa obrigação exposta pelo código civil de 2002 em seu artigo 927 no que corresponde ao abandono afetivo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, cabe aos parentes a responsabilidade e o dever de zelar pelos idosos, e caso haja a inobservância desses deveres pode acarretar indenização a favor daquele que sofreu o abandono.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO INVERSO

O dano vai versar sobre algum prejuízo que pode ser material ou moral. O dano é uma lesão ao interesse juridicamente tutelado, sendo que esse interesse pode ser patrimonial ou moral. Para que caracterize dano, é necessário a ocorrência de alguns requisitos: a lesão atual, certa e real.

No tocante ao dano material, pode ser definido como uma lesão na esfera do patrimônio do indivíduo, que no caso concreto do abandono afetivo acaba afetando as necessidades dos componentes do âmbito familiar que não consegue prover o seu próprio sustento. A Constituição Federal em seu artigo 230 vai dispor sobre a obrigação da família e do Estado de proporcionar o bem-estar e a proteção do direito à vida das pessoas idosas: “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Com relação ao dano moral na esfera do abandono afetivo inverso que se caracteriza pela ausência dos filhos em relação aos pais idosos, pode-se dizer que acaba afetando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no que diz respeito a omissão voluntária dos filhos. Em relação a isso, dispõe a artigo 186 do código civil: “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”.

Neste sentido, a finalidade da indenização por dano moral, não é forçar alguém a amar o próximo, já que isso é uma característica individual de cada ser humano. O objetivo é buscar amenizar os danos físicos, sociais e psicológico provocado pela falta de cuidados.

Em relação a expressão “inverso”, conforme concepção das autoras Viegas e Barros (2016): “A palavra “inverso” inserida no contexto do abandono se relaciona com a equação às

avessas do binômio da relação paterno-filial, ou seja, os filhos devem cuidar dos pais idosos, assim como, os pais devem cuidar dos filhos na infância” (VIEGAS; BARROS, 2016, p. 21).

Com base na referida citação, para que haja indenização por dano moral, é necessário o instituto da responsabilidade civil, visto que o supracitado instituto visa a preservação da dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que na ação de indenização decorrente do abandono afetivo inverso, a constatação do dano deve ser realizada a cargo do requerente que no caso concreto é o idoso que deve comprovar a conduta omissiva voluntária dos filhos demonstrando o nexo de causalidade bem como o dano causado.

Com isso, é necessário destacar que o abandono afetivo tem como objetivo atribuir a cada família o dever de zelar por seus idosos, uma vez que nenhum valor pecuniário é capaz de mensurar a falta de um suporte provocado pelo abandono afetivo. Este abandono por sua vez, causa consequências imensuráveis capazes de provocar doenças psicológicas.

O abandono afetivo constitui uma das mais graves formas de violência que pode ser perpetrada contra o Ser Humano. A violência praticada é completamente diferente, sendo duradoura, covarde e, sobretudo, silenciosa. O abandono afetivo é a morte em vida [...] (BICCA, 2015).

Dessa forma, o princípio da afetividade não está evidenciado no ordenamento jurídico, porém, está subentendido dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, dado que engloba o rol de direitos sociais em que toda pessoa tem direito, especialmente se no âmbito familiar. “Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade DIAS, 2007, p.59).

Portanto, apesar de não ter como definir pecuniariamente o afeto, sua indenização não tem o intuito de obrigar os filhos a se aproximar de seus pais, pois conforme já mencionado no decorrer do texto, a Constituição Federal elenca os deveres da família em proteger a integridade física, psicológica dos idosos. Desse modo, a indenização vai servir para punir os familiares de forma mais rigorosa para que isso sirva de ensinamentos para todos aqueles que violam esses deveres. Cabe ao poder judiciário analisar cada caso de forma objetiva, buscando a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante o exposto, contactou-se que a família passou por transições, e hoje a mesma é compreendida como uma relação de afeto em que a relação biológica não tem tanta importância, pois é por meio da relação de afetividade entre os entes daquela família que se constrói os laços afetivos.

No que tange a responsabilidade civil, vale ressaltar que o afeto é construído, e que no fato em questão ocorre a ausência desse elemento, o que faz com que os pais provoquem o poder judiciário para tratar do dano sofrido por meio da indenização, buscando amenizar todos os efeitos provenientes desse abandono, o qual se destaca os danos físicos e psicológicos. A responsabilidade civil é o instituto viável para que haja a responsabilização dos filhos em relação aos pais idosos.

Dessa forma, a pessoa idosa é considerada uma pessoa vulnerável que precisa de um amparo no que diz respeito à proteção dos seus direitos garantidos pela Constituição Federal e pelo estatuto do idoso. Com isso, por intermédio desses institutos jurídicos se busca a proteção dos idosos de uma forma mais atenciosa por parte da sua família.

Assim sendo, a indagação feita em relação ao abandono afetivo, não existe um regulamento próprio que aborde esse tema, o que existe são discussões doutrinárias a respeito desse conteúdo, as quais utilizam o meio analógico, uma vez que o afeto é regulamentado pela sistemática jurídica sendo possível a aplicação da indenização por danos morais decorrente do abandono, e responsabilização dos filhos pela quebra do dever de cuidado para com os pais idosos.

Todavia, o direito não tem como estabelecer o afeto dentro do convívio familiar, principalmente no que diz respeito a relação entre pais e filhos, contudo, o direito tem a missão primordial de reparar o dano, resguardando os direitos fundamentais de cada indivíduo, de modo que possa proporcionar aos idosos uma vida digna em que seus direitos sejam respeitados e que a família possa transmitir-lhes afeto.

REFERÊNCIAS

ABREU, Cláudia Susy de. **Abandono afetivo inverso: responsabilidade dos filhos em relação aos pais idosos/** Cláudia Suzy de Abreu- Cajazeiras-PB: 2018.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna Curso de direito do idoso/Pérola Melissa Vianna Braga. — São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 496 p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHAGAS, Emanuel Pires. **Considerações acerca da indenização por abandono afetivo no Brasil**/ Emanuel Pires das Chagas- Cajazeiras-PB: 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito da família**. 6.ed. rev., atual. E ampl. –São Paulo: Editora Rivista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A ética do Afeto**. Abril de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6668>. Acesso em: 27 out. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto- **Direito Civil Brasileiro, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves**. – São Paulo: Saraiva, 2014,14. Ed.

IBGE - **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017, 2018 [Internet]** Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>. Acesso em: 22 out. 2019.

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. **Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5383, 28 mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64933>. Acesso em: 27 out. 2019.

TORRES, Daniel Pinheiro de Souza. **O abandono afetivo**. Cajazeiras-PB:2018

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL

Maria Acidália Grangeiro Leite Teixeira
Ellen Sabrina Mareco Pereira
Leonardo Figueiredo

RESUMO

Este artigo tem como finalidade apresentar um estudo aprofundado acerca da ausência de afeto dos genitores em relação aos seus filhos, ocasionando dano moral e, por consequência o direito a indenização mediante reparação civil. Seu objetivo principal foi analisar a responsabilidade civil dos autores face ao abandono afetivo e a possibilidade de reparação de tal ato. Foi utilizado o método de revisão bibliográfica por meio de artigos e livros e também pelo Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal e a Constituição Federal do Brasil, tendo como objetivo principal evidenciar os principais pontos sobre a responsabilidade imputada ao agente do abandono contida nos dispositivos legais anteriormente citados.

Palavras-chaves: Responsabilidade. Reparação. Afeto.

ABSTRACT

This article aims to present an in-depth study about the lack of affection of the parents in relation to their children, causing moral damage and, consequently, the right to compensation through civil reparation. Its main objective was to analyze the civil liability of the authors in the face of emotional abandonment and the possibility of reparation of such act. The bibliographic revision method was done through articles and books and also by the Civil Code, Code of Civil Procedure, Penal Code and the Federal Constitution of Brazil, with the main objective to highlight the main points about the liability attributed to the abandonment agent contained in the legal provisions previously cited.

Keywords: Responsibility. Repair. Affection.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o número de processos que o judiciário tem recebido a respeito da responsabilidade dos pais que abandonam afetivamente seus filhos tem aumentado exponencialmente, levando magistrados a decidirem com certa insegurança tais casos e fazendo doutrinadores divergirem sobre esse assunto, impossibilitando um posicionamento pacífico. Os filhos que são abandonados por qualquer dos seus genitores carregam marcas desse alguém tão importante para o desenvolvimento moral, psicológico e até profissional.

Mesmo com a essa grande preocupação do mundo jurídico no tocante à obrigação existente na relação entre pais e filhos, até então há divergências sobre se isso deve ultrapassar o âmbito material, abrangendo ainda a necessidade de auxílio moral e do afeto, por estes serem imprescindíveis para a formação e desenvolvimento da personalidade dos filhos.

A finalidade deste artigo é analisar os êxitos e dificuldades inerentes a responsabilidade civil por abandono afetivo parental, baseando-se no fato de que este abandono gera traumas e marcas profundas na formação da criança, justificando então a indenização pecuniária e, além disso, mostra as alterações realizadas no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere a responsabilidade imputada a quem abandona afetivamente seus filhos.

MATERIAL E MÉTODOS

Para a elaboração desse trabalho foi realizada uma pesquisa bibliográfica através de livros, artigos e dispositivos legais, a fim de demonstrar as principais problemáticas sobre o tema abordado.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A palavra “responsabilidade” tem origem latina, cujo significado remete à obrigação que alguém tem de arcar com as consequências jurídicas de seus atos. A partir desse conceito, pode-se afirmar que a responsabilidade civil decorre da ofensa a um interesse particular que submete o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso a coisa não possa ser restituída ao seu estado original.

De acordo com o conceito de Carlos Roberto Gonçalves, responsabilidade civil é toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

A afetividade é definida como a relação de zelo ou carinho que se tem com alguém querido ou próximo, permitindo que o psicológico humano permita a demonstração e existência emoções de e sentimentos a outro ser vivo. O reconhecimento jurídico deste afeto dentro do direito de família vem de uma análise histórica e sistemática, como vimos decorrentes de um conjunto de transformações na área jurídico e social da família.

Sendo assim, a afetividade está inserida em um contexto psicológico-afetivo que une os indivíduos numa relação familiar, não somente por sua estrutura, mas pelo afeto. Delimitando a abrangência dessa afetividade, que não seria o amor em si, mas o cumprimento dos deveres

inerentes aos pais para com os filhos, como o dever de guarda, criação, educação, igualdade, todos previstos em lei e que não consiste apenas no dever de pagar uma escola, pagar uma cuidadora, ou pagar para suprir qualquer real necessidade de afeto.

O cumprimento da afetividade de acordo com deveres legais sobrepostos da personalidade do genitor é, por exemplo: a presença dos pais na educação do filho, em fornecer educação também fora do ambiente escolar, que constitui outro dever. Porém em principal, vem o dever de guardar o filho, ou seja, cuidar dele pessoalmente, guardá-lo das tormentas, dificuldades, guiá-lo, comparecer em sua criação, orientando-o, ensinado e colaborando em sua fase de pessoa em desenvolvimento, para que se torne um adulto saudável.

O caso mais comum de abandono afetivo na nossa sociedade é quando há a separação dos genitores, e o que fica sem possuir sua guarda acaba se afastando afetivamente do filho também, como se este tivesse relação ou culpa na separação amorosa conjugal. Este filho abandonado é incapaz de determinar as causas da separação de seus progenitores, ou de entender o afastamento destes. O rompimento do vínculo matrimonial não pode gerar o afastamento e, em muitos casos, até a quebra, por conseguinte, do vínculo afetivo dos filhos provenientes desta relação.

O pai que não possui a guarda do filho não pode e não deve deixar de estar presente na vida deste, acarretando traumas sua falta nas datas festivas, nas reuniões escolares, ou mesmo na hora de ensinar e mostrar uma atitude errada. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o direito a convivência familiar, sendo assim, este direito é entendido como direito-dever que deve ser realizado de boa-fé, não adiantando uma convivência ausente, um presente distante ou mesmo violento ou agressivo.

É de extrema importância ressaltar que a falta de afeto gera consequências irreparáveis no indivíduo em desenvolvimento, sendo mais graves que o abandono material, uma vez que este pode ser suprido. O abandono afetivo pode fixar-se na pessoa de modo que afeta sua esfera íntima e subjetiva. Portanto, é de se constatar que o abandono afetivo preenche os pressupostos da responsabilidade civil, tornando-se viável a demanda de uma reparação a tal ilícito, constituindo direito personalíssimo do filho abandonado.

Apesar das implicações legais, a ideia do dever-direito da afetividade não está traduzida de forma expressa, o que na prática leva a grandes divergências, uma vez que imputar um dano moral é complexo, fato que impõe ao juiz ampla discricionariedade, gerando

interpretações diversas quanto à caracterização da responsabilidade, uma vez que se aplica o entendimento subjetivo do juiz.

O primeiro entendimento favorável acerca da explicação da função paterna foi dado pelo magistrado Dr. Mário Romano Maggioni, que em sua decisão afirmou que:

A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribuiu aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho. (...) Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (artigo 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança. [...] a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

Com a finalidade de demonstrar a importância do tema em questão, em novembro de 2008 foi criado o Projeto de Lei nº 4294 que tem como conteúdo o acréscimo de parágrafo ao artigo 1.632 do Código Civil e ao art. 3º do Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. O projeto ainda aguarda votação na Câmara dos Deputados.

O Código Penal brasileiro, em seu título VII, apresenta “Dos Crimes Contra a Família”, em que está incluso apenas o abandono material, o intelectual e o moral, nada mencionando acerca do abandono afetivo. Isto é, não foi positivado pelo legislador o dever de “afeto”, e este não está descrito nem mesmo na Constituição Federal, muito menos uma punição para a falta dele.

Enquanto uma norma específica não é sancionada, para suprir tais divergências na interpretação, deve ser levado em consideração o exposto no artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de

colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Desta forma, é de fácil percepção que dada sua promulgação, a Constituição Federal tem buscado com efetivar juntamente com os pais e responsáveis a proteção dos interesses dos menores que se encontram em posição de vulnerabilidade, e diante da inerência da proteção de seus direitos, deve-se analisar a possibilidade da aplicação da responsabilidade e a reparação pelo abandono afetivo, através de ação de dano moral.

Porém, de fato, a configuração do dano moral no abandono afetivo não é debatida, mas sim sua configuração em ato ilícito possível de responsabilização civil, baseando toda a divergência atual no fato de acatar ou não o Princípio da Afetividade como princípio obrigacional. Há quem entenda que a afetividade é um princípio implícito, sendo este inerente à dignidade da pessoa humana, e assim, entende-se que sua violação configure ato ilícito necessário à responsabilização civil.

Tem se discutido bastante sobre abandono afetivo. Magistrados de diversas regiões dissentem sobre o assunto, mas poucos trazem o conceito, e a partir daí, gera a pacificação do entendimento desse assunto tão polêmico. Muitos tratam como falta de amor, se iludem, pois o amor é um sentimento, não pode ser tutelado na esfera jurídica. Quando tratamos do abandono afetivo, vinculamos especificamente a culpa decorrente da imprudência, negligência, e a omissão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, conclui-se, portanto, que a edição de uma legislação especial acerca do abandono afetivo parental se faz necessária, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, na qual seja dada maior proteção a entidade familiar, facilitando a convivência diante da presença de pressupostos como: afeto, união e respeito, de modo que não ocorra tal abandono afetivo.

Além do princípio citado, pode-se observar na legislação brasileira, apesar de ainda ser omissa em muitos casos, a prática do princípio da proteção com maior interesse da criança e adolescente, que tem como intuito garantir a proteção destes indivíduos na sociedade diante de sua vulnerabilidade e fragilidade.

Para alguns legisladores, a omissão quanto ao cumprimento dos deveres inerentes à paternidade responsável é fato gerador para a pretensão da responsabilidade civil por abandono afetivo, já que se trata de ato ilícito que atenta contra os direitos da criança e do adolescente, esses têm prioridade garantida na legislação brasileira. Enquanto outros defendem que caracterizar a responsabilidade civil na esfera afetiva é difícil, e ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro não impõe que os genitores possuem o dever de amar.

A reparação do dano afetivo, é cabível e repousa nos pressupostos da responsabilidade civil quando configurada e demonstrado o dano sofrido. O dano moral alegado pelo filho abandonado deve ser demonstrado, ou, na sua impossibilidade, as condutas do genitor durante os anos de repúdio. A simples omissão de amor não configura o ato ilícito merecedor da indenização civil.

Por fim, cabe aos legisladores analisar cuidadosamente cada caso, para que seja possível verificar de forma efetiva os danos causados à pessoa em desenvolvimento, pois se trata de um tema delicado perante o ordenamento jurídico brasileiro que não possui leis específicas sobre o assunto e muito menos o poder de impor que haja afeto nas relações familiares. Assim, quando ocorrer violação de quaisquer direitos inerentes aos filhos e havendo relação direta com a conduta dos pais, deve haver ação do Poder Judiciário com o intuito de sanar os danos causados

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. Código Penal (1940). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**,

Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 03 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 26. ed. Saraiva – São Paulo, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>. Acesso em: 03 out. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil brasileiro. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. P.53-54.

ANÁLISE ACERCA DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E SUA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Marcos Andrade Ferreira¹
Kariny Macêdo Duarte²
Josenildo Alves Formiga³

RESUMO

A síndrome da alienação parental (SAP) é um dos principais males da atualidade, famílias desestruturadas e despreparadas acabam se formando diariamente a partir de relacionamentos superficiais, e por consequência, findam ocasionando esse fenômeno que vem sido um dos focos do direito civil de família, portanto, os objetivos do presente artigo consistem em entender os efeitos na vida do alienado, a forma que os alienantes agem e como a SAP torna-se um empecilho para a vida digna nos casos descritos no decorrer desse texto, buscando compreender como ocorre os danos psicológicos na criança/adolescente, assim como em sua fase adulta por causa dessa influência maléfica disciplinada legalmente pela Lei 12.318/2010, sendo utilizado para tal a técnica de pesquisa bibliográfica de revisão literária sistemática, além da documentação direta e indireta.

Palavras-chave: Direito de Família. Síndrome da Alienação Parental. Danos.

ABSTRACT

Parental Alienation Syndrome (PAS) is one of the main ills of today, unstructured and unprepared families end up forming daily from superficial relationships, and consequently end up causing this phenomenon that has been a focus of family law, so the objectives of this article are to understand its effects on the life of the alienated, the way the alienators act and how SAP becomes a hindrance to a dignified life in the cases described throughout this text, seeking to understand how psychological damage occurs in children / adolescents, as well as in their adulthood because of this evil influence legally disciplined by Law 12.318 / 2010, using for this purpose the technique of systematic literature review, in addition to direct and indirect documentation.

Keywords: Family right. Parental Alienation Syndrome. Damages.

¹ Acadêmico de Direito da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC
marcosandradeferreira098@gmail.com

² Acadêmica de Direito da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC
karinyduarte16@gmail.com

³ Bacharel em Direito pela FAFIC, Mestrando em Sistemas Agroindustriais pela UFCG, Especialista em Direito Penal pela FAFIC, docente do curso de Direito da FAFIC. Josenildoformiga.adv@gmail.com

INTRODUÇÃO

A alienação parental não é um fenômeno moderno, porém é uma problemática que vem ganhando forças na atualidade devido as relações instáveis e sem preparo que caracterizam essa época. A dificuldade se expande pelo fator pessoal, ou seja, por se tratar de um evento que afeta o psicológico, torna-se por vezes de difícil percepção, porém de forma simples, ele pode ser caracterizado normalmente quando um dos responsáveis deseja prejudicar a relação de um

menor com outro membro de sua família e começa para alcançar tal objetivo uma série de manipulações, ataques psicológicos e acusações, corrompendo assim a mente da criança/adolescente.

Tendo em vista que a lei possui caráter protetivo e perante todas as discussões acerca desse problema familiar, foi redigido um instrumento normativo para não deixar lacunas legislativas quanto a esse tipo de ato moralmente reprovável, portanto, o surgimento da lei 12.318/2010, foi esperançosa para tratar esses tipos de casos, sendo que mesmo se não conseguisse extinguir por totalidade diminuiria os casos de alienação parental, por consequência, serviria como forma de aliviar tensões e salvar relacionamentos familiares por todo o Brasil, tendo em vista que esse é um problema que independe de condições financeiras, cor, gênero e qualquer outra forma de distinção de indivíduos.

Por ser um ato que gera danos psicológicos, ou seja, intrínsecos a cada indivíduo, a alienação parental é de difícil percepção, seja por parte da própria família ou de terceiros, diferente de outros tipos de crimes materiais (que causam resultado naturalístico) a SAP afeta o interior de cada vítima. Portanto existe a necessidade de um apoio profissional que constate de forma verídica a situação para que as devidas precauções e punições sejam aplicadas, restaurando o ambiente familiar.

Havendo as devidas provas de que a alienação está realmente ocorrendo, tem-se a possibilidade de atribuir, além do enfoque psicológico, a judicialização da causa, na qual ao constatar os abusos psicológicos, atribui ao caso as sanções correspondentes aos danos causados, tendo por principais exemplos a inversão de guarda, suspensão da autoridade parental e entre outros, todos expressos nos dispositivos da Lei 12.318/2010 (BRASIL, 2010).

METODOLOGIA

O tema em pauta surgiu a partir de debates acerca da atual conjuntura familiar e dos problemas que perduram desde a antiguidade nesse meio, portanto, surge a necessidade de abordar o tema da alienação parental visando entender como ocorre, as consequências desses atos e os direitos infringidos, utilizando para tal, a técnica de pesquisa bibliográfica de revisão literária sistemática, sendo utilizada a documentação direta e indireta, amparado por

excelentíssimos doutrinadores relacionadas ao Direito de Família, assim como pesquisadores específicos da Síndrome da Alienação Parental de renomes nacionais e internacionais, tendo suas teorias diretamente ligadas a legislação brasileira, para assim serem obtidos melhores entendimentos acerca da temática.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

A luta contra a alienação parental vem ganhando um caráter moderno, contudo, essa problemática já existia desde o início da história, sendo que muitos acreditam ter seu efetivo surgimento conceitual a partir das ideias do psiquiatra estadunidense Richard Gardner (1985) ao dar a seguinte definição:

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 1985).

Como é possível observar na citação, a própria criança é o instrumento pelo qual se prejudica o genitor-alvo, sendo assim, ao ser influenciada a participar de tal ação, pode sofrer consequências psicológicas irreversíveis oriundos da existência de um conflito não resolvido entre os genitores da criança e de uma manipulação que a afasta de determinada pessoa do vínculo familiar que também é prejudicada psicologicamente ao perder contato com um ente cujo qual possuía relação e convívio.

Infelizmente, a conduta da alienação parental é bastante comum e presente na sociedade atual, mesmo antes de surgir a definição dessa síndrome em 1985, já haviam indícios de sua conduta, contudo, como não era algo costumeiro abordar tais assuntos antigamente, o tema em pauta era ignorado e as pessoas conviviam com tais atos normalmente. No atual âmbito jurídico, a discussão acerca da SAP é altamente relevante, pois em um direito mais desenvolvido e abrangente há mais cuidado e relevância com todo o tipo de prejuízo que um indivíduo causa aos outros, sendo assim, para existir maior segurança acerca do tema, foi promulgada a Lei nº

12.318/2010, que dentre outros assuntos acerca do tema em questão, aborda exemplificações de como ocorrem os processos alienatórios e como configura-se o crime, além de sanções para os casos constatados.

A síndrome da alienação parental pode ocorrer em qualquer família independente das condições, porém, ela é mais frequente em casos em que há a separação do casal, sendo o autor na maioria das vezes o indivíduo que detém a guarda da criança, existindo a facilidade em realizar tal ato criminoso por passar mais tempo em contato com o incapaz, sendo assim, por motivos pessoais, o genitor-alienante usa o menor na tentativa de separar o vínculo afetivo entre as duas vítimas, sendo que para alcançar tal objetivo, chega a desmoralizar, desacreditar e destruir a imagem do outro.

Para o professor Doutor Jorge Trindade (2007, p. 102), essa síndrome é caracterizada a partir de um conjunto de sintomas a partir dos quais um dos genitores de um menor, chamado de cônjuge-alienador, modifica a consciência de seus filhos, por meio de diversas formas estratégicas de agir, visando o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado de cônjuge-alienado, contudo, deve-se salientar que não devem haver motivos reais que justifiquem as ações do autor da ação alienante. Veja-se:

Dessa forma, nada impede que novas realidades sejam implantadas na vida da criança e assim criando falsas memórias que tem o intuito de retirar um dos cônjuges da vida do menor, geralmente quem causa esse tipo de violência é a mãe, uma vez que é a detentora da guarda da criança. Tal síndrome é geralmente utilizada quando um dos pais não deseja o fim da relação ou guarda rancores do outro, dessa forma, se inicia o processo de reprogramação mental da criança com o intuito real de romper vínculos afetivos com aquele que exerce a visita, na maioria dos casos, o pai.

SAP COMO FORMA DE AUTOTUTELA

Segundo o renomado filósofo Thomas Hobbes, o homem em seu estado de natureza é ruim, em sua obra literária mais famosa, O Leviatã (1983), ele aborda a necessidade da existência de um ente para controlar os instintos de cada indivíduo para que a raça humana não se destrua, a partir de pensamentos que seguem a mesma linha, faz-se possível entender que ao se deparar com um conflito de direitos, as pessoas tendem a resolvê-lo, contudo essa resolução

é por muitas vezes ineficaz e injusta, como por exemplo um cônjuge que está insatisfeito com um relacionamento e acaba praticando alienação parental como forma de punição para seu companheiro(a) (TRINDADE, 2007).

A partir do momento que é formado um conflito entre dois interesses contrapostos, faz-se possível que ele seja resolvido por parte dos próprios indivíduos envolvidos ou mediante uma decisão advinda de um terceiro. Na primeira hipótese, tem-se a solução parcial do conflito, a principal característica desse meio é a resolução da problemática pelas ações dos próprios envolvidos; quanto a segunda hipótese, trata-se da solução imparcial do conflito, formulada por um terceiro sem vínculo com a disputa.

É certo que atualmente quando dois ou mais indivíduos entram em conflito que não podem resolver sozinhos, eles são tutelados pelo Estado por meio da jurisdição para alcançar um acordo, contudo, por diversas vezes indivíduos buscam sanar seus problemas sozinhos, sendo que quando um dos interessados em conflito consente no sacrifício parcial ou total do próprio interesse tem-se a chamada autocomposição, essa forma de resolução de conflitos é comum principalmente em concessões recíprocas para alcançar acordos, porém, a partir do momento em que uma das partes impõe o sacrifício ao direito alheio tem-se a autodefesa ou autotutela.

Levando em consideração que a Síndrome da Alienação Parental é por muitas vezes uma forma de vingança entre os cônjuges, ela pode se enquadrar ao grupo de ações da autotutela, tendo em vista que trata-se de um ato arbitrário e abusivo de um indivíduo sem poder e sem garantias legais que visa punir ou prejudicar outrem, contudo, por não possuir preparo, assim como legitimidade, acaba prejudicando também a criança ou adolescente e assim infringindo a lei brasileira, pois além da alienação ser um crime passível de sanções cíveis e penais, o ato de autotutela por si configura o crime de exercício arbitrário das próprias razões, conduta tipificada como delituosa no Art. 345 do Código Penal que atribui pena de detenção de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente a consequência de seus atos (BRASIL, 1940).

PODER FAMILIAR

A comunidade Familiar, ao longo das gerações vem se modificando, o que se torna de modo a acompanhar esse processo de mudança, pois nossa sociedade se encontra em constante

evolução. Logo, é possível perceber mudanças que aconteceram acerca dos conceitos de igualdade e de hierarquia estabelecidos em relação a instituição familiar formal ou de uma das uniões a ela equiparadas.

Inicialmente, é importante entender a estrutura peculiar existente no âmbito dessa situação fundamental do Direito. O primeiro ponto que devemos observar é a relação estabelecida entre os casais. O segundo ponto é, ao vínculo mantido entre os cônjuges com os filhos que são frutos dessa relação. Tais características específicas decorrem, em grande medida, dos limites evidentes observados quanto à eficácia da própria lei no trato questões que caracterizam o relacionamento mantido entre os pais que na maioria das vezes são reconhecidos como pessoas prontas para agir em sociedade com seus filhos, que estarão em uma posição de subordinação e de incapacidade decorrente da própria juventude.

Portanto, é fácil perceber o quanto as relações criadas pela filiação estão sustentadas em um substrato ético que já num primeiro momento as qualificam e, um cenário mais amplo, suplantam-nas. Como define autorizadamente Roberto de Ruggiero (1972), “[...] há deveres, como os mútuo afeto, respeito e assistência, que antes de jurídicos são marais, são impostos pela consciência e pelo sentido íntimo, sendo, pois, acolhidos e não criados pela lei”. Portanto, surge nesse momento uma obrigação evidente: os pais, devem de maneira prioritária, dedicar-se pela proteção dos filhos desde o início de suas vidas. Logo, o jeito como será realizado esse cuidado e por qual meios é algo importante, pois se deve pensar em oferecer o melhor para a criança, se deve ter bastante cuidado, amor, atenção e carinho.

O Código Civil de 1916 utilizava a expressão "pátrio poder", já que somente o homem tinha o poder exclusivo de liderar a família. Hoje, temos que o poder familiar é dever conjunto dos pais. Como bem citou Carlos Roberto Gonçalves, "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".

A esposa e os filhos eram submetidos pelo marido com base no poder pátrio e poder marital no qual a mulher era considerada legalmente incapaz e ficava sob a tutela do seu marido. Ademais, foi um período marcado pelo patriarcalismo que existia na época. Portanto, tempo esse que existia uma ligação com o casamento e a ideia de procriação, tudo de acordo com a tradição religiosa, pois naquela época, a igreja dominava o comportamento da sociedade. Assim, formar uma família se tinha como maior objetivo ter filhos e para ser concretizado era necessário o casamento.

ALIENAÇÃO

No ano de 2010, foi publicada a Lei sobre a Alienação Parental, com o objetivo de oferecer uma autonomia maior aos juízes, com a finalidade de proteger os direitos individuais da criança e do adolescente, vítimas de abuso exercido pelos seus responsáveis. Pois, os casos de violência psicológica e falta de respeito com os filhos era algo que acontecia com frequência e a ausência da lei positivada dificultava uma atuação melhor do Poder Judiciário para solucionar o problema.

A sociedade moderna tinha a ideia de que em caso de dissolução da sociedade conjugal, a guarda dos filhos era preferencialmente da mãe. Isso porque havia a noção de que a mãe teria um instinto materno, que garantiria à criança um desenvolvimento saudável, daí criou-se o mito de que a mulher seria a mais apta a ficar com a guarda dos filhos. Assim, consoante Pereira, “as concepções jurídicas e culturais se misturavam” (PEREIRA, 2004, p. 134).

Logo, considerando que a sociedade é dinâmica e que temos mudanças positivas como as alterações de paradigmas da sociedade sobre o conceito de igualdade nos direitos e deveres de homens e mulheres e o respeito com às diferenças garantidas pela CF/88, se incorporou ao ordenamento jurídico um novo conceito de família, que se introduziu no cotidiano dos casais como partilhar direitos e obrigações.

Atualmente, na formação da família moderna, o ponto principal na sua composição e afetividade, que surge pelo convívio entre as pessoas e pela reciprocidade de sentimentos.

Segundo José Sebastião de Oliveira: “A afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros — a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social — é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual” OLIVEIRA (2002, p. 233).

Contudo, após a separação conjugal, a parentalidade entre os membros da família permanece, pois, os pais devem compartilhar o dever de continuar educando seus filhos. Porém, não é o que acontece na realidade, pois na maioria das vezes a mágoa atrapalha a relação mantida pelo antigo casal e os filhos, infelizmente, sempre são os mais prejudicados.

Observa-se na SAP o abuso arbitrário no exercício da autoridade parental pelo guardião, que, muita se aproveita a proximidade com o menor, procura atrapalhar a relação do filho com o genitor, no qual muitas tentam afastar o outro genitor das decisões importante sobre a vida do filho, exercendo, assim, uma paternidade ou maternidade irresponsável, podendo gerar

inclusive uma destruição no vínculo afetivo do menor com o genitor vítima da alienação. O alienador, na maioria das vezes, não reflete que todo momento, está violando com o dever constitucional e fundamental de garantir o bem-estar e desenvolvimento psicológico do menor.

Portanto, ao terminar o relacionamento, os pais não devem esquecer o tamanho da responsabilidade deles em relação aos filhos e sempre garantir muito afeto e tentar diminuir os danos que a separação causa na vida do menor.

A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL FRENTE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentre os princípios norteadores da nação brasileira, encontram-se aqueles fundamentais para a existência da sociedade como um todo, sendo esses a liberdade, a autonomia, a propriedade, a vida, a igualdade e etc., contudo, dentre eles destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser considerado como um conjunto de outros princípios e valores que acima de tudo buscam garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado e pelos demais integrantes da coletividade, ou seja, o principal objetivo é garantir o bem-estar de todos os cidadãos.

Levando em consideração que a dignidade da pessoa humana é considerada por muitos o princípio mais importante, pois até mesmo a vida não se configura como devido sem a dignidade, a SAP fere tal meio imprescindível a partir do momento que o genitor provoca a Síndrome, pois seus filhos passam a ter que enfrentar problemas imensuráveis, causando-lhes dor, transtornos, e ficando até mesmo doentes fisicamente e psicologicamente, porque estão longe de quem amam, dessa forma, os incapazes tem suas vidas sugadas apenas para um dos responsáveis, passando a sentirem-se incompletos e até a considerarem-se indignos, devendo-se pontuar também que existem tipos de pais e mães que passam a crer estar ajudando os menores realizando a síndrome (SOUZA, 2008).

Como expõe Perissini apud Hironaka e Monaco (2010) "[...] denegrir a imagem moral do genitor alienado perante os filhos é uma forma de abuso psicológico - sutil, subjetivo e difícil de mensurar objetivamente, mas que poderá trazer sérias consequências psicológicas e provocar problemas psiquiátricos pelo resto da vida".

A criança fica psicologicamente abalada, sendo abusada de forma emocional por aqueles que deviam defendê-la, desta forma fica aterrorizada, desconhecendo quem pode confiar ou não, restando ao menor se remeter apenas ao alienador, que mostra para criança que

só deve confiar nele, sendo assim ao afetar o direito à convivência familiar por meio da manifestação da violência psíquica, a síndrome de alienação parental macula a dignidade humana também por afetar a identidade pessoal da criança (HIRONAKA; MONACO, 2010).

Portanto, cabe tanto a mãe quanto ao pai alienador, assim como o filho comparecer a um psicólogo para buscar tratamento, pois há situações que o genitor não tem a concepção de que as ações maléficas fazem mal principalmente ao menor, sendo que ainda precisa de auxílios devido as consequências voltadas a vida e a dignidade arruinadas.

De acordo com a autora Ramos (2005) apud Hironaka e Monaco (2010):

No entanto, a inaptidão para lidar com o luto da separação e a incapacidade de perceber qual o efetivo papel que o direito de família pós-moderno resguardara a estes pais, membros de um casal novo, cognominado parental, a quem o sistema incube a efetivação dos princípios da paternidade responsável e o adensamento imediato do princípio do melhor interesse da criança.

Contudo a dignidade não é abalada apenas na época da infância/adolescência, além de ter essa época de sua vida abalada, a maior vítima desse crime também é afetada quando se torna um adulto, pois ao lembrar de que foi cúmplice ou mero instrumento para consumir um crime, ou seja, uma vez instalada no menor, a síndrome também o afeta quando adulto, ele pode sofrer de um grave complexo de culpa por participar de grande injustiça contra o genitor alienado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O rompimento da dignidade de um indivíduo é um crime sem precedentes, afeta totalmente a vida das vítimas de atentados a esse princípio imprescindível, sendo que muitas vezes ocasionam sequelas incuráveis. O fato se agrava quando os autores são aqueles que deveriam colocar os filhos acima de qualquer intriga, ou seja, ao envolver de forma inconsequente os menores em uma rixa que apenas causam malefícios a formação de caráter que afetam a personalidade no decorrer do desenvolvimento físico e psíquico.

Para resolver essa problemática, as crianças ou adolescente devem ser auxiliados de todas as formas possíveis, seja por ações estatais através de cumprimento de leis, princípios, ou pelas pessoas em geral que possam denunciar possíveis abusos, além dos operadores do direito para que possam agilizar processos, que devido a morosidade causam transtornos e problemas muitas vezes psicológicos em detrimento da demora processual com relação a quem ficará com a guarda do menor ou em julgamentos em casos em que se identifica a existência da Síndrome da Alienação Parental.

Levando em consideração que todas as pessoas possuem dignidade humana antes de nascerem, e a detém até o fim de suas vidas, sendo esse direito dos mais essenciais a existência, é notória a certeza da necessidade de preservação dessa dignidade, principalmente para aqueles que não possuem completa capacidade e entendimento para se defenderem, portanto, deve-se buscar meios para que tais vítimas passem a ter uma vida digna, que possam ser felizes mesmo com pais separados, devendo a esses exercendo o poder familiar de forma conjunta, sem deixar que suas rixas interfiram na vida da criança e adolescente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº10.496 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº2.848 de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.- 1ª Ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

BRASIL. **LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010**.

DE RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1972. v. II.

Gardner, R. A. (1985a), **Recent trends in divorce and custody litigation**. *The Academy Forum*, 29(2):3-7.

Gardner, R. A. (1985b), **Separation Anxiety Disorder: Psychodynamics and Psychotherapy**. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics, Inc.

HOBBS, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983. Col. *Os Pensadores*.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: RT, 2002, 384 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. (Tese de Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba-PR, 2004.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **A tirania do guardião**. In: Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

TRINDADE, Jorge. **Síndrome da Alienação Parental (SAP)**. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Síndrome da Alienação Parental**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>. Acesso em: 15 ago. 2011.

ALIENAÇÃO PARENTAL E GUARDA COMPARTILHADA: A RELAÇÃO FAMILIAR EM QUESTÃO

Francisco Ruan Soares de Moraes¹
Yasmin Batista Barreto²
Me. Francisco Paulino da Silva Júnior³

RESUMO

As relações familiares têm sofrido, no decorrer dos tempos, transformações significativas, priorizando na questão do poder familiar, à igualdade de condições entre os casais. Por conseguinte, o aumento considerável do número de divórcios traz consequências nefastas para os filhos. Nesse ínterim, há uma frequência maior da ocorrência dos atos de Alienação Parental,

um fenômeno que afeta o desenvolvimento pleno da criança. No entanto, a guarda compartilhada pode constituir numa alternativa para prevenir a alienação parental, situação dolorosamente vivenciada pelos filhos, em especial quando é desfeita a união dos seus genitores. Tal modalidade de guarda tem o reconhecimento legal e vem sendo frequentemente sugerida para os casais que se separam, pois permite a manutenção do vínculo parental. O referente trabalho trata-se de uma análise sobre o tema alienação parental e da guarda compartilhada, tendo como objetivo refletir acerca das principais consequências daquela no contexto social da família, além de demonstrar a importância desta que pode ser utilizada no âmbito jurídico como instrumento de prevenção dos efeitos da alienação, bem como proteger o direito da criança e do adolescente ao convívio permanente entre pais e filhos e a divisão de responsabilidades sob estes. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica em artigos científicos relacionados ao tema. Constata-se que, ao especificar as características da alienação parental, à medida em que os pais conseguem respeitar o filho, e optam pela guarda compartilhada, há uma participação de ambos os genitores no crescimento e desenvolvimento dos filhos.

Palavras-chave: Família. Alienação Parental. Guarda compartilhada. Aspectos psicológicos e jurídicos.

¹ Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC;

² Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC;

³ Mestre em Ciências Jurídicas; Professor da FAFIC e da UNIFIP;

ABSTRACT

Family relations have undergone significant changes over time, prioritizing the issue of family power over equal conditions between couples. Consequently, the considerable increase in the number of divorces has harmful consequences for children. In the meantime, there is a higher frequency of Parental Alienation acts, a phenomenon that affects the full development of the child. However, shared custody can be an alternative to prevent parental alienation, a situation painfully experienced by children especially when the union of their parents is undone. This type of custody is legally recognized and has been frequently suggested for divorcing couples, as it allows the maintenance of the parental bond. This work is an analysis on the theme of parental alienation and shared custody, aiming to reflect on the main consequences of this in the social context of the family, and demonstrating the importance of it that can be used in the legal context as an instrument of prevention of the effects of alienation, as well as protecting the right of children and adolescents to live together between parents and children and the division of responsibilities under them. The methodology used was bibliographic research in scientific articles related to the theme. It is noted that by specifying the characteristics of

parental alienation, as parents can respect their child and choose shared custody, there is a participation of both parents in the growth and development of their children.

Keywords: Family; Parental alienation; Shared custody; Psychological and legal aspects.

INTRODUÇÃO

No decorrer dos tempos, o crescente número de divórcios e separações litigiosas vêm causando mudanças significativas no cenário brasileiro contemporâneo, exigindo resoluções práticas e jurídicas, a fim de solucionar transtornos e resguardar direitos. Dessa forma, com o surgimento do fenômeno da Alienação Parental que se faz presente em muitos casos de disputas de guarda dos filhos, está sendo reconhecida pelo Poder Judiciário, de forma que seus efeitos estão sendo frequentemente discutidos nos âmbitos do Direito e outras áreas de estudo.

Entende-se que a Alienação Parental é um fenômeno antigo que passou a receber atenção recentemente devido à nova formação dos laços familiares, a qual gerou maior proximidade entre pais e filhos. Definição analógica pode ser encontrada no artigo 2º da Lei Brasileira nº 12.318/2010 que considera ato de Alienação Parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou até por outras pessoas que tenham autoridade sobre o menor de idade, para que este rejeite o outro genitor ou mesmo para que seja prejudicada a manutenção ou o estabelecimento de vínculos entre ambos (BRASIL, 2010).

Presente não apenas nos tribunais do direito de família, como também em processos administrativos, penais e civis, autores se referem à Alienação Parental como maus-tratos psicológicos, tendo sido objeto de duas leis sancionadas no Brasil que refletem a amplitude da demanda social de resolução do problema: a lei da alienação parental (Lei nº 12.318, de 26/08/2010) e a nova lei da guarda compartilhada (Lei nº 13.058, de 22/12/2014) (BROCKHAUSEN, 2011).

Diante desta necessidade, a Lei nº 12.318/2010 surgiu como forma de proteger a parte prioritária dessa relação, isto é, a criança e ao adolescente vítima desse “abuso emocional”, bem como seu direito fundamental à convivência familiar saudável.

A adaptação de todos os membros da família a uma nova situação estrutural, após o rompimento do vínculo conjugal, não é tão fácil, já que é necessário aprender a viver dentro de um novo formato familiar e redefinir papéis e funções. As mágoas e os ressentimentos

sobrepõem-se à convivência familiar e dão lugar à frustração. Assim, há casos em que, ao perceber o interesse do outro genitor em preservar o vínculo familiar com o filho, busca vingarse do mesmo, nem que para isto tenha que recorrer a práticas lesivas ao próprio filho, que muitas vezes se caracterizam como alienação parental.

Esse fenômeno pode ser conceituado como uma interferência negativa, por parte de uns dos pais ou responsável pela criança, na formação psíquica da prole, visando prejudicar o relacionamento com o outro genitor. Ademais, este instituto configura-se como uma forma de abuso e descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, além de violar preceitos constitucionais, como o melhor interesse da criança, a dignidade humana e a paternidade responsável.

Diante desse panorama, ressalta-se a relevância da manutenção do vínculo na constituição das relações afetivas da criança vítima do litígio familiar. Assim, é conveniente mencionar o instituto de Guarda Compartilhada, que visa ao convívio sadio do filho com ambos os pais, como instrumento preventivo à proteção da alienação parental, motivando a sua inserção nas questões de custódia dos filhos e garantindo o direito à convivência no grupo familiar sem a exclusão de um ou outro genitor.

A descrição da Síndrome de Alienação Parental foi apresentada pelo psiquiatra forense norte-americano Richard Gardner como uma perturbação da infância ou adolescência que surgiria no contexto de uma separação conjugal e cuja manifestação preliminar seria uma campanha feita por um dos pais junto à criança, para denegrir, rejeitar e odiar o outro (GARDNER, 1985).

A síndrome de alienação parental pode perpetuar por várias gerações dentro de uma família, porque o genitor alienador é apoiado pelos seus familiares que reforçam o sentimento de que este sempre estará falando a verdade, muitos com medo de se tornarem o alvo de sua raiva participam dessa campanha de desmoralização frente à criança.

Gardner (2001a, 2001b, 2002a, 2002b, 2002c, 2002d) e alguns de seus seguidores Pinho (2011); Ben-Ami e Baker (2012) apontam consequências temerárias para as crianças que sofrem AP, sem apresentar, contudo, nenhum estudo de corte e/ou randomizado que comprove ou justifique a existência delas. De qualquer forma, são elas: (a) irreparável e profundo sentimento de culpa na vida adulta por ter sido cúmplice do genitor alienador; (b) enurese; (c) desenvolvimento de adicção; (d) baixa resistência à frustração; (e) eclosão de doenças psicossomáticas; (f) problemas com ansiedade, nervosismo, agressividade e depressão; (g)

comportamento antissocial; (j) transtorno de identidade; (h) “dupla personalidade”; e (i) ocorrência de suicídio.

Salienta-se, contudo, que nos casos de separação, o Código Civil em seu Artigo 1.584, II, § 2º, com nova redação dada pela Lei nº 11.698 de 13/06/2008, a guarda sempre que possível será compartilhada, a tendência do magistrado ainda é pela guarda unilateral e com preferência pela mãe, nos casos em que não for possível a aplicabilidade da guarda compartilhada.

Portanto, a Lei nº 12.318, sancionada em 26 de agosto de 2010 pelo presidente da República, que tratando sobre a Alienação parental e suas consequências jurídicas, visa inibir atos de alienação parental e conseqüentemente, defende o melhor interesse da criança ou do adolescente, do “abuso emocional” fomentado pelos pais na disputa pela guarda dos filhos. Acrescenta-se que a Lei 1.968 do ano de 2008 deixa de priorizar a guarda individual dando preferência à guarda compartilhada, com o intuito de garantir maior participação de ambos os genitores no crescimento e desenvolvimento dos filhos.

Considerando essas duas leis como ponto de partida para o tema, o presente trabalho tem por objetivo analisar através de estudos bibliográficos, a guarda compartilhada como instrumento capaz de coibir e ultimar atos de alienação parental que possam surgir quando do acometimento de um término de uma relação conjugal conflituosa em que ressentimentos e desavenças contribuam para represálias e vingança por parte de um dos pais, acarretando no afastamento de um dos genitores da convivência dos filhos e conseqüentemente causando danos irreparáveis a vida dos mesmos.

Em síntese, abordar-se-á as consequências que o fenômeno da alienação parental implica nas relações do convívio familiar e a guarda compartilhada como solução mais adequada, a fim de prevenir eventuais atos de alienação parental, cuja manipulação difamatória no filho, realizada por um dos genitores tem a proposta e a finalidade de afastar o outro da convivência afetiva com a criança.

METODOLOGIA

A revisão integrativa é uma metodologia de revisão de literatura mais ampliada que integra estudos experimentais e não experimentais, visando à definição de conceitos, revisão de teorias e/ou à análise metodológicas de uma problemática específica.

Dessa forma, o primeiro passo para essa revisão foi a definição da pergunta de investigação: Em que áreas do conhecimento podem ser encontrados os periódicos que publicam sobre esse tema? As abordagens se divergem na explanação sobre o tema? Qual o ponto de vista dessas produções acerca das premissas de Richard Gardner? A segunda etapa da revisão constituiu-se na busca pela evidência por meio de descritores nas bases de dados. Estabeleceu-se os seguintes descritores: “Alienação Parental” e “Guarda Compartilhada”.

As bases de dados escolhidas foram: CLASE, LILACS, PePSIC, PERIÓDICOS Capes e Google Acadêmico. apesar de não ser uma base consolidada em termos de confiabilidade e fidedignidade científica, em relação a sua indexação, o Google Acadêmico foi escolhido pela sua permeabilidade nos meios acadêmico e jurídico, constituindo-se uma das bases mais utilizadas.

Na terceira etapa, foram realizadas uma revisão e seleção dos estudos encontrados, cada um dos pesquisadores ficou responsável por analisar e selecionar os artigos de uma faixa temporal específica (de 2014 – 2019, por exemplo). Essa avaliação foi norteada por critérios de inclusão e exclusão, estabelecidos antes da busca nas bases de dados: (1) abordar a temática da alienação parental e da Guarda Compartilhada como temas centrais; (2) estar em um periódico que possua International Standard Serial Number (ISSN); (3) pertencer à faixa temporal da pesquisa, entre 2014 a 2019; (4) estar em língua portuguesa e ser publicado no Brasil; e (5) o periódico deveria ter sido avaliado pelo sistema Qualis-Capes e, assim, pertencer a algum dos estratos de qualificação.

Na quarta etapa, os artigos selecionados foram relidos e tiveram as suas informações sistematizadas. A quinta etapa constitui a apresentação dos resultados. No trabalho realizado por Márcia Amaral Montezuma *et al.* (2017), através de uma pesquisa qualitativa, utilizou-se entrevistas semiestruturadas. A questão inicial referiu-se à abordagem da Alienação Parental de forma ampla, para permitir uma escuta em profundidade. Foram acrescentadas perguntas relativas à judicialização, à aplicação do universal da lei ao particular de cada caso, e às diversas atuações dos profissionais, sempre de forma ampla e aberta e quando esses temas não surgiram espontaneamente. A análise de dados foi realizada por meio de análise de conteúdo, na perspectiva de Laurence Bardin, tendo considerado unidades de pensamento presentes no discurso dos entrevistados. Dessa maneira, foram definidas três principais categorias: dimensão conceitual, dimensão de poder e dimensão operativa.

Já no artigo de Edna Maria Brandão e Makilim Nunes Baptista, “Alienação Parental: revisão integrativa e construção de um instrumento de rastreamento”, foram consultadas as bases de dados da Biblioteca Virtual em Saúde (BVS) e o portal CAPES, por serem consideradas bases importantes das publicações na área da psicologia. Os descritores utilizados buscaram focar no termo Alienação Parental aliado aos tipos de instrumentos psicológicos utilizados em avaliações, os termos foram inseridos na busca geral a fim de abarcar todos os campos. Foram elencados todos os estudos encontrados pelos descritores, divididos por base e por idioma pesquisado. Por fim, a amostra foi distribuída em trabalhos teóricos e em estudos empíricos que tenham empregado amostras e técnicas de avaliação psicológica.

No artigo, “Guarda compartilhada: uma forma de impedir a alienação parental” de José Luiz da Silva Filho e Kadidja Leal, a metodologia utilizada consiste em pesquisa bibliográfica, utilizando-se as obras relevantes sobre o tema e sites oficiais. Realizou-se uma análise acerca da guarda e suas modalidades, quais sejam: guarda unilateral ou exclusiva, guarda alternada e guarda compartilhada, bem como suas vantagens e desvantagens.

Conforme Mendes *et al.*, o fenômeno da Alienação Parental ganhou notoriedade não só no contexto psicojurídico, mas também no social. Dessa forma, o artigo intitulado Publicações Psicojurídicas sobre Alienação Parental: uma revisão integrativa de literatura em português analisou as publicações sobre alienação parental, em língua portuguesa, entre os anos de 2008 e 2014, com o objetivo de investigar a qualidade científica dos periódicos – tendo como base o sistema Qualis-Capes. Foram encontrados 816 resultados com o descritor “alienação parental” apresentando aumento significativo depois de 2010. A partir dos critérios de inclusão e exclusão, 29 artigos seguiram para a análise mais profunda.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante do exposto, podemos discutir que a principal forma de obter resultados de inibir a alienação parental praticada pelos genitores em relação aos filhos é a guarda compartilhada entre os genitores, considerando que essa guarda compartilhada impediria essa alienação parental na forma de ter um controle dessa alienação.

Nessa perspectiva, faz-se necessário entender que guarda compartilhada é aquela exercida por ambos os genitores (através do exercício conjunto da autoridade parental), em que

deve ser aplicada como regra, ao passo que a guarda unilateral é aquela que é estabelecida excepcionalmente por um dos genitores.

Partindo-se das premissas apontadas acima, entende-se que a guarda compartilhada seria a melhor forma de se evitar a condenação da criança ou adolescente inocente, à pena de afastamento de um de seus pais, que somente os visitará, não podendo repartir as alegrias, as vitórias, as derrotas e as vivências simples do cotidiano de um ser humano em fase de extrema descoberta e autoconhecimento, quando estabelecida uma guarda unilateral.

Destarte, podemos concluir que, embora o Direito Brasileiro não contenha norma expressa a respeito, como ocorre em inúmeros ordenamentos, não há, tampouco, vedação, o que enseja possibilidade da ocorrência legal do tipo de guarda sub examine. O Juiz estará agindo sob o manto da Lei para autorizar a guarda compartilhada, quando os pais a ela se dispuserem, seja na separação ou divórcio consensual.

No primeiro artigo, os autores constataram quanto a dimensão conceitual que uma das principais críticas feitas à abordagem da Alienação Parental como síndrome é a de tomar de maneira simplista sua reconhecidamente complexa causalidade, apontada claramente pelos entrevistados.

Em relação ao conceito legal de Alienação Parental, os entrevistados apontaram duas possíveis interpretações de ato de Alienação Parental – ato ilícito e ato de litígio. As duas interpretações potencialmente determinariam diferentes abordagens judiciais. Conforme Viana (2013), a interpretação como ato ilícito pode levar à proposição de medidas penais, que sugeriu a aplicação da Lei Maria da Penha para ambos os gêneros em casos de Alienação Parental. Já a segunda interpretação encontrada, ao tomar a Alienação Parental como um ato de litígio conjugal, devolve-a para o campo do Direito de Família, que remete o sujeito à responsabilidade civil, diferentemente do Direito Penal, permitindo abordagens que conduzam à responsabilização.

Quanto às dimensões de poder, foi relatado que a inclusão da Alienação Parental no DSM-V, ou seja, adotar a medicalização, teria como maior problema o de rotular com um transtorno mental crianças que poderiam simplesmente estar apresentando uma reação de raiva às mudanças provocadas em sua vida pela separação dos pais, o que seria do interesse da psiquiatria e da indústria farmacêutica, assim como de peritos e advogados, já que prolongaria muitas disputas, aumentando o tempo e o custo requerido. O risco do estabelecimento de uma moda passageira, “como teve na moda o diagnóstico de déficit de atenção, hiperatividade” , é

apontado por Frances (2010), que percebe que, ao envolver tanto a atenção pública, a Alienação Parental vem atender à demanda de rótulos que possam explicar o sofrimento humano, sem considerar que, não se tratando de matéria quantitativa, o diagnóstico dos transtornos mentais fica à revelia do profissional ou das forças do contexto social.

Já ao discutir sobre o item judicialização, alguns membros da equipe relacionam a judicialização da Alienação Parental à oferta de leis e à sua ampla divulgação pela mídia. Se por um lado a lei nomeia o problema, facilita o acesso a informações e a busca de ajuda especializada (BROCKHAUSEN, 2011). Por outro, entende-se que a criação de uma nova lei não seria necessária, caso se instituíssem medidas que visassem à boa convivência familiar, ao invés da punição dos seus membros. Outras falas relacionam a judicialização à mudança de valores na sociedade.

Outro ponto questionado foi o Poder do Estado, quanto a este ponto depreende-se que a utilização indiscriminada de dispositivos legais e de mecanismos judiciais pode colocar em risco o corpo social, especificamente as relações entre pais e filhos, mas não se pode atribuir totalmente ao Estado a dimensão de dominação, com a qual contribuem vários atores sociais por meio de um conjunto de micropoderes (FOUCAULT, 1979). Se por um lado a justiça garante a todos o acesso ao direito, por outro permite a sua utilização como meio de satisfações individuais, desviando-se da função jurídica, a qual deve ser utilizada, mas com moderação, evitando a junção do discurso “tenho direito” com “tenho poder”.

De acordo com as dimensões operativas, a atuação da equipe multiprofissional é evidente que a lei da AP prevê que, havendo indício da prática de ato de AP, o juiz, se necessário determinará perícia psicológica ou biopsicossocial, procedimento, entretanto, largamente utilizado na prática judicial Além disso, autores recomendam também a implantação de políticas públicas que atuem na prevenção de agentes estressores que venham a se somar ao conflito familiar.

Com referência ao setor de mediação, frisa-se que apesar de sua origem recente, efeitos da lei da mediação como a resolução ou pelo menos amenização da morosidade da justiça são previstos. Entrevistados e autores, inclusive Gardner (1985), se referiram à mediação como uma forma de prevenção de litígios. Juízes e equipe reconhecem o serviço, porém colocam restrições, quanto à indicação da mediação.

Por fim, apesar de colocada também como medida punitiva na lei de Alienação Parental, a Guarda Compartilhada apresenta um caráter diferente das outras. A Guarda Compartilhada

está se tornando a solução mais prevalente no mundo, tendo a maioria das crianças sob esse regime obtido melhores resultados em medidas de bem-estar físico, emocional, comportamental e psicológico.

O que se constata, ao final, é que em Direito de Família, não há como estabelecer regra única, devendo cada caso ser analisado isoladamente, com o objetivo de avaliar o que melhor se apresenta para cada família. Nem assim, entretanto, haverá garantias de que o caso será solucionado.

Já o segundo artigo demonstrou a partir das bases consultadas, a escassez de trabalhos que tratassem da Alienação Parental e pela Lei Brasileira, uma vez que menos de 20% da amostra que compôs a presente pesquisa se referia ao construto da forma como é abordado no estudo.

No terceiro artigo, os autores concluíram que a principal forma de obter resultados de inibir a alienação parental praticada pelos genitores em relação aos filhos é a guarda compartilhada entre os genitores, considerando que essa guarda compartilhada impediria essa alienação parental na forma de ter um controle dessa alienação.

Partindo-se das premissas apontadas acima, entende-se que a guarda compartilhada seria a melhor forma de se evitar a condenação da criança ou adolescente inocente, à pena de afastamento de um de seus pais, que somente os visitará, não podendo repartir as alegrias, as vitórias, as derrotas e as vivências simples do cotidiano de um ser humano em fase de extrema descoberta e autoconhecimento, quando estabelecida uma guarda unilateral.

Dentre os procedimentos utilizados pela equipe, foram mencionados perícia, aplicação de testes psicológicos, estudos psicossociais, encaminhamentos, visitas assistidas e laudos. Todos eles demonstraram ter efetividade, sendo que a aplicação de testes e o atendimento dos pais litigiosos em conjunto foram considerados os de menor efetividade, o que coincide com a percepção da equipe.

Já Mendes *et al.*(2019), após a análise, observaram que os assuntos mais associados foram falsas memórias e/ou alegações de abuso sexual (42%) e guarda compartilhada (12%). O estudo concluiu que existem muitas publicações sobre o assunto, mas há ainda, nas publicações em português, um déficit em termo de estrutura, metodologia e rigor científico.

Eles fazem uma crítica à banalização das alegações de Alienação Parental nos casos de disputa de guarda e à criminalização e à punição de comportamentos que derivam do sofrimento e da angústia, comuns à situação de crise que é o divórcio. A crítica que se faz é que a Alienação

Parental aprisiona a família em uma cena com papéis e atribuições fixas e rígidas, as quais carregam nichos de valor e atuação que não têm correspondência com o caráter complexo e sistêmico das relações familiares. Isso, além de agravar os conflitos, pode levar ao surgimento de mais danos para a família e para a criança.

Em relação à concordância ou discordância com os pressupostos da Alienação Parental, é possível perceber que dos artigos selecionados, 04 corroboram com as ideias de Gardner e apenas 01 tem um posicionamento crítico aos pressupostos da alienação parental. O foco consiste em mostrar as críticas na fragilidade teórica desses pressupostos, no reducionismo e também na falta de adaptação dessas teorizações à cultura brasileira. É notório lembrar que, no Brasil, existem poucos autores que se propõem a ter postura crítica em relação à alienação parental.

Destarte, a publicação artigos com um posicionamento mais reflexivo é de suma importância para a construção de uma perspectiva crítica sobre esse tema em constante e crescente evidência nos meios acadêmicos e jurídicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho objetivou apresentar um panorama dos estudos acerca da Alienação Parental e da Guarda Compartilhada, a fim de refletir sobre o tema e apresentar para a sociedade o conceito sobre alienação parental, como identificar, como prevenir, para que a sociedade venha a ter mais consciência que é necessário que os pais se preocupem mais com a saúde psíquica das crianças, não fazendo delas objetos frente a um possível litígio.

Através dos resultados, compreende-se que o objetivo tenha sido atingido. Portanto, é de fundamental importância a análise do fenômeno Alienação Parental, no caso a caso das famílias e dos sujeitos envolvidos, sem, entretanto, perder de vista o contexto social, político e econômico no qual se insere, destacando-se a necessidade de políticas públicas que atuem preventivamente.

O papel de cada membro da família na distribuição dos poderes revela que a dimensão de dominação não pode ser atribuída exclusivamente ao Estado, o que aponta para a

responsabilização do sujeito para com suas escolhas e atos como a melhor forma de resolução de conflitos.

Além disso, a mediação e a nova lei da Guarda Compartilhada, juntamente com abordagens clínicas como as de orientação psicanalítica contribuem para ajudar cada um nesse processo de responsabilização. Assim, seria possível ao Estado assistir às famílias, cumprindo sua função de proteger o menor em vulnerabilidade, sem incorrer em violência institucional.

Novas pesquisas com construtos e amostras específicas da psicologia jurídica, entre eles a Alienação Parental, podem ampliar e contribuir com a construção de instrumentos psicológicos para uso dos profissionais que atuam em perícias psicológicas judiciais, sobretudo que envolvem crianças e adolescentes. O objetivo de levantar a bibliografia é refletir sobre o tema neste artigo é apresentar para a sociedade o conceito sobre alienação parental, como identificar e prevenir, para que a sociedade venha a ter mais consciência que é necessário que os pais se preocupem mais com a saúde psíquica das crianças, não fazendo delas objetos frente a um possível litígio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Maria Raimunda T. de. **A Guarda Compartilhada**. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: <http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?lsTextoTipo=Justica&offset=20&lsTextoId=358210601>. Acesso em: 25 out. 2019.

BAUMAN, Z. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BRANDÃO, E. M. et. al. **Alienação Parental: revisão e rastreamento**. *PsicolArgum*. 2016 jan./mar., 34(84), 65-75

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil. Acesso em: 08 jul. 2017.

BROCKHAUSEN, T. **Síndrome de Alienação Parental e psicanálise no campo psicojurídico: de um amor exaltado ao dom do amor.** Dissertação de mestrado, Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

FILHO, J. L. S. et. al. **Guarda Compartilhada: uma forma de impedir a Alienação Parental.** ICESP. Faculdades Promove de Brasília, 2013.

MENDES, J. A. A. **Publicações Psicojurídicas sobre Alienação Parental: uma revisão integrativa de literatura em português.** Psicologia em Estudo, Maringá, v. 21, n. 1 p. 161-174, jan./mar. 2016.

MENDES, Nívea Zênia dos Santos Martins. **Família monoparental no Direito brasileiro: efeitos na formação dos filhos.** Usina de Letras, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.usinadeletras.com.br>. Acesso em: 25 out. 2019.

MONTEZUMA, M. A. et al. **Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência?.** Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 27 [4]: 1205-1224, 2017.

NETO, A. O. (org.) **Alienação parental e família contemporânea: um estudo.** Recife: FBV /Devry, 2015. 121 p.: il. v.2.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS EM DECORRÊNCIA DAS FAKE NEWS DIVULGADAS EM SUAS PLATAFORMAS QUANDO VIOLADORAS DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Najara Lígia Ângelo Amorim
José Mickaell Carvalho de Figueiredo Ramalho
Everton Gonçalves Moraes

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil das redes sociais diante das *fake news* violadoras de direitos divulgadas em suas plataformas, mostrando qual o entendimento da doutrina e jurisprudência a respeito do tema. É discutido o surgimento das *Fake News* na atualidade mostrando as possíveis consequências do uso das *Fake News* como forma de manipular a opinião pública. Será analisada também a responsabilidade civil das redes sociais após a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, abordando posteriormente as críticas feitas a esse novo entendimento. Por fim, é exposta a forma como

elas podem gerar danos aos direitos da personalidade, especialmente quando são divulgadas nas redes sociais.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil; Redes Sociais; Fake News.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the civil liability of social networks in view of fake news rights violators disclosed on their platforms, showing what is the understanding of the doctrine and jurisprudence on the subject. The emergence of fake news is discussed today showing the possible consequences of using fake news as a way of manipulating public opinion. We will also analyze the civil liability of social networks after Law No. 12,965 / 2014, known as the Marco Civil da Internet, later addressing criticism of this new understanding. Finally, it exposes how they can harm personality rights, especially when they are publicized on social networks.

Keywords: Civil Liability; Social networks; Fake News.

INTRODUÇÃO

Recentemente percebemos o grande aumento das *fake news* que têm causado grandes discussões em diversos meios sociais, principalmente no que se refere às suas consequências. *Fake News* é um termo em inglês que em tradução direta significa “notícia falsa” ou “notícias falsas”. Há de se destacar, no entanto, que não é qualquer notícia falsa que será caracterizada como *Fake News*. Estas se diferenciam pela finalidade a que são propagadas, sendo utilizadas de forma que aparentem veracidade, para enganar, manipular, obter ganhos financeiros ou políticos.

A divulgação das *Fake News* violadoras dos direitos da personalidade estão cada vez mais frequentes no âmbito virtual, principalmente nas redes sociais. O amplo alcance que as notícias falsas atingem no ambiente virtual é preocupante, pois o dano ao indivíduo também torna-se maior e de difícil reparação.

A liberdade de expressão é direito amparado na Constituição Federal e em outras leis do ordenamento jurídico brasileiro, sendo algo que deve ser assegurado a todos. No entanto, esse direito, muitas vezes, entra em colisão com outros direitos fundamentais, a exemplo da dignidade da pessoa humana, que é a base para o entendimento dos direitos personalíssimos, como o direito à imagem, à honra e à intimidade.

Diante desse cenário de conflito de direitos e de graves violações por falsas notícias divulgadas nas redes sociais, iremos analisar qual a responsabilidade dos provedores de redes

sociais diante das *fake news* violadoras dos direitos personalíssimos que forem veiculadas na sua plataforma por meio de terceiros.

O SURGIMENTO DAS *FAKE NEWS*

O termo *Fake News* ficou conhecido mundialmente em 2016, época em que foram divulgados de forma acentuada conteúdos falsos sobre Hillary Clinton, a candidata à presidência dos Estados Unidos, pelos eleitores de seu concorrente, Donald Trump.

Embora o termo *Fake News* tenha ficado conhecido a tão pouco tempo, o seu conceito vem de muito tempo atrás, embora não exista uma data oficial de origem.

As *Fake News* sempre estiveram presentes ao longo da história, na verdade, o que mudou foi a sua nomenclatura, os meios utilizados para divulgação e a capacidade de persuadir as pessoas que o material falso adquiriu nos últimos anos.

Como já mencionado, o termo *fake news* ficou conhecido com o surgimento da internet, pela facilidade e rapidez na divulgação de notícias, principalmente por sua natureza democrática de qualquer pessoa poder elaborar e publicar textos ou imagens do conteúdo que desejar chegando ao público de forma direta.

Essas notícias têm grande influência quando espalhadas nas redes, pois o fluxo de pessoas compartilhando essas informações é muito grande. As mesmas vêm com objetivo de prejudicar uma pessoa, ou determinado grupo e, visando também, aqueles que não possuem um grande conhecimento para reconhecer que tal notícia é falsa, pessoas de baixa escolaridade, ou até mesmo aqueles que possuem certo grau de conhecimento são pegos por essas informações que são espalhadas nas redes, e geralmente a *fake news* está associada com a política, em que se vê bastante propagação das mesmas.

O termo ganhou força, com as eleições presidenciais dos Estados Unidos da América, em que seguidores que apoiavam o presidenciável Donald Trump, começaram a espalhar notícias falsas contra sua concorrente, no entanto, há relatos bem mais antigos de que o termo já era utilizado a muito tempo atrás, e que no século XIX, alguns países de língua inglesa utilizavam tal termo, para apontar notícias ou boatos falsos.

Mas, como as *fake news* funcionam? Quais os propósitos por trás delas? Gemeamente pessoas de grande influência são os principais alvos, pois sua imagem, ou imagem de uma impressão nacional, ou internacional, pode vir a ser prejudicada, acarretando em prejuízos

financeiros para tais. Se analisarmos bem, a *fake news* também funciona como um mercado, pois delas pessoas podem vir a lucrar, e outras a terem prejuízos em decorrência das mesmas, os casos mais comuns aparecem na política, em que há um grande número de notícias falsas sendo propagadas nas redes, com finalidade de prejudicar o adversário.

É muito comum ver perfis falsos na internet, com apenas com finalidade de propagar tais notícias, e que tentam interagir com outras tentando dar credibilidade as informações que o mesmo passou, fazendo com que mais e mais pessoas, sejam enganadas por elas, e, além de perfis, sites não ficam de fora dessa lista, alguns são criados apenas para atualizar conteúdo falso diariamente, tendo assim, um grande alcance nas redes sociais e midiáticas.

Há um grande investimento, por parte do “mandante”, para que tudo seja feito da forma mais sigilosa possível, sem deixar rastros que possam levar a tal pessoa, pois, a propagação de notícias falsas na internet é considerada crime, e por isso é tomado tais medidas de segurança por partes dessas pessoas.

FAKE NEWS E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS REDES SOCIAIS

Com a ampla utilização da utilização das redes sociais e a constante divulgação de acontecimentos da vida privada, aumentou, também, a violação dos direitos da personalidade nesse meio, sendo uns dos mais violados o direito à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada.

Os direitos da personalidade representam o direito à vida, ao nome, à honra, ao direito moral, à imagem, à vida privada, à liberdade, entre outros direitos considerados como pessoais. Adriano Cupis define da seguinte forma:

[...] aqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o minimum necessário e imprescindível ao seu conteúdo... sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que vale dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal (DE CUPIS, 1961, p.17).

Os direitos personalíssimos são imprescritíveis, mesmo que a pessoa não reaja e nem busque sua tutela em juízo, ainda perdura o seu direito e guarda. Não são direitos transitórios,

mas permanentes. Contudo, Adriano Godinho diz o seguinte sobre a prescrição nos casos de pretensões patrimoniais a respeito da lesão a esses direitos:

Não há prazo de caducidade relativo à titularidade dos direitos da personalidade, mas as pretensões patrimoniais decorrentes da violação destes direitos estão sujeitas aos prazos de prescrição estabelecidos em lei. Assim, caso uma pessoa seja vítima de afrontas aos seus bens da personalidade, poderá reclamar a devida reparação dos danos experimentados, muito embora esta pretensão condenatória esteja adstrita ao prazo prescricional de três anos, previsto pelo § 3º, inciso V do art. 206 do Código Civil brasileiro (GODINHO, 2013, p. 183).

A jurisprudência brasileira traz casos recentes e de grande repercussão na mídia, que provam que a prestação jurisdicional requer ampla interpretação, devido, principalmente, a colisão de direitos na recente era da informação digital. Nas redes sociais on-line são utilizados, inclusive, perfis falsos, para as mais variadas finalidades, entre elas a de expor e divulgar informações negativas de outras pessoas, fazendo com que os direitos da personalidade do indivíduo sejam violados.

Diante dessa problemática, foi criada a lei 12.965 que entrou em vigor no ano de 2014, que instituiu o chamado Marco Civil da Internet, que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS A LUZ DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N º 12.965/2014)

Com o aumento do uso da internet e das redes sociais, juntamente com as mudanças consequentes dessa nova realidade, foi perceptível a necessidade de normatizar esse meio. Segundo Carvalho, o espaço virtual representa relevante cenário para difundir informações e para a prática da cidadania.

Portanto, é de suma importância a constituição de deveres e de direitos aos usuários e provedores, assim como a tutela do Poder Público para que seja assegurada a cidadania e, também, a ordem. Seguindo essa proposta, foi sancionada a Lei n º 12.965/2014 que entrou em vigência no ano de 2014, ficando conhecida como Marco Civil da Internet.

Há muitas divergências doutrinárias acerca da questão da responsabilidade civil das redes sociais por violação ocasionada por terceiros. O tema já foi bastante discutido e passou por diversos entendimentos nos tribunais.

A lei do Marco Civil da Internet destaca a proteção à liberdade de expressão, essa liberdade é colocada, inclusive, como fundamento do uso da internet no Brasil, em seu artigo 2º, caput: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão”. A guarda da liberdade de expressão fica comprovada no que versa à limitação da responsabilização dos provedores devido a prejuízos causados por publicações de terceiros, como é o caso das *fake news* violadoras dos direitos personalíssimos.

O artigo 19 trata da responsabilidade dos provedores de aplicações de internet, esses provedores são descritos no artigo 5º, inciso VII como sendo “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. Sendo assim, estão incluídas como provedores de aplicações às redes sociais. O artigo 19 dispõe:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, 45 tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (BRASIL, 2014, art. 19).

Do dispositivo, é possível perceber a restrição da responsabilidade recaída sobre os provedores de redes sociais e a proteção à liberdade de expressão. Portanto, de acordo com a lei, a indenização somente é devida quando já tiver ocorrido a determinação judicial e o provedor não obedecer às determinações jurisdicionais. Além disso, o parágrafo 1º do mesmo artigo dispõe que a ordem judicial precisa conter, sob pena de nulidade, clara e específica identificação do material violador, que possibilite a localização exata do conteúdo. Sobre o assunto, Pimentel e Cardoso esclarecem:

[...] em relação aos provedores de aplicações de Internet, o art. 19 adotou a regra da responsabilidade civil, porém “condicionada” à existência de prévia ordem judicial, pois a lei expressamente vedou a censura antecipada aos conteúdos virtuais. A responsabilidade desses provedores é condicionada porque, primeiramente, a LMCI exclui a imputabilidade direta dos provedores de aplicações pela geração instantânea de conteúdos criados por terceiros, ou seja, havendo violação a direito subjetivo, os provedores de aplicações de Internet

devem ser cientificados por ordem judicial para procederem à retirada de determinados conteúdos em prazo razoável fixado pelo juiz. Somente serão responsabilizados os provedores de aplicações de Internet que continuarem a disponibilizar os conteúdos vetados pela decisão jurisdicional (PIMENTEL; CARDOSO, 2015, p. 57).

O parágrafo 4º do artigo 19 determina que há possibilidade de os pedidos da vítima serem realizados em Juizados Especiais, e também que a indisponibilidade das publicações ilícitas pode ser estipulada por antecipação de tutela. Porém, a regra do artigo 19 e seus parágrafos contém algumas exceções, conforme disposição do artigo 21 e seu parágrafo único:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido. (BRASIL, 2014, art. 21, parágrafo único).

Atualmente as decisões dos tribunais seguem o entendimento do Marco Civil da internet, porém ainda há ressalvas para fatos anteriores ao Marco Civil da Internet, conforme entendimento do Ministro Marcos Aurélio:

Prevê o art. 19 da Lei nº 12.965/2014 (Lei do Marco Civil da Internet) que os provedores de conteúdo só podem ser responsabilizados por danos decorrentes de terceiros se, após ordem judicial específica, os mesmos não tomarem as providências sentenciadas. No caso, a reclamação da autora se deu de forma administrativa, não tendo havido determinação judicial descumprida pela parte demandada, razão pela qual não pode ser responsabilizada por danos decorrentes de terceiros, nos termos do dispositivo legal acima referido. (Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1642560 SP 2016/0242777-4).

Com relação a fatos ocorridos após o Marco Civil da Internet, o entendimento é de incidência da lei:

Responsabilidade do provedor de aplicações de internet (Facebook) com relação a fatos posteriores à vigência da Lei do Marco Civil da Internet. 1.1. O provedor de aplicações de internet só pode ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não adotar medidas para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo que lhe for assinado, tornar indisponível o conteúdo apontado como ofensivo. Inteligência do artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 (Lei do Marco Civil da Internet). 1.2. Caso concreto em que os fatos se deram em janeiro de 2015, sendo aplicável, portanto, a Lei nº 12.965/14. Assim, ainda que efetuada a denúncia, não possuía o provedor a obrigação de excluir a postagem... que não se tratava de nudez ou pornografia, mas de texto reputado ofensivo à imagem da autora. 1.3. Finalmente, quando concedida a antecipação de tutela no feito, a própria autora da postagem já a havia excluído, razão pela qual inviável responsabilizar o Facebook. 2. Responsabilidade do autor da postagem. Caso em que, ainda que evidenciado conflito entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos, no uso da técnica da ponderação, recomendável que se faça prevalecer o resguardo da imagem da autora. Comentários da ré em rede social que denigrem a imagem e a honra da autora, desferindo acusações e ofensas sem qualquer demonstração de sua veracidade e sem a oportunização de defesa (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível : AC 70075444968 RS)

CRÍTICAS À RESPONSABILIDADE CIVIL PRESENTE NO MARCO CIVIL DA INTERNET

Há diversas críticas doutrinárias ao Marco Civil da Internet. Entre elas, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que afirma que o modelo normativo do Brasil não está preparado para lidar a propagação das *fake news* nas redes sociais.

Segundo ele, o Marco Civil da Internet é atrasado, principalmente ao tratar da responsabilidade das redes sociais com a remoção de publicações danosas. Portanto, é preciso reformular a regulamentação da responsabilidade das redes sociais, pois os danos pelas *fake news* são quase irreversíveis, e o Judiciário não tem conseguido dar conta de atender à crescente demanda para exclusão desses conteúdos. Assim, é preciso um modelo mais ativo das empresas, para garantir a remoção dessas publicações.

Outro ponto criticado na lei é a pena de nulidade presente no artigo 19, §1º, quando a determinação judicial não especificar de modo inquestionável o seu objeto. Por outro lado, o infrator pode divulgar a mesma informação em outros locais da rede, assim, não deveria ser

restrita às URLs citadas de forma expressa pela decisão judicial, de acordo com decisão do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MENSAGENS OFENSIVAS À HONRA DO AUTOR VEICULADAS EM REDE SOCIAL NA INTERNET (ORKUT). MEDIDA LIMINAR QUE DETERMINA AO ADMINISTRADOR DA REDE SOCIAL (GOOGLE) A RETIRADA DAS MENSAGENS OFENSIVAS. FORNECIMENTO POR PARTE DO OFENDIDO DAS URLS DAS PÁGINAS NAS QUAIS FORAM VEICULADAS AS OFENSAS. DESNECESSIDADE. RESPONSABILIDADE TÉCNICA EXCLUSIVA DE QUEM SE BENEFICIA DA AMPLA LIBERDADE DE ACESSO DE SEUS USUÁRIOS. 1. O provedor de internet - administrador de redes sociais, ainda em sede de liminar, deve retirar informações difamantes a terceiros manifestadas por seus usuários, independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas que foram veiculadas as ofensas (URL's). 2. Recurso especial não provido (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial n.1175675/RS).

A respeito da responsabilidade Civil das redes sociais, o Marco Civil da Internet falhou em diversas questões, especialmente em relação a quase exclusão de responsabilidade das redes. É bem claro que a liberdade de manifestação e de informação é muito importante, mas a dignidade da pessoa humana não pode ser desconsiderada nem mitigada de forma que cause danos extremos às pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o que foi abordado no decorrer deste artigo, podemos observar a grande influência que a *Fake News* tem nas mídias e no cotidiano da sociedade, e como ela pode afetar as massas com seus conteúdos falsos. É um mecanismo muito prático de se produzir, como também de se espalhar nas redes, e é preciso que as pessoas estejam sempre atentas a todos os tipos de informações que são submetidas, verificar também, as fontes de tais notícias, para ter a confirmação que a fonte é confiável, e assim, evitar que possam ser enganados e propaguem a chamada *Fake News*.

Vale ressaltar que existe a lei de Marco civil da internet, na qual resguarda a liberdade de expressão das pessoas na internet, impedindo assim, que sejam censuradas nas redes, no entanto, existem limites que são impostos; pois mesmo que tenha liberdade de se expressar, não

pode ferir o direito de outrem, pois se caso já feito, poderá ser tomadas medidas judiciais sobre o indivíduo que praticou tal ato.

Vale salientar que os provedores só podem ser responsabilizados pelo conteúdo de terceiros se o mesmo não tomar providência sobre determinado conteúdo, após ser feita uma ordem judicial sobre a mesma, tendo que comprimir também, tal ação no prazo determinado em lei.

É necessário que as pessoas, tenham a consciência sobre os atos que praticam quando espalham uma *fake news*, pois além de estar passando uma informação falsa, poderá estar prejudicando outras pessoas que estão sendo submetidas a tais informações, e que, por muitas vezes, não tem o conhecimento necessário para identificar a malícia na informação. Tendo em vista todos esses pontos, podemos dizer que, fake News é um grande mal a sociedade e que deve ser combatida, iniciando por nós, a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constitui a República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm.

Fake news: estudo revela como nasce e se espalha uma notícia falsa na web. G1 Fantástico. Edição de 25/02/2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/02/fake-news-estudo-revelacom-nasce-e-se-espalha-uma-noticia-falsa-na-web.html>.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14 ed. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2008.

‘Modelo normativo brasileiro não está preparado contra fake news’, diz Cueva Disponível em: Matéria de 07/05/2018.

GODINHO, Adriano Marteleto. **“A defesa especial dos direitos da personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro”**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado. Maringá: 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Volume 4, 2017. Editora: Saraiva.

PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz Cardoso. **A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do marco civil da internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores.** Revista da AJURIS – v.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 770075444968.** Relator: Des.Carlos Eduardo Richinitti. Julgado em: 28/02/2018. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/553325227/apelacao-civel-ac70075444968-rs/inteiro-teor-553325237?ref=topic_feed.

DIREITO DAS SUCESSÕES: União Estável e a Análise do Art.1790 do Código Civil

Patrícia Cristiane da Silva ¹

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar a união estável e o direito sucessório, levando em consideração um análise do artigo 1790 do Código Civil. Durante muito tempo, o ordenamento jurídico brasileiro não exercia a devida proteção aos direitos dos companheiros, realidade hoje modificada com aos avanços jurídicos, leis, jurisprudências criadas para garantir tal direito. O artigo citado vem com a importância do direito sucessório dos companheiros. Para cumprir a finalidade da pesquisa, o trabalho utilizou como recurso metodológico pesquisas bibliográficas, doutrinas, leis e pesquisa documental da legislação e normas brasileiras relativos ao direito sucessório.

Palavras-Chave: Direito Sucessório. União Estável. Artigo 1.790 do Código Civil.

ABSTRACT

This article aims to analyze the stable union and inheritance law, taking into consideration an analysis of article 1790 of the Civil Code. For a long time, the Brazilian legal system did not exercise due protection to the rights of the comrades, a reality today modified with the legal advances, laws, jurisprudence created to guarantee such right. The article cited comes with the importance of the succession right of the companions. To fulfill the purpose of the research, the work used as a methodological resource bibliographical research, doctrines, laws and documentary research of Brazilian law and norms related to inheritance law.

Keywords: Succession Law; Stable union; Article 1790 of the Civil Code.

INTRODUÇÃO

A norma infraconstitucional, hierarquicamente, encontra-se abaixo da Constituição Federal, portanto, não pode se sobrepôr a esta, de tal maneira que a Constituição Federal é a Lei Superior do Estado sobre as demais normas. Ao passo que a Constituição Federal de 1988 estabelece redação em que considera a família como base da sociedade e menciona o reconhecimento da união estável, regulamenta os princípios que norteiam a base familiar.

*Bacharelada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da FESC/FAFIC – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – PB

Por sua vez, a Lei 8.971/94 regula em seu contexto o direito de sucessão dos companheiros. Posteriormente, a Lei 9.278/96 regulamentou o artigo 226, § 3º da Constituição Federal, no que concerne a união estável e o reconhecimento do vínculo familiar. Por fim, o Código Civil de 2001, revogou a Lei 8.971/94 e a Lei 9.278/96, apresentando uma hierarquização no contexto familiar, o que tem gerado extensa discussão doutrinária, com objetivo de preservar a segurança jurídica no direito sucessório.

É cediço que o Código Civil de 2002 estabeleceu mudanças para o direito sucessório, nos moldes dos artigos 1.723, 1.727 e 1.790, em que a matéria considerada fundamental para a construção de união estável entre companheiros. Contudo, não é justo desequiparar a família nos fins sucessórios tendo em vista as diferentes formações familiares contempladas pela Constituição.

Nesta seara, o presente artigo tem o objetivo de analisar a união estável e o direito sucessório, considerando o artigo 1.790 do Código Civil. Em virtude das mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção aos direitos dos companheiros tem se tornado uma

realidade alcançada pelos avanços jurídico legal em relação ao direito sucessório. Portanto, para cumprir a finalidade da pesquisa, o trabalho utilizou como recurso metodológico pesquisas bibliográficas, doutrinas, leis e pesquisa documental da legislação e normas brasileiras relativos ao direito sucessório.

UNIÃO ESTÁVEL

Atualmente, tem se tornado cada vez mais comum a noção de união estável como forma de se constituir família, deixando de lado a obrigatoriedade do casamento para a aprovação social.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, a união estável é regida através do artigo 226, § 3º, onde temos o seguinte:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º [...]

§ 2º [...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 1988).

O reconhecimento jurídico da união estável ocorrido através da Carta Magna de 1988 foi fundamental para a manutenção e a garantia de direitos que antes eram negados pelo fato de não reconhecer o vínculo afetivo entre homem e mulher como forma de constituição de família. Assim, o artigo 226, § 3º da Constituição Federal estabelece pela primeira vez alguns direitos a relação afetiva sem o vínculo do casamento, reconhecendo a união estável como entidade familiar.

Nesse mesmo sentido, foi promulgada a Lei Nº 8.971/94, em que dispõe:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário (BRASIL, 1994).

Ressalte-se que o artigo 1º da Lei 8.971/94, estabelece que para a relação surtir os efeitos mencionados, ambos devem ter tido uma convivência familiar no prazo de 5 (cinco) anos. Essa situação foi modificada pela Lei 9.278/96, que em seu artigo 1º define união estável da seguinte forma: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 1996).

No entendimento de Maria Helena Diniz, a autora apresenta a seguinte definição para união estável:

Convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação (DINIZ, 2015, p.106, 2015).

Neste contexto, existem alguns pontos que constituem a base da identificação da união estável constantes na Lei 9.278/96 e que merecem ser analisados, como quando o legislador

estabelece uma convivência duradoura, observamos que deve haver uma sequência no relacionamento, embora não exista um tempo mínimo para configurar a união estável.

Como a sociedade vive um processo de constantes transformações, na qual consta os termos “homem e mulher”, não possuem apenas essa limitação, sendo perfeitamente compreendido o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Embora Constituição Federal e nem Código Civil terem previstos expressamente, a união de pessoas do mesmo sexo encontra amparo em decisões do Superior Tribunal Federal (STF), bem como em algumas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dessa forma, nas relações homoafetivas que atenderem os critérios previstos na legislação, são aplicados os mesmos direitos dos casais heterossexuais.

Outro aspecto que vale salientar, diferenciando a união estável de namoro, trata-se do objetivo de constituir família. Neste caso, o planejamento familiar é de livre escolha do casal, pois, não há obrigatoriedade em ter filhos para que se configure a união estável.

Também não é necessário que o casal more junto para que se configure a união estável, pois, tem se tornado cada vez mais comum que casais que cumpram todos os requisitos expostos anteriormente, mas por outras razões morem em casas ou até cidades diferentes, por exemplo. Morar junto é apenas um aspecto que ajuda a caracterizar a união estável.

Diante dessa evolução social na construção familiar, podemos afirmar que a união estável é considerada um fruto livre da vontade do casal em constituir uma vida em comum sem a formalidade do casamento. Nesse caso, com a dissolução do vínculo, diferente do casamento, a união estável não altera o vínculo, pois, a pessoa continua sendo considerada como solteira.

A união estável é reconhecida como entidade familiar da mesma forma que o casamento, portanto, garantindo os mesmos direitos e deveres do casamento. Como a união estável é uma situação de fato, não exige registro formal de sua existência. No entanto, se for interesse do casal, pode ser formalizada através de escritura pública em cartório.

Quanto ao regime de bens, a união estável tem como padrão o regime de comunhão parcial, quando não houver contrato ou pacto antenupcial estabelecido anteriormente com outro tipo de regime. Para fins de sucessão, a união estável é equiparada ao casamento civil. Nesses casos, o companheiro tem direito a 50% da herança e os outros 50% serão divididos entre os demais herdeiros.

O Código Civil de 2002 apresenta em seu artigo 1.273 o conceito de união estável, em que passou-se a utilizar a expressão “concubinato” exclusivamente para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade,

sendo configurada quando ocorrem “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar” (GAIOTTO FILHO, 2019, on-line).

O artigo 1.723 do Código Civil prescreve que a união estável deve ser conhecida como entidade familiar que se forma atrás do acordo conjugal entre homem e mulher, cabendo à lei favorecer a sua conversão em casamento, quando acordado entre os conviventes. Portanto, observamos que o Código Civil foi omissivo em relação a união homoafetiva, cabendo à jurisprudência a extensão e ampliação dos direitos relacionados à união estável nos casos em que envolvidos sejam de sexos iguais.

Neste sentido, temos a ADIN 4.277/DF julgou procedente a união homoafetiva nos casos de união estável. Vejamos:

ADI 4.277 / DF

Conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente. Brasília, 05 de maio de 2011. MINISTRO AYRES BRITTO – RELATOR.

No caso de dissolução do contrato de união estável, comprovando o seu rompimento, é judicialmente aceita a sua dissolução, com a partilha dos bens adquiridos entre ambos no tempo que se manteve o vínculo conjugal. Esse entendimento é adotado de acordo com a Súmula 380 do STF.

DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

Ao longo dos anos, o direito sucessório sofreu mudanças importantes tanto para o Direito Civil quanto para a união estável. O direito sucessório é peculiar ao direito civil, responsável pela regulação e distribuição de bens de família, ponderando os direitos, deveres e obrigações no decorrer da vida ou na morte de um dos *de cujus*.

Nos moldes dos artigos 1.723/1.727 e 1.790 do Código Civil, temos os fundamentos essenciais para a união estável, bem como seus efeitos patrimoniais em caso de rompimento de acordo com os consortes, ou se caso for pela morte de um deles.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019), definem o Direito das Sucessões como o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte, pois, é justamente a modificação da titularidade de bens o objeto de investigação deste especial ramo do Direito Civil. Sua vinculação ao Direito de Propriedade é evidente, assim com encontra-se ligado à aspectos de Direito de Família, motivo pelo qual a sua efetiva compreensão exige alguma reflexão sobre seus fundamentos ideológicos.

Portanto, o ordenamento jurídico proporciona aos particulares a autonomia privada, que estabelece poderes ao indivíduo de manifestar suas vontades, respeitando os limites estabelecidos na lei, mesmo que tais vontades estejam ligadas ao seu falecimento.

À frente deste regulamento ocorre no direito sucessório alguns efeitos ensinados nas lições de Caio Mário da Silva Pereira, onde temos:

- 1- abre-se a herança com a morte do sujeito, e no mesmo instante os herdeiros a adquirem. Verifica-se, portanto, imediata mutação subjetiva;
- 2 - não é o fato de estar próximo que atribui ao herdeiro a posse e propriedade dos bens, mas sim a sucessão - a posse e a propriedade advêm do fato do óbito;
- 3 - o herdeiro passa a ter legitimidade *ad causam* (envolvendo a faculdade de proteger a herança contra a investida de terceiros);
- 4 - com o falecimento do herdeiro após a abertura da sucessão, transmite-se a posse e propriedade da herança aos seus sucessores, mesmo sem manifesta aceitação;
- 5 - mesmo que os bens não estejam individualizados e discriminados, constitui a herança em si mesma um valor patrimonial, e, como tal, pode ser transmitida *inter vivos*.

Ressalte-se ainda um importante instituto do Direito das Sucessões, que é o princípio da *saisine*, adotado pelo disposto no artigo 1.784 do Código Civil, que determina que a posse dos bens do *de cujus* falecido seja imediatamente direcionado aos herdeiros na data de sua morte.

ANÁLISE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL

No que tange o direito das sucessões previstos no artigo 1.790 do Código Civil, temos:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II- se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Em análise ao artigo 1.790 do Código Civil, observamos que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem declarado pacífico entendimento de sua inconstitucionalidade nas decisões sobre a concorrência sucessória entre cônjuges e companheiros. Ocasão em que manda aplicar a regra contida no artigo 1.829 do Código Civil. Para Venosa, o legislador poderia ter optado por fazer a união estável equivalente ao casamento em matéria sucessória mas não o fez. Ao invés de igualar estabeleceu um sistema isolado no qual o companheiro não foi equiparado ao cônjuge, muito menos estabeleceu regras claras para a sua sucessão (COLOMBARI, 2019, online)

Nos casos de sucessões abertas antes da declaração de inconstitucionalidade da norma no artigo 1.790, impunha que a partilha dos bens particulares exclusivamente entre os descendentes, excluindo o companheiro sobrevivente.

Diante dos termos apresentados pelo artigo 1.790 do Código Civil, observamos que apenas os bens construídos onerosamente no lapso temporal da união estável é que um dos conviventes irão participar da sucessão do outro. Em todas as hipóteses de participação da sucessão trazida no artigo 1790, o legislador deixou uma falha, sendo que em nenhuma

circunstância trazida no artigo o companheiro ou a companheira concorre com os descendentes comuns e exclusivos do autor principal do legado, ou seja, do de *cujus*.

Ressalte-se ainda que a jurisprudência apenas reconhece como entidade familiar a união estável, mas não a equipara ao casamento. Há acórdãos neste sentido. Vejamos:

INVENTÁRIO. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO. AUSÊNCIA DE DESCENDENTES E ASCENDENTES. BEM INVENTARIADO ADQUIRIDO ANTERIORMENTE À UNIÃO ESTÁVEL PELA COMPANHEIRA FALECIDA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DOS ARTS. 1.829 e 1.838 DO CÓDIGO CIVIL SOB O ARGUMENTO DE QUE O COMPANHEIRO FOI EQUIPARADO AO CÔNJUGE PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO EQUIVOCADO. **UNIÃO ESTÁVEL NÃO IGUALADA AO CASAMENTO, APENAS RECONHECIDA COMO ESPÉCIE DE ENTIDADE FAMILIAR PARA EFEITO DE PROTEÇÃO ESTATAL (ART. 226, § 3º, CF). SUCESSÃO DO COMPANHEIRO QUE DEVE SE SUJEITAR ÀS REGRAS DISPOSTAS NO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. NA HIPÓTESE, DIREITO DOS COLATERAIS DA DE CUJOS À TOTALIDADE DO BEM ARROLADO (ART. 1.790, III, DO CC). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.**

Portanto, houve a inconstitucionalidade do referido artigo e coube ao Supremo Tribunal Federal preencher esta lacuna. É majoritário o entendimento dos Tribunais Superiores quanto a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, embora trata-se de tema passível de discussões, que pode abordar certa insegurança jurídica na resolução dos entraves acerca do direito sucessório.

Contudo, não é legítimo desequipara, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar o companheiro, dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa ou ao marido, entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso, (RE 646721 / RS).

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em, apreciando o Tema 498 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, que redigirá o acórdão, dar provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Ricardo Lewandowski. Em seguida, acordam, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), em fixar a tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10 de maio de 2017. (Doc. Ass,digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13120769.)

Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002” (RE 646721 / RS).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, observamos que durante muito tempo a união estável não fora reconhecida como entidade familiar, momento em que houve a equiparação apenas após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Com ao advento das Leis 8.971/94 e 9.278/96, o legislador buscou conceder maior segurança em matéria considerada fundamental para a construção de união estável entre companheiros. O Código Civil de 2002 revogou as duas leis anteriores, sendo que em seu artigo 1.790 apresentou um verdadeiro retrocesso ao direito sucessório dos companheiros conviventes em relação aos unidos pelo casamento.

Contudo, concluímos que o artigo 1.790 do Código Civil teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), acerca da ocorrência da sucessão entre cônjuge e companheiro, de maneira que o referido artigo trata o cônjuge e o companheiro com distinção a respeito da sucessão hereditária. Nesse contexto, a inconstitucionalidade o artigo trouxe maior segurança em relação a previsibilidade dos julgamentos.

REFERÊNCIAS

ALTRAN, Maria Carolina Barrero. **Sucessão na União Estável**. Publicado em 12/2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62619/sucessao-na-uniao-estavel>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 9.278, de 10 de Maio de 1996**. (Lei da União Estável). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

COLOMBARI, Jorcelino Ricardo. **A União Estável**. Publicado em 22/06/2010. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/a-uniao-estavel/41139>. Acesso em: 22 out. 2019.

GAIOTTO FILHO, Washington Luiz. **A União Estável no Ordenamento Jurídico Brasileiro**, Disponível em: <https://washingtongaiotto.jusbrasil.com.br/artigos/111589809/a-uniao-estavel-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 22 out. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. vol. 6, Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Rodrigo Alves. **A fórmula "saisine" no Direito Sucessório**. Publicado em 12/2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23156/a-formula-saisine-no-direito-sucessorio>. Acesso em: 22 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo reconhece União Homoafetiva**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 25 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Aplicação das Súmulas STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>. Acesso em: 25 out. 2019.

VIEIRA, Claudia Nascimento. **União Estável no Novo Código Civil**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_76.pdf. Acessado em: 25 out. 2019.

CONSEQUÊNCIAS TRAZIDAS COM O NOVO CÓDIGO CIVIL SOBRE A QUESTÃO DOS DIREITOS DO NASCITURO

Cássio Paulino Gonçalves da Silva (Autor)¹
Joao Vito Soares de Sousa (Autor)²
Francisco Paulino da Silva Junior (Orientador)³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo uma análise acerca das consequências que o novo código civil trouxe à luz dos direitos dos nascituros, em suma, o propósito do artigo é trazer conclusões que visualizam horizontes de valorização da pessoa humana na proteção dos direitos do nascituro, belo destino para onde caminha o nosso Direito Privado. Para tentar resolvê-las, existem algumas teorias, sendo a mais adequada, porém, não aceita, a seguinte: Teoria Concepcionista, na qual a personalidade começa na concepção. Portanto o nascituro, segundo essa teoria, já possui esta faculdade de direito. A questão é que outras teorias afirmam que essa personalidade começa após o nascimento com vida, Teoria Natalista, a adotada no Brasil. O Código Civil em seu art. 2º, determina que o nascituro tem direitos, mas para tanto é necessária à personalidade jurídica, portando o nascituro, sendo portador de direito, possui personalidade jurídica.

Palavras-Chave: Direito. Nascimento. Proteção.

ABSTRACT

This article aims to analyze the consequences that the new civil code brought to light the rights of the unborn, in short, the purpose of the article is to bring conclusions that visualize horizons of appreciation of the human person in protecting the rights of the unborn, beautiful. destiny where our Private Law goes. To try to solve them there are some theories, the most appropriate, but not accepted, the following: Conceptionist theory, in which personality begins at conception. Therefore the unborn child, according to this theory, already has this faculty of law. The point is that other theories claim that this personality begins after birth with life, Natalist theory, the one adopted in Brazil. The Civil Code in its art. 2, determines that the unborn child has rights, but is necessary for the legal personality, therefore the unborn child, being a holder of the right, has legal personality.

Keywords: Right. Birth. Protection.

¹ Bacharelado em ciências jurídicas sociais na faculdade de filosofia ciências e letras de Cajazeiras- FAFIC. E-mail: cassiogg1234@gmail.com

² Bacharelado em ciências jurídicas sociais na faculdade de filosofia ciências e letras de Cajazeiras- FAFIC. E-mail: joavictorsoares311@gmail.com

³ Mestre em ciências jurídicas com a área de concentração em Direito Econômico; Professor da faculdade de filosofia ciências e letras de Cajazeiras- FAFIC e do centro universitário de Patos- UNIFIP

INTRODUÇÃO

Os conflitos a consideração do nascituro, do seu pensamento como pessoa humana e da proteção de seus direitos não é recente no Direito Brasileiro, o nascituro é pessoa humana, desfrutando de imensa proteção legal. A colaboração do presente artigo é exatamente para falar e defender as consequências trazidas com o novo código civil ao nascituro, abordaremos as questões práticas atinentes à consagração de direitos ao nascituro: a possibilidade de ele pleitear danos morais, os danos morais advindos da sua morte, a sua legitimidade para o ingresso da ação de investigação da paternidade, os alimentos do nascituro, a possibilidade de ele ser adotado e de ser-lhe nomeado um curador.

De acordo com Maria Helena Diniz (2002, p. 27):

A fitologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida iniciasse no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração no código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único.

Mas há um ponto que gera discordância: é o momento exato em que começa a vida. É a partir desse que se inicia a personalidade jurídica e a obtenção dos direitos. Por isso existem algumas teorias que abordam esse assunto: a Teoria Concepcionista na qual a vida começa na concepção, a Teoria Natalista que defende o início da vida após o nascimento e a Teoria da Personalidade Condicionada que afirma que há personalidade no nascituro, mas essa é confirmada após o nascimento.

O advento da Constituição de 88 oxigenou os pulmões dos debatedores com o ar da dignidade da pessoa humana. Os desencontros civilistas a respeito de seus institutos adquiriram uma conotação constitucional, através do processo gradual da constitucionalização do Direito Privado. O incremento da legislação infraconstitucional também contribuiu para estreitar a distância entre o Direito Constitucional e o Direito Civil.

Mas, quando se entende que um pré-requisito para possuir direitos é a personalidade jurídica, fica incoerente adotar outra teoria senão a Teoria Concepcionista, uma vez que essa defende que a personalidade jurídica de qualquer pessoa começa na concepção, por isso o nascituro é portador da mesma. O próprio art. 2º do Código Civil, quando coloca que “[...] a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” já deixa claro que o nascituro tem direitos e que esses são protegidos por lei. Alguns desses direitos são: o direito à vida, à receber heranças, de pleitear alimentos do possível pai. Mas devido a sua condição de incapacidade, esses direitos são defendidos por um representante legal, que pode ser a própria mãe que o está gerando.

Os direitos de personalidade, positivados a partir do Código Civil de 2002, enriqueceram a discussão sobre sua concessão e ampliaram o rol de direito atribuíveis ao nascituro à luz do princípio da dignidade humana. Soma-se, ainda, nesta perspectiva e sem a intenção de esgotá-la, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90), Pacto San José da Costa Rica (promulgado pelo Decreto nº. 678/92) e Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (promulgada pelo Decreto nº. 99.710/90).

METODOLOGIA

O método de pesquisa utilizado a princípio foi o bibliográfico, com a utilização de livros da biblioteca Rui Barbosa, da Instituição, para maior conhecimento do assunto a ser

desenvolvido. Posteriormente uma leitura seguida de anotações de pontos importantes a serem tratados, como os conceitos de nascituro e personalidade jurídica

CONCEITO DE NASCITURO

Prescreve o artigo 2º do Código Civil: "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

De acordo com o sistema adotado, tem-se o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade. Todavia, respeitam-se os direitos do nascituro, desde a concepção, pois desde esse momento já começa a formação deste novo ser.

O conceito de nascituro consiste quando ocorre a fertilização entre um espermatozoide com o óvulo. Vale ressaltar que neste momento, ainda não cabe a afirmação que o nascituro possui personalidade jurídica, como previsto no item acima. Dessa forma, cabe a afirmação a inspiração do Código Civil Brasileiro na **Teoria Natalista**, a qual garante, em regra seus direitos, no momento de seu nascimento.

José Afonso da Silva citado por Benedita Chaves preleciona:

Não se considera a vida apenas no seu sentido biológico, de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica, mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão, por ser algo dinâmico, que evolui incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo que se instaura com a concepção, transformando-se e progredindo para manter sua identidade, até mudar de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte e tudo que interfere, em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante, contraria a vida.

Entretanto, vale ressaltar que, o nascituro pode ser considerado como um "sujeito de direito", tanto que este é protegido pelo Código Penal, em seus artigos 124 e 127, os quais tratam da matéria referente ao crime de aborto. Este é um exemplo clássico que comprova seus direitos, uma vez que é ilegal a prática do aborto, exceto as causas excludentes, também previstas neste diploma legal, as quais não serão temas deste trabalho acadêmico.

TEORIA SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DO NASCITURO

Durante muitos anos a personalidade, direito de todos, era atributo daqueles que possuíam bens, eram livres e cidadãos, e assim foi na Grécia e na Roma antigas, “[...] fato marcante que evidencia a ausência de personalidade daquele que não possuía liberdade eram os escravos que, apesar de serem considerados seres humanos, eram tidos como objeto de propriedade, podendo ser libertados, negociados ou até mortos”.

O nascituro, por ainda não ter nascido, precisa que alguém se preocupe em proteger os seus direitos. Para alguém considerado incapaz, existe um curador que cuida de seus interesses, mas e para o nascituro? Seu direito à vida é constantemente discutido quando se fala sobre o aborto. O Código Penal Brasileiro em seu artigo 124 coloca que “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos” e no art. 125 que “ Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.” O nascituro pode receber bens por doação que serão administrados pelo seu representante legal, como coloca o artigo 542 do Código Civil Brasileiro, mas essa só será efetivamente validada após seu nascimento com vida, caso contrário, a doação é como se não tivesse ocorrido. Isso por se tratar de uma transação de bens. Outro direito está ligado à representação legal do mesmo, sua mãe pode requerer junto ao juiz a posse de seus direitos, mas para isso deve provar sua gravidez, como colocam os artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil, isso é comum em situações que envolvem a reclamação de direito à herança de pai falecido, segundo os artigos citados, ou diante da necessidade proteção de algum outro direito.

Personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito. Adquirida a personalidade, o ente passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes matizes. A pessoa natural, para o direito, é, portanto, o ser humano, enquanto sujeito/destinatário de direitos e obrigações (BRASIL, 2002).

Existem diversas teorias que tentam explicar o início da vida ou da personalidade humana, tendo em vista que tal fato muito pode influenciar para outras questões como por exemplo, a permissão ou não para se abortar.

Outras questões oriundas da definição do início da personalidade dizem respeito, por exemplo, ao momento exato em que o direito deve atuar para proteger direitos dos que ainda nem nasceram.

Quanto ao direito de personalidade, existem três teorias principais, quais sejam a teoria concepcionista, a teoria natalista e a teoria condicional, como se verá abaixo, além destas, algumas ciências se encarregaram de relatar suas opiniões acerca do início da vida, sendo que algumas foram trazidas pelo presente trabalho.

TEORIA CONCEPCIONISTA

A teoria concepcionista acredita que o início da vida humana ocorre no momento da fertilização do ovócito pelo espermatozoide, ou seja, desde a concepção (NEVES, 2012, p. 34).

Com tal teoria se explica o fato de os nascituros poderem receber alimentos, herdar, ser parte em ações judiciais, entre outros e possam ter seus direitos resguardados, mesmo antes de nascerem.

Ressalte-se que no Brasil não são aceitas questões que possibilitem indenizações pelo fato do indivíduo ter nascido, conforme foi aceito em alguns países da Europa e Estados Unidos, tendo em vista que o nascimento, ou melhor, a vida e o direito de se viver é irrenunciável.

Por certo que os nascituros devem ser protegidos, entretanto, como comentado no capítulo anterior, há uma diferença muito grande, a qual não pode ser confundida entre nascituro e embrião, posto que nem sempre este último está implantado no ventre materno, tendo em vista as possibilidades de reprodução assistida e assim, não receberá proteção do direito como se fosse um nascituro, posto que não o é.

Embriões oriundos de reprodução assistida, ainda não implantados no útero materno, devem receber proteção contra manipulações arbitrárias, entretanto, deve-se sempre lembrar que estes são material humano e não possuem expectativas de nascerem, pelo menos enquanto estiverem congelados em nitrogênio líquido nas clínicas de fertilização.

Quanto ao nascituro, este foi fecundado, seja dentro ou fora do corpo da mulher, e está se desenvolvendo, devendo ter seus direitos básicos, como o de nascer com vida, respeitados.

TEORIA NATALISTA

Segundo Neves (2012, p. 27), “[...] para os adeptos dessa teoria, a personalidade civil começa do nascimento com vida, e isso porque só a pessoa pode ter personalidade, e o produto da concepção não é a pessoa, é apenas uma parte do corpo da mulher”.

Assim, aquele que nasce, se separa do corpo da mãe e passa a respirar sozinho, adquire personalidade e, portanto, direitos na esfera civil.

Sem embargo de todas as ressalvas que a doutrina faz à Teoria Natalista, principalmente à luz de princípios constitucionais expressos e implícitos, é correto afirmar, sem maiores dúvidas, que o ordenamento jurídico pátrio, mormente o Código Civil adotou, sim, a referida Teoria Natalista e, se digo isso o faço com base numa interpretação mais do que literal e gramatical, mas principalmente sistemática.

O artigo 2.º do Código Civil diz, expressamente que “a personalidade civil da pessoa começa (a partir) do nascimento com vida”.

Contudo, o mesmo artigo diz que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Se verificarmos sistematicamente o ordenamento, perceberemos que os direitos postos a salvo, desde a concepção são apenas os patrimoniais. Com efeito, o artigo 542 diz que a doação feita ao nascituro valerá e, mesmo assim, só valerá se for aceita por seu representante; o artigo 1.798 diz que as pessoas já concebidas são legitimadas a suceder desde a abertura da sucessão. Vale dizer, direitos patrimoniais. Importante aspecto diz respeito à nomenclatura, que diz que os já concebidos são considerados pessoas, mas isso não altera o termo inicial para aquisição de personalidade.

TEORIA CONDICIONAL

De acordo com Neves (2012, p. 35), “o nascimento com vida é uma condição suspensiva, contudo, alguns direitos já estão assegurados desde a concepção, como por exemplo, o direito de nascer”.

Para Cláudia Regina Magalhães Loureiro, no que diz respeito à referida teoria, a personalidade se inicia com a concepção desde que se nasça com vida, entretanto, coloca em cheque o fato de os direitos de personalidade serem irrenunciáveis, absolutos, independentemente do nascimento com vida.

Assim, ocorrendo o nascimento sem vida, todos os direitos adquiridos são tidos como nunca existentes.

Seria impossível, por exemplo, requerer uma indenização tendo em vista danos causados ao feto, como já tem ocorrido no país.

INÍCIO DA VIDA PARA ALGUMAS CORRENTES

Tendo em vista que ainda não se pacificou o momento exato em que a vida se inicia, existem diversas correntes, e o direito protege aqueles seres humanos que estão se desenvolvendo no útero materno, posto que possivelmente nasçam com vida.

Como visto no capítulo anterior, aqueles que ainda não foram implantados no útero possuem apenas proteção quanto a manipulações arbitrárias de seu patrimônio genético, mas não expectativas de personalidade ou direitos iguais aos nascidos ou em vias de o nascer.

CONCLUSÃO

Ao falar sobre o nascituro, é importante definir o momento em que começa a vida, para poder entender que o embrião, sendo um ser vivente e independente geneticamente de sua mãe, é portador de direitos. Outro ponto relevante é destacar alguns de seus direitos, como por exemplo, o direito à vida e a alimentos, que são requeridos pelo representante legal do mesmo, que geralmente é a mãe, sendo essa situação também um direito, direito de ser representado juridicamente. Essa posse de direitos, principalmente o fundamental, à vida, justifica a defesa da existência da personalidade jurídica do nascituro, uma vez que o próprio ordenamento jurídico brasileiro determina que para ter direitos é necessário ser portador da personalidade jurídica. Como também, aproveitando da mesma teoria, para apontar certa incoerência no direito brasileiro quando declara a Teoria Natalista, na qual a vida começa após o nascimento, como a aceita, sendo que para essa não poderia o nascituro possuir direitos, pois não é considerado ser vivente. A melhor opção é a Teoria Concepcionista, na qual a vida começa com a concepção, ou seja, do encontro de gametas e posterior nidação do zigoto no útero feminino. Assim, se justifica a posse de direitos para alguém que está por nascer, mas que já possui personalidade jurídica. Isso definido facilita o trabalho de proteger os direitos do mesmo, pois ao se entender que há vida, punir o aborto, conceder representação legal, permitir doações, entre outros, se torna mais coerente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano e Sua Proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

- ALMEIDA, Silmara J. A. **Chinelato e. Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Código Civil. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Vademecum compacto: Obra Coletiva. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Vademecum compacto: Obra Coletiva. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição **Federal: de 05 de outubro de 1988**. Vademecum compacto: Obra Coletiva. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DE SALVO VENOSA, Sílvio. **A reprodução assistida e seus aspectos legais**. Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI942,71043-A+reproducao+assistida+e+seus+aspectos+legaisf>. Acesso em: 25 out. 2019.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 SEMIÃO, Sergio Abdalla. Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FERRAZ, Carolina Valença. **Biodireito: a proteção jurídica do embrião – in vitro**. 1 ed. São Paulo: Verbatim, 2011.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Arqueologia das famílias: da ginococracia aos arranjos plurais. In: Direito das famílias**. Maria Berenice Dias (organizadora). São Paulo: RT, 2009.
- LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: RT, 2005.
- PARISE, Patrícia Spagnolo. **O biodireito e a manipulação de embriões humanos**. Goiânia: Kelps, 2003.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – parte geral. V. 01**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013

A TEORIA DA IMPREVISÃO E A SUA NÃO CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS CONTRATOS

FORMIGA, Josenildo Alves (ORIENTADOR)¹

MOREIRA, Emanuelle Lopes ²

TAVARES, Alicya Pereira ³

RESUMO

Os contratos sendo instrumentos essenciais nas prestações de obrigações na ordem econômica e social, tendo como princípios basilares: a boa-fé, obrigatoriedade, relatividade dos contratos, revisão dos contratos, autonomia da vontade, consensualismo e supremacia da ordem pública. Exercem um papel fundamental no Estado de Direito, e na busca de solucionar os possíveis desequilíbrios existentes nas relações contratuais, o legislador elencou soluções a serem aplicadas nessas situações. O presente artigo foi produzido através de estudo bibliográfico e método dedutivo, histórico-evolutivo, e tem como objetivo geral analisar a Teoria da Imprevisão adotada pelo Código Civil de 2002 e a Teoria da Base Objetiva adotada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90). E como objetivo específico iremos demonstrar os benefícios da aplicação desta nas relações cíveis, buscando desse modo evitar a rescisão do contrato, haja vista a função social do contrato que consiste em suprir as necessidades, que pressupõe a sua própria existência.

Palavras-chaves: Direito Civil. Teoria da Imprevisão. Conservação dos Contratos.

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras, Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras, Mestrando em Sistemas Agroindustriais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Advogado OAB-PB nº 18.697, Diretor-geral da Escola Superior da Advocacia da OAB Seccional Paraíba (ESA-PB) - Núcleo de Cajazeiras - PB (2016-2018), Coordenador da Comissão Própria de Avaliação (CPA) da FAFIC e Professor da Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC);

² Discente do 5º período do curso de Direito; Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC; E-mail: emanuellelm421@gmail.com

³ Discente do 5º período do curso de Direito; Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC; E-mail: alicya.tavares@gmail.com

ABSTRACT

Contracts are essential instruments in the payment of obligations of economic and social order, having as fundamental principles: good faith, obligation, relativity of contracts, revision of contracts, autonomy of will, consensualism and supremacy of public order. They exert a fundamental position in the State ruled by the Law, and seeking to resolve possible imbalances in contractual relations, the legislator listed solutions to be applied in these situations. This article was produced by means of bibliographical study and deductive method, historical-evolutionary, and its broad objective is to analyze the Theory of Unpredictability adopted by the Civil Code of 2002 and the Objective Theory adopted by the Consumer Protection Code (Law 8078/90). And as a mainly objective we will demonstrate the benefits of applying it in civil relations, seeking to avoid the ending of contracts, once that the social paper of contracts consists in supply the needs, which presupposes its own existence.

Keywords: Civil Law. Theory of Unpredictability. Conservation of Contracts.

INTRODUÇÃO

Os contratos, como negócios jurídicos responsáveis pela circulação de bens e serviços, exercem um papel primordial nas relações entre os indivíduos. E o direito contratual possui legislação regulando a formação, incidência e revisão dos contratos. Por muito tempo entendeu-se que a autonomia das vontades para contratar era absoluta, não devendo haver interferência

de terceiros nem limitações referentes aos objetos do contrato. Superado isso, entendeu-se a necessidade de se estabelecer limites a liberdade de contratar e a importância da função social do contrato e seus efeitos tanto *inter partes* como *erga omnes*.

Além disso, por muito tempo os contratos eram disciplinados pelo princípio do *pacta sunt servanda*, assim detinham um caráter obrigatório não se admitindo nenhuma possibilidade de resolução ou modificação contratual. Com a cláusula *rebus sic stantibus* e o princípio da relatividade, o legislador elencou determinadas situações de incidência desses princípios em que pode haver rescisão ou alteração no acordo de vontades anteriormente estabelecido.

Diante disso, o presente artigo tem como objetivo fazer uma análise da Teoria da Imprevisão, adotada pelo Código Civil (2002), e da Teoria da Base Objetiva, prevista no Código de Defesa do Consumidor (1990), e as decorrências de ambas na função social do contrato, e a incompatibilidade com o princípio da conservação dos contratos existente na teoria adotada pelo Código Civil. Será analisado inicialmente, a evolução histórica dos contratos e da cláusula *rebus sic stantibus* mostrando o desenvolvimento destes, desde a obrigatoriedade dos contratos de forma absoluta até o entendimento pacificado atualmente, tratado também no tópico seguinte os princípios que são bases dos contratos e que devem ser preenchidos na formação contratual, e por fim, em tópicos distintos será tratado o cerne da questão desse trabalho, que são as teorias aplicadas nos contratos de relações cíveis e consumeristas e suas devidas implicações.

ORIGEM DOS CONTRATOS (CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*)

Não se sabe em que momento específico os contratos surgiram. Diante da necessidade básica de convivência em sociedade dos indivíduos, de terem suas necessidades básicas supridas, ocorrendo isso através da cooperação mútua, os contratos como negócios jurídicos geradores de obrigações exercem um papel fundamental na ordem social. Mas efetivamente, é em Roma que surge a ideia de contratos, não da mesma forma que são discutidos atualmente, mas com a finalidade precípua de ser fonte de obrigações. Segundo ressalta Baldon (2010), em Roma, dado o excesso de formalismo existente, o elemento mais importante na formação de um contrato era o cumprimento das formalidades necessárias, não levando em consideração a vontade das partes, e havendo o inadimplemento contratual o devedor respondia com seu corpo.

Segundo destaca Pieri (2008), com o advento da *Lex Poetelia-Papiria*, o devedor passou a responder pelas obrigações com o seu patrimônio. E ao longo da evolução histórica dos contratos, eles permaneceram por muito tempo tendo esse caráter de obrigatoriedade do *pacta*

sunt servanda, que é o princípio da força obrigatória, em que o contrato faz lei entre as partes, assim, eles devem precipuamente serem cumpridos, havendo como consequência do inadimplemento a execução patrimonial.

Foi durante a Idade Média, que a cláusula *rebus sic stantibus* teve seu pleno desenvolvimento, por influência do Direito Canônico e dos ideais de justiça do Cristianismo. Entendia-se que o cumprimento dos contratos continuados ou diferidos deveria acontecer enquanto as condições permanecessem as mesmas do momento da celebração do acordo estabelecido, havendo assim a possibilidade de rescisão contratual quando as condições fossem alteradas. No entanto, no final do século XVIII, com o surgimento do Individualismo e Liberalismo econômico, visou-se uma segurança jurídica nas relações contratuais, se reestabelecendo o *pacta sunt servanda*, assim consequentemente, houve um enfraquecimento da *rebus sic stantibus* até entrar em decadência posteriormente. (PIERI, 2008)

A cláusula *rebus sic stantibus* permaneceu adormecida durante um longo período, mas desde o Código de Hamurabi já se tinha previsão dessa cláusula na imprevisão das colheitas:

Se alguém tem um débito a juros e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água [sic] não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano⁷

Somente após a Primeira Guerra Mundial, como consequência desse período turbulento de transformações súbitas e desequilíbrio econômico, principalmente na Europa, a cláusula *rebus sic stantibus* ressurgiu, sendo incorporada na legislação Francesa em 1918 pela *Lei Failliot*, denominada como Teoria da Imprevisão, e trouxe a possibilidade de revisão ou resolução contratual, em determinadas circunstâncias. Assim, em situações supervenientes a celebração do negócio jurídico continuado, que se tornarem a prestação extremamente onerosa para uma das partes, se tornou possível a resolução e revisão contratual. Esse princípio foi adotado pelo Código Civil Brasileiro vigente, mas somente nas situações que fujam da previsibilidade dos contratantes, assim o Código traz a previsão da *pacta sunt servanda* em seu art. 379, mas também adota a Teoria da Imprevisão nos artigos 478 a 480.

PRINCÍPIOS QUE SÃO BASE DOS CONTRATOS

AUTONOMIA DA VONTADE

⁷ SIDOU, J. M. Othon. **Resolução judicial dos contratos e contrato de adesão no direito vigente e no projeto de Código Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 3.

Para começar a conhecer os princípios que regulam os contratos, iremos começar pela liberdade das partes celebrar ou não os contratos, pois cabe às partes contratar, sem a interferência do Estado. Segundo destaca Gonçalves (2017), desde o direito romano havia a liberdade contratual, o qual deixa livre as partes convencionarem até chegar a um acordo, tornando-os vinculados aquela relação, sem interferência e nem pressão estatal. Ou seja, podem contratar se quiserem e com quem quiser, e se ocorrer a relação contratual poderá ser feita sobre qualquer conteúdo, desde que obedeça as funções sociais.

Os contratantes podem regular a relação contratual, colocando cláusulas que para eles são necessárias prevalecendo seus interesses, resultando em uma autonomia. Como preceitua o artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002) nas relações devem prevalecer o princípio da intervenção mínima. As partes se encontram livres para realizarem contratos atípicos, que são aqueles que não estão regulamentados pelo ordenamento, mas pela necessidade das partes são possíveis de serem feitos, devendo apenas o objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável e passível de valoração (GONÇALVES, 2017).

SUPREMACIA DA ORDEM PÚBLICA

Atualmente a autonomia de vontade se tornou relativo, apresentando limitações à liberdade de celebrar contratos como, por exemplo, normas de ordem pública que trazem várias limitações, dentre elas pode-se citar: “[...] as limitações à carga volitiva, eis que não se pode, por exemplo, contratar com o Poder Público se não houver autorização para tanto. Como limitação da liberdade de contratar, pode ser citado o art. 497 do CC, que veda a compra e venda de bens confiados à administração em algumas situações”. (TARTUCE, 2014, p. 58)

Percebe-se acima que a própria Lei traz casos que não será possível ter uma relação contratual sem a interferência do Estado, pois a ordem pública prevalece sobre o privado. Outro exemplo, no qual a vontade das partes ficam em segundo plano, são os contratos de adesão, que limitam o aderente deixando-o a mercê de aceitá-lo do jeito que está ou não. Essa liberdade contratual, trazida no artigo 421 do Código Civil, é limitada pela função social, mas não elimina essa liberdade, e sim reduz a incidência do seu alcance. Garante-se a liberdade de iniciativa com respeito social, não sacrificando a autonomia apenas condiciona a uma perspectiva garantista. Como prescreve o Enunciado n. 23 CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

Como dispõe o artigo 17, da Lei de Introdução as Normas Brasileiras (BRASIL, 1942), há a prevalência do interesse público sob o interesse individual, sendo considerado um preceito geral, deixando qualquer acordo de vontade contrário a ordem pública ineficaz. Os limites à vontade das partes são: a ordem pública, a moral e aos bons costumes. Cada país tem sua soberania em relação ao outro, então qualquer acordo que fere as normas que têm eficácia no Brasil, são consideradas incapazes de lograrem êxito.

CONSENSUALISMO

Segundo Tartuce (2014), não é preciso a entrega do objeto para que haja a celebração, apenas a vontade das parte de realizar o negócio, configurando o seu aperfeiçoamento. Utilizando o Escala Ponteano, o acordo de vontades está no plano de validade, pois para ser válido o consenso entre os contratantes já vincula e obriga a cada um cumprir o que lhe foi determinado. O consensualismo, é a regra para que se tenha um contrato perfeito, pois atualmente a sociedade nos obriga a contratar em diversas situações no cotidiano, uma compra de um pão na padaria ou utilizar um transporte público, nos fazem celebrá-los de forma consensual não necessitando chegar até um cartório para formalizar o ato, pois além de demorado seria uma divergência ao princípio tratado.

Um exemplo que a doutrina de Gonçalves (2017) traz é o contrato de compra e venda, a partir do momento em que as partes convencionam sobre o objeto e o preço já está ajustado a celebração. Independe da entrega da coisa, sendo considerado o consensualismo a regra para o direito contratual e o formalismo a exceção. A Lei diz alguns poucos contratos que são reais e necessitam da entrega da coisa, sendo necessário assim a formalização para que aquele ato tenha eficácia e tenha efeito *erga omnes*.

RELATIVIDADE DOS EFEITOS DOS CONTRATOS

Funda-se na ideia de que os contratos só geram efeito *inter partes*, vinculando as partes ao teor, não produzindo efeitos para terceiros como visto anteriormente. Para que seus efeitos sejam *erga omnes*, a formalização deverá ser exigida, precisando que esse ato seja documentado e levado até o órgão competente para que aquele contrato possa vincular não somente as partes, mas a sociedade em geral.

Há nesse princípio exceções, como é o caso de estipulação em favor de terceiro e promessa de fato de terceiro. O primeiro é uma estipulação que os benefícios provenientes do negócio contratual, serão para uma terceira pessoa que não integra a relação, mas será o beneficiário do objeto contratual. O segundo é um ato praticado por uma das partes que promete que um terceiro cumprirá a prestação e produzirá efeitos entre os contratantes. São esses dois contratos que ocasionam efeito *erga omnes* (TARTUCE, 2014).

PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS

De acordo com Orlando Gomes apud Tartuce (2014, p. 82):

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória.

Como já analisado no tópico que trata da origem dos contratos, há a observância do *pacta sunt servanda*, em que as partes convencionam e se vinculam a obrigação, se ocorrer o descumprimento a parte que ocasionou terá que suportar os ônus pelo inadimplemento, como estabelece o artigo 389 do Código Civil (BRASIL, 2002). A exceção que há para a desobrigação é se o juiz autorizar (como é o caso de quando há onerosidade excessiva, que será visto abaixo), em que pelo fato de uma das partes ter que suportar um cobrança além do esperado e assim prejudicar a relação pelo fato chamado enriquecimento ilícito e desproporcionalidade das obrigações, a resolução será a solução viável trazida pelo Código Civil vigente.

A obrigatoriedade de cumprir os deveres da obrigação existe a partir do momento que as partes celebram, devendo observarem e cumprir tudo que foram vinculados a fazerem, sob pena de sofrer consequências do inadimplemento.

PRINCÍPIO DA REVISÃO DOS CONTRATOS

Esse princípio é uma exceção ao princípio supramencionado, pois traz a possibilidade de revisão do contrato quando a prestação se tornar excessivamente onerosa para uma ou ambas as partes. Mediante fatores externos e imprevisíveis, abre-se a possibilidade de rompimento ou revisão do acordo. A regulamentação legal que trata sobre esse assunto são os artigos 478 ao 480 do Código Civil. É notório que na relação contratual há a liberdade das partes de convencionarem com quem e o que quiserem, somente se aperfeiçoando quando chegam a um consenso, devendo consequentemente as partes realizarem o que fora prometido sob pena de ônus do inadimplemento. Mas, esporadicamente pode haver fatores imprevisíveis e externos, que ocasionam excessiva onerosidade, restando apenas a solução de resolução do contrato que se dará por meio do juiz que extingue. Esses eventos devem atingir necessariamente boa parte da população, não podendo ser alegado por exemplo, que uma das partes perdeu o emprego e não poderá mais realizar sua obrigação que será resolvido sem perdas e danos para o outro contratante. Deverá ser evento realmente imprevisível e que torne a prestação excessivamente onerosa.

Não iremos aprofundar essa discussão, pois terá um tópico específico para tratar somente da Teoria adotada pelo Código Civil, como deverá ser resolvido se houver onerosidade excessiva e imprevisível para uma das partes. Mas tem a necessidade de explicar que apenas um terceiro (juiz) resolve e não podendo realizar outro tipo de sentença nesse caso. Mas a parte que obteve a vantagem poderá pedir apenas a revisão contratual e o juiz poderá decretar, mas como falado, o réu (que é aquele que está obtendo vantagem) é que tem a possibilidade de pleitar a revisão para que ele(a) e a outra parte continuem vinculado a prestação.

BOA-FÉ

Este princípio ordena que ambas as partes tenham em uma relação contratual um dever de conduta, para que não haja vantagem indevida para nenhuma das partes. Esse princípio alcança as tratativas preliminares até o cumprimento do contrato.

A presunção que há na relação jurídica é de que a outra parte vai agir com lealdade, equidade e honestidade, devendo a parte que alega a má fé provar. O Código Civil traz alusão ao cumprimento da boa-fé, manifestando: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (CÓDIGO CIVIL, 2002)

Boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A boa fé divide-se em dois institutos, a concepção psicológica (corresponde a sua intenção) e a concepção ética (todos têm que agir com dever de conduta), respectivamente. De acordo com Venosa apud Pieri (2008, p. 21) esclarece a diferença entre os dois supramencionado, como vê-se a seguir:

Como o dispositivo do art. 421 se reporta ao que se denomina boa-fé objetiva, é importante que se distinga da boa-fé subjetiva. Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado. A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.⁸

A TEORIA DA IMPREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Depois de visto os princípios que devem estar presente na relação contratual, o estudo nesse momento será mais aprofundado especificamente no princípio da obrigatoriedade dos contratos e o princípio da revisão dos contratos.

Essa obrigatoriedade é relativizada, quando ocorre alterações da prestação por fato superveniente, como por exemplo, a onerosidade excessiva. Nesse ponto, devemos recordar o fato discutido superficialmente acima sobre o fato superveniente ser imprevisível. Como Venosa (2019, p. 347), traz em seu livro “Código Civil Interpretado” a imprevisão deverá ser em âmbito geral, não apenas reportando aos sujeitos que integram a relação civilista. Discorre também sobre exemplos que podem ser considerados imprevisíveis, como por exemplo, a guerra, revolução e golpe de Estado.

É preciso salientar, no presente estudo, que a Teoria da Imprevisão adotada pelo Código Civil (BRASIL, 2002), estabelece a revisão contratual como meio de resolver um fato superveniente, imprevisível e extraordinário a uma relação, em que traga consigo onerosidade excessiva para uma das partes. Já o Código de Defesa do Consumidor, que será estudado mais

⁸ PIERI, DAVID LACERDA. **A TEORIA DA IMPREVISÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**. 2008. 70 f. TCC (Bacharel em Direito)- Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

adiante, adotou a Teoria da Base Objetiva (art. 6º, V, CDC), que estabelece como regra a modificação do contrato caso haja prestações desproporcionais desde o começo do negócio, ou a revisão caso haja fato superveniente e que traga onerosidade excessiva.

O ordenamento jurídico traz a previsão das seguintes hipóteses:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva (BRASIL, 2002).

O primeiro artigo transcrito logo acima, traz dois tipos de contratos que no momento de sua execução são continuados ou diferidos e a prestação se tornar excessivamente onerosa para uma das partes será resolvido pelo juiz, pois destrói a equidade entre as partes aplicando a Teoria da Imprevisão adotado pelo Código Civil. O Juiz terá a possibilidade de romper o contrato, retroagindo desde a data da citação (ex. tunc-modular). No artigo 479, C.C., já transcrito acima, pode-se observar que o legislador deu a possibilidade para a conservação contratual, quando dá a opção do réu (aquele que está com a vantagem) modificar para que a resolução, dada somente pelo juiz, seja evitada e torne-se equitativa novamente. Este nunca poderá modificar para que se torne equitativo novamente, só havendo a possibilidade para ele romper o contrato (PEIXOTO, 2009). E no último caso trazido pela Lei, trata dos contratos unilaterais, que como é dever apenas de uma das partes a obrigação, ela poderá solicitar um reajuste da contraprestação que se tornou inoportuna.

Não faz referência aos contratos aleatórios, pois como revela Gonçalves (2017) a álea desses contratos é a influência do acaso, há entre as partes, ciência que poderá ocorrer uma infinidade de fatores externos, não podendo ser falado em justa causa para reincidir o contrato, “salvo se o imprevisível decorrer de fatores estranhos ao risco próprio do contrato” (GONÇALVES, 2017, p. 62). E nos contratos de execução instantânea, eles se consumam em um só ato, não havendo lapso temporal para ocorrência de fatores imprevisíveis e extraordinários.

Segundo a alusão de Pieri (2008, p. 54), a redação trazida no ordenamento civil tem influência com o Código Italiano, como está disposto a seguir:

Como forma de justificar esta questionável escolha do legislador, deve ser salientado que a inspiração para a edição deste dispositivo veio do Código Civil italiano de 1942, que disciplina a matéria em seu artigo 1.467. Nota-se que a norma inspiradora também estabelecia como regra a extinção dos pactos. Porém, àquela época, ainda preponderava o entendimento de que os contratos expressavam de forma absoluta a autonomia de vontade das partes, que não poderia sofrer ingerências de uma terceira vontade (o juiz), sendo, portanto, a única alternativa viável o rompimento do vínculo contratual.

Nas relações civis, as partes são paritárias (princípio da isonomia) e que deveria ocorrer minimamente intervenção estatal, visto que tudo deve ser resolvido entre as partes e se houver intervenção de terceiro seria apenas para romper o contrato. Diante do exposto, a Teoria da Imprevisão, trazida pelo legislador, diverge do princípio da isonomia ao invocar outrem, que não participa da relação, para resolver o conflito visto que a posição das partes são paritárias, não observando que com isso irá ocasionar um tratamento distinto (PIERI, 2008).

Na petição inicial o autor pedirá a sua liberação da obrigação ou a redução do montante da prestação. A modificação do montante só será arbitrada se o que obteve enriquecimento ilícito manifestar interesse em continuar naquela relação, senão apenas será a solução que o juiz irá arbitrar.

A partir de agora, será feita uma comparação entre a Teoria adotada pelo Código Civil com a Teoria adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo associados os dois com a função social do contrato e os malefícios que ocorre com o rompimento do contrato.

DIVERGÊNCIA COM A CONSERVAÇÃO DOS CONTRATOS TRAZIDA NO CDC

Como foi visto de antemão, o Código Civil adotou a Teoria da Imprevisão que traz como regra a resolução contratual para resolver o desequilíbrio no contrato que cause onerosidade excessiva para um dos contratantes e extrema vantagem para o outro. Enquanto que o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) fundamentando-se no princípio da conservação dos contratos, adotou como um dos direitos do consumidor, em seu art. 6º, V, a Teoria da quebra da Base Objetiva, que traz como regra a revisão contratual, como se vê no exposto a seguir: “a

modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”

Como é possível observar, o CDC (BRASIL, 1990) traz como regra a modificação, nos casos que as prestações sejam desproporcionais desde o início do contrato e a revisão quando fatos supervenientes as tornem excessivamente onerosas, assim, visando sempre dar continuidade a relação contratual, a reajustá-lo haja vista que essa existe para cumprir uma função social, e o seu desfazimento não seria benéfico para nenhum dos envolvidos na relação. Diferente do Código Civil (BRASIL, 2002), no dispositivo elencado no CDC (BRASIL, 1990) não se faz necessário a imprevisibilidade do fato superveniente, apenas que este torne a prestação excessivamente onerosa, e o STJ em seus julgados confirma esse entendimento, como pode ser observado em trecho da ementa da lavra da Ministra Nancy Andriahi:

O preceito insculpido no inciso V do art. 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor.”⁹

Entende-se que o CDC (BRASIL, 1990) adotou essa postura, visto que as relações consumeristas não são paritárias e o ônus maior recai sobre o consumidor, portanto, visando resguardar o consumidor, parte vulnerável no negócio jurídico. Contudo, levando para o campo das relações civis, pressupõe-se que no momento da celebração do contrato de execução continuada ou diferida, havia o equilíbrio entre as partes, tornando o acordo viável para ambas e no momento que essa relação deixou de haver esse equilíbrio se perdeu. A paridade das partes existente na relação, não deveria ocorrer da seguinte maneira: uma parte ser obrigada a arcar com um ônus maior do que pode suportar, por causa de uma situação em que não houve dolo de sua parte, nem deveria também ser obrigada a romper um negócio necessário por conta disso. Nota-se que em ambos os casos essa parte é prejudicada na relação, e com o dispositivo estabelecido no Código Civil (BRASIL, 2002) e seus requisitos, torna-se praticamente inviável sua aplicação numa relação fática.

E além do dispositivo já citado, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) buscando ressaltar sua intenção pela conservação do contrato, ainda preceitua em seu art. 51, §2: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”, compreende-se assim que mesmo dentro do contrato havendo nulidade de uma

⁹STJ, RESP 417927/SP, 3ª Turma, julgado em 21.5.2002, publicado no DJ em 01.07.2002

cláusula, se esta não macular a razão precípua do contrato, o contrato não deve ser invalidado, haja vista que se esse vício possa ser sanado não se deve perder todo um negócio em razão de uma única cláusula destoante.

Mesmo o CDC (BRASIL, 1990) sendo anterior ao Código Civil (BRASIL, 2002), é notório que a teoria adotada por ele é mais operante que a da codificação civilista, o CDC (BRASIL, 1990) extremamente preocupado com a função social do contrato buscou sempre guiar-se pela conservação deste, haja vista que em nossa sociedade a circulação de bens e serviços se dá por meio de contratos, eles estão presentes em todos os segmentos, desde contratos informais ao mais elaborados, e estabelecer em uma norma que prevê como regra geral a resolução do contrato, fere essa função social do contrato. E pensando na atual conjuntura do nosso país uma situação não imprevisível, mas inesperada no contexto do negócio é se todos os negócios com esse tipo de desequilíbrio forem rescindidos, a ineficiência tornaria sua formação irrelevante desde o início, enfatizando que isso não é raro de acontecer.

Sobre a conservação dos contratos, na III Jornada de Direito Civil, no Enunciado 176, o CJF/STJ se pronunciaram conforme está exposto adiante: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

Assim, mesmo o referido artigo trazendo como regra geral a resolução do contrato, o CFJ/STJ entende que deverá ser conduzida a revisão do contrato e não a resolução. Esse adendo da expressão “sempre que possível”, pode ser compreendido da seguinte forma: havendo o desequilíbrio contratual e sendo possível reequilibrar a relação, não se faz necessário a situação configurar todos os critérios do art. 478, e ainda um contrato que nasceu com uma finalidade ser rescindido, ficando assim sem a inexecução da função prevista, não sendo conveniente para nenhuma das partes.

Portanto, diante de tudo que foi evidenciado, entende-se que seria mais concernente com a função social do contrato, se a Teoria da quebra da Base Objetiva do Código de Defesa do Consumidor também fosse aplicada nos contratos de relações civilistas, através do diálogo das fontes que possibilita que normas de diferentes ramos no mesmo ordenamento jurídico não se excluam, mas se complementem, solucionando-se assim conflitos existentes na aplicação das normas. Acerca disso, o Professor Flavio Tartuce discorre em sua obra que: “supera-se a ideia de que o Código Consumerista seria um *microssistema jurídico*, totalmente isolado do Código

Civil de 2002”¹⁰. Entende-se que pelo campo de incidência de aplicação de ambas as codificações, seria completamente viável a aplicação da teoria do dialogo das fontes na situação discutida, dispensando-se todos aqueles requisitos existentes que tornam praticamente inaplicável a Teoria da Imprevisão no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A álea que é trazida no presente artigo, é que a solução apresentada pelo legislador para quando houvesse onerosidade excessiva não observa e diverge da função social do contrato. O legislador ao criar a teoria da imprevisão pensou em tentar equilibrar novamente a relação, mas inobservou que a resolução não era a melhor maneira para que o princípio da conservação dos contratos fosse cumprido. Sendo considerado a teoria da base objetiva a que maior se adequa e fornecesse o reequilíbrio contratual.

O contrato é onde há a vinculação das partes e como tem a autonomia de contratar, havendo a formação do contrato significa que as partes necessitam daquele contrato e se ocorrer qualquer eventualidade imprevisível por fato superveniente que traga onerosidade excessiva, um terceiro irá resolver de forma radical, sem nem observar a necessidade que o contrato carrega.

Não é visto a resolução contratual como a maneira mais eficaz de solucionar um fato superveniente imprevisível, e sim observar uma maneira para reequilibrar a relação, como por exemplo a modificação da cláusula que está acarretando prejuízo para uma das partes. Com a teoria da imprevisão adotada pelo Código Civil (BRASIL, 2002) resultou-se em inoperância de diversos contratos que foram acordados e trouxe várias consequências para a função social, sendo uma grande desvantagem para quem quer contratar.

Em suma, trouxemos neste artigo como surgiram os contratos, quais os princípios que estão diretamente ligados a relação contratual. O ponto central que deveria ser analisado, para que houvesse efetiva preservação da relação contratual e que o princípio do consensualismo fosse meio de revisão/modificação, é a teoria adotada pelo Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 79.

Diante de tudo que foi exposto, vê-se que há uma extrema desvantagem para os contratantes na área cível, visto que lá as partes são paritárias e os modos de resolver um conflito, que pode vir a ser gerado, será resolvido de forma distinta da igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDON, Cesar. Obrigações e contratos no Direito Romano. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2590, 4 ago. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17115>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.65, de 4 de setembro de 1942. Institui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 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: 12 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Institui a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

DONOSO, Denis. Teoria da imprevisão no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 269, 2 abr. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5030>. Acesso em: 16 out. 2019.

FORMIGA, Josenildo Alves. **NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA QUEBRA DA BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO NAS RELAÇÕES CIVILISTAS ATRAVÉS DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES.** 2013. 72 f. TCC (Bacharel em Direito)- Graduação em Direito, Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras, Paraíba.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 3: **Contratos e atos unilaterais.** 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIERI, DAVID LACERDA. **A TEORIA DA IMPREVISÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.** 2008. 70 f. TCC (Bacharel em Direito)- Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

PEIXOTO, EDUARDO COLLET E SILVA. **LESÃO E REVISÃO JUDICIAL DO CONTRATO.** 2009. 192 f. Dissertação (Mestrado)- Mestrado em Direito Civil, Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 176.** III Jornada de Direito Civil. Brasília: STJ, ano 2004, 8 dez. 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado nº 23. I** Jornada de Direito Civil. Brasília: STJ, ano 2002, 13 set. 2002.

STOLZE, Pablo. Algumas considerações sobre a Teoria da Imprevisão. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2206>. Acesso em: 14 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, volume 3: **Teoria Geral dos Contratos e contratos em espécie**. 9 ed. São Paulo: Editora método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA DO CASAMENTO DE MENORES DE 18 (DEZOITO) ANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Heloíse Maria de Souza Leite ¹

Mylena Pinheiro Alves ²

Neuribertson Monteiro Leite (Orientador) ³

RESUMO

O presente artigo versa sobre a evolução histórica e normativa do instituto do casamento nas sociedades em décadas distintas, bem como, sobre as responsabilidades civil e penal decorrentes da celebração do casamento de menores de 18 (dezoito) anos nos crimes contra a dignidade sexual, tendo como objetivo a demonstração dos costumes em épocas diferentes e a evolução da legislação sobre o assunto. Trata-se de uma pesquisa do tipo exploratória, de natureza qualitativa, para qual foram utilizadas as técnicas da revisão bibliográfica e documental, com análise de dispositivos legais vigentes no Brasil. Como resultado, tem-se que no Brasil houve uma evolução no que tange à regulamentação do casamento para menores de 18 (dezoito) anos, restando demonstrado que a legislação vigente no Brasil acompanhou o desenvolvimento da sociedade.

Palavras-chave: Casamento. Estupro. Menores de 18 anos. Responsabilidades civil e penal.

ABSTRACT

This article talks about the historical and normative evolution of the marriage institute in societies from different decades, as well as the civil and criminal responsibilities arising from the celebration of the marriage of minors under eighteen (18) years of age in crimes against sexual dignity. The objective is to demonstrate the customs at different times and the evolution of the legislation on the subject. This is an exploratory research, qualitative in nature, for which we used the techniques of bibliographic and documentary revision, with analysis of legal provisions in force in Brazil. As a result, we have seen that in Brazil there was an evolution regarding the regulation of marriage for children under eighteen (18) years old, and it is shown that the current legislation in Brazil accompanied the development of society.

Keywords: Marriage. Rape. Under 18 years. Civil and criminal liability.

¹ Acadêmica do 6º período do curso de Direito da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras-FAFIC. E-mail: heloisemariadesouza@hotmail.com

² Acadêmica do 6º período do curso de Direito da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras-FAFIC. E-mail: my_lu_100@hotmail.com

³ Mestrando em Sistemas Agroindustriais (UFCG). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal. Professor no Curso de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras - FAFIC. E-mail: neuribertson@uol.com.br.

PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE

De acordo com o estudo da sociologia, a sociedade vive em constantes mudanças, para fins de seu desenvolvimento, sendo ela uma sociedade de origem fundamentalmente tradicional, em transição permanente para uma sociedade moderna.

O fenômeno da globalização é, sem dúvida, a pauta da atualidade, que está diretamente relacionado com essa evolução social, pois o mundo está se reestruturando diante de um novo olhar tecnológico e, em face desse desenvolvimento, é que se pode visualizar a diferença na sociedade como um todo, bem como na perspectiva dos direitos dos indivíduos. A atualidade faz com o que os seres humanos tenham comportamentos, sentimentos e demonstrações de afetos diferentes do que a sociedade do passado estava habituada. Porém, tal fato, por mais das vezes, poderá ser interpretado por alguns como uma evolução, e para outros como uma regressão da humanidade.

Importante, pois, proceder-se a uma análise de alguns estágios dessa evolução social, perpassando por períodos da história que ficaram marcados pelas mudanças ocorridas em vários aspectos do comportamento social e cultural brasileiro. Para tanto, far-se-á um estudo cronológico de tais mudanças, através de um recorte histórico das décadas de 80 e 90.

DÉCADA DE 1980

Período da ditadura militar no Brasil, fortemente marcado por restrições às liberdades (de expressão e de locomoção) e pela constante violação de direitos individuais, bem como por fortes crises econômicas, fatos que ensejaram a reabertura da política, também denominada de redemocratização.

A década de 80, conhecida como uma década “perdida”, trouxe como consequência positiva a emergência de uma sociedade política e civil mais evoluída do que se tinha até então, no período anterior ao regime militar-ditatorial.

Nessa década, novos cenários foram criados, em especial após o ano de 1985, quando ocorre o fim da ditadura militar e tem-se início um novo processo de incentivo a grandes atores no cenário político e social, que fizeram alavancar a cultura brasileira, na arte, no teatro, na música e na moda. Neste período, ainda predominava uma sociedade com característica conservadora, bem tradicional, com suas peculiaridades, diferente do que veio ocorrer nas décadas seguintes.

Registre-se que, embora de perfil considerado conservador, o estilo adotado nessa década não deixava de ser diferenciado e inovador, apesar de usarem as características de uma época que se tornaria marcante para a história do Brasil.

A geração da década de 80, sem dúvida, foi marcada por um estilo próprio de ser considerado para a época como sendo revolucionário e inovador, pelas suas peculiaridades e traços característicos diferentes dos adotados até então. Cite-se, como exemplos: os cabelos, com características de “*poodle*”, ou seja, penteados bem altos e com fios pequenos para dar melhor o efeito; as roupas, eram bem chamativas em relação às cores e ao tecido, trajavam roupas neon e de couro de diversas cores, sempre com a incorporação de muitos acessórios, usados de uma única vez.

No que tange à tecnologia, esta não era ainda desenvolvida. Costumava-se ouvir músicas gravadas em discos de vinil e ou em fitas K-7, tocadas em “*toca discos*”, denominadas de “*radiolas*”, ou em “*toca-fitas*”. Quanto à comunicação telefônica, não existia o serviço de telefonia móvel, nem tão pouco o aparelho celular, tecnologia que traria, mais tarde, uma comunicação rápida, prática e eficaz para todos. Em relação aos meios de comunicação de massa, a televisão ainda estava em recente lançamento, era acessível a um restrito número de pessoas e/ou famílias, de modo que os noticiários eram poucos e grande parte das notícias eram veiculadas em jornais escritos ou revistas, sendo a leitura uma prática bem comum da geração dessa época.

Percebe-se, portanto, que a década de 80 tratou-se de uma época com diferenças marcantes da realidade atual, principalmente no que concerne ao respeito e à consideração pelas pessoas, fato presente e visível em uma sociedade que não deixava de seguir os padrões conservadores de então. Foi nessa década tão marcante que ficaram conhecidos os movimentos e organizações

estudantis, através dos quais houve incentivo educacional para que os indivíduos conhecessem e exigissem seus direitos e também cumprissem os seus deveres para com a sociedade e o Estado. Através de tais movimentos, restou demonstrado que, apesar de ser uma sociedade conservadora, as pessoas buscavam intensificar sua participação na vida da sociedade e na atuação do Estado.

DÉCADA DE 1990

Como dito acima, a sociedade não permanece a mesma por muito tempo, vivendo em constante mudança. Nessa dinâmica de evolução social, da década de 80 para a de 90 não foi diferente, além de mudar a época, mudaram também os costumes e os pensamentos das pessoas.

É cediço que a cada década que passa, a tecnologia avança e com ela a sociedade se desenvolve e fica cada vez mais atualizada.

Assim, tem-se que a década de 90 foi marcada por diversos avanços sociais, dentre os quais destacam-se: a valorização dos esportes em grande escala; importantes avanços nos campos da ciência e da tecnologia; o desenvolvimento da economia; na música, foram realizados grandes eventos no Brasil; houve significativa evolução das artes, com avanços virtuais no cinema e no teatro.

As características peculiares dessa década, em relação à moda e à música, ainda eram semelhantes às que predominaram nos anos 80, principalmente no que se referia às roupas, acessórios, cortes de cabelos e estilos em geral.

EVOLUÇÃO DOS DIREITOS NOS CÓDIGOS CIVIL E PENAL

Oportuno esclarecer, inicialmente, que não se pretende neste tópico realizar um retrospecto histórico de todos os Códigos Civis e Penais adotados no Brasil, mas apenas tecer considerações gerais sobre a evolução de tais diplomas em harmonia com os avanços experimentados pela sociedade.

Desta forma, assim como a sociedade evoluiu em relação aos mais diversos aspectos nas décadas de 80 e 90, de igual forma as normas contidas nos Códigos Civil e Penal brasileiros foram se aperfeiçoando, para atendimento dos novos padrões sociais e adequação da lei aos

anseios da sociedade. É certo que essa evolução dos comandos normativos contidos nesses dois diplomas legais brasileiros (Código Civil e Código Penal) trouxe consigo importantes inovações sob a perspectiva dos direitos individuais e coletivos, sendo que tais inovações derivam do processo de constante desenvolvimento da sociedade, pois é imprescindível que o direito acompanhe a evolução da sociedade e apresente reposta aos novos desafios que se apresentam.

Mais adiante, serão mencionados dispositivos específicos de cada um dos diplomas legais acima mencionados, estabelecendo-se um comparativo entre as disposições anteriores e as atuais, no que concerne ao instituto do casamento, à luz da Constituição Federal de 1988, denominada de “Constituição Cidadã”.

RESPONSABILIDADE PESSOAL PELOS ATOS PRATICADOS

Importante consignar que as ações praticadas pelos seres humanos são sempre acompanhadas de uma reação, ou seja, quando se realiza um ato lícito, sua conduta terá um retorno positivo para com a sociedade, entretanto se é realizado uma ação ilícita, tal ação terá uma consequência negativa, trazendo consigo uma responsabilidade a ser suportada por aquele praticou o ato, podendo tal responsabilidade repercutir nas esferas civil, penal e/ou administrativa.

Trataremos neste trabalho apenas das responsabilidades civil e penal, tendo em vista que a responsabilidade administrativa não guarda relação com o tema proposto.

RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil remonta às sociedades antigas, considerada como sendo consequência de um ato ilícito do qual resultasse um dano à vítima, respondendo o causador do dano com seu próprio corpo, sem se levar em conta a presença ou não do elemento subjetivo “culpa” em sentido amplo (dolo ou culpa), sendo conhecida como forma de vingança privada, orientada pela aplicação da denominada Lei de Talião “olho por olho, dente por dente”. Nessa época, não havia distinção entre a responsabilidade de natureza civil e a responsabilidade de natureza penal, interessando apenas a reparação do dano.

Com o passar do tempo, surgiu a ideia da composição voluntária, que se tratava de um acordo entre o causador do dano e a vítima, a critério da vítima, com vistas à reparação do dano sofrido, não sendo exigido a culpa do autor do ato ilícito. Com essa prática, foi se afastando a prática da Lei de Talião e aplicando-se a composição amigável, que se tornou obrigatória, sendo fixado pelo juiz o valor a ser pago a título de ressarcimento do dano.

No Brasil, o Código Civil de 1916, vigente até 2002, já consagrava a obrigação de reparação do dano àquele que causasse prejuízo a outrem, por ação ou omissão, conforme dicção do art. 159: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.*” O art. 1.525 do mesmo código, dispunha que a responsabilidade civil independia da responsabilidade penal: “*Art. 1.525. A responsabilidade civil é independente da criminal; [...]*”.

Por seu turno, o Código Civil em vigor (Lei nº 10.406/02), ao prevê a responsabilidade civil, dispõe no seu 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*”. No mesmo sentido é o teor do art. 927: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

De igual modo, a Constituição Federal de 1988 assegura, dentre o rol de direitos e deveres individuais e coletivos do Art. 5º, o direito à indenização por danos sofridos na esfera civil, nos seus incisos V e X:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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;

Deste modo, recompor os prejuízos sofridos pela vítima em decorrência da prática de ato ilícito é obrigação do causador do dano, recaindo a responsabilidade civil sobre seu patrimônio, como consectário do princípio da responsabilidade patrimonial, incluindo-se aí os todos os bens economicamente mensurados do causador do dano.

Por fim, importa destacar que a função da responsabilidade civil é a de restaurar o equilíbrio entre os indivíduos integrantes de determinada coletividade, podendo ser ela de natureza patrimonial, moral, estética etc., em face dos danos provocados pelo o autor do ato ilícito, reestabelecendo-se o “*statu quo ante*” existente antes do ato praticado.

RESPONSABILIDADE PENAL

No que tange à responsabilidade de natureza penal, esta decorre da violação de um bem jurídico protegido por lei, recaindo a mesma sobre a pessoa que tenha capacidade e imputabilidade penal, considerado como tendo sido o autor de uma infração (crime ou contravenção), mediante conduta comissiva ou omissiva, ao qual será imposta a obrigação de suportar as consequências jurídicas do crime, mediante a imposição de uma penalidade.

A responsabilidade penal possui fundamentado legal no art. 5º, XLV, da CF e nos artigos 13, 18 e 29 do Código Penal, que consiste na aplicação de uma cominação legal, podendo ser a pena: privativa de liberdade ou restritiva de direitos, aplicada apenas à pessoa que praticou a infração, não se admitindo a transferência da mesma à pessoa diversa daquela que causou o dano, diferente do que ocorre com a responsabilidade civil.

Destaque-se, por derradeiro, a impossibilidade da responsabilidade penal de natureza objetiva, decorrente de uma condição formal hierárquica, por tal hipótese não ser contemplada no ordenamento jurídico brasileiro, exigindo-se sempre, na responsabilidade penal, o elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua caracterização.

EVOLUÇÃO DO CASAMENTO

Como demonstrado acima, os aspectos sociais estão em constante mudança. Assim, o instituto do casamento, prática comum adotada pela sociedade no curso da história da humanidade, foi também sendo modificado ao longo das décadas no Brasil. Portando, sua função, finalidade e a forma como é feito não se manteve a mesma por todos esses tempos, ou melhor, ao tempo em que a sociedade evoluía o matrimônio também se modificava.

O CASAMENTO NAS SOCIEDADES ANTIGAS

Para as sociedades primitivas o matrimônio só poderia ser realizado através da religião, não sendo possível por meio jurídico. Dessa forma, as pessoas que não eram ligadas ao meio religioso não podiam contrair matrimônio, sendo que somente no ano de 1891 surgiu o casamento civil.

Ressalta-se que, na Idade Média, o poder familiar se concentrava nas mãos do pai, conhecido como *pater família*, ficando a mulher designada a reproduzir e cuidar das tarefas domésticas. Diante desse cenário, observa-se que o matrimônio possuía apenas a finalidade de satisfazer a necessidade do homem e as aparências sociais, já que a mulher não tinha liberdade para se impor, além do que não era necessário nenhum vínculo afetivo entre os cônjuges, necessitando apenas de interesses econômicos e de gerar filhos para dar continuidade ao nome da família.

Insta mencionar, ainda, que o casamento consagrou seu início em uma sociedade extremamente conservadora, por isso, não era aceito nenhuma forma de relacionamento extraconjugal, além de ser proibido relações sexuais para as mulheres antes do matrimônio, sendo consideradas impura aquelas que praticassem tal ato.

Com a chegada do século XX, a figura da mulher diante da sociedade foi se transformando e, por consequência, mudando o instituto do matrimônio, pois a mesma começou a ingressar no mercado de trabalho e a concorrer com os homens, sendo motivo de diversas dissoluções matrimoniais.

Um fato muito corriqueiro, característico do machismo da sociedade, estava presente nos casos de estupro, visto que quando a vítima era violentada sexualmente e após esse crime o agressor ou qualquer outro homem contraísse matrimônio com ela, o crime deixaria de ser punido, sendo que tal dispositivo estava em vigor desde 1940 no Código Penal Brasileiro, tendo sido modificado somente no ano de 2005, representando uma grande conquista para as mulheres.

ATUALIZAÇÃO DO REGIME JURÍDICO PARA O MATRIMONIO

Até o ano de 1891 somente era possível se casar por meio da religião, mesmo para aqueles que não possuíam alguma crença. Após esse ano, foi instituído o casamento civil, representando um grande avanço para o direito brasileiro. Porém, as outras formas de entidades familiares não eram ainda reconhecidas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 ocorreu uma grande transformação, pois a mesma reconheceu a união estável como uma forma de entidade familiar, baseando-se no princípio da dignidade humana.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 traz os direitos que são atribuídos em decorrência do matrimônio, como os efeitos do casamento religioso ser o mesmo do civil, a igualdade entre os cônjuges, a união estável, entre outros.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

O atual ordenamento jurídico aceita diversas formas de casamento, que são: casamento civil, casamento religioso com efeitos civis, casamento por procuração, casamento nuncupativo ou *in extremis*, casamento putativo, casamento consular, conversão de união estável em casamento e casamento homoafetivo.

REGULAMENTAÇÃO DO CASAMENTO PARA MENORES DE 18 ANOS

No ordenamento jurídico pátrio o matrimônio para menores de 18 anos vem causando diversos debates e posicionamentos ao longo dos anos, tanto no que tange à responsabilidade penal, quanto à responsabilidade civil. Desse modo, surge o questionamento: afinal, os menores de 18 anos podem ou não se casar?

Na esfera penal, até o ano 2005, o Código Penal considerava como causas de extinção da punibilidade, afastando a responsabilidade penal nos crimes contra os costumes: o casamento do agente com a vítima ou o casamento da vítima com terceiro, desde que tais crimes tivessem sido cometidos sem violência real ou grave ameaça (antiga redação do art. 107, VII e VIII, CP).

No entanto, a Lei nº 11.106/05 revogou tais dispositivos, excluindo do CP estas hipóteses de extinção de punibilidade. Tal entendimento foi firmado com base no fato de que os menores de 16 anos são considerados inabilitados para o casamento e juridicamente incapazes.

Por outro lado, na seara civil, até o ano 2019, o artigo 1.520 do Código Civil permitia o casamento de pessoas menores de 16 (dezesseis) anos de idade em duas situações: para evitar a responsabilidade penal do autor de crimes contra os costumes no caso de gravidez: “*Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez*”.

Objetivando suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil até então existentes (gravidez e isenção de responsabilidade penal do agente), a Lei nº 13.811/2019 conferiu nova redação ao artigo 1.520 do Código Civil para proibir, em definitivo, o casamento de pessoas menores de 16 anos de idade, senão vejamos: “*Art. 1520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código.*”

Em relação aos maiores de 16 e menores de 18 anos, o Código Civil estabelece que é possível o matrimônio, porém é necessária a autorização de seus responsáveis, conforme dispõe o artigo 1.517 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Entretanto, caso o responsável não autorize tal ato, o menor pode recorrer ao judiciário requerendo o suprimento judicial de consentimento, assim, caberá ao juiz, analisando o caso concreto, autorizar ou não o matrimônio do requerente.

Diante do que foi exposto, é notório a evolução histórica e legislativa em relação ao matrimônio dos menores de 18 anos, visto que são indivíduos mais vulneráveis e que necessitam de uma maior proteção pelo Estado. Portando, a legislação atual vem cada vez mais se preocupando com os menores e impondo leis para regular seus atos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das discussões acima descritas, é notória a complexidade das relações humanas, principalmente as matrimoniais. Assim, o Direito acaba por responsabilizar-se em amenizar as divergências dos povos e trazer o bem comum aos indivíduos.

Dessa forma, requer uma atenção maior as crianças e os adolescentes, pois esses são vulneráveis e inimputáveis absolutos, sendo preciso editar legislações específicas para resguardar seus direitos, à exemplo da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de algumas normas contidas no Código Civil e no Código Penal, como demonstrado acima.

Em relação ao matrimônio para os menores de 18 anos, o Código Civil vem regulando e modificando as leis frequentemente para se adaptar às mudanças sociais, sempre se preocupando com a proteção dos menores.

Insta mencionar que é de fundamental importância a preocupação com esse assunto, já que o casamento é um vínculo extremamente formal e que envolve vários direitos dele decorrentes, ademais também está ligado ao assunto aspectos sentimentais, que podem afetar profundamente as crianças e os adolescentes.

Por fim, destaca-se no presente artigo a importância desse tema, restando demonstrado que a legislação brasileira está bastante atualizada em relação ao matrimônio para menores, porém é preciso que os legisladores continuem buscando inovações para a proteção desses vulneráveis.

REFERÊNCIAS

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckert; CARVALHO, Laura Roncaglio de. Menores de idade podem se casar?. *In: Casamento*. Direito Familiar, 19 mar. 2019. Disponível em: <https://direitofamiliar.com.br/menores-de-idade-podem-se-casar-atualizado/>. Acesso em: 16 out. 2019.

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: 19 out. 2019

BRASIL. **Código Civil**. Lei Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2019

BRASIL. **Código Civil**. Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out.2019

GARCIA, Maria Fernanda. Até 2005, casamento da vítima com estupro anulava o crime no Brasil: Entenda essas e outras informações sobre a violência contra a mulher. *In: Observatório do Terceiro Setor*. [S. l.], 29 jul. 2016. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/ate-2005-casamento-da-vitima-com-estuprador-anulava-o-crime-no-brasil/>. Acesso em: 16 out. 2019.

GONÇALVES, Gabriele. DÉCADA DE 80: A década de 1980 no Brasil, Jose Sarney, os principais acontecimentos da década de 1980, o Governo braileiros na década de 1980.. *In: História. Monografias Brasil Escola*. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/historia/decada-80.htm#>. Acesso em: 16 out. 2019.

RIBEIRO, Amanda Vighini. A EVOLUÇÃO DO CASAMENTO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS: Uma demonstração da evolução do casamento e seus efeitos jurídicos: desde o passado até os dias atuais.. *In: Direito*. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-evolucao-casamento-seus-efeitos-juridicos.htm#capitulo_5.5. Acesso em: 16 out. 2019.

SOCIOLOGIA: Mudanças Sociais. *In: Portal educação: Educação e Pedagogia*. [S. l.], 17 fev. 2010. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/conteudo/sociologia/51303>. Acesso em: 16 out. 2019.

VADE MECUM Saraiva/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias de Rocha. – 25. Ed. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

GT 05 – Linha 04: Liberdade Econômica, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Trabalhistas

Coordenador: Profs. Eduardo Souza Silva e Kyev Moura Maia

TÍTULO	AUTORES/ORIENTADOR
O DIREITO AO ESQUECIMENTO VIRTUAL DIANTE DO DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE: HAVERÁ UM MEIO TERMO?	CEZÁRIO, JOYCE PATRÍCIA SOARES DELFINO, LEONARDO FÉLIX ARAÚJO, TALLE DIEGO SOUSA
PROCESSO DE NEGAÇÃO DOS TRABALHADORES POR PROBLEMAS RELACIONADOS PELAS DOENÇAS OCUPACIONAIS	SILVA, MAYCON FEITOZA DA MORAES, KAMYLA TOMAZ DE MORAES, EVERTON GONÇALVES (ORIENTADOR)
EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E REFLEXÕES GERAIS ACERCA DAS MUDANÇAS NA JORNADA 12X36 APÓS A REFORMA TRABALHISTA	MOREIRA, BRENNO DE SOUZA ABRANTES, JOÃO ESTRELA DE SILVA, RAUL GONÇALVES HOLANDA (ORIENTADOR)
RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS NA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO	PESSOA, LINDOVON DIAS PESSOA DANTAS, ÍTALO EMANUEL FERNANDES FORMIGA JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA
A MITIGAÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR EM FACE DO CUMPRIMENTO DE METAS ESTABELECIDAS PELAS EMPRESAS DE SALÕES DE BELEZA	FIGUEIREDO, MARIA MARIANNY RODRIGUES DE FIGUEIREDO, SARA PINHEIRO DE MORAES, ÉVERTON GONÇALVES (ORIENTADOR)
ADOÇÃO “A BRASILEIRA”: UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN) POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SEU RECONHECIMENTO À POSTERIORI	MENEZES, JÂNIO BEZERRA DE SOUZA, MAYARA MABEL S. DE
A EVOLUÇÃO DO TRABALHO DAS MULHERES: EXPLORAÇÃO DE SEUS CORPOS EM CONTRASTE COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	MACEDO, JÁRED GOMES DE ABRANTES, NATHÁLIA RAQUEL GONÇALVES DE MORAES, ÉVERTON GONÇALVES (ORIENTADOR)
FAKE NEWS: AS CONSEQUÊNCIAS DA AMPLA DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS NA INTERNET E AS POSSIBILIDADES DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL	VIEIRA, DAVID MARCELO DE ARRUDA LOPES, JOYCE EVENNI RODRIGUES
AS INTERFACES DO SALÁRIO-FAMÍLIA: SUA EFICÁCIA NA VIDA DOS BENEFICIÁRIOS	ROSENO, MARIA SIMONE OLIVEIRA SOUSA, JAMILLA CRUZ DE

	SILVA, RAUL GONÇALVES HOLANDA
TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: TRANSFORMAÇÕES ACERCA DA TUTELA DE EVIDÊNCIA E APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO	SOUSA, ANA MARIA MADALENA DE OLIVEIRA VERAS, ISAAC FERNANDES VIEIRA

DIREITO AO ESQUECIMENTO VIRTUAL DIANTE DO DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE: HAVERÁ UM MEIO TERMO?

CEZARIO, Joyce Patrícia Soares¹

DELFINO, Leonardo Félix²

(Orientador) ARAUJO, Talles Diego Sousa³

RESUMO

O artigo em questão aborda o direito ao esquecimento com ênfase no mundo virtual, criação jurídica relativamente recente, assim como o próprio direito ao esquecimento puro. Significa deixar-se absorver pelo esquecimento, quando as circunstâncias necessárias ao reconhecimento do direito estiverem presentes. Num primeiro momento, diferencia-se do direito ao esquecimento puro uma vez que atua no campo virtual, no qual estabelece regras que objetivam a proteção da esfera íntima do cidadão. Com o desenvolvimento da internet e seus reflexos, tornou-se necessário criar novos mecanismos de proteção da personalidade. Assim, propõe-se a análise do direito ao esquecimento no mundo virtual, num esforço intelectual intenso a fim de lançar luzes sobre a matéria.

Palavras chaves: Direito ao esquecimento. Privacidade. Liberdade de imprensa. Ciberespaço.

ABSTRACT

The article in question addresses the right to forgetfulness with an emphasis on the virtual world, relatively recent legal creation, as well as the right to pure forgetfulness. It means letting one be absorbed by forgetfulness, when the circumstances necessary for the recognition of the right are present. At first, it differs from the right to pure forgetfulness since it operates in the virtual field, in which it establishes rules that aim at protecting the intimate sphere of the citizen. With the development of the Internet and its reflexes, it became necessary to create new mechanisms for protecting personality. Thus, it is proposed to analyze the right to forgetfulness in the virtual world, in an intense intellectual effort in order to shed lights on matter.

Key words: Right to forgetfulness. Privacy. Freedom of the press. Cyberspace.

¹ Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, ciências e Letras de Cajazeiras PB. Jooyce_marley@hotmail.com

² Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, ciências e Letras de Cajazeiras PB. lfdczpb@gmail.com

³ Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus Campina Grande PB. Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais Pela faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras PB. tallesdiegoz@hotmail.com

INTRODUÇÃO

É fácil perceber que o direito ao esquecimento deriva do próprio direito ao esquecimento. Mas, afinal, em que ele consiste? Como ainda representa uma novidade no universo jurídico, essa é uma pergunta bastante comum, sobre a qual este trabalho se dispõe a refletir.

Como o próprio nome sugere, consiste em deixar-se absolver pelo esquecimento, de forma a evitar que acontecimentos pretéritos perturbem injustamente o momento atual. Em seu âmago, está o desejo de evitar prejuízos à esfera íntima do cidadão. Através desse entendimento, busca-se impedir que fatos irrelevantes e sem valor histórico atrapalhem a vida social do ser humano. Isso porque a eternização da informação, em certos casos, constitui agente capaz de gerar danos gravíssimos.

Um exemplo certamente ajuda a entender melhor o quadro. A doutrina costuma mencionar fatos célebres, como o caso Lebach, na Alemanha, e a Chacina da Candelária, no Brasil. De fato, ambos são bastante esclarecedores e serão examinados no tópico adequado, quando abordada a origem histórica.

O caso de um ex-presidiário ilustra perfeitamente a matéria. Após cumprir pena, procura se reintegrar à sociedade. A cada porta batida, uma oportunidade negada. A pecha de presidiário ainda resiste. Os erros cometidos continuam a ser amplamente noticiados. Apesar de quite com a sociedade, ninguém se arrisca a oferecer oportunidade a quem aparece na mídia como delinquente. Nesse caso, haveria um direito ao esquecimento? No entender dos defensores dessa tese, sim.

A vida privada faz jus a tamanha proteção, cuja finalidade principal é evitar que o momento atual seja perturbado por fatos pretéritos, sem nenhuma relevância real em face do modo de vida assumido no presente. Pelo contrário, a lembrança desnecessária apenas causaria

transtornos, apesar de totalmente superada do ponto de vista particular. Mas, e quanto ao ponto de vista da sociedade, que certamente ainda cultiva algum preconceito?

O precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao qual a doutrina costuma fazer referência trata do caso da Chacina da Candelária, em que a egrégia corte analisou a adoção do direito de ser esquecido pela primeira vez no Brasil. Nessa ocasião, os ministros reconheceram o direito ao esquecimento e condenaram a Rede Globo de Televisão a pagar indenização compensatória a título de danos morais.

Contudo, a matéria tem sido alvo de duras críticas desde o primeiro instante, dada a importância e delicadeza dos bens jurídicos envolvidos. De um lado, o direito ao esquecimento, criação jurídica recente cujo objetivo principal é proteger a esfera íntima do cidadão. Do lado oposto, a liberdade de expressão e acesso à informação, consagradas constitucionalmente pelo ordenamento jurídico brasileiro, que se veem fortemente ameaçadas pelo primeiro. Em meio a um imbróglio tão gritante, há opiniões em todos os sentidos.

Como supõe a interação entre dois sujeitos, as relações humanas têm cunho bilateral, assim como as jurídicas. Aperfeiçoado com no mínimo dois integrantes, entre os quais são divididos direitos e deveres, o ato jurídico bilateral é caracterizado pela reciprocidade. Em termos jurídicos, equivale a uma relação pautada por direitos e obrigações mútuas, distribuídas entre seus componentes. A cada direito, corresponde uma obrigação.

No caso do direito de ser esquecido, observa-se um elemento extremamente preocupante. Trata-se de sua correspondente obrigação. Como o objetivo central é a obscuridade e o esquecimento, a liberdade de imprensa seria inevitavelmente restringida. Se acolhido o direito de ser esquecido, a mídia seria obrigada a observar certas limitações a fim de respeitá-lo. Alguns conteúdos precisariam ser obrigatoriamente abandonados. O problema é que estabelecer limites à imprensa flerta perigosamente com a definição de censura.

Se a aplicação do direito de ser esquecido significa, em certa medida, silenciar a imprensa, é legítimo reconhecê-lo? Sua aplicação caracteriza censura? É possível apagar o passado? Por outro lado, revela-se medida adequada conservar a esfera privada do cidadão desamparada? Os danos causados perante a sociedade merecem ser indenizados? Ao longo desta explanação, o presente artigo buscará refletir sobre essas indagações.

Os questionamentos também são recorrentes no âmbito virtual, embora em uma proporção menor, em razão das características identificadoras do ciberespaço – velocidade, atemporalidade e acessibilidade. Sem dúvida alguma, o advento da internet pode ser

considerado um grande marco na história dos meios de comunicação, a partir do qual as relações sociais ganharam em velocidade e dinamismo. Com sua criação, várias fronteiras foram rompidas. Agora as publicações virtuais podem ser visualizadas tão logo divulgadas, em qualquer lugar do mundo e durante tempo indefinido.

Um simples erro do passado pode significar perseguição eterna se divulgado na internet. Após publicado, é possível acessá-lo com apenas um click, seja um ano ou uma década depois. Os mecanismos de busca – *Google, Bing, Yahoo* – proporcionam acesso a milhões de informações, com esforço mínimo e sem qualquer dificuldade. Imagine uma informação desabonadora a seu respeito na internet. Ao pesquisar seu nome no *Google*, o primeiro resultado é exatamente o dado constrangedor. Cinco anos depois, nada mudou. Continua a ser julgado e condenado pelos erros do passado, em função do acesso recorrente ao fato comprometedor. Seria razoável um direito ao esquecimento em casos semelhantes?

A internet apenas evidenciou definitivamente o problema, cuja origem remonta aos meios de comunicação clássicos, como jornais e televisões. Além de oferecer um espaço livre para circulação de ideias, o que é extremamente positivo, eterniza informações perniciosas, ponto negativo a ser analisado. Uma vez dentro da rede virtual, nada jamais será esquecido, devido à facilidade oferecida pelos mecanismos de busca, ainda que o conteúdo seja motivo de dor e sofrimento.

No espaço criado pela web, nasceu a chamada cultura virtual, sobre a qual o Direito precisa se debruçar. Assim como a sociedade, o Direito é, ou deve ser, uma ciência dinâmica, que muda e se adequa as alterações sociais. A internet, por sua vez, representa uma grande mudança, da qual é impossível escapar. Como o ciberespaço apresenta novas situações, é necessário discipliná-las. É o caso do direito ao esquecimento no mundo virtual.

MATERIAIS E MÉTODOS

Cabe aos acadêmicos do direito oferecerem sugestões, após estudarem detidamente a matéria. Este trabalho pretende contribuir nesse sentido, analisando pontos do direito ao esquecimento considerados relevantes, de modo a reforçar sua importância na atual era digital. A ideia é apresentar um panorama completo do instituto, desde sua origem história até o estágio atual.

A presente investigação foi norteada pelo método dedutivo, pois tomou como parâmetro uma premissa universal, o direito ao esquecimento, para alcançar uma premissa particular, o direito ao esquecimento na internet. Para a pesquisa, foram utilizados Passos Neto e Pinheiros, (2014), e Soares (2014), sobre direito ao esquecimento; Blanco e Mendes (2012), sobre direito à privacidade e liberdade de imprensa; Gallo (2010), sobre direito à memória e à verdade; e, por fim, Levy (1993) e Careli *et al* (2006), sobre ciberespaço.

O artigo está dividido em dois tópicos principais, além da introdução e considerações finais. O primeiro aborda a origem histórica do direito ao esquecimento, em que são analisados precedentes importantes para compreensão da matéria. O segundo trata do direito ao esquecimento no ciberespaço e suas implicações, desde o exame da informação como capital até a efetivação do instituto na internet.

ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento surgiu inicialmente no direito penal, como elemento essencial à ressocialização dos presos. Analisando a reintegração social dos ex-presidiários, constatou-se a importância do instituto. A ideia de ser perseguido eternamente pelos erros do passado se revelou desarrazoada. Parece no mínimo incoerente pretender a ressocialização sem oferecer os meios necessários para tanto. Daí as primeiras noções de direito ao esquecimento, aplicado com a finalidade de proporcionar as condições necessárias à ressocialização do preso.

No Brasil, o direito ao esquecimento é relativamente recente. A tese foi discutida pela primeira vez nos tribunais brasileiros em 2004, numa sessão do STJ, cuja egrégia corte reconheceu de maneira inédita o direito de ser esquecido. A decisão alcançou grande repercussão no meio jurídico e gerou inúmeras polêmicas envolvendo defensores e críticos da medida.

O STJ julgou dois casos semelhantes, em que ambos os autores pretendiam o direito de ser esquecido. Todos dois movidos contra a Rede Globo de Televisão, acusada de ferir a honra, imagem, privacidade e dignidade dos demandantes, ao exibir indevidamente os casos em rede nacional. Para os autores da ação, a veiculação dos episódios depois de esquecidos pelo público geral, feria a honra dos personagens envolvidos, que desejavam apenas o conforto da obscuridade.

O primeiro caso ficou conhecido pela imprensa como Chacina da Candelária (Acórdão do Resp. 1.334.097 – RJ). O crime provocou comoção nacional pela crueldade com que foi praticado. Cerca de vinte anos atrás, policiais à paisana alvejaram sumariamente, enquanto dormiam, na calçada da Igreja da Candelária, aproximadamente 60 crianças. Ao retratar o episódio quase uma década depois, a Rede Globo de Televisão identificou claramente Jurandir Gomes de França, indiciado e inocentado pela justiça.

Depois da exibição do programa em rede nacional, antigos males voltaram a assombrar Jurandir, como por exemplo a revolta popular em torno de sua figura, associada a um crime bárbaro, apesar de inocentado pelo poder judiciário. A transmissão teria abalado o cotidiano do autor, gerando prejuízos sociais e profissionais. O STJ entendeu que a identificação ofendeu o direito de ser esquecido e condenou a demandada ao pagamento de uma indenização.

O segundo exemplo, julgado na mesma ocasião, refere-se ao caso de Aída Jacob Curi (Recurso Especial n. 1.335.153-RJ). Não se sabe exatamente as circunstâncias em que o crime ocorreu, existem apenas suposições, baseadas nos indícios deixados na cena do crime. O episódio chocou o Brasil inteiro, que se comoveu com a trágica e humilde história de Aída Curi, jovem simples e extremamente devota. Sabe-se apenas que foi atacada por um grupo de arruaceiros e acabou arremessada do terraço de um prédio.

Muitos anos depois, ao reeditar a narrativa no programa Linha Direta, a Rede Globo identificou claramente a figura de Aída Curi, através de fotos e simulações. Os familiares da vítima procuraram o judiciário, alegando que tamanha exposição reavivara toda a dor e aflição experimentadas na época. O STJ acolheu a tese e reconheceu o direito ao esquecimento concernente aos seus parentes. Contudo, como o episódio ganhara notabilidade como Caso Aída Curi, admitiu ser inviável recontar a história sem fazer alusão à vítima. Concluiu que, desde que fosse identificada sem nenhum viés sensacionalista, nenhuma indenização seria devida.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, discorrendo sobre o direito à privacidade, observam o seguinte:

A celebridade do passado nem sempre será objetivo legítimo de incursões da imprensa. Algumas pessoas de renome voltam, adiante, espontaneamente, ao recolhimento da vida de cidadão comum – opção que deve ser, em princípio, respeitada pelos órgãos de informação. Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à

sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES; BRANCO, 2012, p. 353).

No plano internacional, a doutrina costuma fazer referência ao caso Lebach, como um dos precursores do direito ao esquecimento. A fatalidade ocorreu na Alemanha, quando quatro soldados da guarda sentinela de um depósito Alemão, perto da cidade de Lebach, foram cruelmente assassinados enquanto dormiam. Logo em seguida, os homicidas roubaram as armas vigiadas pelos soldados, com as quais pretendiam alastrar o terror pela cidade. Alguns anos depois, quando o episódio havia sumido quase por completo da memória popular, uma rede de televisão Alemã planejava exibir um documentário a respeito, cujo título era “O assassinato de soldados em Lebach”.

Após duas derrotas em instâncias inferiores, um dos condenados como cúmplice no caso, prestes a concluir a pena e readquirir a liberdade, conseguiu no Tribunal Constitucional Alemão impedir a exibição do documentário. O tribunal atendeu ao pedido do autor, para quem a veiculação do documentário, em que era nominalmente citado e identificado por meio de fotos, prejudicaria a devida ressocialização.

Em termos de direito ao esquecimento na *web*, objeto principal deste esforço acadêmico, existe um marco jurisprudencial importantíssimo, cujos efeitos inspiraram várias decisões semelhantes pelos tribunais mundo afora. Trata-se de uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em que esta ilustre corte declarou procedente ação movida contra o *Google*, principal servidor de busca mundial. Por esse acórdão, o TJUE reconheceu o direito de ser esquecido na internet, sob certas condições.

O caso em questão se refere a um cidadão espanhol que estava insatisfeito com os resultados apresentados pelo *Google* ao pesquisar seu perfil no mecanismo de busca. A ferramenta exibia uma série de informações, entre as quais constava um leilão judicial de imóveis de 1998, em que figurava como executado, devido ao inadimplemento de uma dívida. O link apresentado remetia à matéria de um jornal, na qual a leitura levava a concluir pela pecha de velhaco. O autor considerou a associação ofensiva e capaz de gerar graves prejuízo sociais.

Como decorrência do direito de ser esquecido, o tribunal determinou ao *Google* a remoção do link, considerado irrelevante do ponto de vista atual, uma vez que a dívida fora adimplida e o imbróglio judicial solucionado.

Os links para sites que contêm esta informação devem ser suprimidos da lista de resultados, a menos que existam razões particulares - como o papel desempenhado por esta pessoa na vida pública - que justifiquem que prevaleça o interesse do público a ter acesso a esta informação ao efetuar a busca (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Em artigo publicado na revista novos estudos jurídicos, João dos Passos Martins Neto e Denise Pinheiro definem o direito ao esquecimento como:

A partir do observado na doutrina e no precedente do STJ, é possível concluir que o direito ao esquecimento é concebido, em suma, como o direito de não ser citado no corpo de um relato atual sobre fatos pretéritos de caráter público; é o direito de não ser lembrado, de não ter uma passagem ruim da vida recontada agora, tantos anos depois, apesar da sua veracidade e desde que a3 evocação da história se mostre nociva à vida da pessoa implicada (PASSOS NETO; PINHEIRO, 2014, p. 822).

Viktor Mayer Schönberger, professor da Universidade de Oxford e autor do livro *Delete: The Virtues of Forgetting in the Digital Age* (Apagar: As Virtudes de Esquecer na Era Digital), defende a necessidade de um direito ao esquecimento:

Enquanto nós mesmos estamos esquecendo e reconstruindo elementos do nosso passado, as outras pessoas, usando a lembrança digital, podem acessar fatos que não foram reconstruídos, que estão congelados no tempo. Provavelmente essas duas visões irão se chocar – a memória congelada que os outros têm de nós, e a nossa memória, que evolui nas nossas mentes. (SCHÖNBERGER, 2011, p. 115, tradução nossa).

O Conselho da Justiça Federal (CJF) assumiu posição similar, na VI Jornada de Direito Civil, quando lançou o enunciado nº 531, conforme o qual “[...] a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Esta afirmação indica a necessidade de um direito ao esquecimento, sobretudo na atual era informacional, a qual o enunciado nº 531 fez questão de mencionar em função de sua importância. Como elemento de pacificação social, o direito deve se voltar as novas questões jurídicas, principalmente numa época em que a privacidade do cidadão está cada vez mais vulnerável.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO CIBERESPAÇO

Levy (1999), ao abordar o tema da memória virtual, enquanto caracterizada pela tecnologia da informação e comunicação, reconhece-a como extensão da memória humana, dado que são consideradas técnicas de auxílio a imaginação, ao raciocínio e a comunicação, constituindo, assim, uma memória artificial.

Na sociedade da palavra escrita, a memória é materializada na forma de registros, de modo a preservá-la, durante tempo indefinido e com uma capacidade maior de conservação do que a oratória. Assim, a rigidez da palavra escrita, quando materializada num objeto semântico (livros e etc), confere uma maior fixação da memória na sociedade.

A possibilidade de compreensão da memória envolve, necessariamente, o conceito de representação, que, segundo Levy (1999), consiste numa relação tríade, da qual fazem parte o signo (ou símbolo), o objeto alvo da representação e o intérprete. Assim, representar significa apresentar algo, apresentar a coisa por meio de alguma entidade de representação. Nessa relação, o signo (ou símbolo) é uma coisa que representa outra coisa.

A representação, na acepção de forma simbólica, inclui o espaço da representação, que pode consistir, na atual era informacional, no ciberespaço, “[...] uma nova forma/função de produção, representação, organização do conhecimento e da memória (Careli *et al*, 2006, p.120)”.

Em relação à informática, a memória está cristalizada em dispositivos técnicos. Segundo Levy (1999, p.103), “[...] as memórias digitais englobarão em breve a maioria das representações e imagens em circulação no planeta”.

O ciberespaço não só significa o espaço de representação, como também um local de produção: “[...] permite que todos possam assumir a condição de autor/produtor, em potencial, em razão da plasticidade do virtual, que desterritorializa os signos o tempo todo e ao mesmo tempo (Careli *et al*, 2006, p.120)”.

Nota-se que o ciberespaço tem mudado a natureza da memória, não apenas em seu aspecto de grau, ou seja, da grande quantidade de informação e conhecimento, mas sobretudo, em sua essência. Assim, diante das citações supracitadas e dessa nova realidade “virtual”, percebe-se a importância de desenvolver estudos para investigar e/ou responder aos questionamentos/premissas sobre a própria essência da memória no ciberespaço, bem como entender mudanças paradigmáticas e pragmáticas da questão da memória entendida como preservação (CARELI *et al*, 2006, p. 170).

Como costuma definir Pierre Lévy (1999), especialista na área, o ciberespaço consiste no lugar onde as relações virtuais se desenvolvem, sob os efeitos da cultura virtual. Apresenta características extremamente peculiares, com as quais os juristas estão despreparados para lidar, mas que precisam ser respeitadas. Alguns institutos devem se adaptar ao espaço de atuação, o direito ao esquecimento é um deles. Transferir simplesmente a lógica comum para o universo virtual apenas incentivaria a ineficácia da norma.

Em relação à figura jurídica ora analisada, três características do ciberespaço se mostram importantíssimas, reforçando a necessidade do direito de ser esquecido na era informacional. Se levadas em consideração, a ausência de proteção jurídica representaria um prejuízo gigantesco, uma vez que funcionam como elementos intensificadores da eternização das informações, em qualquer área do direito – Civil, Penal e etc. Trata-se da velocidade, atemporalidade e acessibilidade.

Quanto a primeira característica, é inegável que as relações sociais mudaram profundamente após o surgimento da internet, ostentando uma velocidade tamanha que fazem jus à alcunha de instantâneas. No âmbito virtual, as informações se propagam de maneira alucinante, numa interação imediata entre autor e receptor da mensagem. Sem dúvida alguma, a *web* consiste num meio de comunicação extremamente democrático e acessível. Apresenta-se como um espaço livre, onde qualquer um pode produzir seu próprio conteúdo e disponibilizá-lo para quem bem entender. O público alvo, por sua vez, responde imediatamente, interagindo, reproduzindo o material ou apenas ignorando. O fluxo diário de dados e a velocidade das interações são assustadoras. Em artigo a respeito, observa Soares (2014, p.2):

A gigantesca quantidade de novas notícias, textos, vídeos e músicas disponibilizados em sites, blogs, fóruns de discussão e redes sociais diariamente não são a única característica distintiva da Internet em relação aos outros meios de comunicação de massa. A disponibilidade imediata e global dessas produções humanas é a marca que diferencia a Internet dos demais meios de comunicação, seus antecessores. Vivemos em um espaço global, onde “qualquer ponto pode ser exposto imediatamente à totalidade”.

Outra característica realmente importante é a atemporalidade, instituída pela *internet* e pelos mecanismos de busca, cuja praticidade permite a eternização dos dados. Com uma simples pesquisa, é possível acessar uma fonte quase inesgotável de dados, desde informações

alusivas aos primórdios da *internet* até notícias extremamente atuais. Uma vez lançados na *internet*, jamais serão esquecidos, visto que podem ser acessados a qualquer momento. Nem erros, nem acertos são relevados. É como se a rede mundial de computadores impedisse o esquecimento, funcionando como uma espécie de memória auxiliar, sempre à disposição para reparar eventuais falhas.

Antes da *internet* assumir um papel importantíssimo entre os meios de comunicação, a memória social era extremamente frágil, se comparada a existente atualmente. Ninguém era obrigado a conviver eternamente com as próprias mancadas. Estas, quando particulares e irrelevantes do ponto de vista social, desapareciam naturalmente da memória coletiva. No mundo virtual, ocorre o contrário, ou seja, o estigma permanece vivo e acessível. Ao invés de esquecido, o autor é novamente condenado pelas falhas cometidas, devido ao acesso recorrente ao dado comprometedor. Para evoluir como sociedade, é preciso olvidar certas falhas, coisa que a *internet* nega ao relembrar frequentemente fatos pretéritos, embarçando a reconstrução da vida do envolvido. Soares ressalta (2014, p. 2):

Nessa era da informação onipresente, já não há memória que se esconda – sigilosa é apenas a memória nunca revelada. Diz-se que o sigilo processual é um refúgio da memória, salvaguardada pela couraça judiciária, que a isola do conhecimento público. Mas até mesmo os processos judiciais passam pelo processo de digitalização, e se um dia esse sigilo for quebrado, tanto pelo tempo decadencial quanto por expressa liberação do juiz, seu acesso será muito facilitado pelas próprias características do processo digital, que permite o trânsito rápido de “pilhas e pilhas” de informações. Além do mais, há sempre o risco da insegurança informática, seja por falhas técnicas, seja pelo ataque de hackers, o que pode expor informações sigilosas a pessoas mal-intencionadas.

No meio virtual, até situações tolas podem provocar danos sérios. Em circunstâncias normais seriam desconsideradas. Os jovens da atual geração são os primeiros a crescer sob os efeitos da cultura virtual. Provavelmente incorrerão em algum ato inconsequente até atingir a fase adulta. Ao alcançar a maturidade, já terão feito alguma coisa de que se arrependam – atitudes irresponsáveis, opiniões radicais, embriaguez ao volante e outras. Se registradas sob a forma de fotos ou vídeos e jogadas na *internet*, serão obrigados a lidar com implicações futuras, como por exemplo comportamentos adolescentes avaliados sob o ponto de vista adulto, visto que os mecanismos de busca impedem o esquecimento. Em alguns casos, as consequências

podem ser drásticas: estigmas, perseguição social, *bullying*, dificuldades para encontrar emprego e etc.

Já em relação à última característica, a acessibilidade, seus efeitos são evidentes. Como já afirmado insistentemente, a *internet* facilitou significativamente a pesquisa bibliográfica, que exigia um esforço tremendo em vários sentidos. Às vezes era necessário percorrer grandes distância e realizar uma pesquisa minuciosa em acervos gigantescos. Após o advento da *web*, as dificuldades diminuíram, com a digitalização de bibliotecas inteiras, bancos de dados de jornais e informações em geral. A barreira geográfica foi rompida e a pesquisa extremamente facilitada pelos mecanismos de busca. Antes resultado de um processo extremamente custoso, agora dependem apenas de um clique, graças a tendência generalizada de digitalização.

Contudo, tamanha facilidade tem um lado dramático em matéria de direito ao esquecimento, comprometido pelas características identificadoras do ciberespaço: velocidade, atemporalidade e acessibilidade. Em um meio onde as informações se disseminam numa velocidade assustadora, durante tempo indefinido e permanecem extremamente acessíveis, o direito de ser esquecido deve ser fortalecido. Se algum dado comprometedor cair na rede virtual, o cidadão perde completamente o controle sobre ele. Seu conteúdo pode ser revisitado a qualquer instante, fazendo o dano renascer. Na verdade, a única coisa esquecida é o direito à privacidade e intimidade. A revista Galileu, na edição 279, cita um exemplo esclarecedor.

Em 2009, uma professora baiana resolveu (sob efeito do álcool, ela disse depois) dançar no palco de um show de pagode. A música chamava Todo Enfiado, e a coreografia envolvia, entre outras coisas, levantar a saia e rebolar na direção do público. O vídeo da performance foi parar no YouTube e a professora foi identificada, perseguida em seu bairro e demitida da escola onde recebia um salário de menos de R\$ 1.000. Já desempregada, ela ainda tentou tirar o vídeo do ar por meio de um processo judicial, mas isso também não funcionou. Depois, sem muitas opções, restou seguir carreira como dançarina. Ainda hoje, uma busca pelo seu nome completo no Google traz o vídeo polêmico como primeiro resultado (BURGOS, 2014).

O direito ao esquecimento se concretiza com a devida exclusão dos *links* dos mecanismos de busca. Para evitar eventuais alegações de censura, a remoção limita-se aos *links*, responsáveis por promover o acesso fácil às informações comprometedoras. Com isso, objetiva-se a proteção da privacidade, intimidade, imagem e honra, consagradas constitucionalmente como direitos fundamentais. A desindexação dos *links*, por sua vez, deve observar critérios

claros. Somente as informações ofensivas e irrelevantes merecem sumir dos resultados de busca. Mas como proceder essa distinção? Talvez esse seja o grande desafio do direito ao esquecimento.

DIREITO À PRIVACIDADE X LIBERDADE DE IMPRENSA

Os direitos fundamentais possuem características próprias, como a universalidade, inalienabilidade e indisponibilidade. Como são também interdependentes, complementam-se reciprocamente. A plena satisfação de um está condicionada a realização dos demais. É impossível contemplar um direito fundamental isoladamente. A privacidade e a liberdade de imprensa, por sua vez, são consideradas garantias constitucionais. Logo, o respeito recíproco é importante. Mas, ambos protegem bens jurídicos opostos, que costumam entrar em confronto. O convívio harmônico entre os dois depende do respeito aos próprios limites, observando às fronteiras mutuamente estabelecidas.

Pois bem, definir a fronteira responsável por separar o direito à privacidade da liberdade de imprensa é extremamente difícil. Neste artigo, o respeito à privacidade está representado pelo direito ao esquecimento, que também objetiva resguardar a intimidade do indivíduo. Afinal, o esquecimento busca evitar que eventos irrelevantes do passado perturbem o momento atual, quando a vida privada do cidadão está novamente estável. Mas, para garantir a liberdade de imprensa e evitar o risco de censura, é importante destacar o alcance da medida: apenas fatos irrelevantes do passado, sem qualquer valor histórico ou público.

Quando garantias fundamentais entram em rota de colisão, é necessário avaliar as particularidades do caso concreto, antes de decidir pela prevalência de qualquer uma. A prudência ordena a realização de um exercício de ponderação com base no exame do caso concreto, essencial para definir qual direito constitucional deve prevalecer. A análise deve ser extremamente minuciosa, para identificar eventuais tentativas de censura, sob a justificativa de proteção a princípios constitucionais. Resta o questionamento: até que ponto isso é possível, sem incorrer em subjetividade propícias ao arbítrio? Observam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco:

A lei que, pretextando um objetivo neutro do ponto de vista ideológico, oculte o propósito dissimulado e primordial de impedir a veiculação de ideias, não estará, obviamente, imune à declaração de inconstitucionalidade. O acervo de

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ilustra exemplo dessa situação (MENDES; BRANCO, 2012, p. 342).

O próprio constituinte originário, através da CF/88, estabeleceu limites à liberdade de imprensa. Como constam expressamente da carta magna, são denominados limites expressos, embora a doutrina admita, ao longo do texto constitucional, a existência de limites implícitos, visto que “qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar”. (Branco, 2012, p.339). O art. 220 é bastante claro ao rechaçar qualquer interferência na liberdade de imprensa, excetuando apenas os direitos fundamentais referidos no § 1º, consoante o qual deve ser observado o disposto no art. 5º, IV, V, XIII e XIV. Portanto, a liberdade de imprensa está adstrita a valores constitucionais determinados, sob pena de exercício abusivo de direito. No entender de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco:

O constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dizendo, também, no § 1º, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, ressalva que assim o será, “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir o anonimato¹⁸, para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação. Prevê, também, a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º). Impõe, ainda, para a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão, o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, confiando à lei federal a tarefa de estabelecer meios para a defesa desses valores (art. 220, § 3º, II) (MENDES; BRANCO, 2012, p. 340).

Além das limitações expressas, a doutrina menciona limitações implícitas, em que a capacidade de restringir está apenas subentendida. Isso porque outros valores além dos expressamente referidos pela constituição – como o respeito à privacidade, intimidade, honra e imagem - funcionam como limites constitucionais a liberdade de imprensa. Isto porque os demais direitos fundamentais previstos ao longo do art. 5º também merecem proteção.

Em seu campo de atuação, o direito de ser esquecido também objetiva preservar a privacidade do indivíduo, mas com foco em informações pretéritas, sem nenhuma relevância atual. Trata-se, por exemplo, de casos em que o ressurgimento da pauta traria apenas prejuízos, em todos os sentidos, inclusive social e profissional, e o dano experimentado seria novamente reeditado, como a reprise de um programa de TV. O direito à privacidade serve de fundamento ao direito de ser esquecido. Assim como aquele, este implica o “controle de informações sobre si mesmo”. (AFONSO, 2013, p.208). Embora teoricamente distintos, ambos buscam proteger a intimidade do indivíduo.

Os limites constitucionais à liberdade de imprensa – como o respeito à privacidade, intimidade, imagem e honra – são infringidos com certa frequência. Às vezes o esforço despendido para atrair leitores leva a excessos, talvez apenas acidentais, mas com consequências bem tangíveis. Nesse caso, qual providência tomar quando a intimidade do indivíduo é devassada? E se for possível evitar a concretização do dano? Existem algumas possibilidades, acerca das quais a doutrina diverge, em que apenas as consequências variam, mas a finalidade é uma só: reparar o dano.

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET

O conceito de direito ao esquecimento sugere certa placidez social e interior, com a qual o indivíduo consiga reconstruir sua vida, sem sofrer qualquer espécie de perseguição, especialmente ligada a fatos pretéritos. A professora Marion Albers (2015, p. 30), titular da Faculdade de Direito da Universidade de Hamburgo, classifica o direito de ser esquecido na *internet* como “uma reação ao desenvolvimento tecnológico” e ressalta sua necessidade numa época em que “tudo que era facilmente esquecido ou não tão transmitido, hoje é mais difícil de ser esquecido”. A *internet* é um espaço atemporal, onde qualquer informação pode ser pesquisada a qualquer momento, inclusive fatos antigos e indesejáveis. Essa facilidade muitas vezes perturba injustamente o momento atual.

Motivados pelas demandas sociais oriundas do meio virtual, o Tribunal de Justiça da União Europeia proferiu decisão inédita, cujos efeitos repercutiram pelo mundo inteiro. Trata-se do primeiro precedente acerca da questão, pelo qual o tribunal europeu “reconheceu o direito ao esquecimento de um cidadão espanhol e obrigou o *Google* a eliminar de seu mecanismo de busca qualquer resultado que o ligasse a dívidas à segurança social”. (SARLET, 2015, p.30).

Quando pesquisava seu nome no servidor de busca, o processo de execução gerado pela dívida aparecia como primeiro resultado. O fato havia ocorrido muitos anos antes e o cidadão espanhol se sentiu prejudicado pela matéria, na qual era possível deduzir a pecha de caloteiro.

A decisão da ilustre corte europeia considerou os mecanismos de busca responsáveis pelos dados armazenados, a quem caberia excluir eventuais *links* ligados a informações ofensivas ao direito de ser esquecido, algo que ocorre quando a lembrança de fatos pretéritos prejudica o momento atual. Além de ressaltar a circunstância de que a tese vale apenas quando os "dados são considerados inadequados, não pertinentes ou não mais pertinentes do ponto de vista dos fins para os quais foram tratados e do tempo transcorrido" (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2014).

No Brasil, a tese do direito ao esquecimento vem sendo bem recebida pelos tribunais, sob o argumento de que os direitos da personalidade constituem limite a liberdade de imprensa, a exemplo do direito à privacidade, imagem e honra. Como a matéria ainda precisa ser disciplinada pelo poder legislativo, as decisões são inspiradas em entendimentos jurisprudenciais, que buscam responder a demanda crescente da sociedade. O aumento da procura pelo judiciário é explicado pelas características da *internet*, onde a eternização da informação encontra ambiente propício.

Instada a analisar a matéria, a Quarta câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia decidiu da seguinte forma:

A irresignação da ré não merece amparo, pois esbarra justamente no direito ao esquecimento que pertence a todo cidadão, vez que serviços indexadores de busca realizam na verdade um efeito multiplicador, tornando o alcance global e eterno. Registre-se que não se trata de suprimir direitos consagrados como o da comunicação ou da informação, como já decidiu o Egrégio STJ. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA, 2013).

Pelo entendimento da corte europeia, o direito de ser esquecido na *internet* se concretiza através da eliminação dos *links* dos servidores de busca. O site onde a informação está hospedada permanece intacto. Qualquer interessado poderá acessá-lo diretamente. Portanto, a alegação de censura no meio virtual é infundada. A informação original sequer é afetada. Possíveis pesquisadores poderão acessar diretamente a matéria, sem o auxílio dos mecanismos de busca, considerado como principal responsável pela eternização da informação invasiva.

A eliminação de *links*, como consequência do direito ao esquecimento, deve ser baseada em critérios claros e rigorosos. A exclusão arbitrária caracterizaria censura, sob o pretexto de respeito à privacidade, fundamento principal do esquecimento. Como visto anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro refuta a censura prévia. A importância da liberdade de imprensa numa sociedade democrática é evidente. O nível de esclarecimento dos cidadãos depende do pensamento livre. Apesar da relevância, é um direito fundamental como qualquer outro e deve respeitar os demais. Assim, o exercício da liberdade de imprensa deve observar a dignidade humana como limite fundamental.

O *link* sempre remete a uma informação – notícia, matéria, especulação. Ele só deve ser excluído do servidor de busca se seu conteúdo ofender os valores inerentes a dignidade humana. O esquecimento é uma alternativa excepcional, uma vez que funciona como regulador dos danos causados pela eternização da informação. Para ser removido, além de afetar os direitos da personalidade, há de ser completamente irrelevante do ponto de vista atual. Se possuir alguma importância, seja pública ou histórica, merece ser protegido pelo manto da liberdade de imprensa, devido ao seu valor para as futuras gerações.

Assim, a alegação de censura no meio virtual em função da aplicação do direito de ser esquecido é uma falácia. O único elemento afetado são as ferramentas de busca, enquanto a fonte original permanece ileso. Se algum pesquisador, ou quem quer que seja, manifestar interesse pelo assunto, poderá acessar diretamente a matéria no site original. O que refuta de vez a tese de que o direito ao esquecimento representa uma ameaça a história, que seria manipulada pelos pedidos de remoção.

O Conselho da Justiça Federal compartilha do entendimento supramencionado, consignado nos dizeres “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” do enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, cuja justificativa assevera:

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. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Por conseguinte, a aplicação do direito ao esquecimento no ciberespaço é perfeitamente possível, apesar das alegações de censura de alguns grupos, para quem a liberdade de imprensa é absoluta e irrestrita. A constituição afirma exatamente o contrário, visto que reconhece a importância dos direitos da personalidade, sem os quais a dignidade da pessoa humana estaria completamente à deriva. Numa sociedade tão tumultuada quanto a atual, resguardar a privacidade do indivíduo é essencial para um desenvolvimento mental saudável. Conservar um espaço onde o homem se sinta à vontade e livre da opressão social. Como afirmado na justificativa do enunciado nº 531, ninguém pretende reescrever a própria história, mas garantir o direito de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou refletir sobre o direito ao esquecimento, com ênfase no âmbito virtual, no qual sua aplicação ganhou destaque após decisão inédita do Tribunal de Justiça da União Europeia, no ano de 2014. Buscou também identificar os desafios a serem enfrentados pelo direito ao esquecimento para se firmar como garantia fundamental e instrumento jurídico indispensável na atual era informacional.

Finalmente, é importante enfatizar o aspecto pedagógico do tema, ao incentivar a discussão acerca do direito ao esquecimento, num diálogo com outras garantias fundamentais, como a liberdade de imprensa e o direito à memória e à verdade, formando um quadro do qual dificilmente se poderá extrair uma solução consensual.

Apesar disso, pode-se afirmar: é impossível hierarquizar direitos fundamentais em abstrato, talvez nem no caso concreto, de modo que é necessário reconhecer a relevância e especificidade de cada um, até quando conflitam entre si. A realidade contém uma infinidade de possibilidades e, diante desse quadro, nenhum direito fundamental seria capaz de conferir, isoladamente, a proteção necessária ao desenvolvimento da sociedade e da personalidade humana.

REFERÊNCIAS

ALBERS, Marion. **A imprensa também tem limites**. Revista PUCRS, nº 173, março. 2015. p.30-31.

BRASIL. STJ. **REsp n. 1.334.097/RJ**. Rel.Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28.05.2013.

BRASIL. STJ. **REsp n. 1.335.153/RJ**. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 28.05/2009.

BURGOS, Pedro. **Google, me esquece**. Disponível em: <http://www.revistagalileu.globo.com.br>. Acesso em: 01 abr. 2016.

CARELI, Ana *et al.* **Representação e memória no ciberespaço**. Ci. Inf., Brasília, v. 35, n. 3, p. 115-123, set./dez. 2006.

CUNHA, Carolina. **Big Data: como a inteligência de dados vai mudar nosso dia a dia**. Disponível em: <http://www.vestibular.uol.com.br>. Acesso em: 01 abril. 2016.

GALLO, Carlos Artur. **O direito à memória e à verdade no Brasil pós-ditadura civil-militar**. Revista Brasileira de História & Ciências Sociais, v. 2, n. 4, dezembro de 2010.

LEMOS, Ronaldo. **Direito ao esquecimento é mais veneno do que remédio**. Disponível em: <http://www.folha.uol.com.br>. Acesso em: 01 mar. 2016.

LEMOS, Ronaldo. **Esquecer o direito de ser esquecido**. Disponível em: <http://www.folha.uol.com.br>. Acesso em: 01 mar. 2016.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, Editor, 1998, p. 86.

SOARES, Elisângela Campos de Melo. **Internet, memória onipresente – Direito ao esquecimento versus Direito à informação**. Artigo Científico. ESPM/SP, São Paulo, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Eulina. **Com big data, empresas e governos ‘preveem’ futuro**. Disponível em: <http://www.folha.uol.com.br>. Acesso em: 06 maio 2016.

PASSOS NETO, João dos; PINHEIRO, Denise. **Liberdade de informar e direito à memória – Uma crítica a ideia do direito ao esquecimento**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014.

REVISTA PUCRS. São Paulo: PUCRS, nº 173, março. 2015.

SCARLET, Ingo. **A imprensa também tem limites**. Revista PUCRS, nº 173, março. 2015. p.30-31.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Enunciado nº 531, Conselho da Justiça Federal (CJF), 23 de Abril de 2013**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJCoedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>. Último acesso: 01 abr. 2014.

PROCESSO DE NEGAÇÃO DOS TRABALHADORES POR PROBLEMAS RELACIONADOS PELAS DOENÇAS OCUPACIONAIS

Autores: Maycon Feitoza da Silva*
Kamyla Tomaz de Moraes*
Orientador: Everton Gonçalves Moraes*

RESUMO

A exploração exacerbada da mão de obra humana trata-se de uma realidade constante no mundo laboral. Esta exploração traz, em muitas vezes, graves problemas à saúde física e mental do trabalhador. Este trabalho tem como objetivo analisar o processo de negação, por parte dos empregadores, das doenças ocupacionais, bem como explicar as dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores diante desta dura realidade. Tendo como objetivos específicos entender como é feito a não reintegração do trabalhador depois de adquirir as doenças ocupacionais. Para tanto, o tema ora discutido tem como base os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, vez que, foi possível observar que a maior parte dos trabalhadores demitidos em decorrência de doenças ocupacionais, têm a ocorrência destas, não relacionadas à ocupação laboral por parte de seu empregador.

Palavras-chaves: Empregado. Empregador. Papel social do trabalho. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The overexploitation of human labor is a constant reality in the working market. This exploitation often brings serious problems to the physical and mental health of the worker. This research aims to analyze the process of denial by employers of occupational diseases, as well

* Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-FAFIC.

* Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-FAFIC.

as explain the difficulties faced by workers within this harsh reality. The specific objective of this research is to understand how the non-reintegration of the worker is made after acquiring occupational diseases. To fulfill this purpose, the theme here discussed is based on doctrinal and jurisprudential understandings, since it was observed that most workers dismissed as a result of occupational diseases, have their occurrence unrelated to employment by their employer.

Keywords: Employee, employer, work's social role, human being dignity.

INTRODUÇÃO

Ao adentrarmos ao conteúdo especificamente, devemos anteriormente, entender um pouco a respeito da história direito do trabalho.

A nomenclatura trabalho veio do latim *tripalium* que era um instrumento onde era colocada em animais e os agricultores ultimava para bater, rasgar esfiapar o trigo espiga de milho e o lindo.

A primeira forma de trabalho foi à escravidão, onde os escravos eram considerados apenas como objetos, não existindo qualquer direito, ou seja, o escravo trabalhava por tempo indefinido ou mais precisamente até o momento em que o escravo viesse a não ter mais condições físicas e mentais de trabalhar. Não existia nenhum direito, mesmo estando doente gravemente, ainda sim tinha que trabalhar, pois a sua necessidade de vida estava inerente ao exercício do trabalho.

Posteriormente, mais precisamente por volta do ano de 1789 com o surgimento da revolução francesa e sua constituição foi reconhecido o primeiro direito, esse que foi nomeado como direitos econômicos e sociais: o direito do trabalho. Imposição feita pelo estado para estabelecer a obrigação de dar meios ao empregado de garantir sua subsistência.

Desta forma, a primeira Constituição que dispôs sobre o Direito do Trabalho foi a do México em 1917, que em seu artigo 123 instituía: a jornada diária de 8 horas; a proibição do trabalho de menores de 12 anos; a limitação da jornada de menor de 16 anos para 6 horas; o descanso semanal; a proteção à maternidade; o direito ao salário mínimo; a igualdade salarial; a proteção contra acidentes no trabalho; o direito de sindicalização; o direito de greve, conciliação e arbitragem de conflitos; o direito à indenização de dispensa e seguros sociais.

A Constituição Alemanha Republicana de *Weimar* destacava: a participação dos trabalhadores nas empresas; a liberdade de união e organização dos trabalhadores para a defesa

e melhoria das condições de trabalho; o direito a um sistema de seguros sociais; o direito de colaboração dos trabalhadores com os empregadores na fixação dos salários.

Diante deste cenário foi promulgada a Constituição Federal 1891, onde se garantiu a liberdade no exercício da qualquer profissão, da mesma forma que se assegurou a liberdade de associação.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1934, considerada a primeira constituição brasileira a ter normas específicas de Direito do Trabalho, houve uma série de avanços neste tema como: em 1919 a criação do instituto do acidente do trabalho; em 1923 foi criado o Conselho Nacional do Trabalho que pode ser considerado como o embrião da Justiça do Trabalho no Brasil; em 1925 foi estendido o direito de férias de 15 dias úteis para os trabalhadores de estabelecimentos comerciais, industriais e aos bancários; como também muitos outros.

A Constituição de 1946 reestabeleceu o direito de greve e foi considerada como democrática na medida em que dispôs sobre a participação dos empregados nos lucros da empresa, o repouso semanal desta vez remunerado, expandindo o benefício da estabilidade decenal a todos os trabalhadores e principalmente, a retirada da Justiça do Trabalho do Poder Executivo e sua inclusão no Poder Judiciário.

Por sua vez, a Constituição de 1967 não trouxe significativas alterações no cenário trabalhista, no entanto, a legislação infraconstitucional regulamentou o direito das empregadas domésticas, do trabalhador rural e as atividades do trabalhador temporário.

Por fim, foi aprovada a nossa constituição de 1988, onde traz em seu texto mais precisamente nos seus artigos 7º a 11º, os direitos trabalhistas que foram incluídos no capítulo II Dos Direitos Sociais, título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

No entanto, se faz importante destacar que apesar de inúmeros avanços, na sociedade atual ainda existem pessoas trabalhando em condições precárias, senão dizer análoga a de escravos, sem nenhum respeito à dignidade humana, e Para que possamos evoluir e mudar esta realidade se faz necessário um maior amadurecimento dos empregadores, principalmente no sentido de valorizar o ser humano e o trabalho de formas dignas, sendo possível, quem sabe, a criação de meios que visem a promover o desenvolvimento econômico e a saúde do ambiente de trabalho.

DOENÇAS OCUPACIONAIS

São doenças relacionadas ao exercício da atividade laborativa, onde se subdivide em doenças profissionais e doenças do trabalho, estando previstas no art. 20º, incisos I e II da lei nº 8.213/91.

As primeiras, também conhecidas como “ergopatias”, “tecno-patias” ou “doenças profissionais típicas”, são as produzidas ou desencadeadas pelo exercício profissional peculiar a determinada atividade, isto quer dizer que são decorrentes da atividade produzida cotidianamente gerando micro traumas, aonde vai agredindo a saúde do trabalhador aos poucos.

A segunda é chamada de “mesopatias”, ou “moléstias profissionais atípicas”, são aquelas desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacionem diretamente. São causas em que o risco que ocorre para o empregado é indireto, e por serem atípicas precisão de comprovação do nexo de causalidade com o trabalho, via de regra por meio de vistoria no ambiente laboral.

Essas doenças elas acabam dificultando a capacidade laborativa do empregado onde muitas vezes acaba prejudicando a vida privada do mesmo, pois como já sabemos a maior parte da classe trabalhadora do país é remunerada apenas por um salário mínimo, e é desse salário que ele consegue sustentar, na maioria dos casos, uma casa inteira.

DIFICULDADES ENFRENTADAS PELO EMPREGADO

Primeiramente o que deve ser observado é que o empregado, ainda nos dias atuais, é considerado a parte mais vulnerável no que tange a relação entre empregador e empregado. Mesmo com a vasta mudança da nossa lei trabalhista, é preciso ainda que isso seja esclarecido.

No momento em que o empregado demonstra incapacidade para a prática da sua atividade, o empregador deverá comunicar o acidente de trabalho à Previdência Social, até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência, mediante o preenchimento e envio da CAT (comunicação de acidente de trabalho) para que o empregador possa requerer seu auxílio acidente ou auxílio doença perante o órgão do INSS (Instituto Nacional de Seguro Social).

Depois de determinado período em que ficou recebendo o benefício, posteriormente, o INSS cessa esse benefício por considerar o trabalhador apto a trabalhar, laudo esse realizado pela perícia médica do órgão previdenciário, mas para o médico privado, o empregado não está em condições de trabalhar na empresa.

A nossa Justiça do Trabalho já se posicionou a respeito de tal situação, garantindo ao empregador nos casos em que findado o referido benefício previdenciário é dever e responsabilidade da empresa promover à reintegração do trabalhador a atividade em que atuava ou em caso de dificuldades, efetue a transferência do mesmo para outra atividade.

Embora o trabalhador retorne ao trabalho sem ter condição de exercer as atividades habituais, ele ficará em uma situação totalmente desamparado, pois de um lado está a figura da empresa e do outro o INSS, um jogando a responsabilidade para o outro. Essa situação é um verdadeiro absurdo, pois submete o trabalhador a uma situação precária, ficando sem qualquer rendimento, acarretando a perda de sua dignidade bem como na maioria das vezes ter que recorrer a terceiros.

Infelizmente, na maioria das vezes, após a cessação do referido benefício, as empresas não aceitam com que o empregado continue atuando mesmo que seja de forma readaptada, com receio de que possa ter sua incapacidade agravada e também o surgimento de reclamação trabalhistas bem como suposta indenização, e isso é só alguns dos motivos que elas alegam.

Essas atitudes desempenhadas pelas empresas e empregadores são cristalinamente equivocadas, as mesmas desempenham uma ação eminentemente grosseira ao que temos resguardado no nosso ordenamento jurídico que seria a **finalidade social do trabalho** e a **dignidade da pessoa humana**, esses dois temas lastreiam a ideia que o trabalhador sempre corresponde ao lado mais fraco da relação e devido a isto deve ser preservado diante dos grandes detentores do poder econômico, pois ao reintegrar o trabalhador, a empresa estaria criando vales com seus empregados, uma vez que evidenciaria que ela se importa com seus empregados e com a sua recuperação, demonstrando que ele, o empregado seja a figura essencial para compor a empresa.

MATERIAIS E MÉTODOS

O presente trabalho foi produzido com o intuito de trazer uma discursão teórica a respeito do processo de negação dos trabalhadores por problemas relacionados a doenças ocupacionais, no que tange a aplicabilidade de garantias que viabilizem o bem-estar dos empregados, bem como proporcionar e ampliar generalizações, estruturar e definir modelos teóricos e relacionar hipóteses em uma visão mais unitária do universo, gerando ideias por força de dedução lógica.

Ficou acordado o intuito de estabelecer às dificuldades em que os trabalhadores enfrentam em consequência a obtenção de doenças ocupacionais a figura do empregador respaldado na função social do trabalho e na dignidade da pessoa humana.

O trabalho foi realizado por meio de pesquisas doutrinárias que serviram de base para formar o conhecimento acessível.

RESULTADOS E DISCURSÃO

As doenças ocupacionais causam o afastamento de milhares de trabalhadores, no ano de 2017, não tão distante da nossa realidade, o (INSS) Instituto Nacional de Seguridade Social registrou 196.754 benefícios a trabalhadores que precisaram se afastar imediatamente de suas atividades profissionais devido a algum problema de saúde relacionado ao trabalho. E a maioria dessa estatística foi motivada pelas doenças ocupacionais mais comuns, que poderiam ser evitadas se houvesse uma atenção ou prevenção maior com relação a isso.

Essas doenças se manifestam de forma silenciosa e o trabalhador quando se dá conta que está sofrendo, já se passou 10 ou mais anos, o que torna ainda mais difícil o seu tratamento. É muito claro que devido as suas condições decorrentes da doença, ele fique impossibilitado de exercer o seu cargo ou função como antigamente, impedindo assim o seu retorno ao serviço, já que toda e qualquer atividade exercida profissionalmente poderá agravar mais ainda o seu caso.

E é com essa gravidade que podemos notar a urgente necessidade de as empresas adotarem um rigoroso Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), que, dentro dos seus objetivos, vise evitar a ocorrência dessas doenças.

A nossa Constituição prevê em seu artigo 7º que todos os trabalhadores tenham o direito de realizar as suas atividades profissionais em um ambiente de trabalho seguro e saudável.

Observe:

Art. 7º, CF: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...

XXII: redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Existem inúmeras leis no nosso ordenamento jurídico que garantem o cuidado com esses empregados em seus locais de trabalho. A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) também pleiteia ambientes de trabalho seguros e saudáveis. Em seu capítulo V faz obrigatória a adoção de medidas de segurança e a observação das suas regras.

Art. 157 - Cabe às empresas

- I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;*
- II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;*
- III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;*

O dono do estabelecimento é o principal responsável por fazer um levantamento de todos os riscos físicos, químicos e biológicos do mesmo, ou seja, o empregador irá verificar se há riscos, se o resultado for positivo, ele terá que controlá-los e efetuar um monitoramento constante, garantindo assim que nada afete a saúde e bem-estar dos trabalhadores e todos os empregados devem estar cientes de cada risco.

Existe uma Norma Regulamentadora que prevê isso, nº 01, do Ministério do Trabalho.

Cabe ao empregador:

c) informar aos trabalhadores:

- I. os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho;*
- II. os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa;*
- III. os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos;*
- IV. os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho.*

Vale salientar que um ambiente de trabalho saudável é de responsabilidade do empregador, mas o empregado também precisa estar atento a sua saúde, há inúmeros outros riscos diferentes dos já citados, além disso, um trabalhador que exerce suas funções em um local seguro rende mais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O adoecimento ocupacional é qualquer alteração/complicação biológica ou funcional (física ou mental) que ocorre em uma determinada pessoa em decorrência do seu

trabalho/serviço. É um mal invisível e silencioso, com uma grande dificuldade de ser diagnosticado em pouco tempo, devido muitas doenças só se manifestarem ao longo do tempo.

E quando isso acontece, a maioria dos trabalhadores apresentam os mesmos sintomas, não há medidas preventivas de como evitá-las, bem como as empresas em que atuam não oferecem métodos para tal. Esse tipo de doença, que poderia ser evitado de forma simples, torna-se sofrido para todos e onerosos para a empresa. Uma solução para amenizar essa situação seria alertar os funcionários sobre a sua posição correta no serviço, atendendo as suas necessidades, por exemplo, pausa para descanso, e identificar os trabalhadores mais propensos a tais doenças, para que com essa identificação possam aplicar medidas preventivas.

Foi possível notar que essas doenças acarretam para o trabalhador inúmeros problemas, portanto, as empresas por serem a grande responsável deviam elaborar métodos que possam influenciar diretamente na vida de cada empregado, ajudando assim a evitá-las. E com essas ações preventivas buscar promover o conhecimento sobre os fatores causais, orientando todos a lidar com as dificuldades impostas cotidianamente no ambiente de trabalho e também fora dele.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2019.

CARDELLA, Benedito. **Segurança no Trabalho e Prevenção de Acidentes**: uma abordagem holística: segurança integrada à missão organizacional com produtividade, qualidade, preservação ambiental e desenvolvimento de pessoas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

JUNIOR, Waldemar Ramos. O que fazer quando a empresa não reintegra o trabalhador após alta do INSS. Disponível em: <https://saberalei.jusbrasil.com.br/artigos/113715733/o-que-fazer-quando-a-empresa-nao-reintegra-o-trabalhador-apos-alta-do-inss>. Acesso em: 23 out. 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MESSA, Ana Flávia. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. **Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, André Sousa. **Meio Ambiente do Trabalho e o Direito à Saúde Mental do Trabalhador**: uma abordagem construtiva do meio ambiente do trabalho psicologicamente hígido a partir da relação entre os riscos psicossociais laborais e os transtornos mentais ocupacionais. São Paulo: LTr, 2019.

SALES, Celso Amorim. **Doenças do Trabalho**: exclusão, segregação e relações de gênero. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392003000100003. Acesso em: 23 out. 2019.

SILVA, Patricia Velho. **Da função social do contrato nas relações de trabalho**: limites ao poder diretivo do empregador. Disponível em: <https://patriciasilva1702.jusbrasil.com.br/artigos/143364893/da-funcao-social-do-contrato-nas-relacoes-de-trabalho-limites-ao-poder-diretivo-do-empregador#targetText=Resumo%3A%20Trata%2Dse%20de%20artigo,do%20poder%20dir etivo%20do%20empregador.&targetText=Princ%C3%ADpio%20da%20prote%C3%A7%C3%A3o%20e%20continuidade,Dispensa%20discriminat%C3%B3ria>. Acesso em: 23 out. 2019.

**EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E REFLEXÕES GERAIS
ACERCA DAS MUDANÇAS NA JORNADA 12X36 APÓS A REFORMA
TRABALHISTA**

Brenno de Souza Moreira ¹

João Estrela de Abrantes ²

Raul Gonçalves Holanda Silva (orientador) ³

RESUMO

O presente trabalho visa fomentar as discussões referentes a jornada de trabalho no formato 12x36, assim como analisar as principais diferenças e mudanças sofridas pelo instituto após a reforma trabalhista. Para tanto será realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se de pesquisa doutrinária e normativa, abordando todas as características, assim como alterações advindas dessa modalidade diferenciada de jornada. Será apontado no referido texto, além das perspectivas aqui já expostas, um olhar crítico acerca da jornada, no que se refere ao exaustivo tempo de trabalho que, de forma involuntária os trabalhadores serão submetidos, bem como em relação ao ponto específico da reforma trabalhista que promoveu a possibilidade de uma negociação individual, deixando assim o lado do empregado mais frágil, afastando a força da coletividade de um determinado grupo de trabalhadores.

Palavras-chave: Negociação individual. Reforma trabalhista. Jornada de trabalho.

ABSTRACT

The present work aims to stimulate the discussions for the workday in 12x36 format, as to analyze the main differences and changes suffered by the institute after the labor reform. For this purpose, a bibliographic and documentary research will be performed, using research to doctrinal and normative, addressing all characteristics, as well as changes arising from this different mode of journey. It will be pointed out in this text, besides the perspectives already exposed here, a critical look about the journey, regarding the exhausting working time that, involuntarily the workers will be submitted, as well as in relation to the specific point of the labor reform that promoted the possibility of individual negotiation, thus leaving the weaker employee side, pushing away the collective strength of a particular group of workers.

Keywords: Individual negotiation. Labor reform. Workday.

¹ Graduando da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. Curso: Direito, 8º Período.
E-mail: brennomoreira99@gmail.com

¹ Graduando da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. Curso: Direito, 6º Período.
E-mail: abranteseestre06@gmail.com

³Docente na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras– FAFIC; E-mail: raulholanda@gmail.com

INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista, nomenclatura popular que apresenta a Lei 13.467/2017, apresentou além de muitas polêmicas, mudanças variadas na forma de vários institutos trabalhistas, um dos quais diretamente vinculados a forma de exercício do esforço desempenhado no trabalho e do seu tempo de dedicação, sendo justamente esse tempo de trabalho, apresentado na modalidade de jornada 12x36 elemento maior de nossa pesquisa.

A jornada 12x36 já existia nos quadros das empresas antes mesmo da reforma trabalhista, algo que já era pacificado, todavia, alguns procedimentos foram alterados, o que levou a uma significativa divisão de opiniões acerca do caso. A principal mudança foi na forma de realização contratual da jornada 12/36, onde em período anterior a reforma trabalhista está se realizava de forma coletiva, agora, segundo a nova legislação, passa a ser realizada de forma individual.

A negociação individual é vista como uma forma danosa ao empregado, visto que este constituirá a parte mais frágil diante da negociação em face do empregador, o que o levará a ser involuntariamente coagido a aceitar o que estiver posto por parte do detentor do meio de produção, haja vista o alto e crescente índice de desemprego que impulsiona que mais pessoas se sujeitem a aceitar modalidades a vezes danosas de emprego.

MATERIAL E MÉTODOS

A presente pesquisa caracteriza-se como bibliográfica, uma vez que busca elucidar um determinado problema através da investigação realizada a partir de teorias já publicadas. Configura-se ainda como qualitativa, pois o objetivo não é contabilizar os resultados e sim compreender o que foi constatado através da interpretação das teorias analisadas. A respeito da pesquisa qualitativa, Lakatos afirma que “preocupa-se em analisar e interpretar aspectos mais profundos, descrevendo a complexidade do comportamento humano” (2008, p.269).

É importante destacar as considerações de Koche acerca das finalidades da pesquisa bibliográfica:

a) para ampliar o grau de conhecimentos em uma determinada área, capacitando o investigador a compreender ou delimitar melhor um problema de pesquisa; b) para dominar o conhecimento disponível e utilizá-lo como base ou fundamentação na construção de um modelo teórico explicativo de um problema, isto é, como instrumento auxiliar para a construção e fundamentação de hipóteses; c) para descrever ou sistematizar o estado da arte, daquele momento, pertinente a um determinado tema ou problema. (1997, p. 122).

Nesse direcionamento, podemos compreender que a pesquisa bibliográfica pode ser realizada quando o intuito é de apreender maiores conhecimentos sobre um determinado assunto, buscando constatações em teorias existentes para elaborar o problema de investigação e analisar os resultados através de informações precisas.

A abordagem do tema teve por base sobretudo os dispositivos oriundo da Constituição Federal de 1988, bem como o que está posto na Consolidação das Leis do Trabalho, levando em consideração as alterações advindas da Lei 13.467/2017 que validou o olhar patronal em detrimento dos direitos trabalhadores, em especial na modalidade de jornada de trabalho 12/36, sendo referenciado ainda por decisões dos tribunais trabalhistas.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O direito do trabalho ao longo dos anos sofreu várias mutações, sejam elas positivas ou negativas. A máxima “o trabalho dignifica o homem” bastante utilizada em discursos ou incentivos aos trabalhadores, passa nos dias atuais uma visão mais branda e nobre do exercício laboral, mas, nem sempre foi assim que aconteceu, o trabalho já foi sinônimo de escravidão, de punição e de sofrimento.

Apenas se dedicavam ao trabalho aqueles que não eram providos de capacidade intelectual, no melhor cenário, eram direcionados para o trabalho aqueles que não tinham capacidade para desempenhar uma atividade política ou artística.

Com o passar do tempo a vontade de Deus e o sustento pessoal eram as “justificativas” para o trabalho, a crescente na industrialização fez com que a atividade laboral passasse a empregar valores morais e sociais à aqueles que o exerciam, e por um efeito óbvio execrar de tais valores aqueles que não trabalhavam, emergiu também a divisão entre aqueles que tinham

um poder econômico satisfatório para serem os patrões e os que possuíam força física para serem os empregados.

Até então os trabalhadores sempre tiveram um histórico de sofrimento, expostos a fome e ambientes insalubres, vulneráveis a doenças e infecções, sem contar com as excessivas horas de trabalho, que corroboravam para o estado sub-humano.

As conquistas e evoluções sociais e humanas no que diz respeito ao âmbito trabalhista chegaram no território brasileiro de forma tardia, uma vez que a escravidão perdurava no território, fato este que afastava toda e qualquer possibilidade de dignidade. Surgiram no século XIX alguns movimentos no intuito de garantir avanços legais a exemplo da lei que proibia o trabalho para menores de 12 anos.

Na primeira metade do século XX, eclodiram as normas que previam o gozo de férias pelo período de 15 (quinze) dias por ano, bem como algumas garantias concernentes a possíveis acidentes de trabalho que os empregados viessem a sofrer. A partir deste momento, o Brasil passou a valorar os direitos trabalhistas, trazendo a partir da “era Vargas”, com a Constituição Federal de 1934, alguns direitos trabalhistas como jornada de trabalho de 8 (oito) horas, salário mínimo, férias remuneradas, assistência médica e sanitária bem como repouso semanal.

Para marcar de uma vez por todas a evolução dos direitos trabalhistas, no dia 01 de maio de 1943, foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o número de trabalhadores era crescente naquela época, resultado de uma efetiva fase de desenvolvimento industrial. Desenvolveu-se com essa norma, uma série de medidas protetivas aos empregados, regulamentando situações até então não tuteladas pelo direito em razão dos trabalhadores.

Diante de tal cenário de crescimento, era necessária uma regulamentação que fosse capaz de unir todas as possíveis demandas e reivindicações que viessem a existir. Após o nascimento da CLT, ou leis posteriores a estas foram surgindo trazendo novos direitos para o empregado e deveres para os empregadores, a despeito do repouso semanal remunerado, 13º salário dentre outras conquistas. Após toda uma geração de gozo de direitos trabalhistas, a Consolidação das Leis do trabalho passou por algumas mudanças, que alteraram algumas perspectivas rotineiras do direito trabalhista brasileiro.

Em que se pese vivermos em um período onde ainda se buscava consolidar vários direitos laborais, sob o pretexto de modernizar as relações empregatícias e permitir maior número de empregados, é que fora apresentada uma ampla reforma na CLT, introduzida por meio da Lei 13.467/2017, chamada de reforma trabalhista. Essa trouxe consigo várias

modificações e acréscimos para a CLT, dentre elas, destacamos a possibilidade de jornada de trabalho na modalidade 12/36, por meio de contrato individual ou coletivo, vejamos:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

A nova redação do dispositivo citado traz de forma taxativa uma das principais modificações trazidas pela reforma, qual seja a possibilidade do acordo individual.

A jornada de plantão de 12x36, considerada a duração mensal do labor e já incluído, em seu sistema, o descanso semanal remunerado, respeita, conforme visto, o montante de 220 horas decorrente do art. 7º, XIII, da constituição federal, ao passo que, no plano semanal, alterna um módulo mais amplo seguindo por outro mais reduzido do que 44 horas realizando a respectiva compensação. Por isso tem sido considerada, pela jurisprudência, compatível com o texto magno (art. 7º, XIII). Entretanto, ela não dispensa, naturalmente, o cumprimento de certas exigências legais concorrentes, como, por exemplo, a necessidade de observância do descanso intrajornada de uma hora, ao lado especificamente normativa do labor noturno urbano, com hora reduzida e adicional noturno específico (art. 7º, IX, CF/88; Art. 73, caput e §§ 1º e 5º, CLT). A esse respeito, ver súmula 444 do TST, que se refere, à doação da jornada de plantão 12x36, “em caráter excepcional”, desde que “...prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção ou distrital). Naturalmente que um dia de descanso semanal encontra-se embutido no sistema de plantões, coincidindo com o domingo duas vezes por mês, regra geral; porém o feriado não se encontra contemplando, razão pela qual a súmula 444 determina o seu dobrado. Esclarece o verbete sumular que o empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestando na 11ª e 12ª horas. (DELGADO, 2019, p. 1077).

Nem sempre foi dessa forma que funcionava a jornada 12x36, podemos observar que antes da mudança (reforma trabalhista), as negociações eram regulamentadas por legislação especial, como apregoava a Lei Complementar 150/2015, bem como era voltada em massa para o trabalho doméstico. “Art. 10. É facultado às partes, mediante acordo escrito entre essas, estabelecer horário de trabalho de 12 (doze) horas seguidas por 36 (trinta e seis) horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação”.

Um dos principais pontos da reforma, bem como o que mais será abordado é justamente possibilidade de o acordo ser realizado de forma INDIVIDUAL, e não mais de forma coletiva como fora outrora.

O projeto de lei reconhece a validade desta jornada especial independentemente do ambiente e das condições de trabalho, da autorização do Ministério do trabalho em ambientes insalubres ou de previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho firmada por sindicatos. O projeto prevê, inclusive, a possibilidade de não concessão de intervalo para a refeição e descanso, autorizando assim, o trabalho ininterrupto por 12 horas. (OLIVEIRA E MARTINS, 2017).

As opiniões divididas acerca do tema, dão tonta da “fragilidade” que recaiu sobre os empregados em virtude da possibilidade de o acordo ser realizado de forma individual, ao invés de ser realizado de forma coletiva. Vejamos o que preceitua a jurisprudência pátria:

RECURSO ORDINÁRIO. CONTRATO DE TRABALHO INICIADO EM MOMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017 E ENCERRADO APÓS O SEU ADVENTO. REGIME DE ESCALA DE DOZE HORAS DE TRABALHO SEGUIDAS POR TRINTA E SEIS DE DESCANSO. I- Como condição à validade da adoção do regime de escala de doze horas de trabalho seguidas por trinta e seis horas de descanso, o ordenamento jurídico vigente no momento anterior ao advento da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) exigia previsão em norma coletiva na qual se autorizasse a sua prática, consoante interpretação conferida pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho à Consolidação das Leis do Trabalho, por meio da Súmula n. 444 da Corte Superior; II- Com a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017 e a inserção do art. 59-A à CLT, passou-se a admitir o acordo individual escrito como instrumento válido a conferir legitimidade à adoção do regime de escala 12x36; III- No caso em análise, o Reclamante foi admitido sob a égide da legislação anterior, desempenhando suas atividades incontroversamente sob o regime de escala 12x36, sem que a Reclamada apresentasse nos autos qualquer instrumento de negociação coletiva no qual houvesse previsão para implementação do modelo excepcional; IV- Há, porém, acordo individual escrito de compensação de jornada firmado entre as Partes, documento cuja validade jurídica, sob a ótica do ordenamento então vigente, não pode ser desprezada; V- Caso em que se impõe a reforma parcial da Sentença, para declarar a inexistência de lastro para a adoção do referido regime de compensação, no período compreendido entre a admissão do Autor e o dia 10 de novembro de 2017, ou seja, antes de entrar em vigor a Lei n. 13.467, de 2017, reconhecendo-se como extras as horas que tiverem superado o patamar de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais em tal interregno; VI- Mantida, por outro lado, a improcedência do pleito em questão no que tange ao período contratual posterior, sob a nova ordem jurídico-legal, dada a existência de acordo individual escrito a oferecer respaldo à adoção do regime de escala. Recurso Ordinário parcialmente provido. (Processo: ROT -

0000926-16.2018.5.06.0015, Redator: Eneida Melo Correia de Araujo, Data de julgamento: 20/08/2019, Segunda Turma, Data da assinatura: 20/08/2019) (TRT-6 - RO: 00009261620185060015, Data de Julgamento: 20/08/2019, Segunda Turma).

Esta referência nos mostra como seria a concessão do trabalho da modalidade 12x36, a primeira hipótese na modalidade de acordo coletivo e a segunda hipótese teria que estar previsto expressamente em lei. Para alguns analistas do tema, existirá na negociação individual uma certa “coação involuntária” uma vez que sempre haverá alguém disposto a aceitar a proposta do empregador, portanto o empregado por estar sozinho e não de forma coletiva, vai ser impulsionado a aceitar a proposta.

O que deve ser levado em consideração, é o tempo em que o empregado vai deixar de estar fazendo as suas obrigações pessoais, como por exemplo de dedicar a família, cuidar de saúde e dentre várias outras coisas que o empregado terá que deixar de fazer para desempenhar o trabalho na jornada 12x36.

Pairando ainda sobre o âmbito das mudanças, é lúcido trazer à tona que não foi apenas a forma de negociar que sofreu alterações, mas também o intervalo intrajornada, que além de ser reduzido no tempo, também fora reduzido na remuneração.

O empregado não será mais remunerado pelo intervalo não usufruído na totalidade, antes de houvesse um intervalo de 30 minutos e o empregado só usufruiu de 10 minutos, ele seria indenizado com o acréscimo de 50% pelo período integral que lhe era de direito usufruir no intervalo (30 minutos), agora ele passará a receber 50% de acréscimo referente ao tempo que não fora usufruído, no caso do exemplo citado, 20 minutos.

O lado negativo neste ponto da mudança, é justamente o fato de que o empregado terá menos qualidade na hora designada para alimentação e descanso, já que ele terá que fazer sua refeição de maneira apressada, para logo voltar ao trabalho, ele teria que ser indenizado por isso, e não apenas pelo tempo que ele terá disponível para o seu trabalho ao em vez de ficar se alimentando e repondo as suas energias.

Outro ponto importante a ser destacado e de grande perda para os trabalhadores, é de não mais fazer jus ao benefício da hora extra, a atual fundamentação legal adotada para a jornada 13x36.

A fundamentação legal atual da jornada 12x26 diz que na sessão em que foi decidida a adoção da sumula 444, os ministros destacaram que as decisões do TST sobre o assunto tem se firmado com os seguintes aspectos: o art 7º, XIII, CF, permite a flexibilização da jornada de

trabalho por meio de negociação coletiva; na jornada 12x36 existe efetiva compensação de horas ; no regime de 12x36 a jornada mensal tem um total de 180 horas, número mais favorável do que o limite constitucional de 220 horas; a jornada especial não pode ser imposta e só poderá ser adotada por meio de negociação coletiva; e se reconhecida a validade do regime, não poderá haver pagamentos das horas posteriores à 10ª – tendo como limite a 12ª hora – como extraordinária

A jornada de trabalho 12x36 deixa de ser concedida exclusivamente das duas maneiras aqui já citadas, o trabalhador que tem direito adquirido ou assegurado por outra mudança, que é justamente a prevalência do negociado sobre o legislado.

Negociação entre empresas e trabalhadores vai prevalecer sobre a lei para pontos como: parcelamento das férias em até três vezes; jornada de trabalho, com limitação de 12 horas diárias e 220 horas mensais; participação nos lucros e resultados; jornada em deslocamento; intervalo entre jornadas (limite mínimo de 30 minutos); extensão de acordo coletivo após a expiração; entrada no Programa de Seguro-Emprego; plano de cargos e salários; banco de horas, garantido o acréscimo de 50% na hora extra; remuneração por produtividade; trabalho remoto; registro de ponto. No entanto, pontos como fundo de garantia, salário mínimo, 13º salário e férias proporcionais não podem ser objeto de negociação (VITTAL, 2017, p.130).

Observa-se, portanto, que fora dado uma mais liberdade, leia-se um maior poder para o empregador em face de negociar direto com o empregado, a legislação surgiu e supriu muitas demandas que até então faziam parte de uma celeuma de problemas.

Voltando a falar da negociação, como já fora dito, nos antigos moldes da jornada 12x36, somente era possível fazê-lo mediante acordo coletivo e previsão de lei especial, com o surgimento da nova reforma, é possível a aplicação ou a concessão da jornada através de um contrato escrito, já foi aqui neste artigo suscitado os prejuízos acerca deste contrato ser celebrado de forma individual, mas para os adeptos dele, neste ponto o legislador foi muito salutar ao entender que deixar o trabalhador mais à vontade bem como o empregador seria mais tranquilo para as negociações.

Antes que assim fosse, muitos problemas aconteciam entre a classe trabalhadora e os empregados, o que passava uma mal visão, por assim dizer da jornada de trabalho, o ato do legislador foi uma via de mão dupla, visou e trouxe uma melhor roupagem para a jornada através do crescente número de adeptos após as mudanças.

Outra modificação que deve ser trazida a tona que a que trata das horas extras, qualquer hora de trabalho desempenhada excedendo o que está posto em lei, é considerado hora extra, porém, em se tratando da jornada 12x36, existirá um acordo entre as partes onde a décima primeira e a décima segunda hora não serão computadas como horas extras.

As questões abordadas acerca da jornada de trabalho, também se expandem para os trabalhos que não se encaixam na 12x36.

Além disso, a remuneração mensal pactuada para esse tipo de jornada deve abranger os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno de que tratam o art. 70 e § 5º do art. 73 da CLT, sempre que houver. (MEROLA, 2017, p.201).

Quis o legislador igualar os trabalhadores, demonstrando dessa forma a preocupação em garantir todos os direitos trabalhistas e constitucionais assegurados aos trabalhadores independentemente da posição em que estão localizados, afastando assim uma eclosão de benefícios para uma só classe.

Súmula nº 85 do TST

COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item VI) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

VI - Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre,

ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT

Mais uma observação que dever ser feita, é apresentada pela súmula 85 do TST que é a descaracterização da jornada 12x36, onde ela ocorrerá quando houver a habitualidade na realização da jornada 12x36, havendo neste caso a possibilidade do ressarcimento aos empregados pelas horas extraordinárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma trabalhista promoveu significativas alterações na pactuação da jornada de trabalho, em especial na modalidade 12x36, essa ganhou novos contornos, passando a ser desfavorável ao empregado pois este negocia direto com o empregador, correndo riscos eminentes de serem prejudicados, pois, além de não se encontrar em paridades em razão da posição em que ocupam, não estão mais unidos pela força da classe.

Tratamos sobre as mudanças que causam várias discussões em relação aos direitos dos trabalhadores, ao tempo que pode reduzir as horas de trabalho, também pode reduzir alguns direitos, são estas enfim as duas linhas antagônicas de pensamento a respeito do tema. Se faz necessária a adesão da jornada 12x36, bem como algumas outras modalidades de trabalho, quando o empregador precisa de uma subvenção maior dos empregado, esta adesão é significativamente proveitosa tanto para a classe dos empregadores (tida como a parte mais forte da relação) como pela classe dos empregados (sendo esta considerada a mais fraca), pois passa a dispor de uma hora de jornada diferenciada, porém não se pode permitir uma dizimação de direitos em detrimento de uma eventual vantagem ou desburocratização do feito.

A Adoção da escala de trabalhadores veio com as mudanças trazidas pela reforma trabalhista de 2017, sendo agora permitido até por contrato assinado, diferente de antes, como já fora tratado, que só e tão só mente só era possível através de acordo coletivo ou determinado por lei.

Conclui-se, portanto, que o presente artigo científico abordou desde a evolução histórica do direito do trabalho, bem como de maneira mais direcionada as novas e antigas diretrizes acerca da jornada de trabalho no que diz respeito a jornada 12x36, elencando as principais e mais críticos pontos das mudanças na consolidação das leis trabalhistas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Vademecum. 27. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **CURSO DE DIREITO DO TRABALHO**. 18. ed. São Paulo. Editora LTR, 2019.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **DIREITO DO TRABALHO**. 35. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2019.

SOIKA, Clóvis Alberto Leal. **JORNADA DE TRABALHO 12 X 36 - CONTROVÉRSIAS E OS RISCOS DE PASSIVOS TRABALHISTAS**. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/Escala-12x36-controversias-passivos.htm>. Acesso em: 11 out. 2019.

VITAL, Antônio. **Confira os principais pontos da proposta de reforma trabalhista**. Plenário da Câmara dos Deputados aprovou na madrugada desta quinta-feira (27) o Projeto de Lei 6787/16 na versão apresentada pelo relator, deputado Rogério Marinho (PSDB-RN). Texto seguirá para votação no Senado. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/trabalho-e-previdencia/530500-confira-os-principais-pontos-da-proposta-de-reforma-trabalhista.html>. Acesso em 10 out. 2019.

RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS NA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Lindovon Dias Pessoa
Ítalo Emanuel Fernandes Formiga Dantas
Francisco Paulino da Silva Junior (orientador)

RESUMO

O presente estudo discorre sobre a importância da promoção da responsabilidade social pelas empresas, para com as pessoas com deficiências, em sua inclusão no mercado de trabalho. Ao empregar pessoas com deficiências as empresas proporcionam dignidade as mesmas, logo se sentirão incluídas e poderão desenvolver uma vida com autonomia. Assim, as empresas receberão benefícios, ou seja, incentivos governamentais. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, onde utilizamos autores que dialogam sobre a temática, leis, estatutos, artigos científicos, reportagens, dentre outros instrumentos. Como também exploratória e descritiva da realidade, onde utilizamos do método dedutivo. Verificou-se que as políticas públicas de inclusão, são fundamentais na materialização da dignidade de pessoas com deficiências, porém, as mesmas, possuem desafios em sua consolidação, quanto a fiscalização e controle. Com os direitos assegurados no ordenamento jurídico, esses atores vêm conquistando espaço no mercado de trabalho e rompendo barreiras históricas.

Palavras-chave: Inclusão. Pessoas com deficiências. Empresas. Mercado de trabalho. Responsabilidade social.

ABSTRACT

This study discusses the importance of promoting social responsibility by companies towards people with disabilities in their inclusion in the labor market. By employing people with disabilities, companies provide them with dignity, so they will soon feel included and can develop a life with autonomy. Thus, companies will receive benefits, ie government incentives. It is a bibliographical research, where we use authors who talk about the theme, laws, statutes, scientific articles, reports, among other instruments. As well as exploratory and descriptive of reality, where we use the deductive method. It was found that the public policies of inclusion are fundamental in the materialization of the dignity of people with disabilities, but they have challenges in their consolidation, as the supervision and control. With the rights ensured in the legal system, these actors have been gaining space in the labor market and breaking historical barriers.

¹Assistente Social e Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Santa Maria (FSM); Estudante do curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), e Integrante do Projeto de Pesquisa: Direitos Humanos e Sociais e sua Efetivação pelo Poder Judiciário da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras (FAFIC). E-mail: lindovon@hotmail.com

**Estudante do curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), e Integrante do Projeto de Extensão: Defender os Direitos Humanos, assessoria jurídicas as presidiárias da cadeia pública feminina da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras (FAFIC). E-mail: italo_sjrp@hotmail.com

***Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor da FAFIC. E-mail: fpsjunior@gmail.com

Keywords: Inclusion; People with disabilities; Companies; Labor market; Social responsibility

INTRODUÇÃO

Ao garantir a livre iniciativa com um dos preceitos fundamentais para a formação de uma empresa, a Constituição Federal de 1988 também, em contra prestação, explana a obrigação da referida a praticar a integração da coletividade, com intuito de garantir o bem estar e a dignidade. No qual a não concretude do aludido, acarretará sanções e limitando assim alguns direitos referentes às empresas.

Desse modo, o presente trabalho busca aprofundar sua pesquisa não somente na responsabilidade social em si, mas na sua origem, contida na empresa no que desrespeita a inclusão da pessoa com deficiência. Discorrer sobre a importância e os impactos que essa promoção pode prover na comunidade, assim como, a falta desta. Ainda, observar o que deve ser melhorado para atingir seu potencial de forma integral.

Para isso, é necessário que se saibamos o conceito de empresa e qual é realmente o valor social buscado pela referida, dando assim, o ponto de partida ao estudo em questão. Explanar também, a construção da dignidade humana através do trabalho, proporcionando meios que ajudem a trazer para este universo a pessoa com deficiência, não apenas como uma obrigação estabelecida pela lei, ou um meio de se prestigiar, mas sim, com um direito humano eminente.

Ainda assim, não deixando de se observar, as iniciativas geradas pelo setor privado e quais suas principais formas de promoção para o desenvolvimento de políticas que busquem a inclusão da pessoa com deficiência, transluzindo seus valores e buscando seu aperfeiçoamento.

Portanto, o presente artigo busca não somente a pesquisa sobre o tema, mas também, visa ser útil para toda a comunidade acadêmica, servindo de fonte de pesquisa para novas produções, além de demonstrar a preocupação social, humana e sua dignidade, no que se refere à empresa e ao meio laboral.

MATERIAL E MÉTODOS

Sendo a pesquisa científica um instrumento da produção conhecimento sistemático, realizamos uma pesquisa bibliográfica, onde revisamos literaturas específicas que contribuíram de forma plausível para a construção do mesmo.

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem, porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta (FONSECA, 2002, p. 32).

Utilizamos livros, artigos, reportagens, leis específicas, estatutos, a Constituição Federal de 1988, dentre outros elementos norteadores.

Tratasse de uma pesquisa exploratória e descritiva da realidade, onde utilizamos do método dedutivo que de acordo com Gil (2008, p.09) “[...] é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular”, na consolidação desse conhecimento.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

DIREITO EMPRESARIAL E RESPONSABILIDADE SOCIAL

Explanado por diversos autores, inclusive Teixeira (2019), com o surgimento pelas suas três fases, o Direito Empresarial evoluiu ao mesmo passo em que a sociedade mudava. Inicialmente, tinha como escopo, apenas organizar os comerciantes que trabalhavam com compras e vendas de mercadorias, utilizando-se apenas de costumes. Com o tempo, foi notado que havia uma necessidade maior, se precisava de um conjunto de regras mais abrangentes, pois as técnicas de comércio começaram a ficar mais complexas. Com o objetivo de estabelecer essas regras, dirigidas unicamente para comerciantes, foi criada a primeira forma de regulamentação, chamada teoria dos atos de comércio.

Essa teoria surgiu em 1804, na França e posteriormente utilizada no código comercial brasileiro de 1850. Na qual, para que fosse considerado comerciante deveria exercer de forma habitual e profissional. O objetivo aqui, também era criar uma delimitação para essa classe, que deveria atender a esses dois requisitos e então serem consideradas. Porém, ao passar do tempo, percebeu outras relações que também mereciam um amparo, pois, apesar de não possuírem

essas características, tinha uma relação, como por exemplo, a prestação de serviço, originada dessa necessidade de expandir.

Como resultado desse período, surgiu a então adotada teoria empresarial, que nada mais é que uma amplitude dos atos comerciais. Utilizada pelo código italiano e parâmetro para a atualização do brasileiro, o então consolidado código civil de 2002, onde se passou a observar os preceitos constitucionais. Vejamos:

A teoria da empresa (italiana) é uma evolução da teoria dos atos de comércio (francesa) por protagonizar o empresário, considerando-o a partir da exploração profissional de atividade econômica organizada, para a produção ou a circulação de bens ou serviços de quaisquer natureza, desde que não seja contrário à moral, à ordem pública, aos costumes e à lei (TEIXEIRA, 2019, p. 42).

A partir desta perspectiva, é observado que a responsabilidade social da empresa nasce com a chegada da teoria empresarial que atualmente não possui mais apenas a visão de classificar quem deve ou não se aderir a essa classe, mas também, o que deve carregar em sua essência. Logo a mesma, adere os princípios constitucionais, que ao mesmo passo onde garante sua criação, por exemplo, a livre iniciativa, defende a necessidade de existir a promoção do desenvolvimento sustentável. Ou seja, a construção de uma empresa está vinculada diretamente a sua responsabilidade em desenvolver responsabilidade social.

A responsabilidade social na empresa, nada mais do que a preocupação da própria, em gerar um bem-estar coletivo, através de políticas ambientais, de saúde, moradia, cultura e educação. Afinal, um dos compromissos da empresa, não é apenas a de obter lucros, mas sim, de ajudar a sociedade a diminuir as desigualdades sociais e promover a dignidade humana. Assim para Costa (2007, p. 01), “A empresa deve inserir-se nas ações da comunidade, investir no bem estar de seus funcionários, terem relações transparentes com cliente e fornecedores e cumprir suas obrigações legais com o governo e seus acionistas”.

Projetos de sustentabilidade que demonstrem preocupação com meio ambiente e comunidade, como exemplo: combate ao desperdício de papel, degradação do solo, economia de água e luz, são algumas maneiras, assim como: financiamento de bolsas de estudo, de oficinas culturais. Como também, destinação de vagas de emprego para pessoas com deficiência, promoção de reconhecimento do trabalho. Todas estas, são maneiras pela qual a

empresa pode demonstrar sua responsabilidade social, promover a dignidade humana, harmonia com a sociedade e ao mesmo tempo, gerar benefícios ao seu próprio empreendimento.

Além disso, como preleciona Júnior e Gesteiro (2004), estão buscando não somente o compromisso com a Constituição, mas também, algo que as diferencie e tragam o bem-estar individual e coletivo. Já se observa em diversas empresas a prática, sem a coercibilidade estatal, pois foi notada pelas referidas, um alto índice de qualidade de vida dos funcionários e melhor rendimento em sua produtividade, também mais adiante, a forma como as empresas são vistas pelo próprio mercado e sociedade. Gerando assim, um Marketing positivo de todos os ângulos.

O VALOR SOCIAL DO TRABALHO E SUA IMPORTÂNCIA NA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Em seu primeiro artigo, a Constituição Federal já assegura que os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana, são preceitos fundamentais, pilares da República Federativa do Brasil ao explicar que:

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 e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019) V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Deixando claro, que ambas possuem forte ligação. Assim como, em seu artigo 170, *caput*. O valor social, mais uma vez é exaltado, algo eminente, advindo para a iniciativa de uma determinada ordem econômica.

Baseando-se um pouco na teoria do valor do trabalho, pela visão de Karl Marx. Acredita-se que a valorização do trabalho é aquela no qual a quantidade de tempo para produzir determinado produto interfere consideravelmente em seu preço final. Desse modo, se pode concluir que o valor social do trabalho, seria a importância, a qualidade dada pelo coletivo, ao próprio trabalho.

Através dessa perspectiva, passa-se a observar o conceito da dignidade humana que é a uma qualidade moral que instiga respeito, honra uma consciência do próprio valor. Ou seja, gera até mesmo no indivíduo uma consciência subjetiva de pertencer a algo. Bebendo na fonte do agora ministro do STF Alexandre de Moraes.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos(MORAES, 2002, p. 128):

Ao exaltar a dignidade humana, está fortificando não somente as bases jurídicas almejada pela Constituição, mas também, a de gerar no individuo uma consciência de estar sendo respeitado pela coletividade, conseqüentemente exteriorizará um bem-estar social.

Desse modo, a importância social do trabalho para a promoção da dignidade humana é crucial, o trabalho literalmente, dignifica o homem, além de gerar uma autoafirmação do trabalhador com sua família, sociedade e, por conseguinte o integrando na vida coletiva.

INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO COMO DIREITO HUMANO

O desenvolvimento do ser humano no seio social ocorre, de acordo com as regras sociais impostas pela sociedade de cada época. A pessoa com deficiência (PCD), ao longo da história é marcada pela humilhação e segregação, onde as limitações iniciavam na maioria das vezes pela própria família. Vejamos:

A PCD que, por sorte, sobrevivesse ao abandono dos familiares, estava fadada a levar uma vida de segregação social, visto que as comunidades primitivas baseavam sua inclusão naquilo em que as pessoas podiam colaborar; sendo inapta fisicamente para atividades rotineiras, a PCD não era bem-vinda ao seio social. (LEMOS, 2017, p. 154-157).

Assim, desde as sociedades primitivas associam as contribuições laborais o valor do ser humano. Como as pessoas com deficiência não atingiam aos padrões comunitários e sociais a tendência era de fato a exclusão. Onde muitas PCD físicas eram até absurdamente encaradas como doentes mentais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), marco histórico na amplitude dos direitos dos seres humanos a nível internacional, já esboça os preceitos inerentes a cada ser

humano ao afirmar em seu artigo 1º que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.” Texto no qual a nossa Carta Magna extrai o substrato para evidenciar o princípio da dignidade da pessoa humana com célula fundamental do nosso ordenamento jurídico.

Seguindo esse raciocínio, o legislador brasileiro busca o norte da inclusão de pessoas com deficiências através da criação, por exemplo, da Lei de Cotas em seu artigo 93, da Lei Federal nº 8.213 de 1991, que transmite em sua essência a contratação de reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência de forma obrigatória, em empresas que contenham até 200 empregados, cota de 2% a 5%; de 201 a 500 empregados, cota de 3% de 501 a 1000 empregados, cota de 4% e de 1001 em diante, cota de 5%.

Ainda assim, o número de profissionais com deficiência que ingressam no mercado de trabalho é baixo. Segundo estatísticas do Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, o Brasil, possui 45 milhões de pessoas com deficiência, na qual, 31 milhões têm idade para ingressar no mercado de trabalho. Segundo a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), em 2017, aproximadamente 444 mil, apenas, estão empregadas.

É fundamental expormos a importância do Estatuto da Pessoa com Deficiência Lei nº 13.146/2015. Ao buscar um antídoto para a inclusão desse público na sociedade com dignidade, principalmente no mercado de trabalho. De acordo com Art. 34 da referida lei “A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.” Assim o empregador deve garantir a inclusão e permanência da pessoa com deficiência, proporcionando de forma justa a sua qualificação, ambiente de trabalho acessível, ou seja, buscar uma inclusão com dignidade.

Ainda no artigo 34 da referida lei é apresentado no seu § 4º que: “A pessoa com deficiência tem direito à participação e ao acesso a cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais oferecidos pelo empregador, em igualdade de oportunidades com os demais empregados” (BRASIL, 2015).

Com o referido dispositivo legal, maximiza a primazia da isonomia, do respeito ao indivíduo em lato sensu, da inclusão da pessoa com deficiência. Onde estará se desenvolvendo em sua prática laboral, ou seja, se aperfeiçoando e garantindo a sua permanência, eliminando os estigmas sociais, ou seja, os ranços historicamente construídos em relação ao mesmo.

O PAPEL DA INICIATIVA PRIVADA NA EMANCIPAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: POLÍTICAS NECESSÁRIAS

Tendo em vista, a função social da empresa, o princípio da dignidade humana e o valor social do trabalho. É de extrema importância se observar que as empresas privadas busquem a promoção de políticas públicas necessárias para o desenvolvimento da pessoa com deficiência e dessa forma, estejam não somente de acordo com a legislação, como também, promovendo o bem estar social, ainda que seja obrigação do estado o dever de fiscalizar e fortificá-las.

As políticas públicas são aqui compreendidas como as de responsabilidade do Estado – quanto à implementação e manutenção a partir de um processo de tomada de decisões que envolvem órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada (HÖFLING, 2001, p.31).

Existem diversas políticas públicas criadas pelo Estado para a iniciativa privada, Como: a Lei de cotas, decreto regulamentador 3.298/1999, que de um modo geral, obriga as empresas a incluir a pessoa com deficiência em seu quadro de funcionários e ainda define em seu artigo, quem é considera como tal, para que não haja dúvidas na hora de contratar.

Art. 3 Para os efeitos deste Decreto 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; II – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; 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 e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida (BRASIL, 1999).

Com esta definição, as empresas ficam vinculadas e desse modo, não podem alegar qualquer argumento contra a sua contratação. Além de mostrar que a mera contratação não é suficiente, é preciso também, apresentar meios na qual a pessoa com deficiência possa exercê-la de forma plena, através de adaptações e desse modo, exaltar mais uma vez o princípio da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho.

Portanto, é notório as incessantes iniciativas do Estado para a garantia dos princípios Constitucionais e a diminuição de “brechas” para a não promoção de inclusão e desenvolvimento por parte das empresas privadas. Hoje, o maior desafio para a implementação de forma efetiva e adequada, não somente dessas políticas públicas, mas, de todas, é acompanhar a constante mudança da sociedade, daí a extrema necessidade que tem um bom planejamento. Vejamos:

Caso o plano desenhado inicialmente seja bom, o resultado ao final será bom. Se o plano é ruim, o resultado é ruim. O que necessitam as políticas públicas é de bons “planejadores” com mentes privilegiadas e “visão de futuro” para se anteceder ao que vem no futuro e fazer planos corretos que levem aos resultados calculados (OLIVEIRA, 2005, p. 275).

Este planejamento deve partir do Estado, ao notar uma necessidade surgida na sociedade e que através de estatísticas e discussões, promova a criação de políticas que cessem necessidades, evitando assim problemas futuros. Cabe também às empresas se adequarem para materializar as políticas gestadas pelo Estado em prol das consolidações dos objetivos das mesmas.

A política pública reflete na economia e nas sociedades e fundamenta as inter-relações entre Estado, política, economia e sociedade. É o campo do conhecimento que busca colocar o governo em ação, propor análise e sugerir mudanças no curso dessas ações. A elaboração de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real (SOUZA, 2005, sp).

A política pública é fundamental para buscar materializar direitos e fomentar um desenvolvimento social e harmônico. Com a gestação de políticas públicas, o mundo real caminha em mudanças plausíveis, logo, as mesmas devem ser desenvolvidas de forma democrática, e assim possibilitando que todos os atores sociais, possam exprimir suas demandas e que as mesmas sejam de fato, levadas em consideração em seu corpo estruturante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade social da empresa é algo que necessita existir, tendo em vista não apenas o surgimento da teoria empresarial, mas emanado da constate evolução da sociedade que necessita de um amparo e uma resposta advinda do Estado juntamente com as empresas privadas.

Devendo não se esquecer dos preceitos garantidos pela Constituição Federal referente principalmente a função social da propriedade devendo a mesma, ser feita de forma coercitiva ou de livre iniciativa, tendo em vista a obrigatoriedade do Estado na promoção dessas políticas públicas. Como também, o respeito à dignidade humana, além de produzir no individuo uma consciência de pertencera algo, dando-lhe um lugar na sociedade, além de exaltar a segurança jurídica trazida pela Constituição.

A pessoa com deficiência e a sua inclusão em diversos setores sociais, já foi um problema exclusivo a própria pessoa. Entretanto, com a evolução da sociedade e do direito, tornou-se um problema de ordem pública, na qual merecia a criação de políticas públicas para a resolução dessa problemática. Logo a limitação desse público ao mercado de trabalho e ao seio social como um todo comprometeria a cidadania e dignidade da pessoa humana, célula da nossa Constituição Federal.

Observa-se, desta forma, que apesar de ser uma garantia Constitucional e alvo de diversos Tratados Internacionais, inerente a todos, essas políticas necessárias ainda precisam ser mais efetivas, podendo, a exemplo, mais financiamento, planejamento, implementação, regulamentação e até mesmo fiscalização estatal. Pois, mesmo com a existência de políticas que promovam a inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho, o Estado e a sociedade precisam ficar sempre atentos. As empresas precisam fazer ainda mais, buscar não somente os benefícios e maquiagem a função social, mas gerar direitos humanos, um espírito de fraternidade, para com o outro.

Com a inclusão social de pessoas com deficiência no mercado de trabalho as empresas materializam a responsabilidade social, assim proferida as mesmas. Onde todos ganharão. As pessoas com deficiência seu trabalho, sua dignidade, sua reafirmação enquanto pessoa, ser social demandante de direitos e obrigações e as empresas por conseguirem benefícios tanto estatais com de aprovação social.

REFERÊNCIAS

COSTA, Carlos Eduardo da. **Responsabilidade Social Empresarial**. 2007. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/responsabilidade-social-empresarial/14182/>. Acesso em: 02 out. 2019.

FERREIRA, Cassia Bianca Lebrão Cavalari. **Responsabilidade Da Empresa e o Direito**. 2006. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7110/1/A%20RSE%20e%20o%20Direito%20revisada%20deposito%20digital.pdf>. Acessado em: 01 out. 2019.

FINATI, Claudio Roberto. **O Valor Social do Trabalho**. 1996. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/114762/1996_finati_claudio_valor_social.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acessado em 01 out. 2019.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

FRANZÃO, Ana. **Função social da empresa: Tomo Direito Comercial**. Edição 1, julho de 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>. Acessado em 01 out. 2019.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2008.

GUIDUGLI, Sidival Tadeu; CAVALLI, Valquiria Trovão; OLIVEIRA, Ludmilla Cavarzere. **Política pública de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: algumas considerações sobre sua formulação, implementação e avanços de 1991 até 2015**, 2017. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8003/1/ppp_n48_pol%C3%ADtica.pdf. Acesso em: 02 out. 2019.

HÖFLING, Eloisa de Mattos. **Estado e Políticas (públicas) Sociais**. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2019.

JÚNIOR, Lídio Val; GESTEIRO, Natália Paludetto. **A Responsabilidade Social da Empresa**. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5612/a-responsabilidade-social-da-empresa>. Acesso em: 01 out. 2019.

JUNTIN, Andréia Fröhlich; FROTA, Mariângela Brum. **Planejamento e políticas públicas: apontamentos sobre as limitações em países em desenvolvimento**, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Computador/Downloads/PLANEJAMENTO%20E%20POL%C3%ADTICAS%20P%C3%9ABLICAS%20%20APONTAMENTOS%20SOBRE%20AS%20LIMITA%C3%87%C3%95ES%20EM%20PA%C3%8DSES%20EM%20DESENVOLVIMENTO.pdf>. Acesso em: 24 out. 2019.

LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. **Direito ao trabalho como elemento de inclusão social da pessoa com deficiência: Análise da Lei no 13.146/2015**, 2017. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p153.pdf. Acesso em: 02 out. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 128.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim. **Desafios do planejamento em políticas públicas: diferentes visões e práticas**, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n2/v40n2a06.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

RADAR, Money. **Responsabilidade Social: O que é e Qual o Benefício para a Empresa**. 2018. Disponível em: <https://moneyradar.com.br/blog/responsabilidade-social-o-que-e-e-qual-o-beneficio-para-empresas>. Acesso em: 05 out. 2019.

SANTOS, Debora Maria. **Especialistas e alunos discutem "Inclusão de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho"**. 2019. Disponível em: <http://www.fundacentro.gov.br/noticias/detalhe-da-noticia/2019/7/especialistas-e-alunos-discutem-inclusao-de-pessoas-com-deficiencia-no-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 10 out. 2019.

SINGER, Paul. **Curso de introdução à economia política**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Teoria_do_valor-trabalho. Acessado em 01 out. 2019.

VERDÉLIO, Andreia. Reporte da Agencia Brasil. **Apenas 1% dos brasileiros com deficiência está no mercado de trabalho**. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/apenas-1-dos-brasileiros-com-deficiencia-esta-no-mercado-de>. Acesso em: 10 out. 2019.

A MITIGAÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR EM FACE DO CUMPRIMENTO DE METAS ESTABELECIDAS PELAS EMPRESAS DE SALÕES DE BELEZA

FIGUEIRÊDO, Maria Marianny Rodrigues de.¹

FIGUEIREDO, Sara Pinheiro de.²

MORAES, Éverton Gonçalves de.³

RESUMO

O presente artigo visa discutir a proteção da saúde do empregado pelo empregador, bem como análise das metas estabelecidas, em muitas vezes de forma desproporcional e que colocam em risco a saúde do trabalhador. Um dos exemplos temos os funcionários de salões de beleza, possuindo metas exorbitantes e tendo que passar horas executando a mesma tarefa. A partir de uma pesquisa qualitativa de revisão bibliográfica, provenientes de leitura de livros, artigos e revistas digitais, é possível a constatação que é exigida uma condição ao empregado que é prejudicial a sua saúde, ocasionando assim doenças como LER/DORT, contrariando a principal norma do direito trabalhista que é de proteção à pessoa do empregado.

Palavras-chave: Proteção. Direito. Doenças ocupacionais. LER/DORT.

ABSTRACT

This article aims to discuss the employer's health protection by the employer, as well as the analysis of the goals set, often disproportionately and that endanger the health of the worker. One example is beauty salon staff, having exorbitant goals and having to spend hours doing the same task. From a qualitative research of bibliographic review, from reading books, articles and digital magazines, it is possible to find that a condition is required to the employee that is harmful to his health, thus causing diseases such as RSI / WRMD, contrary to the main norm of labor law that is of protection to the person of the employee.

Keywords: Protection. Right. Occupational diseases. LER /DORT.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho expõe o direito do trabalho em detrimento às metas estabelecidas por as empresas para aumento de produtividade. A partir de análises feitas sobre textos de livros, artigos, revistas e pesquisas.

¹ Graduanda do curso de Direito da FAFIC;

² Graduanda do curso de Direito da FAFIC;

³ Professor do Curso de Direito da FAFIC. Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável – PPGD/UNIPÊ. Integrante do GP Estado, Sociedade Civil e Desenvolvimento Econômico Sustentável;

O direito trabalhista surgiu nos primórdios das civilizações, a partir de pequenos gestos do cotidiano. No Brasil, no século 19, já existiam normas falando sobre o assunto, porém, veio organizar-se com a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), objetivando sempre a proteção do trabalho e do trabalhador.

Atualmente, devido ao aumento do capitalismo e da população mundial, a produção de produtos e serviços subiram a grandes patamares, fazendo com que houvesse a necessidade do aumento de número de funcionários consequentemente, devido aos altos custos, foi criado o sistema de produção, também conhecido como metas. Esse sistema regulamenta quanto o empregado tem que produzir para continuar na empresa.

O grande problema localiza-se no aumento excessivo da quantidade de metas conforme o tempo. Surge então o receio do empregado em perder seu emprego, “forçando-o” a ultrapassar as condições adequadas de trabalho, prejudicando diretamente sua saúde.

Com isso, o número de doenças acometidas por trabalhadores cresceu nos últimos anos ainda mais, LER e DORT são exemplos clássicos disso. Essas doenças são causadas pelos movimentos repetitivos em um curto espaço de tempo, assim, justificando por que atinge diretamente os trabalhadores: metas empregatícias abusivas.

Nos salões de beleza, na maioria das vezes, os cabelereiros (a), recebem por cliente atendido e quanto mais rápido for, mais clientes vão atender, ignorando a ergonomia. Apesar de uma produtividade alta, a saúde decai consequentemente, provocando assim, a saída “rápida” do mercado de trabalho devido aos problemas de saúde.

DESENVOLVIMENTO

BREVE HISTÓRICO

A origem do trabalho remonta-se desde os primórdios das civilizações, quando os humanos primitivos precisavam plantar e colher para sua subsistência, porém, modificou-se com o passar dos anos, adicionando mais um critério: a subordinação. Pois antes quem trabalhava para si, começou a trabalhar pra outrem, assim obtendo o seu sustento e de toda sua família, o que ocorria muito na idade média (época feudal).

A consolidação das leis trabalhistas (CLT) ocorreu no ano de 1943, pelo Decreto-Lei nº 5452 sancionado pelo presidente Getúlio Vargas com o objetivo positivar direitos e deveres do

empregado e empregador, a fim de proteger o empregado de abusos ocasionados pelo empregador. Vale salientar, que antes mesmo da supracitada Lei, já havia outras, como por exemplo: Decreto 1.313 de 17/01/1981, estabelecendo idade mínima para crianças trabalharem; Outro exemplo seria o decreto 1.637 de 05/01/1907, tendo em seu texto à permissão a criação de sindicatos e cooperativas. A CLT veio justamente para unificar todos esses decretos e leis. Aquela é uma norma protecionista ao empregado, sendo este a parte mais vulnerável da relação empregatícia.

Com o advento da Constituição de 1988, as normas positivadas na CLT, intensificaram-se, pois aquela trouxe como entre seus princípios basilares a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, assim fortalecendo a ideia de que o empregador deve proporcionar condições dignas de trabalho, promovendo não só um ambiente propício para realização das atividades laborais, bem como, respeitar os limites físicos de cada trabalhador.

Iniciando esse ponto, surge a pergunta: o que é o direito do trabalho?! Nas palavras de Carla Romar (2018) “trata-se do ramo da Ciência do Direito composto pelo conjunto de normas que regulam, no âmbito individual e coletivo, a relação de trabalho subordinado, que determinam seus sujeitos (empregado e empregador) e que estruturam as organizações destinadas à proteção do trabalhador”. Nesse conceito já é proposta a teoria subjetivista deste direito, onde a proteção é um dos objetivos primordiais desta Lei.

Ao longo dos anos, a CLT foi sendo modificada, cada vez mais se adequando a sociedade que vem evoluindo tecnologicamente, necessitando também da proteção de novas modalidades de empregados e ampliando direitos de outros, como a exemplo da empregada doméstica. A última modificação entrou em vigor no ano de 2017 por a lei nº 13.447, considerada pela maioria dos especialistas como: uma grande restrição ao direito do trabalho.

SAÚDE DO TRABALHADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Com o advento da Constituição de 1988, as normas positivadas na CLT, intensificaram-se, pois aquela trouxe como um de seus princípios basilares a dignidade da pessoa humana, assim fortalecendo a ideia de que o empregador deve proporcionar condições dignas de trabalho, promovendo não só um ambiente propício para realização das atividades laborais, bem como, respeitar os limites físicos de cada trabalhador.

A Constituição Federal de 1988 trouxe no rol de seus direitos sociais os direitos trabalhistas que estão estabelecidos no art. 7º, dispondo no seu inciso XXII o seguinte enunciado: “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”. Reforçando mais ainda o que dispõe texto da CLT, que trata especialmente sobre todas as normas de proteção estão no capítulo V, do título II, sobre segurança e medicina do trabalho, corresponde aos artigos 154 ao 223, respectivamente.

A CLT não trabalha sozinha nesse parâmetro protecionista, conta não só com o amparo jurídico fundamental da Carta Magna de 1988 e como também com as NR (normas regulamentadoras) que dão suporte para determinar questões médicas e clínicas, as quais o trabalhador pode ser exposto ou não. Sem essas normas não seria possível à quantificação e qualificação do risco que o trabalhador está exposto.

Cada norma regulamentadora fala sobre um assunto diverso, com o intuito de “complementar” o texto da CLT, como por exemplo: Na CLT dispõe que os trabalhadores que se expõe em ambiente insalubre devem ganhar 30% de adicional salarial, porém, o mesmo dispositivo, não lista que atividades são insalubres, tendo que recorrer a NR15.

AS OBRIGAÇÕES DO EMPREGADOR PARA COM A SAÚDE DO EMPREGADO

Como dito anteriormente, as normas de proteção ao trabalhador, asseguram uma saúde básica que possa lhe proporcionar melhores condições de trabalho ou pelo menos condições que não prejudiquem aquele. Apesar disso, a CLT não traz que o empregador tem obrigação de arcar com o plano de saúde do empregado, deixando essa particularidade para o contrato de trabalho estabelecido entre as partes. Se aquele for ofertado, torna-se um direito adquirido, encaixando-se no salário in natura, previsto pela lei citada, no seu art. 458, dispondo:

Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações “in natura” que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

Além de serem estipuladas essas condições, ficava a critério do Ministério do Trabalho a fiscalização das empresas e as condições em que a mesma colocava a seu trabalhador. Porém, posteriormente a reforma trabalhista de 2017, o órgão responsável por essa fiscalização, o

ministério do trabalho foi extinto sendo agrupado a Secretaria da Economia. Com isso, dificultou mais a fiscalização das empresas, abrindo brechas para mais irregularidades, uma delas sendo as metas exorbitantes de trabalho.

CONDIÇÕES ABUSIVAS DE TRABALHO

Uma das maiores táticas para aumento de produção, por parte da empresa, é o estabelecimento de metas para o empregado. Porém, além da condição do produto fabricado, que pode inclusive baixar de qualidade, está em jogo à saúde do empregado que se vê obrigado a fazer sacrifícios, físicos e até mesmo psicológicos, para cumprir o estabelecido. Essa conduta é caracterizada como uma condição abusiva de trabalho. A condição abusiva do trabalho seria a exigência por parte do empregador ao empregado para que ele cumpra metas acima do que a capacidade física e psicológica deste suporta.

Em um julgamento do TRT da 24ª região pela demissão de um gerente do banco pelo não cumprimento de metas estabelecidas, os depoimentos tanto do ex-empregado quanto dos outros trabalhadores da empresa, que foram ouvidos como testemunhas, o funcionário que menos produzia era demitido, havendo inclusive pressão psicológica do superior hierárquico da empresa, chamando a produção daqueles de “medíocre”. Com essas afirmações o desembargador Márcio Vasques expõe seu pensamento em decisão:

Tais declarações demonstram a prática constrangedora e vexatória adotada na reclamada com relação aos empregados, em razão do não cumprimento de metas. Ao se dirigir aos subordinados de maneira hostil, desrespeitosa e grosseira, a ponto de aqueles se sentirem humilhados e inferiorizados, revela o completo desrespeito por parte da chefia e abuso do poder diretivo. Destarte, o conjunto probatório evidencia que o reclamante foi tratado de forma humilhante e constrangedora, sendo vítima de atentados contra sua honra e dignidade (VASQUES).

Como exposto acima, esse caso só chegou ao judiciário pela demissão do empregado, mas, se este não tivesse sido demitido, talvez aquele órgão, nunca fosse saber a que condições o empregado estava sendo exposto. Essa conduta não é incomum na realidade cotidiana, os trabalhadores com receio da demissão e de perder sua única forma de sustento, acabam submetendo-se a certos tipos de situações como essa, e grande maioria não tem coragem, nem de ao menos, reclamar ou requerer uma condição de trabalho mais digna.

Outros casos são relatados, como empresas que instalam câmeras para controlar a produção do funcionário, onde uma simples ida ao banheiro é configurada como “perca de tempo”. Os trabalhadores que sofrem esse tipo de conduta acabam encontrando refúgio nessas simples “desculpas”, por que a pressão psicológica é claramente configurada, provocando danos psicológicos irreversíveis. O jovem Walisson Fidelis, 22 anos de idade, trabalhou em uma empresa de telefonia e em uma entrevista a Gazeta Web, desabafou:

Tínhamos o tempo para os atendimentos. Muitas vezes, a cobrança era que eles tivessem 180 segundos, mas, às vezes, o problema do cliente demandava mais tempo. Se passasse daquilo, o supervisor vinha cobrar, dizia que isso estava atrapalhando o resultado dele, da equipe. No primeiro setor onde trabalhei, de cancelamentos, nossa meta era impedir que o cliente cancelasse e quando ele cancelava era ruim pra gente. Eram metas impossíveis de bater (BASTOS E GOMES, 2018).

Como exposto acima, o tratamento oferecido pela empresa era não só desumano, mas, também ofensivo à saúde psicológica e física dos funcionários. Ocasionalmente diversos problemas de saúde.

DOENÇAS OCUPACIONAIS

Doenças ocupacionais ou também conhecida como doenças profissionais típicas, está definida no artigo 20, I da Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991, são caracterizadas pelas doenças que surgem pelo exercício específico que uma profissão desempenha. Deste modo, faz-se necessária a comprovação de nexos de causalidade entre a doença acometida pelo trabalhador e a função desempenhada pelo mesmo, a título de exemplo de trabalhadores que comumente são acometidos cita-se: digitadores, professores, cabelereira, dentre outros.

Atualmente as doenças ocupacionais configuram enfermidades com o mesmo caráter dos acidentes de trabalho no panorama legal. Entretanto nem sempre foi assim, até a década de 60, apenas os acidentes de trabalho eram considerados enfermidades derivadas da profissão. Somente na década de 70, com crescimento da classe médica e da indústria no País, que ocasionou o aumento consideravelmente distúrbios relacionados a agentes físicos, químicos e térmicos, as doenças ocupacionais passaram a ser vistas com o enfoque que merecem.

Já o início da década de 80 ficou marcado pela disseminação da informática nas empresas brasileiras, ocasionando novas doenças ocupacionais onde os casos de tenossinovite

entre digitadores, levaram os sindicatos de trabalhadores em processamento de dados a lutar pelo reconhecimento das lesões como doenças profissionais.

A virada do milênio inaugurou um período marcado pela exigência cada vez maior nas mais diversas áreas. Do excesso de pressão, multiplicaram-se as doenças de caráter psicossocial, como depressão, ansiedade, estresse ou síndrome do pânico.

ENTRE DOENÇAS OCUPACIONAIS: LER E DORT

Inicialmente se faz necessária a diferenciação entre estas doenças, onde Lesões por Esforços Repetitivos (LER) são designadas para definir toda e qualquer lesão causada por movimentos repetitivos, e Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho (DORT) nada mais é do que o termo que define apenas as lesões em que há correlação do quadro clínico com o trabalho desempenhado pela pessoa.

Por DORT entende-se um conjunto de síndromes (quadros clínicos, patologias, doenças) que atingem os nervos, músculos e tendões, juntos ou separadamente. Como são resultado da combinação da sobrecarga das estruturas anatômicas do sistema osteomuscular com a falta de tempo para sua recuperação, têm seu surgimento relacionado a condições de trabalho inadequadas. (WAGNE; RODRIGUES; FRIES, 2006)

Nesta conjuntura, as consequências da DORT estão inteiramente relacionadas a fatores como: excesso de movimentos repetitivos, postura incorreta, condições físicas insuficientes, ausência de pausa e descanso, local de trabalho (mesas e cadeiras inadequadas), jornadas excessivas. Também, incluem-se os fatores psicossociais, como: ansiedade, estresse ocupacional devido à pressão, entre outros fatores.

Em 23 de novembro 1990 fora editada a Portaria MTE/MPS nº 3.751, que revogou a Norma Regulamentadora nº 15, onde a mesma tratou sobre diversos aspectos das condições de trabalho que propiciavam o aparecimento das DORT, aconselhando a adequação ergonômica dos postos de trabalho e pausas para descanso em determinadas atividades. Temos ainda a Norma Regulamentadora 17, que no campo da prevenção estabelece parâmetros que permitam a adaptação das condições de trabalho às características psicofisiológicas dos trabalhadores, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente.

Segundo levantamento do Ministério da Saúde em 10 anos, as Lesões por Esforços Repetitivos (LER) e os Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (DORT) são as

doenças que mais afetam os trabalhadores brasileiros. A constatação é do estudo Saúde Brasil 2018, do Ministério da Saúde. Utilizando dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), o levantamento aponta que, entre os anos de 2007 e 2016, 67.599 casos de LER/DORT foram notificados à pasta. Neste período, o total de registros cresceu 184%, passando de 3.212 casos, em 2007, para 9.122 em 2016. Tanto o volume quanto o aumento nos casos nesse período sinalizam alerta em relação à saúde dos trabalhadores.

O estudo apontou, também, que esses problemas foram mais recorrentes em trabalhadores do sexo feminino (51,7%), entre 40 e 49 anos (33,6%), e em indivíduos com ensino médio completo (32,7%). A região que registrou o maior número de casos foi o Sudeste, com 58,4% do total de notificações do país no período. Em 2016, os estados que apresentaram os maiores coeficientes de incidência foram Mato Grosso do Sul, São Paulo e Amazonas.

PROFISSIONAIS DA BELEZA

Segundo MEIRELLES (2006) e PENA; MINAYO-GOMEZ (2010):

O setor de serviços, também denominado setor terciário, engloba uma gama variada de atividades, de processos e produtos com diferentes características e organização de mercado. Dentre as atividades econômicas encontra-se o comércio, distribuição, consumo, transporte, administração, educação, telecomunicação, serviços de saúde, manutenção da ordem e diversas outras. O que diferencia este setor dos demais, principalmente no que se refere à saúde do trabalhador, é a noção de simultaneidade e a relação mais direta entre o trabalhador e o cliente ou usuário do serviço devido à co-presença destes no processo de produção. A interatividade ocasionada pela inserção do consumidor no ambiente de trabalho, atuando como possível agente de risco ou de carga de trabalho biológica, psíquica e ergonômica, pode ou não assumir condições propícias para levar ao adoecimento do trabalhador ou do próprio consumidor (apud MOURA, J. S.; MENDES, D. P.; MORAES, G. F. S. 2017, p. 45).

Uma característica que merece destaque sobre esses profissionais a gestão emocional, pois os mesmos são expostos constantemente a elevadas cargas emocionais e são obrigados a administrá-las, para que ao expor as mesmas por meio de representação corporal e facial sejam aceitas por todos os consumidores com os quais se relaciona profissionalmente. O controle sistemático das emoções e dos sentimentos gera conflitos psíquicos capazes de conduzir a distúrbios latentes nestes profissionais, sobretudo o estresse crônico.

As atividades exercidas por cabeleiros possuem uma sobrecarga física relacionada a horários e jornadas de trabalho excessivas, em dias de maior movimento nos salões de beleza chega a ter onze horas, e muitas vezes sem pausas fixadas para refeição, descanso e para satisfação de suas necessidades fisiológicas. Bem como a posição incorreta durante longos períodos de tempo, e esforços repetitivos em um único membro.

Os cabeleiros e outros profissionais de institutos de beleza estão sujeitos a diversos agravos à saúde devido aos fatores de risco presentes em suas atividades de trabalho, dentre os quais destaca-se o manuseio de agentes químicos presentes em produtos para tingimentos e alisamentos de cabelos, além de agentes físicos como ruído, alta temperatura e vibrações, e aspectos ergonômicos, como a adoção de posturas inadequadas. Somando-se a isso, temos a exigência na qualidade do serviço, competitividade entre os profissionais, jornadas prolongadas de trabalho com ausência de pausas, principalmente nos finais de semana, onde a movimentação nos Institutos é maior (MUSSI, 2005).

O mercado de trabalho dos profissionais cabeleiros vem crescendo constantemente e com isso também vem aumentando o número de lesões por esforço repetitivo e as doenças osteomusculares relacionadas ao trabalho (LER/DORT), que estão diretamente relacionadas pela carga horária diária excessiva, muito tempo em pé e movimentando o braço e o punho repetidamente.

Em estudo realizado na cidade de Cajazeiras-PB com profissionais cabeleiros, avaliando 31 profissionais pertencentes ao núcleo dos cabeleiros da Cidade de Cajazeiras-PB, verificou-se que a maioria dos trabalhadores nessa atividade ocupacional ser do feminino, com a faixa etária de maior predominância é entre 31 e 40 anos (MEDEIROS; MEDEIROS, 2012). Em relação ao tempo de atividade profissional, houve uma diversificação e 25,8% dos cabeleiros tem de 5 a 6 anos de profissão, fator relevante para o aparecimento dos sintomas de LER/DOR, onde mais da metade tem carga horária diária de trabalho entre 6 a 10 horas diárias.

Quanto à postura predominante durante a atividade profissional, identifica-se a postura em pé durante toda a jornada e realizando movimentos repetitivos, por fim, com relação aos locais de relato de dor, encontra-se em mão e o punho como as regiões anatômicas mais acometidas, sendo estas as mais usadas por esses profissionais durante o trabalho. Uma vez que eles passam grande parte do tempo realizando movimentos com escova, secadores e tesouras, favorecendo o aparecimento desses sintomas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As LER/DORT são doenças que podem ser prevenidas, desde que se tenha adoção de ações preventivas, sendo adotados parâmetros e seguindo as regulamentações sobre ergonomia no ambiente de labor.

Quanto os cabelereiros podemos visualizar a mitigação de sua saúde em face das metas exaustivas imposta aos mesmos, com jornadas com mais de 8 horas diárias chegando à 11 horas em dias com maior movimento nos institutos de beleza, e muitas das vezes sem intervalo intrajornada para alimentação e descanso, descumprindo respectivamente a Constituição Federal que é clara em determinar que a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais” (Art. 7º, XIII). Bem como a CLT em seu artigo 59 estabelece que não pode haver mais de duas horas extras diárias e o artigo 71 do mesmo diploma legal que traz a obrigatoriedade da concessão de intervalo dentro da jornada de trabalho diária do trabalhador.

O Poder Judiciário reconhece que a política de metas abusivas de trabalho pode causar danos psicológicos aos trabalhadores. Compreende que objetivos inalcançáveis geram insegurança constante para o funcionário em relação à permanência dele no emprego. A Justiça considera ainda que as metas abusivas poluem o ambiente de trabalho, tratando-se, assim, de um assédio moral coletivo e organizacional, que atinge todo o conjunto de colaboradores.

Como consequência das metas abusivas tem-se também as doenças de LER/DORT, que acomete um grande percentual dos profissionais objeto da presente discussão, uma vez que passam muitas horas em posturas inadequadas, realizando movimentos repetitivos nas regiões de punho e mãos. A movimentação manual é tratada pela NBR ISO ABNT NBR ISO 11228-3:2014 11228-3:2014 que traz informações sobre movimentação de cargas leves em alta frequência de repetição, isto é, atividades que necessitam carregar cargas pequenas ou leves, mas onde o trabalhador precisa repetir esta tarefa diversas vezes seguidas, sendo este o caso dos profissionais da beleza, onde os mesmos ao serem acometidos por estas doenças, geradas como consequência do não cumprimento das normas de ergonomia, saem temporariamente ou até mesmo definitivamente do mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mariana Lopes. **As obrigações do empregador com o plano de saúde.** Disponível em: <https://www.megajuridico.com/as-obrigacoes-do-empregador-com-o-plano-de-saude>. Acesso em: 09 out. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO 11228-3:2014: Ergonomia- Movimentação manual.** Rio de Janeiro, 2014.

BASTOS, Larissa. GOMES, Thiago. **Metas abusivas: sucesso para as empresas se transforma em pesadelo de trabalhadores.** Disponível em: <http://gazetaweb.globo.com/portal/especial.php?c=50254>. Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho. LEI Nº 13.467, de 13.jul.2017.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 23. out. 2019.

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: 09 out. 2019.

DINÂMICA, CLT. **Normas regulamentadores – NR17.** Disponível em: http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/NRs/NR_17.html. Acesso em: 20 out. 2019.

FREITAS, Danielli Xavier. **TRT 24ª Região: Gerente do HSBC demitido por não cumprimento de metas receberá danos morais.** Disponível em: <<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/208423586/trt-24-regiao-gerente-do-hsbc-demitido-por-nao-cumprir-metas-recebera-danos-morais?ref=feed>>. Acesso em: 09 out. 2019.

GUSMÃO, Mônica de Cavalcanti. **CLT: A empresa é obrigada a manter plano de saúde?.** Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/clt-empresa-e-obrigada-manter-plano-de-saude/>. Acesso em: 09 out. 2019.

LACOMBE , Patrícia. **LER E DORT: CONHEÇA OS SINTOMAS, CAUSAS E TRATAMENTO.** [S. l.], 19 jun. 2017. Disponível em: <http://patricialacombe.com.br/blog/ler-e-dort-conheca-os-sintomas-causas-e-tratamento/>. Acesso em: 30 out. 2019.

LOPES, Marcus. **Antes da CLT, país já tem tinha leis trabalhistas; a primeira é do século 19.** Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/07/13/antes-da-clt-pais-ja-tinha-leis-trabalhistas-a-primeira-e-do-seculo-19.htm>. Acesso em: 09 out. 2019.

MACIEL, Victor. **LER e DORT são as doenças que mais acometem os trabalhadores, aponta estudo.** [S. l.], 30 abr. 2019. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45404-ler-e-dort-sao-as-doencas-que-mais-acometem-os-trabalhadores-aponta-estudo>. Acesso em: 09 c out. 2019.

MEDEIROS, MÉRCIA DE FRANÇA NÓBREGA; MEDEIROS, LA VOISIER MORAIS DE. **Sintomas de Ler/Dort em Profissionais Cabeleireiros da Cidade de Cajazeiras,**

Paraíba. Revista brasileira de ciências da saúde, [s. l.], 2012. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/rbcs/index>. Acesso em: 10 out. 2019.

MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. **Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e execução e suas questões polêmicas**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOURA, J. S.; MENDES, D. P.; MORAES, G. F. S. **O custo humano de ser bonito(a): as (in)possibilidades de manutenção da saúde dos cabeleireiros de um instituto de beleza**. R. Laborativa, v. 6, n. 1 (especial), p. 45 abr./2017. Disponível em: <https://ojs.unesp.br/index.php/rlaborativa>. Acesso em: 28 out. 2019.

MUSSI G. **Prevalência de Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (LER/DORT) em profissionais cabeleireiras de Institutos de Beleza de dois distritos da cidade de São Paulo**, [Dissertação de Mestrado]. São Paulo: UNICAMP, 2005. P.30-31.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

TURCANO, Mário Sergio. **Os reflexos das metas abusivas praticadas nas instituições financeiras**. Disponível em: <https://mturcato.jusbrasil.com.br/artigos/388430577/os-reflexos-das-metas-abusivas-praticadas-nas-instituicoes-financeiras?ref=feed>. Acesso em: 09 out. 2019.

TRABALHO, Tribunal superior do. **História: criação da CLT**. Disponível em: <https://trt-24.jusbrasil.com.br/noticias/100474551/historia-a-criacao-da-clt#targetText=Dia%20%20de%20maio%20de,o%20per%C3%ADodo%20do%20Estado%20Novo>. Acesso em: 09 out. 2019.

WAGNE, José Luis; RODRIGUES, Aracéli; FRIES, Karin Jane. **Cartilha sobre LER/DORT**. SINASEFE, [s. l.], 2006. Disponível em: http://www.sinasefe.org.br/antigo/cartilha_ler_dort.pdf. Acesso em: 27 set. 2019.

ADOÇÃO “À BRASILEIRA”: uma análise acerca da (in) possibilidade jurídica de seu reconhecimento à posteriori

Jânio Bezerra de Menezes¹
Mayara Mabel S. de Souza²

RESUMO

Denota-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 formalizou disposições essenciais acerca dos meios legítimos de proteção a família, em especial a criança e adolescentes, através de direitos e garantias fundamentais, bem como, por princípios norteadores. Partindo destes fundamentos, a Lei nº 12.010/2009, Código Civil de 2002 e Estatuto da Criança e Adolescente, buscaram estabelecer um rigoroso procedimento adequado para formalização da adoção, nos moldes dos preceitos constitucionais. Logo, em razão de fatores sociais e jurídicos surge a adoção “à brasileira” proveniente da paternidade ou maternidade socioafetiva, considerada prática ilegal e configurada como tipo penal previsto no art. 242 do Código Penal. Partindo do mencionado contexto, surge a indagação frente ao atual aspecto social e jurídico, a saber, quais são as possibilidades de convalidação a posterior deste tipo de adoção, haja vista que este ato é considerado crime. Utilizamos a metodologia dedutiva para buscarmos e entendermos que a prática da “adoção à brasileira” ainda é utilizada e a depender do caso concreto, a jurisprudência à convalidada.

Palavras-chave: Procedimento da adoção. Adoção “à brasileira”. Crime contra o estado de filiação.

ABSTRACT

It is noted that the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 formalized essential provisions on the legitimate means of protecting the family, especially children and adolescents, through fundamental rights and guarantees, as well as by guiding principles. Based on these grounds, Law No. 12.010 / 2009, Civil Code of 2002 and Statute of the Child and Adolescent, sought to establish a rigorous proper procedure for formalization of adoption, in accordance with constitutional precepts. Therefore, due to social and legal factors, adoption “The Brazilian” from paternity or socio-affective maternity, considered illegal practice and configured as a criminal type provided for in art. 242 of the Penal Code. From the mentioned context, the question arises from the current social and legal aspect, which are the possibilities of later validation of this type of adoption, given that this act is considered a crime. We use a deductive methodology to seek and understand that the practice of “adoption in Brazil” is still used and depends on the specific case, a case law to validate.

Key-works: Adoption Adoption "the Brazilian". Crime against the state of affiliation.

Jânio Bezerra de Menezes, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais-Direito pela FESC-FAFIC, Advogado OAB/PB nº 25.120 do Escritório Oliveira Advogados Associados, Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário, Pós-graduando em Docência no Ensino Superior, Assessor Jurídico Municipal, Conciliador/Mediador. E-mail: janiomenezess@gmail.com.

² Mayara Mabel Soares de Souza, Bacharelanda em Ciências Jurídicas e Sociais-Direito pela FESC-FAFIC, Conciliadora/Mediadora, 8º Período, e-mail: mayaramabels@gmail.com.

INTRODUÇÃO

É imperioso de início destacar que, o Estado, no intuito de proteger e resguardar a família, confere nítida proteção por intermédio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no qual inseriu como núcleo fundamental e natural no âmbito social. Isso porque é considerada, em essência, a formadora e responsável pelo desenvolvimento social, entretanto,

isso decorreu em razão da construção de um contexto histórico do país, passando por edificação legislativa.

Para tanto, deve-se evidenciar que no Brasil, em detrimento do progresso, seja no viés humano, jurídico ou social, surgiu um forte destaque diante do avanço da normatização no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, proporcionando desta forma, a máxima pacificação social possível. Demonstrando principalmente as novas formas de configuração e modelos de famílias, indo além da contextualização de família como apenas provenientes da consanguinidade, pondo também em questão, o afeto em primeiro momento.

Com efeito, foi na Carta Magna de 1988, que, considerando em sua efetiva literalidade, buscou, dentre outros aspectos de vultosa relevância, a proteção da criança e adolescente em diversos vieses, entretanto, em especial, no contexto que envolvem os núcleos familiares. Deste modo, foi tratado em seu texto, a imposição de distinções significativas provenientes entre adoção e filiação, mediante exposição de direitos e garantias iguais entres estes, inclusive diante das formas de adoção, indo assim ao encontro de desencadeadas discursões acerca das diversidades de procedimentos que porventura deverão ser adotados e conseqüentemente respeitados no processo de adoção. Surgindo assim a Lei nº 12.010/09 denominada de Lei de Adoção, no qual fez disposições concernentes à adoção, tanto no Código Civil de 2002, como no Estatuto da Criança e Adolescente.

Mesmo assim, surge por intermédio de múltiplos fatores jurídicos e sociais a chamada adoção “a brasileira”, considerada como sendo aquela que é proveniente da maternidade e paternidade socioafetiva de pessoas que, por motivos alheios, comparecem em determinado Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e por espontânea e livre vontade declaram como sendo o genitor ou genitora de filho biológico de outrem, no qual configura o tipo penal de registro de falsidade ideológica consagrada no art. 299 do Código Penal.

Com isso, diante do mencionado contexto, faz aqui surgir a seguinte problemática: perante o atual aspecto social e jurídico, quais são as (in)possibilidades de convalidação a posterior deste tipo de adoção, haja vista que este ato é considerado crime.

Deste modo, o presente artigo buscará ir ao encontro de evidenciar os aspectos gerais concernentes ao instituto da adoção no ordenamento jurídico atual, em seguida apresentar o sistema normativo quanto ao procedimento da adoção mediante a Lei nº 12.010/09, bem como, ao Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), por fim, ainda nos resultados e discursões da pesquisa será apresentado a conceituação da adoção “a brasileira”, a sua análise frente ao art.

242 do Código Penal, adentrando na efetiva discursão acerca da (in)possibilidade de seu reconhecimento à posteriori.

MATERIAL E MÉTODOS

Na perspectiva de alcançar os resultados da pesquisa, será utilizado o método de cunho dedutivo, utilizando-se de materiais teóricos, tais como, doutrina concernente ao direito civil, penal e constitucional, bem como, revistas jurídicas, artigos científicos, legislação e análise jurisprudenciais tendo em vista que será extremamente necessária para verificar o atual posicionamento dos tribunais acerca da chamada adoção “a brasileira”, serão ainda utilizados sites eletrônicos que tratam de conteúdo jurídico, pesquisas bibliográfica. Deste modo, será possível firmar e esquematizar deduções através do material ora mencionado, com a finalidade de conseguir adentrar um nítido e efetivo resultado de pesquisa.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

CONCEITOS E ASPECTOS GERAIS DO PROCEDIMENTO DA ADOÇÃO

De início, cabe aqui evidenciar que o instituto da adoção é norteado por diversas discursões conceituais e principalmente quanto a sua natureza jurídica, entretanto, cabe aqui apresentar a sua definição a partir da doutrina atualmente consagrada, no qual é possível identificar seus contornos e diretrizes, que obteve respaldo por intermédio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Deste modo, segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2018, p. 416) considera-se que a:

Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Através desta conceituação, percebe-se que a autora dispõe a respeito de evidenciar a existência de certos requisitos legais, para que assim seja possível trazer ao núcleo familiar

determinada criança ou adolescente, não importando para tanto se existe ou não relação de parentesco, pois o que irá ser necessário será o revestimento da condição de filho. Pois, por meio de um ato solene estrito será efetivada adoção, como também menciona Pablo Stolze (2018, p. 695): “[...] um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotante, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica”.

Não é, portanto, considerado um ato negocial, tendo em vista que é caracterizado por intermédio do comportamento humano que possui seus próprios efeitos previstos na legislação pertinente, além disso, em nenhum momento irá ocorrer à liberdade de escolha frente às consequências jurídicas.

Com isso, demonstrada a atual definição acerca do instituto da adoção, é imperioso apresentar a natureza jurídica pertinente, pois cabe aqui destacar que no Código Civil de 1916 a sua natureza jurídica era considerada como sendo um caráter contratual, isso decorre do fato de que se concretizava por meio de um negócio jurídico bilateral e solene, através de escritura pública, que adiante seria conseqüentemente ratificado e aprovado por ambas as partes, além de que, caso o adotado fosse maior de idade, bem como, capaz civilmente, deveria comparecer de forma pessoal, ao contrário daquele tido como incapaz, onde era representado por seu pai, tutor ou curador. Vale ainda destacar que, se perfazia nitidamente a natureza contratual visto que poderia ocorrer a dissolução do vínculo quando o adotado completasse a idade que fosse considerada maior, e capaz por intermédio de acordo de vontades.

Mas tal concepção de natureza jurídica fora ganhando novos contornos, mediante o qual, por meio da CRFB/88, obteve-se novo direcionamento, passando a ser considerado um ato efetivamente complexo, sendo que se exige a presença de uma sentença judicial, em que tal exigência passou a ser também prevista no art. 47 do ECA, bem como, no art. 1.619 do Código Civil de 2002, mediante a nova redação concebida pela Lei nº 12.010/2009.

Deste modo, a atual disciplina da adoção está compreendida em diversos diplomas normativos, dos quais a CRFB/88 em seu art. 227, § 6º vem a dispor que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, concedendo assim o maior respaldo sobre o valor da igualdade entre os filhos. Além disso, ganhou novos contornos ao dispor que a adoção é revestida de nítida proteção tendo em vista que não é mais revogável, não permitindo o retorno do adotado para situação anterior, mediante uma simples devolução.

Levando em consideração as disposições expressas no ECA quanto a proteção da criança e adolescente, o art. 19 menciona o que segue, vejamos:

Art.19- Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Ou seja, busca preservar o ambiente que será porventura criada à criança e adolescente, preservando sempre a educação no núcleo familiar em que estarão inseridas, em que sempre que possível irá buscar distanciar pessoas que porventura possam causar prejuízos sociais, a exemplo das que dependem de substâncias entorpecentes.

Ainda quanto a matéria inerente a melhor condição da criança e adolescente, o art. 28 do ECA dispõe que estas serão inseridas em família substituta, que se dará por intermédio da guarda, tutela ou adoção, para tanto, é necessário verificar antes sobre a necessidade de manter o vínculo de parentesco, afinidade e afetividade, vejamos:

Art. 28 §3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a realização de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

§4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovação existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.

Com isso, tais medidas de precaução buscam preservar o máximo possível a proximidade natural que existe entre aqueles que serão colocados em família substituta, na qual os grupos de irmãos, sempre que possível, deverão permanecer juntos no mesmo grupo familiar.

Adentrando efetivamente ao procedimento da adoção o art. 43 do ECA expressa que a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal, logo na ausência destes, seja por serem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar será dispensando tal consentimento. Além disso, vale aqui ressaltar que, quando o adotado tiver doze anos de idade, será levando em conta seu consentimento.

É interessante aqui destacar que, o procedimento da adoção é norteado por diversos institutos, mas para a presente pesquisa, é importante destacar alguns dispositivos que se

encontram em maior destaque aqui, a saber, o art. 50 do ECA, em que permeia o sistema de inscrição para concretizar a adoção, no qual:

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

Estas disposições possuem a finalidade de permitir maior concretude e qualidade das adoções em detrimento do elevado número de crianças e adolescentes em situações de riscos. Deste modo, em cada comarca existirá um registro deste que estejam em situação e condições de serem adotadas, bem como daqueles que pretendem adotar. Tal inscrição está submetida a um deferimento, em detrimento dos requisitos legais que devem ser observados.

Com isso, os requisitos legais estão consagrados, são enumerados segundo as lições de Carlos Alberto Gonçalves (2017, p. 398) da seguinte forma:

Os principais requisitos exigidos pelo Estatuto da Criança e Adolescente para a adoção são: a) idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art. 42, caput); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, §3º); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; d) concordância deste, se contar mais de 12 anos (art. 28, §2º); e) processo judicial (art. 47, caput); f) efetivo benefício para o adotante (art. 43).

O autor dispõe de uma junção de requisitos que são imprescindíveis para que seja concretizada a adoção, que permeia frente à idade mínima de dezoito anos para o adotante, mediante diferença de dezesseis anos entre aquele adotante e a adotado, além do necessário consentimento dos pais ou dos representantes legais, do consentimento do adotado na hipótese de conter doze anos de idade, e por fim, o necessário processo judicial e que seja demonstrado o efetivo benefício para o adotante.

ADOÇÃO “À BRASILEIRA”

De acordo com práticas costumeiras existentes no Brasil, há anos atrás, era de praxe a adoção de crianças mediante ausência de procedimento ou lei específica que regulamentasse,

propício a desencadear um mecanismo de adoção sem a presença de formalidade exigida, no qual atualmente não se permite tal prática, a saber, a chamada adoção “à brasileira”.

Para melhor compreensão da adoção “à brasileira”, se faz necessário aqui apresentar o seguinte conceito:

A adoção à brasileira trata-se daquela em que um indivíduo registra, como sendo seu, filho de outrem. Esse tipo de adoção é considerado ilegal pelo ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o art. 242 do Código Penal (CP) e, envolve outros três tipos de crimes: o parto suposto; a entrega de filho com idade inferior a 18 anos para pessoa inidônea; e falsidade ideológica (FERREIRA, 2013, p. 9).

As palavras de Ferreira nos aduzem que registrar um filho como seu, sendo que este pertencendo a outrem, mesmo com o consentimento dos pais naturais, resulta em uma prática criminosa amparada pelo artigo 242 do Código Penal Brasileiro.

Tais atitudes são entendidas, muitas vezes, da perspectiva de que ao burlar este procedimento de registro da criança, será tido como mais fácil para adquirir legitimidade jurídica, sob o enfoque de se chegar a uma adoção mais simples, entretanto, torna-se de maior complicação, chegando a configurar um tipo penal. Nesta linha de raciocínio, Maria Berenice Dias (2017, p. 509) leciona:

Convencionou-se a vulgarmente a chamar de adoção à brasileira, um sistema de adoção feito sem o procedimento legal para o processo de adoção, onde consiste no ato de registrar filho alheio como próprio, ou seja, a criança é registrada por pais não biológicos sem atender aos requisitos estabelecidos em lei. Essa prática já existe no Brasil de forma disseminada, e seu nome foi eleito pela jurisprudência.

Em alguns casos concretos verificados no seio da nossa sociedade, muitas mães não têm condições financeiras e muito menos psicológicas e acabam “doando” seu(s) filho(s) para alguém que possua essas condições e ofereçam uma vida melhor para suas crianças. Essa prática que acontece de forma ilegal, é geralmente motivada pela demora burocrática existente em nosso país no procedimento da adoção.

Com isso, a burocracia no procedimento da adoção por meios legais é tida como principal motivo para a prática da adoção “à brasileira”, isso porque a formalidade exigida na legislação cumulada como a demora dos processos judiciais torna o receio naqueles que

pretendem adotar, principalmente no tocante a avaliação psicológica e as condições que norteiam a família que possivelmente receberá o adotado, pois são situações que podem levar ao magistrado no uso de suas atribuições a vir indeferir o pedido de habilitação para futura adoção.

Deste modo, o art. 242 do Código Penal é o tipo penal concernente aos crimes contra o estado de filiação, se faz necessário mencionar sua destinação, em que segue:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Com isso, o dispositivo legal vai ao encontro de tipificar a situação na qual há o chamado parto suposto e supressão ou alteração do direito quanto ao estado civil de filiação de recém-nascidos, ou seja, o primeiro elemento diz respeito a conduta de dar parto alheio como próprio, já quanto ao segundo é quanto a conduta de registrar como seu o filho de outrem, e por fim, é inerente a ocultação de recém-nascido ou sua substituição por supressão ou alteração do estado civil.

Levando em consideração o segundo elemento do tipo penal mencionado, revela a conhecida adoção “à brasileira”, mediante o qual ocorre o comportamento de registrar como seu o filho pertencente a outrem, em que apesar de ser considerada uma prática criminosa, consubstancia uma prática corriqueira. Ressalta-se que esta prática ocorre principalmente em situações nas quais certa família, mediante ato de boa-fé, busca ajudar um amigo, as vezes parentes e até mesmo, em dadas circunstâncias, a estranhos que não detém condições financeiras, ou por outros motivos que impedem de os pais biológicos cuidarem e criarem seus filhos.

Vencidas as noções inerentes a adoção “à brasileira”, é necessário aqui evidenciar uma análise jurisprudencial quanto ao tema, no qual segue o presente julgado, a saber:

HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. POSSÍVEL PRÁTICA DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA". CONVÍVIO COM A FAMÍLIA REGISTRAL. **MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ORDEM CONCEDIDA.** 1.- A despeito da possibilidade de ter ocorrido

fraude no registro de nascimento, não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes. 2.- Ordem concedida (grifo nosso)

(HC nº 291.103/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe de 29/8/2014).

Em decisão, encontra-se o fato em que o Ministério Público do Estado de São Paulo, ao se firmar em um relatório proferido pelo Conselho Tutelar, de pronto ajuizou ação cautelar no intuito de interpor a busca e apreensão do menor, tendo em vista que, em sua fundamentação, que a genitora seria presumidamente um conhecida garota de programa, bem como, usuária de drogas, que ao seu filho nascer, registrou o mesmo utilizando de meios de lavratura em registro de forma ilegal, caracterizando a adoção “à brasileira”. Constando-se assim que, a criança encontrava-se com família substituta, mesmo que por meios ilegais.

Mesmo assim, a decisão foi no sentido de que, apesar de enquadrada na modalidade adoção “à brasileira”, seria prejudicial e violaria o melhor interesse da criança, em virtude dos cuidados que eram efetivamente prestados por tal família, rodeada de total carinho e afeto, sendo que, ao ser possivelmente colocada em instituição de acolhimento, mediante supervisão de pessoas alheias e não dotadas de proximidades com a criança, além de não ser viável prestar a mesma atenção concedida atualmente, em detrimento da presença de várias crianças na mesma situação, restaria configurado a violação ao melhor interesse do menor, sendo que tal medida de colocação em ambiente institucional somente deve prevalecer como medida extrema.

Deste modo, diante de tal situação, o Ministro responsável pelo caso, firmou entendimento no sentido de que a permanência da criança na atual família, mesmo sendo considerada ilegal, escolheu seguir pelo melhor interesse da criança, haja vista que, constatou-se que a criança não estava em perigo.

Portanto, para compreender a possibilidade de sua validade à posteriori, ao verificar as disposições legais frente a jurisprudência atual, nota-se que permeia sempre a noção de proteção ao interesse do menor, mediante os princípios pertinentes. Assim, a melhor decisão a ser adotada pelo magistrado deve ser no sentido do melhor interesse e proteção ao menor, isso por que a mera formalidade na busca pela aplicação da literalidade da norma não é capaz de sobrepor a verdade socioafetiva que envolve a situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que o procedimento da adoção é revestido da responsabilidade dos adotantes de proporcionar a integral proteção ao menor, em razão de que o núcleo familiar em que será inserida uma criança ou adolescente deverá ter relevante amparo nos mais variados aspectos, com isso, por meio desta pesquisa foi possível adentrar na compreensão do instituto da adoção, que, apesar do percurso histórico dotado de percalços, se concretizou por meio da busca pela proteção daqueles que estão porventura sendo adotados, sempre indo ao encontro de preservar as relações familiares.

Logo, como bem demonstrado, diante da atual legislação, o procedimento da adoção revela-se como burocrático, apesar de que se considera efetivamente necessário, a fim de proteger a própria criança e adolescente, entretanto, mesmo assim, surge a chamada adoção “à brasileira”, utilizada como caminho mais curto, apensar de ser ilegal.

Entretanto, seguindo os entendimentos jurisprudenciais, a saber, o próprio Habeas Corpus nº 291.103/SP, nota-se que a fundamentação está firmada na perspectiva de conservar sempre, dentre outros enfoques, a proteção integral do menor, bem como, o seu interesse. Pois quando o menor estiver inserido em uma família, mesmo que através de meios ilegais, estarão os adotantes criando relações legítimas de amor e afetividade, além de que, em regra, estará permeando a boa-fé, onde não se devem ignorar tais pressupostos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 12.010, de 3 de agosto de 2009.** 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/112010.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil de 2002.**

Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: em 05 out. 2019.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 12. ed. Localização: 347.157(81)(094.46) / Es83 / São Paulo: Malheiros, 2013.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. ed.13. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. ed.14. Revista e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Cursos de direito civil brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FURLAN, Alessandra Cristina; PAIANO, Daniela Braga. **Breves considerações sobre a lei de adoção**. <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2402/1927>. Acesso em 05 out. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Rideel, 2006.

LOPES, Cecília Regina Alves. **Adoção: aspectos históricos, sociais e jurídicos da inclusão de crianças e adolescentes em famílias substitutas**. Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2008. Disponível em <https://periodicos.furg.br/juris/article/download/3214/1872>. Acesso em: 05 out. 2019.

MARONE, Nicoli de Souza. **A evolução histórica da adoção**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 146, mar 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16929&revista_caderno=14. Acesso em: 05 out. 2019.

SANCHES, Salua Scholz. **Adoção à brasileira e seus aspectos polêmicos**. Agosto 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/31486/adocao-a-brasileira-e-seus-aspectos-polemicos>. Acesso em 05 out. 2019.

STJ. HC nº 291.103/SP, Relator.: Ministro SIDNEI BENETI. DJ: 29/8/2014. **JusBrasil**. 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450089410/habeas-corpus-hc-385507-pr-2017-0007772-9/decisao-monocratica-450089425>. Acesso em: 01 jun. 2019.

**A EVOLUÇÃO DO TRABALHO DAS MULHERES: EXPLORAÇÃO DE SEUS
CORPOS EM CONTRASTE COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Járed Gomes de Macêdo*

Nathália Raquel Gonçalves de Abrantes**

Éverton Gonçalves Moraes (ORIENTADOR)***

RESUMO

Durante toda a história da humanidade, houve momentos nos quais as mulheres foram subjugadas, inferiorizadas e submetidas as mais diversas formas de opressão, suportando situações cuja simples imaginação causa um sentimento de indignação. Nesse sentido, o presente trabalho tem o objetivo de fazer uma análise sobre as origens da opressão da mulher enquanto trabalhadora, passando desde as limitações de direitos até as suas conquistas, mostrando como se dá a proteção dos direitos trabalhistas da mulher no atual ordenamento

brasileiro e o que impede sua concretização. Para isso, foi utilizada pesquisa bibliográfica em material de conteúdo histórico, sociológico e jurídico. Com relação aos resultados, foi compreendido que as lutas e movimentos efeturaram conquistas essenciais e grandes avanços. Porém, como o pensamento patriarcal tem, além da raiz social enquanto elemento da cultura, a presença de interesses de econômicos, sempre haverá pessoas dispostas a questionar os direitos conquistados, e, por isso, ainda há muito a se fazer no sentido de protegê-los.

Palavra-chave: Mulher. Direitos trabalhistas. Exploração.

ABSTRACT

Throughout the history of mankind there have been times when women have been subjugated, inferiorized and subjected to various forms of oppression, enduring situations whose mere imagination causes a sense of indignation. In this way, the present work aims to analyze the origins of the oppression of women as a worker, going from the limitations of rights to their achievements, showing how the protection of women's labor rights in the current Brazilian order is given and what prevents its realization. For this, we used bibliographic research in material of historical, sociological and legal content. Regarding the results, it was understood that the struggles and movements made essential achievements and great advances. However, as patriarchal thinking has, beyond the social root as an element of culture, the presence of economic interests, there will always be people willing to question the rights won, and so much remains to be done to protect them.

Keywords: Women. Labor rights. Exploration.

* Bacharelada do curso Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC. Contato: Jared.gomes10@hotmail.com

** Bacharelada do curso Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC. Contato: nathaliaraquel11@gmail.com

***Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável; Líder do grupo de pesquisa Direito a Cidade. Professor de Direito da FAFIC. Contato: evertonmoraes@fescfafic.edu.br

INTRODUÇÃO

A desigualdade de gênero na forma que se conhece hoje, advém de um longo processo de avanços e retrocessos que se estenderam por anos até o momento atual. Em um país inegavelmente machista como o Brasil, as mulheres sempre tiveram que lutar e resistir para conquistar espaços, incluindo no âmbito trabalhista. As disparidades nesse setor são um grande obstáculo, visto que sua superação depende não apenas da existência de uma legislação protetora, mas de ações positivas por parte do Estado, e o ponto mais complexo, a mudança no entendimento social que permanece caracterizado por fortes preconceitos. Assim, a própria manutenção de determinadas relações de poder impede que muitas mulheres tenham acesso aos direitos que já foram conquistados. Através de um resgate histórico, é possível compreender como surgiram as origens das dificuldades atualmente enfrentadas, bem como a importância

dos movimentos que lutaram e ainda lutam em defesa da igualdade entre os gêneros, considerando sua influência na formulação de garantias altamente necessárias.

O direito brasileiro dispõe de uma legislação que protege a trabalhadora em diversos quesitos, mas, considerando o Direito enquanto um fato sociocultural, existem elementos inseridos na cultura que dificulta ou até mesmo impedem o pleno exercício desses direitos, que afeta não só a sua vivência enquanto trabalhadora, mas, em muitos casos, chega ao ponto de atingir a dignidade da mulher enquanto um ser humano sujeito de direitos.

A SUBORDINAÇÃO DAS MULHERES COMO UM DOS PILARES DO SISTEMA DE EXPLORAÇÃO

Partindo da ideia de que o capitalismo é um sistema econômico que utiliza a exploração como instrumento de manutenção da própria existência, independentemente da época ou da fase de sua evolução, é fato que sempre existiram determinados grupos da sociedade mais explorados do que os outros.¹¹ Assim, as mulheres constituem um desses grupos, e há séculos vêm sofrendo uma maneira participar de opressão. A ordem patriarcal, que anteriormente se manifestava com mais força e ainda hoje estende seus mandamentos sobre nossa sociedade, não existe por acaso. Inúmeros momentos da história mostram que uma das maneiras mais eficientes de exercer poder sobre alguém é promovendo sua degradação perante os demais e a si mesmo. Para tratar alguém como menos que um ser humano é preciso que esse alguém seja visto dessa forma.

Dentro da transição do feudalismo para o capitalismo, houve um processo de inferiorização e submissão da figura feminina. Isso ocorreu em razão de que, para que seja possível a acumulação de riquezas, é preciso que exista um número elevado de trabalhadores disponíveis sob o poder da classe dominante. Logo, a submissão da mulher caracteriza uma das formas de divisão do trabalho, como explica Silvia Federici:

A divisão sexual do trabalho que resultou daí não apenas sujeitou as mulheres ao trabalho reprodutivo, mas também aumentou sua dependência, permitindo que o Estado e os empregadores usassem o salário masculino como instrumento para comandar o trabalho das mulheres (FEDERICI, 2017 p. 146).

¹¹ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017.

Nesse contexto, enquanto o mundo se tornava cada vez mais monetizado, as mulheres se distanciavam desse meio, pois, em comparação com os homens, não recebiam nada ou praticamente nada, sendo incapacitadas de sustentar a si mesmas. Assim, elas se encontravam sem opção além da condição de dependência, visto que, enquanto trabalhadoras, não possuíam visibilidade alguma. Com a marginalização do trabalho feminino em situação crescente, tornou-se difícil conseguir espaço até mesmo em posições consideradas mais baixas. Ademais, as tarefas realizadas dentro do ambiente doméstico não eram sequer vistas como trabalho, apenas como um serviço que estava naturalmente à disposição.

Por conseguinte, o Direito foi uma das áreas que contribuíram para essa degradação. As proibições iam desde o ato de realizar contratos e administrar negócios, até receber seus próprios salários, que muitas vezes iam para as mãos dos maridos. Mulheres de todas as classes eram atingidas, mas, assim como nos dias atuais, as menos favorecidas economicamente eram as que mais sofriam.

Da Europa para as Américas, os colonizadores trouxeram consigo as discriminações, não apenas como elemento cultural, mas novamente com um interesse econômico. No continente europeu, ocorreu uma demonização através do que conhecemos como a caça às bruxas. Já nos países colonizados, mulheres negras e indígenas foram demonizadas por suas crenças e seus costumes, no intuito de justificar a sua exploração.

No Brasil, durante o período colonial, as mulheres da classe dominante eram ensinadas a serem submissas aos homens que as rodeavam, e desde muito cedo eram preparadas para o casamento. Enquanto isso, as escravizadas, como se não bastasse se não bastasse a humilhação pelas tarefas que eram obrigadas a exercer, também eram vistas como instrumentos sexuais naturalmente disponíveis aos desejos dos seus senhores. Nesse sentido, Silvia Federici mais uma vez observa com pontualidade:

No cerne do capitalismo, encontramos não apenas uma relação simbiótica entre o trabalho contratual e a escravidão, mas também, e junto com ela, a dialética que existe entre a acumulação e a destruição da força de trabalho, tensão pela qual as mulheres pagarem o preço mais alto, com seus corpos, seu trabalho e suas vidas (FEDERICI, 2017 p. 31).

Portanto, sabemos que o sistema em que vivemos não criou a desigualdade, porém necessita dela para existir. Sejam indígenas, negros, judeus, imigrantes ou – no caso desse

estudo – mulheres, sua degradação não é simplesmente um elemento da cultura, mas um instrumento de sua exploração com objetivo de impulsionar as engrenagens do capital.

EVOLUÇÃO DAS CONQUISTAS PELOS DIREITOS TRABALHISTAS DAS MULHERES NO BRASIL

A primeira metade do século XX foi marcada pelos movimentos em prol de melhorias para os trabalhadores, levando em conta as mudanças que acarretadas pela urbanização acelerada, já que o Brasil se caracterizava por sua base eminentemente rural. Nesse período, tanto homens quanto mulheres costumavam trabalhar em serviços braçais no campo, e, com essa mudança brusca, acabaram sendo levados às cidades. Assim, passaram a ocupar postos nas fábricas, e nelas se viram em condições de extrema precariedade. Além disso, o trabalho de ambos sofreu alterações, sendo a maior delas a desarmonia das funções, e foi nesse contexto que se iniciaram os movimentos grevistas e as reivindicações. Desde o Império, as mulheres já lutavam pelos seus direitos, porém, não possuíam tanta visibilidade por parte do Estado ou da sociedade, e mesmo dentro dos sindicatos eram minoria, o que só se reverteu a partir dos anos 90:

Para maior precisão, no caso brasileiro, a entrada das mulheres no sindicato acontecerá de forma mais sistemática apenas nos anos 1990, quando a taxa de sindicalização delas chegou a 25%, apesar do fato de quase metade das brasileiras estarem empregada em postos sem formalização. (FRACCARO, 2018).

Até nos chamados movimentos revolucionários, tanto os comunistas como os anarquistas não davam tanta visibilidade para a causa feminina, pois se preocupavam mais em observar as condições de modo geral, e não as suas peculiaridades.

No entanto, em A Ideologia Alemã de Marx e Engels, é possível ver que dentro do âmbito familiar, assim como nas relações de poder entre proletariado e burguesia, há uma certa hierarquia, pois no topo estaria o homem e, abaixo, a mulher e os seus descendentes, cujo os que estão no lugar inferior seriam submissos ao que se encontra no lugar superior. Dessa forma, o homem era o principal responsável pelo sustento da família, mas quando os recursos não eram suficientes, as mulheres e as crianças teriam que se submeter ao trabalho, buscando um rendimento secundário também chamado de “renda extra”. Eles tinham menos direitos,

muitas vezes trabalhavam durante o mesmo período ou até por mais tempo e ganhavam menos.

As mulheres ficavam em serviços mais árduos e tinham pouca ou nenhuma mobilidade dentro do trabalho, enquanto os homens tinham mais chances de conseguirem mudar de posto. Ao contrário dos empregados homens, as mulheres eram vítimas recorrentes de abusos por parte de seus superiores. Nas fábricas, era comum que passassem por isso desde muito novas e que não pudessem se afastar, já que os tempos eram difíceis e não poderiam arriscar perder seu posto sabendo que a lei iria amparar o lado que tem mais poder e influência social.

Em seguida, houve um número crescente de crianças vítimas de acidentes estando em serviço, os jornais começaram a dar muita repercussão a esses casos e a sociedade começou a prestar atenção. Foi assim que o movimento das mulheres começou a ser percebido, pois dentro de suas pautas elas reivindicavam direitos inerentes também a maternidade. O fato da mulher no fim da gravidez e no início da maternidade se submeter ao trabalho árduo, foi posto em discussão, chegando à conclusão de que deveria existir uma preocupação com as gerações futuras de trabalhadores. Surgiram diversos pensamentos sobre como resolver a questão, como os donos de fábricas providenciarem berçários e creches dentro dos estabelecimentos para que em intervalos as mães pudessem ficar com seus filhos e amamentá-los, o que seria uma situação de extremo cansaço para elas por assumirem duas funções sem intervalos de descanso, além de que o próprio Estado poderia construir creches para as crianças em locais próximos aos postos de trabalho.

Até os dias atuais, o movimento feminista busca por esses espaços. Por conta das mulheres ainda estarem fortemente presas a esse serviço em que é visto como obrigação inerente a elas, é importante que se tenha esse benefício para que elas consigam ocupar mais os espaços de trabalho e prover seus próprios recursos, pois, apesar de estar expresso esse direito na Constituição Federal¹², não há vagas para todos, impossibilitando o acesso de muitas pessoas.

Conforme os direitos das mulheres foram sendo conquistados, houve desentendimentos por grupos mais conservadores a respeito de sua legitimidade, já que isso

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

atingiria diretamente a sociedade, pois estaria mudando a rígida estrutura do patriarcado, fazendo-se uma ameaça para com eles. As principais pautas eram direitos relacionados à maternidade, proibição do trabalho em condições de insalubridade e atividades penosas, jornada reduzida, proibição do trabalho noturno e qualquer atividade ofensiva ao pudor, mas pode-se dizer que haviam duas prioridades: trabalhar sem que sofrer abusos e assédio e ter acesso a salários iguais aos dos homens.

Em consequência, em 1912 houve um projeto que tinha a seguinte exposição: as mulheres poderiam trabalhar (sem precisar da autorização do marido), jornada de 8 horas diárias, licença de 15 a 25 dias antes do parto e até 25 dias após, e percepção de 1/3 do salário no primeiro período e metade no segundo. Todavia, ele não foi aprovado, pois os homens sentiam que suas esposas poderiam não mais ficar submissas a eles em consequência da liberdade que passariam a ter.

Nos anos 30, as mulheres conseguiram ter alguns de seus direitos acatados, como a possibilidade de amamentar em intervalos a cada meia hora durante 6 meses, proibição do trabalho noturno e proibição do trabalho considerado pesado e dificultoso pelo Dec. 21.417-A de 1932, que foi de imensa importância por ter aberto as portas para outros regulamentos subsequentes.

A PROTEÇÃO DAS TRABALHADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição brasileira, entre outras garantias de grande importância, traz no artigo 5º, I, a afirmação da igualdade entre homens e mulheres, tanto recorrentes quanto em obrigações. Além disso, o artigo 7º, XXX, estabelece que não deve haver desigualdade de salários, funções ou motivo de admissão em razão de sexo. Mesmo atualmente, muitos empregadores, se não estivessem proibidos de fazer distinções discriminatórias, acabariam por estabelecer-las como regra. Isso se dá tanto pela priorização do lucro, seja quais forem os métodos, como também pela manutenção de privilégios e estereótipos de gênero. Prova de que esse pensamento retrógrado prevalece para muitos é a fala do então deputado e atual presidente Jair Bolsonaro, que, em 2016, afirmou em entrevista que não empregaria uma mulher com o mesmo salário que um homem. Nesse contexto, é responsabilidade do Estado trabalhar na criação e implementação de métodos para materializar a igualdade que já está

constitucionalmente positivada. As reações de poder regidas pelo patriarcalismo não se desfazem sozinhas, mas sim com ações direcionadas a esse fim.

A Consolidação das Leis do Trabalho¹³ determina no artigo 373 que a jornada de trabalho normal da mulher deverá ser de oito horas diárias, a não ser que seja estabelecido um número inferior. Mais à frente, o artigo 389 expressa regras a respeito do ambiente, como questões de higiene e estruturas que possibilitem o conforto e evitem o esgotamento físico. Essas normas servem para prevenir situações como as que eram enfrentadas pelas mulheres durante a Primeira Guerra Mundial. Enquanto os homens eram mandados aos campos de batalha, elas ocupavam os postos de trabalho em situações degradantes, como mostra o relato de Mabel Letbridge, ex-operária de uma fábrica de munição:

As bombas eram muito pesadas, e tínhamos de ficar de joelhos na frente da máquina. Quando você se levantava, tinha a impressão de não ter mais joelhos nem costas, mas sim uma massa dolorida. Isso ocorria por causa do peso que tínhamos de carregar e das longas jornadas de trabalho (ARTHUR, p. 177).

Há quem pense que existem funções melhor exercidas por homens, e que uma mulher não teria a mesma capacidade de exercê-las, além do pensamento de que é mais viável contratar uma mulher se ela não tiver filhos, pois, do contrário, não teria a mesma dedicação ao trabalho e poderia ocasionar eventuais prejuízos. Nesse sentido, existe a proibição dos anúncios de vagas de emprego que façam distinções ou exigências de sexo, idade, cor ou em relação à situação familiar, salvo se for realmente necessário para a atividade em questão, bem como não é permitido que seja negado o emprego ou que haja demissão pelos motivos acima citados ou em razão de gravidez.

A maternidade tem proteção assegurada tanto na Constituição quanto na legislação ordinária. O artigo 7º, XVIII, da CF, esclarece que a empregada gestante tem direito à licença maternidade pelo período de 120 dias, com a garantia de que não sofrerá prejuízos no que diz respeito ao emprego e à remuneração. Durante esse tempo, o empregador não poderá exigir que ela exerça o trabalho, nem se recusar a pagar o salário da mesma. Na seção V do Capítulo III, a CLT trata das normas referentes ao tema, especificando o que foi previamente disposto pela

¹³ BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Carta Magna. No artigo 391, por exemplo, está posto que matrimônio e gravidez não são razões que possam motivar rescisão de contrato de trabalho. Já o 396 dispõe que, inclusive no caso de adoção, até que a criança alcance 6 meses completos, a mãe poderá ter dois descansos especiais de meia hora cada durante a jornada de trabalho para que possa amamentar o filho.

Retornando ao debate acerca das condições de trabalho e da discriminação, o artigo 373-A, amplia o princípio da isonomia presente na Constituição. Além das vedações anteriormente citadas, é determinado que o empregador está proibido de fazer exigência de comprovação de exame de gravidez para fins de admissão ou permanência. Ademais, proíbe também a determinação de revistas íntimas, considerado o caráter vexatório de tal conduta, e em respeito ao direito à intimidade.

A realidade, porém, demonstra obstáculos à inserção da mulher no mercado de trabalho. Segundo a BBC News Brasil, 25% das brasileiras de 25 a 34 anos possuem ensino superior, e o número cai para 18% entre homens da mesma idade. Apesar disso, a chance de conseguir emprego continua maior entre os homens. Dados da OIT mostram que esse é um problema mundial, visto que as mulheres tem uma maior taxa de desemprego, além de serem maioria no trabalho familiar não remunerado. Em 1908, uma feminista russa escreveu sobre as trabalhadoras que “A lei deve protegê-las da exploração excessiva dos patrões, regulamentar seu trabalho, definir sua jornada e seu tempo livre, proporcionar instalações satisfatórias e alimentação. Deve cuidar delas também durante a doença, a maternidade e o desemprego.” (POKRÓVSKAIA, 1908). Pode-se dizer que a legislação brasileira atendeu esses pedidos, o que é de grande importância, mas ainda há situações em que essas garantias ficam apenas no plano abstrato.

COMO O “MITO DA BELEZA” INTERFERE NO AMBIENTE DE TRABALHO

A objetificação do corpo feminino faz com que um grande número de trabalhadoras seja vítima de assédio no trabalho, seja por parte de colegas ou do próprio patrão, mesmo com a prática criminalização pelo artigo 216-A do Código Penal. Em 2018, casos foram retratados em lojas da Walmart em diferentes cidades do Rio Grande do Sul, levando a empresa a pagar 1 milhão de reais em multa. Muitas vezes, a vítima deixa de fazer a denúncia por medo de ser demitida ou julgada como mentirosa.

Segundo o IBGE, as mulheres são maioria no quesito de formação profissional, já que tem preponderância dentro do ensino superior, mas quanto ao salário ganham 75% do que os homens ganham. Naomi Wolf defende que apesar de ganharem menos que eles, elas precisaram gastar esse dinheiro com produtos e procedimentos que visam sua estética para estarem de acordo com o ambiente profissional, virando assim um ciclo no qual a autora defende que as mulheres estão presas.

Recentemente, a atriz Kelly McGillis, que atuou no filme Top Gun na década de 80, declarou não ter sido chamada para a continuação que será lançada em 2020 por aparentar a idade que tem. Assim, mais um impasse a ser enfrentado é o preconceito por idade, pois o que acontece é como se o mercado se fechasse mais cedo para elas. O IBGE demonstra que, atualmente, a expectativa de vida da mulher brasileira é de 80 anos, mas elas são as primeiras a sofrer com o preconceito etário no mercado.

Isso acontece por conta dos anseios sociais e do próprio ambiente profissional que exige das mulheres não somente o trabalho em si, mas que sua aparência esteja sob os critérios impostos pela indústria da beleza. Por conta disso, conforme vão envelhecendo são impostos, de forma direta ou indireta, a sua submissão a cirurgias plásticas e procedimentos estéticos, que por sua vez poderão manter por um pouco mais de tempo a sua imagem conforme os padrões exigidos. Essas condições são comuns em serviços que prestam atendimento em proximidade com o público.

OBSTÁCULOS À ISONOMIA NO ÂMBITO DO TRABALHO

Em sua maioria, as discriminações nascem através de operações feitas pelas instituições, e uma delas é o Estado, que atua através do Direito, trazendo leis que, mesmo após revogadas, ainda terão efeitos na sociedade em razão do fenômeno da reprodução social da discriminação, como é o caso do machismo. Isso pode ser operado pelos anseios da sociedade ou por imposição de interesses políticos e econômicos.

Exemplo disso é o Código Civil de 1916¹⁴, que operava dentro do âmbito familiar com opressão em relação às mulheres. Tendo em vista o cenário de uma época de extremo conservadorismo, ele falava sobre conteúdos inerentes ao patrimônio, exclusão política, a profissão – que só poderia ser exercida com a permissão do marido – além de restringir o poder feminino dentro do ambiente familiar, na gerência sobre a criação de seus filhos, o código trazia

¹⁴ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002.

a submissão da mulher ao marido, tido como principal provedor. Apesar de não mais vigente, por causa do atual Código Civil de 2002 e pela contradição que se tinha com a Constituição Federal de 1988, que possui na parte de Princípios Fundamentais o artigo 3º, IV; além da parte de Direitos e Garantias Fundamentais o artigo 5º, I; em que estava expresso a intolerância entre discriminação entre sexos.

Apesar da inegável evolução dos direitos das mulheres no Brasil e seu reconhecimento, também não se pode desprezar o fato de que dentro do ambiente familiar ainda há essa distinção, as mulheres ainda se encontram presas a trabalhos domésticos que são realizados quase integralmente por elas. A socióloga e feminista Ann Oakley reconhecia esse trabalho como "oposto direto da autorrealização", já a historiadora Silvia Federici e a filósofa Angela Davis observam ele como opressivo, tendo em percepção a reprodução social que leva consigo.

Por ser um tipo trabalho realizado em âmbito privado, na maioria das vezes não é assalariado, é cansativo, repetitivo e não há nenhuma espécie de desenvolvimento para a pessoa que o realiza. Além de não ser reconhecido como trabalho, mas sim como tarefa e obrigação delegada às mulheres, esse tipo de trabalho é um dos mais precarizados. Ademais, ele impede o desenvolvimento das mulheres em sua vida profissional em um ambiente público, tendo em vista o tempo diário que se leva para realizá-lo em conciliação com o outro, e assim ficando muito exaustivo para elas.

Ao se falar de trabalho feminino uma das principais questões é a divisão sexual do trabalho. Ela se opera com o surgimento das primeiras sociedades primitivas, como uma cooperação para o desenvolvimento e a manutenção da própria sociedade. Já na maior parte das sociedades atuais, isso se subverte, tendo caráter hierárquico trazido como espelho da sociedade patriarcal.

Essa divisão se dá formas divergentes entre os diferentes países, culturas e mercados, já que em países ditos como subdesenvolvidos, por terem legislações mais esdrúxulas, é permitido que os trabalhadores se submetam a condições de extrema precariedade, estendendo o espaço para as mulheres realizarem os piores labores, como traz Antunes:

Na divisão sexual do trabalho, operada pelo capital dentro do espaço fabril, geralmente as atividades de concepção ou aquelas baseadas em capital intensivo são preenchidas pelo trabalho masculino, enquanto aquelas dotadas

de menor qualificação, mais elementares e muitas vezes fundadas em trabalho intensivo, são destinadas às mulheres trabalhadoras [...] (ANTUNES, 2018).

Por conseguinte, a feminista e socióloga Arlie Russell Hochschild desenvolve o pensamento do chamado trabalho emocional, que consiste no trabalho no qual não é só cobrado o serviço em si, mas também um certo padrão de sentimento dito e levado pela sociedade como ideal, que o empregado deve possuir sem ao menos se sentir inteiramente assim. Dessa forma, eles têm que se esforçar para que isso se pareça real e sincero, sendo que na realidade não é. Esse tipo de trabalho é convertido em mercadoria e lucro, ou seja, é requerido que o trabalhador mantenha certos comportamentos a fim de trazer conforto aos outros indivíduos que se interessam pelos serviços, e que são voltados ao ambiente público e ainda são supervisionados pelo empregador.

Esse mesmo trabalhador terá, segundo a Hochschild, severo desgaste em sua saúde mental, por ter que ficar controlando e reprimindo emoções, chegando, por fim, a perder sua própria identidade. Ela ainda diz que esse tipo de trabalho é mais vinculado às mulheres, que desde sua tenra idade são educadas para serem atenciosas com os outros e controlarem sua agressividade, enquanto aos meninos é ensinado o comportamento de esconder certos sentimentos que as meninas, supostamente, devem expressar mais, o que ela chama de "treinamento infantil do coração".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, a reprodução social trava as principais discussões e emblemas da visão da mulher na sociedade e, conseqüentemente, do trabalho feminino, seja ele em âmbito privado ou público. A sociedade reproduz a construção feita por leis e normas que visavam o controle e submissão de certos grupos com base em seus interesses próprios, e, mesmo, não estando mais vigentes, ainda causam efeitos. Além disso, apesar das legislações que estão em vigência terem uma maior tendência a proteger a mulher, as ideias sexistas de parte da sociedade entram em confronto com os objetivos buscados por essas leis, impedimento que ocorram maiores mudanças nesse cenário.

Portanto, apesar da evidente evolução das leis brasileiras, como o avanço nas leis das empregadas domésticas e aquelas relacionadas à maternidade e à igualdade salarial, ainda assim, é possível perceber que o machismo continua muito presente na cultura brasileira, e

que ainda são claros os reflexos do Código Civil de 1916, revogado recentemente pelo Código Civil de 2002. Por conta disso, elas ainda se deparam com grandes obstáculos dentro do mercado e com aqueles que surgem conforme vão conquistando mais autonomia e reconhecimento.

Assim, é presumível que é preciso mudar essa cultura e desfazer o que foi imposto, o que é difícil ao modo quando se defronta com partidos e políticos que possuem falas e atitudes que impulsionam essa mesma cultura. Os direitos alcançados não são perpétuos, visto que recentemente o STF precisou barrar a proposta formulada na reforma trabalhista que possibilitava que as gestante e as lactantes pudessem realizar trabalhos em ambientes insalubres de alto risco, um exemplo claro de que a luta em defesa dos direitos da mulher deve ser constante.

Mais de 30 anos após a promulgação da chamada “Constituição Cidadã”, as mulheres ainda se deparam com um caminho dificultoso até o alcance dos direitos por ela reconhecidos. É impossível dizer que não avançamos, tendo em vista as mudanças em comparação com épocas não muito distantes, porém, ainda nos encontramos no meio de um longo caminho que precisa ser percorrido em busca da ampliação e da materialização da igualdade que já se encontra positivada.

REFERÊNCIAS

ALANA, Gandra. **IBGE: mulheres ganham menos que homens mesmo sendo maioria com ensino superior**. 2018. Disponível em:

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/ibge-mulheres-ganham-menos-que-homens-mesmo-sendo-maioria-com-ensino-superior>. Acesso em: 14 out. 2019

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação a negação do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

ARTHUR, Max. **Vozes Esquecidas da Primeira Guerra Mundial**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BONELLI, Maria da Glória. **Arlie Russell Hochschild e a sociologia das emoções**. 2003. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/287107703/Arlie-Russell-Hochschild-e-a-Sociologia-Das-Emocoes-Artigo>. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n° 3.071 de 1° de janeiro de 1916.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

CHRISTOPHER, Thorpe. **O livro da sociologia**. 2. ed. São Paulo: GloboLivros, 2016.

CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. **Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FRACCARO, Glaucia. **Os direitos das mulheres: feminismo e trabalho no Brasil (1917-1937)**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.

FREITAS, Hyndara. **Grávidas e trabalho insalubre: controvérsias seguem com projeto do Senado**. 2019. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/clipping/2019/01/29/gravidas-e-trabalho-insalubre-controversias-seguem-com-projeto-do-senado>. Acesso em: 15 out. 2019

IDOETA, Paulo Adamo. **Mulheres são maioria nas universidades brasileiras, mas têm mais dificuldades em encontrar emprego**. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-49639664>. Acesso em: 28 set. 2019.

LITVAK, Mórris. **A difícil missão das mulheres maduras no mercado de trabalho**. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/blogs/radar-do-emprego/a-dificil-missao-das-mulheres-maduras-no-mercado-de-trabalho/?amp>. Acesso em: 29 set. 2019.

MARX, Karl. **A Ideologia Alemã, 1º capítulo: seguido das Teses sobre Feuerbach**. 9. ed. São Paulo: Centauro, 2002.

MEIRELLES, Alexa. **1 a cada 5 profissionais sofreu assédio sexual no trabalho**. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/carreira/1-a-cada-5-profissionais-sofreu-assedio-sexual-no-trabalho-veja-relatos/amp/>. Acesso em: 29 set. 2019.

O POVO: **É verdade que Bolsonaro disse que não empregaria mulher com mesmo salário**. 2018. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/checagemopovo/2018/08/e-verdade-que-bolsonaro-disse-que-nao-empregaria-mulher-com-mesmo-sala.html>. Acesso em: 26 set. 2019.

PALAR, Juliana Vargas. **O Direito como instrumento contra a opressão feminina**. 2016. Disponível em: <https://www.ev-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25258>. Acesso em: 15 set. 2019.

SCHNEIDER, Gabriela (Org.). **A revolução das mulheres: emancipação feminina na Rússia Soviética**. São Paulo: Boitempo, 2017.

TREVIZAN, Karina. **Participação das mulheres no mercado de trabalho segue menor que a dos homens, diz OIT**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/economia/concursos-e-emprego/noticia/participacao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho-segue-menor-que-a-dos-homens-diz-oit.ghtml>. Acesso em: 28 set. 2019.

VEJA. **Atriz diz que não foi convidada para ‘Top Gun 2’: ‘Aparento minha idade’**. 2019. Disponível em: <<https://www.google.com/amp/s/veja.abril.com.br/entretenimento/atriz-diz-que-nao-foi-convidada-para-top-gun-2-por-causa-da-idade/amp/>>. Acesso em: 29 set. 2019.

WOLF, Naomi. **O Mito da Beleza: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019.

FAKE NEWS: As Consequências da Ampla Divulgação de Notícias Falsas na Internet e as Possibilidades de Responsabilização Civil

DAVID MARCELO DE ARRUDA VIEIRA
JOYCE EVENNI RODRIGUES LOPES

RESUMO

Fake news é o termo dado a notícias falsas publicados por veículos de comunicação em massa, sendo abordadas como informações reais, nas quais em um curto espaço de tempo, ganham divulgação mais ampla do que os conteúdos verdadeiros. Diante disso, a abordagem do presente artigo circulará em torno das proporções imensuráveis e preocupantes atingidas por *fakes news* nas relações interpessoais e sociais, bem como as possibilidades de responsabilização civil como consequência da criação e do compartilhamento destas.

Palavras-chave: Fake News. Informações. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

Fake news is the term given to *fake news* published by mass media, being approached as real information, in which in a short time they gain wider dissemination than true content. Given this, an approach of this article circulates around the immeasurable and worrying proportions affected by false news in interpersonal and social relations, as well as the possibilities of civil liability as a consequence of the creation and sharing of information.

Keywords: Fake News. Information. Civil Liability.

INTRODUÇÃO

Fake news significa, em tradução literal, notícias falsas, foi criado para representar a divulgação de conteúdos duvidosos, porém mentiras tidas como verdade, hoje disseminadas por redes sociais, sempre estiveram presentes ao longo da história, como relatado por o historiador e professor da Universidade de Harvard, Robert Darnton¹⁵, que remonta à idade antiga, mais precisamente ao século VI:

Procópio foi um historiador bizantino do século 6 famoso por escrever a história do império de Justiniano. Mas ele também escreveu um texto secreto, chamado 'Anekdotá', e ali ele espalhou '*fake news*', arruinando completamente a reputação do imperador Justiniano e de outros. 'Era bem similar ao que aconteceu na campanha eleitoral americana', diz Robert Darnton¹ ao jornal Folha de São Paulo.

Com o surgimento e o crescente uso das redes sociais, e a liberdade inerente a este ambiente, bem como a facilidade de acesso ao meio virtual, o número de pessoas alcançadas por notícias falsas é incalculável, o que facilita demasiadamente não só a criação e divulgação de materiais falsos, como a utilização de sites falsos para sua propagação. É desafiador, porém urgente e necessário, a remoção deste tipo de conteúdo, sem que haja ameaça à liberdade de expressão.

O método de abordagem utilizado na pesquisa foi o dedutivo, através da leitura de artigos, valendo-se mencionar a exploração da doutrina, relacionando-a ao ordenamento

¹⁵ Robert Darnton é especialista em história da França do século XVIII e pioneiro nos estudos sobre a história do livro. Atualmente, é professor e diretor da biblioteca da Universidade de Harvard.

jurídico brasileiro. O objetivo consiste no estudo sobre as *fake news* e as consequências devastadoras provenientes destas, que acarretam no dano à imagem de uma pessoa física ou jurídica perante a sociedade, na tentativa de relacionar ao modelo normativo brasileiro, no que diz respeito as possibilidades de responsabilização civil dos provedores destes conteúdos.

O FENÔMENO *FAKE NEWS*

É de suma importância para o desenvolvimento do tema, iniciar com uma breve conceituação do que se trata *fake news* e a sua origem. É sabido que notícias falsas não são novidades do mundo atual, sendo considerada uma estratégia muito antiga, até meados do século XX, a história contada era a do lado daqueles que haviam ganhado guerras e outras personalidades da época, as histórias dos vencedores sempre precisou de uma certa manipulação para que determinada ação parecesse mais nobre do que realmente foi, partindo deste entendimento e remetendo aos dias atuais, dentro de um meio de fácil acesso ao mundo virtual, proliferou-se cada vez mais conteúdos de natureza inverídica, surgindo a partir disso, o fenômeno chamado *fake news*.

Fake news, refere-se a divulgação de notícias falsas que rapidamente se espalham, principalmente no meio virtual, estando em evidência desde 2016, a sua popularização se deu por conta das diversas notícias falsas divulgadas durante as eleições norte-americanas.

Segundo o conceito de pós-verdade, cada indivíduo tem uma tendência maior a acreditar na informação que lhe agrada, ou esteja mais relacionada com seus direcionamentos morais e crenças, sendo este o motivo no qual as *fake news* chamam tanto a atenção e acabam viralizando, fazendo com que o indivíduo passe a excluir as possibilidades de crítica sem analisar a veracidade dos fatos, confiando cegamente nas informações recebidas, apenas porque o conteúdo condiz com suas convicções.

Portanto, o estudo do termo *fake news* busca problematizar e compreender melhor como funciona a difusão de notícias falsas. Uma vez que os veículos de comunicação em massa obedecem a certos direcionamentos, sejam eles políticos, sociais, culturais ou econômicos, podendo haver uma certa manipulação do que se compreende por verdade.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA INTERNET

Considerando que o mundo atual tornou-se extremamente globalizado e tecnológico, é de extrema importância compreender a respeito do modelo normativo brasileiro adotado para a responsabilização de atos de violação do direito na internet. No que diz respeito ao conceito básico sobre responsabilização civil, Silvio Rodrigues afirma: “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado à outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2003, p. 6).

Entende-se então que a responsabilidade civil é a obrigação de um indivíduo reparar o dano causado a outra pessoa, esse instituto busca determinar em que condições uma pessoa pode ser responsável pelo dano sofrido por outrem e a medida a qual estará obrigado a repará-lo.

A conduta, de ação ou omissão, o nexo de causalidade entre o ato e a consequência danosa e a culpabilidade na hipótese de responsabilidade subjetiva, são elementos que configuram a responsabilização civil, partindo destes elementos estabelecem a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade subjetiva é adotada como regra pelo Código Civil de 2002, definida nos artigos 186 e 187, em que o dano não é suficiente, devendo ele resultar de um ato ilícito, ligando o sujeito que agiu com culpa à existência de prejuízo.

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.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, justificada pela teoria do risco é adotada como exceção no código civil, implícita no artigo 927 sendo a existência do dano e a comprovação do nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima são elementos suficientes para configurar a responsabilização.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O Código Civil de 2002, embora reconheça as teorias subjetiva e objetiva da responsabilidade civil, não foi capaz de trazer previsões que pudessem solucionar questões relativas à responsabilidade no meio virtual, levando em consideração que se tornou insuficiente para tamanha amplitude da rede de dados, sem contar na dispersão da informação na internet, na qual esta percorre por diversos servidores até chegar no seu destinatário final, havendo um fracionamento subjetivo da responsabilidade, que se dá pela existência de uma multiplicidade de sujeitos envolvidos. Vale ressaltar também a produção de notícias falsas de forma anônima, muitas vezes propagando fatos difamatórios e caluniosos, afastando a sua responsabilização civil.

A partir desta breve conceituação a respeito da responsabilidade no âmbito do direito civil, cabe analisar como ocorre a aplicação desses conceitos no mundo virtual, com medidas de caráter a coibir determinados atos sem que ocorra a censura ao exercício da liberdade de expressão.

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO AMBIENTE VIRTUAL

Com o contínuo avanço tecnológico e o aumento da proliferação das chamadas *fake news* no mundo virtual, desafia-se cada vez mais os operadores do Direito, tanto para atribuir a autoria delitiva até a sua remoção do conteúdo, principalmente na esfera que diz respeito à liberdade de expressão e sua proteção na internet. Sob a luz do nosso ordenamento jurídico, quais seriam as formas de reprimir a disseminação de conteúdo inverídico, sem promover a censura e assegurando o direito à liberdade de expressão?

Os Órgãos das Nações Unidas, em uma declaração conjunta, tomada no ano de 2017, sobre Liberdade de expressão e notícias falsas, desinformação e propaganda, indagou a perda de credibilidade da imprensa e por outro lado, alertou que os governos não devem promover a censura sob o argumento de combater as fakes news.

É altamente perceptível que notícias falsas podem prejudicar a reputação e afetar a privacidade das pessoas, podem ainda instigar a violência ou discriminação, pois nem sempre o ser humano no seu direito de exercer a liberdade de expressão, utiliza-se de declarações verdadeiras, e mesmo que o direito tenha o dever de proteger informações, não justifica

assegurar a disseminação de notícias falsas deliberadamente, que causem perturbação ou ofensa a outra pessoa, na alegação de não violar os padrões internacionais de direitos humanos em uma sociedade democrática.

A Constituição Federal, por sua vez, assegura a garantia fundamental a livre manifestação do pensamento, e ao mesmo tempo garante a proteção de outros valores, como a intimidade, a vida privada e a honra. O artigo 220 da Constituição Federal estabelece:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística

O art. 220 da Constituição Federal deve ser interpretado junto aos incisos IV, V, X, XIII, XIV que fazem parte do art. 5º:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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;

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Dada a natureza ampla e difusa da internet e dos usuários aos quais têm acesso a mesma, é impossível determinar a quantidade de pessoas atingidas diariamente por notícias falsas, das quais até mesmo gerações futuras poderão ter contato com o material hoje produzido.

Diante disso, com as palavras do professor e promotor, Rogério Sanches¹⁶, torna-se de fácil entendimento compreender a respeito do que seria exceder os limites para o exercício da liberdade de expressão:

Reitere-se que não é qualquer tipo de manifestação de opinião que deve ser alvo de ações contrárias, nem mesmo qualquer notícia que se revele falsa. Alguém que inventa o pouso de uma nave extraterrestre em determinado local não atrai – se é que atrai – mais do que alguns momentos de atenção. Mas um órgão dito jornalístico que noticia um inexistente golpe de Estado em curso pode causar transtornos incalculáveis nas esferas política, econômica e social. Da mesma forma, quem divulga algo irrelevante – ainda que falso – envolvendo uma pessoa não comete um ato ilícito, o que não ocorre com quem pratica conduta semelhante capaz de causar danos pessoais a quem se vê envolvido na falsidade.

“DEEP FAKE” UMA NOVA CATEGORIA DAS FAKES NEWS

O *Deep Fake* termo que significa falsidade profunda em tradução livre, foi atribuído como uma nova “modalidade” de *fake news*, tendo início quando um usuário de nome “Deep Fake” divulgou através da plataforma Reddit (rede social criada em 2005, que opera atualmente com mais de 230 milhões de usuários ativos e funciona com base nos fóruns) diversos vídeos pornográficos com famosos. O *Deep Fake* utiliza de uma inteligência artificial para editar o rosto de pessoas em vídeo e voz, sincronizando movimentos e expressões labiais, entre outros, que resultam numa edição impressionante e muito convincente.

Exemplo de um caso de vítima do *Deep fake* é o atual governador do estado de São Paulo, João Dória,¹⁷ o qual foi inserido seu rosto em um ato de pornografia para prejudicar sua imagem no âmbito político e social. Para Wanderson Castilho¹⁸, um dos maiores especialistas brasileiros em crimes virtuais, em entrevista à revista Antagonista, afirma como “manipulação grosseira” o vídeo que circulou na internet vinculando o tucano João Doria a uma orgia com seis garotas de programa.

¹⁶ Rogério Sanches Cunha. Promotor de Justiça - Estado de São Paulo; Professor de Direito e Processo Penal do CERS Cursos Online e Vorne Cursos; autor de livros pela Editora Juspodivm.

¹⁷ João Agripino da Costa Doria Junior, é um empresário, jornalista, publicitário e político brasileiro, filiado ao Partido da Social Democracia Brasileira desde 2001 e atual Governador do estado de São Paulo.

¹⁸ Wanderson Castilho, diretor da e-Net Security, é perito forense e especialista em detecção de mentiras.

O professor Moacir Ponti¹⁹, do Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação da Universidade de São Paulo (USP), destaca em sua fala que a tecnologia que permite este tipo de manipulação de imagem é perfeitamente possível "É um método baseado em aprendizado profundo (*deep learning*, em inglês), que visa a aprender a partir dos padrões da face de uma determinada pessoa. Ele pega os pontos-chaves de uma pessoa A e de uma pessoa B, possibilitando a substituição dos rostos" explica o professor.

Para melhor qualidade nos resultados é preciso uma grande quantidade de imagens das faces das duas pessoas, por isso pessoas públicas com um maior acervo de imagens e dados na mídia, como políticos e celebridades, são alvos mais constantes do chamado *Deep fake*. O pesquisador Giorgio Patrini²⁰, da Universidade de Amsterdã, ressalva o risco do mal uso da ferramenta "Se houver incentivo financeiro ou político suficiente para que atores mal-intencionados façam isso, é inteiramente possível que a fabricação de vídeos seja usada em futuras campanhas políticas", avaliou à *Agência Estado*.²¹

Partindo dessa ideia, é notável quão perigosa e preocupante o acesso a essa tecnologia que proporciona alterações nas imagens de terceiros. Por ser ela bastante acessível e podendo ser usado de maneira muito negativa, tem potencial de corroer tanto confiança que temos em instituições ou empresas, manchar a imagem de alguém perante a sociedade, até abalar a candidatura de um político e ampliar a profunda desconfiança que já temos destes, com imagens e notícias falsas à véspera da eleição, por exemplo.

Apenas 8 anos após a primeira convenção sobre cibercrimes, que ficou conhecida como convenção de Budapeste, que data de 2004, o Brasil entende a importância e começa a legislar sobre o que outros Estados já haviam visto como problema social. Procurando coibir a prática dos crimes informáticos, entrou em vigor no Brasil em 2013 as leis 12.737/12 e 12.735/12, lei Carolina Dieckmann e lei Azeredo, como ficaram conhecidas.

¹⁹ Moacir Antonelli Ponti é Professor com Doutorado em Biotecnologia- Universidade Federal de São Carlos Mestrado em Ciência da Computação- Universidade Federal de São Carlos

Graduação em Processamento de Dados - Universidade de Franca

²⁰ Giorgio Patrini, pesquisador da Universidade de Amsterdã, na Holanda.

²¹ Agência de notícias privada pertencente ao Grupo Estado, com uma base de usuários com mais de 10.000 terminais broadcast

Lei Federal N.º 12.735/2012 (Lei Azeredo) Trata-se do projeto de Lei nº 84/1999, no qual houve a propositura de criminalização da conduta de destruição de dados eletrônicos de terceiros, o acesso e obtenção de informações em sistemas restritos sem autorização e a transferência não autorizada de dados ou informações particulares se tornariam crime, passíveis de prisão e multa.

Lei Nº 12.737/2012, a Lei Carolina Dieckmann é como ficou conhecida a sancionada em 30 de novembro de 2012, que promoveu alterações no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940), tipificando os chamados delitos ou crimes informáticos.

MARCO CIVIL NA INTERNET

O Brasil não possui legislação específica para punir quem produz e compartilha *fake news*, no entanto, isso não significa, que as pessoas quando não checam a veracidade das informações compartilhadas estarão livres de serem responsabilizados. Existem instrumentos legais nas justiças civil e criminal para acionar produtores e divulgadores de *fake news*.

No ano de 2009, Edward Snowden²², ex-técnico da CIA, vazou informações sigilosas de segurança dos Estados Unidos, e revelou em detalhes alguns dos programas de vigilância que o país usava para espionar a população americana e vários outros países da Europa e da América Latina, incluindo o Brasil. Com a descoberta que o governo americano realizava práticas de espionagem contra os países, foi instituído no Brasil, o Marco Civil da Internet, com o intuito de regulamentar a internet em território nacional, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determinando as diretrizes para atuação da União, dos Estados e Municípios em relação à internet.

A lei do Marco Civil da internet, Lei nº 12.965/14, foi sancionada em 23 de abril de 2014, pela então presidente da época, Dilma Rousseff²³, possui trinta e dois artigos divididos em cinco capítulos, destacando-se entre eles os princípios da Neutralidade, Privacidade e Registro dos acessos. Vale a pena, ressaltar o texto do artigo que prevê:

Art.19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser

²² Edward Joseph Snowden é um analista de sistemas, ex-administrador de sistemas da CIA e ex-contratado da NSA.

²³ Dilma Vana Rousseff é uma economista e política brasileira, filiada ao Partido dos Trabalhadores e 36ª Presidente do Brasil.

responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Atualmente, grandes plataformas como o *Facebook* e o *Google*, possuem mecanismos por meio do qual os usuários podem denunciar postagens ou páginas ofensivas, no entanto, segundo a lei do Marco Civil da Internet, estas plataformas só serão obrigadas a tirar o conteúdo do ar quando houver determinação judicial, sendo de conta própria o que elas fazem além disso.

Tanto na esfera cível como na esfera criminal, pode ocorrer desde uma indenização reparatória a uma condenação em casos de crimes contra a honra, caracterizados por injúria, calúnia e difamação, no caso destes três últimos itens citados, o condenado poderá cumprir pena que varia de 3 meses a 3 anos de prisão e o pagamento de indenização.

Na esfera civil, é possível buscar a reparação sempre que atingida a honra, a boa imagem ou a vida privada de alguém. O caso concreto baseado na relevância e na gravidade do que foi divulgado, que determina, se é cabível a reparação por danos morais ou materiais. Um julgado do STJ exemplifica:

Conforme se extrai do voto da Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI 4.815/DF, “o dever de respeito ao direito do outro conduz ao de responder nos casos em que, mesmo no exercício de direito legitimamente posto no sistema jurídico, se exorbite causando dano a terceiro. Quem informa e divulga informação responde por eventual excesso, apurado por critério que demonstre dano decorrente da circunstância de ter sido ultrapassada esfera garantida de direito do outro”. 2. A liberdade de imprensa – embora amplamente assegurada e com proibição de controle prévio – acarreta responsabilidade a posteriori pelo eventual excesso e não compreende a divulgação de especulação falsa, cuja verossimilhança, no caso, sequer se procurou apurar. 4. Gera dano moral indenizável a publicação de notícia sabidamente falsa, amplamente divulgada, a qual expôs a vida íntima e particular dos envolvidos” (REsp 1.582.069/RJ, DJe 29/03/2017).

Também é possível a propositura a um dos legitimados para a ação civil pública atuar com fundamento no art. 1º, inc. IV, da Lei 7.347/85, que estabelece a possibilidade de ajuizamento de ação de responsabilidade por dano a qualquer interesse difuso ou coletivo.

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).
IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990).

Ademais, encontra-se suporte na lei 12.891, de 2013, no seu artigo 57 § 1º quando a divulgação de notícias falsas ocorrer em época de eleição com o intuito de desqualificar um candidato, partido ou coligação.

Art. 57 § 1º Constitui crime a contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação, punível com detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Ainda assim, o Marco Civil da Internet torna-se insuficiente dada à velocidade de propagação dos conteúdos disponíveis na internet, em razão disso, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, têm apresentado projetos que buscam alterar as legislações do Código Penal e do Marco Civil da Internet. A grande parte dos projetos apresentados, versa sobre criminalizar individualmente os usuários da rede que produzem ou publicam *fake news*, bem como responsabilizar as empresas de plataformas digitais, como *Facebook*, *Google*, *WhatsApp*, entre outras, a obrigatoriedade de implantar um sistema de fiscalização do conteúdo propagado dentro de suas mídias sociais, aplicando a estas, uma multa nos casos de não remoção das mensagens com conteúdo falso ou ofensivo.

Como exemplo, umas das propostas do deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR), trata-se da PL 7.604/2017, que responsabiliza os provedores de conteúdo nas redes sociais pelas notícias “[...] falsas, ilegais ou prejudicialmente incompletas em detrimento de pessoa física ou jurídica, por qualquer meio, na rede mundial de computadores”. Se aprovada, empresas como *Facebook* e *Twitter* terão até 24 horas para retirar do ar uma publicação denunciada como falsa, e o descumprimento acarretará em aplicação de multa de até R\$ 50 milhões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Combater *Fake News*, é um assunto extremamente importante e ao mesmo tempo complexo. Envolve a relação entre uma vasta gama de sujeitos, como empresas, governos, sociedade, entre outros, não é uma luta isolada, pois a educação digital é de grande importância para que as pessoas passem a identificar conteúdos falsos, diferenciando-os e duvidando daqueles com elevadas chances de veracidade.

O Marco Civil da Internet foi uma grande vitória para a sociedade brasileira, porém, a medida que a sociedade evolui, precisam-se evoluir também as leis, uma vez que o Marco Civil da Internet tem sido adequado para remoção de alguns conteúdos, mas pouco eficiente para a sua proliferação nas redes sociais, é importante atualizar a sua legislação a fim de adequá-las melhor a realidade.

Alguns dos muitos problemas envolvendo a propagação de notícias falsas, a serem resolvidos, consiste em determinar o grau de responsabilização de quem compartilha notícias falsas ou ofensivas. Ora, será que todas as pessoas possuem condições de saber que a notícia era falsa ou não? Este é o ponto em que ressalta-se novamente a importância e a necessidade de uma educação digital para os cidadãos, sabendo que muitas pessoas leigas não se atentam para algumas características básicas como a fonte do conteúdo e o veículo de divulgação, sendo estas, maneiras para duvidar da veracidade da notícia.

Outro ponto a ser discutido, encontra-se no perigo sobre a possibilidade de deixar a cargo do provedor a decisão se o conteúdo é falso ou não, pois quem seria o responsável para estabelecer os padrões e controlar esse sistema, tendo em vista que os critérios escolhidos para tal, não necessariamente estariam plenamente alinhados com a Constituição?

Devendo-se atentar para as consequências de deixar os provedores decidirem a veracidade dos conteúdos, lembrando que o Marco Civil garante que o provedor, após notificado possa remover o conteúdo caso entenda que ele realmente ofende seus termos de uso. O papel do provedor, portanto, deve ficar restrito as regras que ele traçou para si mesmo em seus termos e políticas de uso, e não em decidir sobre a licitude ou ilicitude de um conteúdo.

A melhor opção para analisar conteúdos e determinar quais informações devem permanecer à luz da legislação nacional é o Poder Judiciário, dado que se fosse instituída a responsabilidade dos provedores de aplicações de internet, estes provavelmente removeriam grande parte dos conteúdos denunciados, para evadir-se do risco de ações indenizatórias, havendo até mesmo um certo tipo de incentivo a uma censura privada e implicando em um impasse para o desenvolvimento de alternativas de comunicações da rede.

Por fim, a legislação e a jurisprudência devem estar sempre atentas aos perigos das *fake news* na sociedade, buscando sempre utilizar o sistema que melhor se adequa, requer também muito cuidado na elaboração das leis, sempre protegendo a diversidade e a pluralidade de opiniões, e entendendo que não se trata de punir a crítica, tampouco desacreditar nos meios de difusão de informações, mesmo que as notícias estejam de uma forma com a qual não concordem determinados grupos. Trata-se de atentar-se para condutas que realmente extrapolam a liberdade de expressão e sejam passíveis de responsabilização.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Ordinária 6.630/2013**. Acrescenta artigo ao Código Penal, tipificando a conduta de divulgar fotos ou vídeos com cena de nudez ou ato sexual sem autorização da vítima e dá outras providências. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=598038> . Acesso em: 20 de out. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 21 out. 2019

BRASIL. **LEI Nº 12.735, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 7.347 de 24 de Julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11269951/inciso-iv-do-artigo-1-da-lei-n-7347-de-24-de-julho-de-1985>. Acesso em: 21 out. 2019

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Volume 7: responsabilidade civil./Paulo Nader. 6.ed. rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense,2016

SANCHES, Cunha. **A divulgação de notícias falsas e as possibilidades de responsabilização.** 2018. Disponível em:

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/11/divulgacao-de-noticias-falsas-e-possibilidades-de-responsabilizacao/>. Acesso em: 21 out. 2019.

TEFFÉ. Chiara Spadaccini de. **Fake news: como proteger a liberdade de expressão e inibir notícias falsas?** Disponível em: <https://feed.itsrio.org/fake-news-como-protoger-a-liberdade-de-express%C3%A3o-e-inibir-not%C3%ADcias-falsas-8058aedd9f5c>. Acesso em: 20 out. 2019.

AS INTERFACES DO SALÁRIO-FAMÍLIA E A SUA EFICÁCIA NA VIDA DOS BENEFICIÁRIOS

Maria Simone Oliveira Roseno
Jamilla Cruz de Sousa
Raul Gonçalves Holanda Silva

RESUMO

A pesquisa em tela visa traçar discussões em torno do salário-família, com destaque para a eficácia que o valor do referido benefício promove na vida dos beneficiários. Como delineamento metodológico, utilizou-se do método dedutivo e um olhar reflexivo, se configurando em um estudo exploratório, dada a natureza da temática proposta. Adiante se propõe uma relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o pagamento do salário-família, dado o valor irrisório, diante das inúmeras necessidades das crianças e adolescentes que são contempladas, assim como, a possibilidade de elencar propostas, no sentido de haver acréscimos aos valores estabelecidos, no intuito de promover bem-estar e dignidades humana aos que devem receber o benefício previdenciário.

Palavras-chave: Salário-família. Beneficiários. Dignidade Humana.

ABSTRACT

The research on screen aims to draw discussions around the family salary, highlighting the effectiveness that the value of this benefit promotes in the lives of beneficiaries. As a methodological design, we used the deductive method and a reflective look, configured in an exploratory study, given the nature of the proposed theme. The following proposes a relationship between the principle of human dignity and the payment of family allowance, given the derisory value, given the countless needs of children and adolescents that are contemplated,

as well as the possibility of listing proposals, in the sense of there should be additions to established values in order to promote human welfare and dignity to those who should receive social security benefits.

Keywords: Family Salary. Beneficiaries Human dignity.

Assistente Social, Pós-Graduada em Gestão Pública; Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC; E-mail: simonecno2011@hotmail.com;

¹ Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC; E-mail: jamillacruz01@gmail.com;

¹ Professor da FAFIC, Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável – PPGD/UNIPÊ; Advogado Público vinculado a Procuradoria Geral do Município de Sousa – PB; Professor da FAFIC; E-mail: raulholanda@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Para que a subsistência humana possa ser provida, o homem deverá buscar trabalho para que possa receber valores, denominados salários, com o escopo de custear sua sobrevivência e a da sua família. Atrelado a esse numerário, o empregado percebe ainda, um complemento a sua renda mensal, qual seja o salário-família, desde que atenda aos requisitos para ser beneficiado pelo referido abono.

No referido estudo, visa discutir o valor pago as famílias de baixa renda e a sua efetividade na vida dessas, dada a natureza de um benefício de complementariedade de renda, haja vista que deverá subsidiar as necessidades dos filhos dos empregados que são alcançados por esse direito.

O cenário atual brasileiro é de uma economia fragilidade, de redução de empregos, de direitos, em que se torna muito difícil para o trabalhador proporcionar a sua família qualidade de vida em todos os aspectos. Por isso, se faz necessário traçar discussões sobre políticas públicas e sociais que visem amenizar os efeitos deletérios da desigualdade social e consequentemente da má distribuição de renda.

As discussões se debruçam sobre as finalidades do salário-família, sua natureza jurídica, assim, como fazendo inter-relações com a eficácia dos valores destinados a custear as despesas dos filhos contemplados com o referido benefício.

Busca discutir ainda as razões para que o referido instituto apresenta um valor tão ínfimo, assim como analisar suas consequências para a vida das famílias que necessitam muito

dessa complementação de renda, com fulcro no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que reza sobre o atendimento das necessidades humanas de forma satisfatória e eficaz.

A pesquisa em tela se debruça em leituras sobre periódicos disponíveis em sítios na internet que tratem da temática, assim como doutrinas e legislação vigente, sendo esta do tipo qualitativa, voltando-se para um olhar crítico sobre a realidade das famílias que percebem o referido benefício, dada a sua natureza de complementariedade de renda.

MATERIAL E MÉTODOS

O despertar para discutir sobre o salário-família se deu através de aulas expositivas em sala de aula, bem como, das experiências vivenciadas por uma dessas pesquisadoras através do recebimento do referido benefício, devido se tratar de um valor irrisório ante o custo atual custo de vida no Brasil, tendo sido criado com o objetivo de complementar a renda das famílias que se enquadram no referido abono.

Versa a presente análise sobre um estudo crítico, com análise qualitativa, se configurando em uma pesquisa exploratória, dada as dificuldades em encontrar escritos sobre a temática com o viés que corrobore com o proposto pelos pesquisadores em tela.

Se utilizou do método dedutivo, partindo de uma discussão geral em que abrange todos os trabalhadores e afunila para a análise de realidades mais próximas e que demonstram os efeitos do recebimento dos valores do salário-família entre as famílias contempladas.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para Maurício Godinho Delgado, Salário-família:

Trata-se (...) da figura de origem (e natureza) previdenciária. Criado pela Lei n. 4.266, de 1963, modificado pela Lei n. 5.559/69, submetido atualmente, à regência normativa da Lei n. 8.213/91 (com suas modificações), além da alteração feita pela EC n. 20, de dezembro de 1998 (Att. 7, XII, CF/88), o salário-família constitui-se de parcelas monetárias devidas pela Previdência Oficial ao trabalhador de baixa renda (a restrição à renda sedimentou-se com a EC 20/98), em função do número de seus dependentes, sejam pessoas inválidas, sejam menores de 14 anos. Tais parcelas são repassadas ao empregador, que se ressarcido do custo correspondente através da compensação de valores no montante de recolhimentos previdenciários sob encargo da empresa (DELGADO, 2019, p. 849-850).

O benefício do Salário-família é direito do trabalhador previsto constitucionalmente nos dispositivos, art. 7º, XII, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XII — salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

Porém, com o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, os dispositivos supra sofreram alterações, inclusive o art. 201, IV, do mesmo diploma legal, senão vejamos:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (BRASIL, 1998).

Os dispositivos constitucionais que tratam do benefício em estudo, sofreu outra alteração com a Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013, em que inseriu no rol de trabalhadores contemplados, o empregado doméstico. No entanto, ainda necessita ser regulamentado por legislação infraconstitucional, para que ocorra o recebimento do referido benefício pelos trabalhadores caseiros.

Além de previsão na Constituição Cidadã, foi instituída a Lei nº 8.213/91 para regulamentar os dispositivos supramencionados, mais precisamente no art. 65, parágrafo único:

Art. 65. O salário-família será devido, mensalmente, ao segurado empregado, exceto ao doméstico, e ao segurado trabalhador avulso, na proporção do respectivo número de filhos ou equiparados nos termos do § 2º do art. 16 desta Lei, observado o disposto no art. 66.

Parágrafo único. O aposentado por invalidez ou por idade e os demais aposentados com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais de idade, se do sexo masculino, ou 60 (sessenta) anos ou mais, se do feminino, terão direito ao salário-família, pago juntamente com a aposentadoria.

Contudo, se compreende que o salário-família não é devido a todo trabalhador, mas aqueles que se enquadram nos requisitos previstos em lei, quais sejam: dependentes de segurado

de baixa renda, ao trabalhador avulso, proporcionalmente ao número de filhos, bem como, aos aposentados por invalidez ou idade e os demais aposentados na faixa etária de 65 anos de idade ou mais (se homem) e 60 anos (se mulher), perceberão juntamente com o benefício da aposentadoria.

O valor do pagamento do referido benefício, obedece a um patamar salarial percebido pelo trabalhador considerado de baixa renda, sendo reajustado anualmente através de Portaria Interministerial, a respeito do ano de 2019, o pagamento do abono em discussão deverá atender requisitos básicos.

De acordo com a Portaria do Ministério da Economia 09/2019, para o segurado com remuneração mensal não superior a R\$ 907,77 (novecentos e sete reais e setenta e nove centavos), o valor da cota do salário-família por filho ou equiparado de qualquer condição, até 14 (quatorze) anos de idade, ou inválido de qualquer idade, a partir de 1º de janeiro de 2019 é de R\$ 46,54 (quarenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos) e para o segurado com remuneração mensal superior a R\$ 907,77 (novecentos e sete reais e setenta e sete centavos) e igual ou inferior a R\$ 1.364,43 (um mil, trezentos e sessenta e quatro reais e quarenta e três centavos), o valor da cota do salário-família será de R\$ 32,80 (trinta e dois reais e oitenta centavos).

Atrelado ao pagamento do salário-família, o trabalhador beneficiado deverá atender as seguintes condicionalidades:

O pagamento do salário-família será devido a partir da data da apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado, estando condicionado à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória, até seis anos de idade, e de comprovação semestral de frequência à escola do filho ou equiparado, a partir dos sete anos de idade. Se o segurado não apresentar o atestado de vacinação obrigatória e a comprovação de frequência escolar do filho ou equiparado, nas datas definidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, o benefício do salário-família será suspenso, até que a documentação seja apresentada. A comprovação de frequência escolar é feita mediante apresentação de documento emitido pela escola, na forma de legislação própria, em nome do aluno, onde consta o registro de frequência regular ou de atestado do estabelecimento de ensino, comprovando a regularidade da matrícula e frequência escolar do aluno (VILLOTA, 2014).

Um dos pontos positivos do pagamento do benefício, se refere ao fomento para que os pais coloquem os filhos na escola e promovam a saúde desses, evitando assim, a evasão escolar e o desenvolvimento de doenças.

NATUREZA JURÍDICA DO BENEFÍCIO

Pela razão do referido benefício estar previsto no rol de direitos sociais e da seguridade social da Constituição Federal de 1988, há divergências se o mesmo é de natureza trabalhista ou previdenciária, a saber:

[...] A corrente minoritária defende a natureza trabalhista do instituto, fundando-se essencialmente no argumento da natureza alimentar da parcela, bem como na denominação do institutos, fundamentos estes de fácil refutação prática e teórica. (BONFIM, 2015).

Em sentido contrário (...) entende a corrente majoritária, seguida tradicionalmente pelos tribunais trabalhistas[2] e tribunais federais[3], pela natureza previdenciária do benefício. Apesar de fugir da função peculiar da Previdência Social de proteção de contingências que podem atingir diretamente a população segurada economicamente ativa, o benefício em estudo, além de ter seus encargos suportados pela Previdência Social, é considerado benefício previdenciário atípico ou extravagante que objetiva à tutela da família (BONFIM, 2015).

Pelas razões apontadas, o salário-família majoritariamente, possui natureza previdenciária, portanto, só contempla os trabalhadores que são segurados pela Previdência Social e que atendem aos requisitos previstos na lei especial nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (dispões sobre os planos e benefícios da Previdência Social) e pelo Decreto 3.048, de 6 e maio de 1999 (aprova o regulamento da Previdência Social).

Quanto ao pagamento do benefício previdenciário “[...] é realizado, em regra, diretamente pelo empregador, o qual fará jus ao abatimento dos repasses realizados a título de adimplemento do benefício em sua Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social” (GFIP). (BONFIM, 2015).

Nesse mesmo pensamento, só poderá ser contemplado com o benefício do salário-família, aqueles que se encontram no mercado formal de trabalho, ou seja, os que possuem a qualidade de segurados da Previdência Social. Mesmo sendo um valor tão baixo, dada as necessidades de quem os recebe, tal quantia deixa de ser auferida aos que se encontram no mercado informal de trabalho, que não poucos, pois, segundo dados do IBGE, 41,3 % dos

brasileiros estão no mercado informal de trabalho, o que representa o número de 36,683 milhões de brasileiros.²⁴

FINALIDADE DO SALÁRIO-FAMÍLIA

O salário-família em sua essência se trata de uma complementação de renda, ao tempo que promove aos dependentes do segurado, atendimento as suas necessidades mais latentes. Assim,

[...] salário-família é um benefício de concessão restrita e que tem por finalidade assegurar o pagamento de cotas pecuniárias mensais destinadas a auxiliar no sustento e educação dos filhos ou indivíduos equiparados até 14 (quatorze) anos ou inválidos de qualquer idade. Equiparam-se a filho o enteado e o menor tutelado, mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica. A invalidez do filho ou equiparado maior de 14 anos deve ser avaliada pela Previdência Social. (VILLOTA, 2014).

Neste sentido, o referido benefício deverá ser um meio de auxiliar no sustento dos filhos, tais necessidades compreendem: a saúde, alimentação, vestuário, calçados, higiene pessoal, educação, etc. Diante do vasto número de necessidades, se por exemplo, 1 (um) filho de um segurado, o valor disponível para custear tais despesas, não é suficiente, bem como, em decorrência do valor do salário mínimo vigente brasileiro e da realidade econômica do país. Quiçá quando esse número de dependentes aumenta, conseqüentemente se aglomeram os custos com as necessidades dos filhos, sendo que o valor do salário-família não suporta a realidade das famílias, dada sua natureza de complementariedade/auxílio.

SALÁRIO-FAMÍLIA E A RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Viver dignidade é um direito fundamental com supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana que se apresenta:

²⁴ Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/08/30/trabalho-informal-avanca-para-413percent-da-populacao-ocupada-e-atinge-nivel-recorde-diz-ibge.ghtml> > Acesso em: 15 out. 2019.

[...] enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um sobreprincípio, ombreando os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade (art. 5º, II), o da liberdade de profissão (art. 5º, XIII), o da moralidade administrativa (art. 37) etc. Sua observância é, pois, obrigatória para a exegese de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui. Assim, a dignidade da pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Esse princípio conferiu ao texto uma tônica especial, porque o impregnou com a intensidade de sua força. Nesse passo, condicionou a atividade do intérprete (BULOS *apud* RIBEIRO, 2018).

Compartilha do mesmo entendimento, o constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] a CF inovou ao inserir a dignidade da pessoa humana no elenco dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1.º, III), portanto, situando-a no âmbito dos princípios fundamentais e estruturantes, logo após o Preâmbulo. Mas a dignidade da pessoa humana (ou dignidade humana, expressões que aqui usaremos em sentido alargado e como sinônimas) também foi objeto de previsão expressa em outras partes do texto constitucional, seja – a exemplo da tradição inaugurada com a Constituição de 1934, já referida – quando, no título da ordem econômica, o art. 170, caput, dispõe que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6.º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, caput). Mais adiante, em outra passagem do texto constitucional, art. 230, ficou consignado que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. (SARLET, 2017, p. 286).

Depreende-se que o princípio entabulado é pressuposto de demais princípios e norteadores para a garantia de um leque de direitos mínimos. Neste sentido, prover a dignidade dos filhos, com um valor tão ínfimo como o do Salário-família, qual seja: R\$ 32,80 (trinta e dois reais e oitenta), valor percebido pela maior parte das famílias brasileiras, em virtude de muitas se enquadrarem em relações trabalhistas que auferem como renda, o salário mínimo vigente de R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), como sendo um valor insuscetível de abarcar todas as despesas de um trabalhador, quiçá de sua família.

Assim, é salutar levantar discussões em torno do valor ofertado a título de benefício do salário-família, pois, não se torna eficaz para promover aos dependentes dos trabalhadores o sustento e a promoção de educação, devido ao valor ser insuficiente para custear tais

necessidades, comprometendo o desenvolvimento humano, saudável e digno das crianças beneficiárias.

É sabido que o valor do salário mínimo brasileiro, não cobre todas as necessidades de uma família para que esta viva com dignidade humana (representa viver com saúde, educação, moradia, transporte, emprego, vestimentas, calçados, higiene pessoal, transporte e lazer, ambos de qualidade), assim como, compromete a oferta de uma educação eficiente para os filhos e demais direitos fundamentais.

Nas palavras de Bárbara Maria Mendes Ribeiro (2018):

Neste toar, infere-se que o princípio da dignidade humana tem por escopo assegurar a todo ser humano, pelo simples fato de ser humano, as condições mínimas indispensáveis para uma existência vital digna. A dignidade é inerente à própria qualidade de pessoa humana, sendo esta razão suficiente para se ter respeitado um núcleo mínimo de direitos essenciais a essa existência.

Portanto, pela razão do salário-família não suprir as necessidades mais essenciais dos seus beneficiários, motivo pelo qual foi criado, há uma violação do supra princípio (dignidade da pessoa humana), uma vez que, muitas crianças ficam à mercê de uma alimentação de qualidade, de receber conhecimento apropriado a sua idade, ausência de lazer, dentre outras carências, ferindo assim, a sua dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De posse da vasta discussão apresentada, compreende-se que o valor do (salário-família) não é suficiente para cobrir as despesas necessárias dos beneficiários do referido abono. A partir do valor atribuído a cada dependente, de acordo com o patamar salarial que o trabalhador segurado recebe, se torna ineficaz para a função, a qual foi criado.

Destarte, se torna necessário suscitar discussões nos ambientes acadêmicos, na produção de político-sociais e na sociedade de forma geral, com o condão de apresentar propostas no sentido de se elencar valores que sejam realmente suficientes e capazes de suprir as necessidades mais vitais das crianças e adolescentes contempladas.

No atual parâmetro apresentado, o valor do salário-família é insuscetível de prover a dignidade humana esperada, violando de forma direta o princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que não garante o preenchimento dos requisitos mínimos para uma

sobrevivência digna, sendo esse imperiosa a apresentação de garantias fundamentais a todo e qualquer humano, principalmente a promoção da proteção, do bem-estar de crianças e adolescentes em idade de desenvolvimento humano e social, finalidade essa não alcançada com o valor ora fornecido a título de salário família.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Brena Késsia Simplicio. Questões peculiares à percepção do benefício do salário-família. **In: Revista Jus Navigandi**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41964/questoes-peculiares-a-percepcao-do-beneficio-do-salario-familia>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 1 out. 2019.

BRASIL, Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 23 out. 2019.

BRASIL, **Portaria Ministério da Economia – ME nº 9, de 15 de janeiro de 2019**. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-me-9-2019.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores** – Maurício Godinho Delgado. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

RIBEIROA, Barbara Maria Dantas Mendes. Uma análise dos aspectos gerais do princípio da dignidade da pessoa humana. **In: Revista Jus Navigandi**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67466/uma-analise-dos-aspectos-gerais-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 12 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidoro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOTA, Karine Martins de Izquierdo. Direito Previdenciário. **In: Conteúdo Jurídico**. Publicado em 13/12/2014. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42303/do-salario-familia>. Acesso em: 10 out. 2019.

**TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
TRANSFORMAÇÕES ACERCA DA TUTELA DE EVIDÊNCIA E APLICAÇÃO NO
PROCESSO DO TRABALHO**

Ana Maria Madalena de Oliveira Sousa ¹
Isaac Fernandes Vieira Veras ²

RESUMO

No referido trabalho, pretende-se abordar de forma sucinta questões relevantes sobre as tutelas provisórias e as suas espécies – tutela de urgência e tutela de evidência – pelo Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, estabelecendo-se um comparativo entre a sistemática processual que teve vigência desde o CPC/73 e a nova sistemática. A instauração do Novo Código de Processo Civil, trouxe relevantes modificações na esfera jurídica processual. O Livro V do novo código referente as “Tutelas Provisórias” (art. 294 a 311) passou por diversas alterações e trouxe muitas inovações. Por fim, abordaremos a aplicação da Tutela Provisória de forma subsidiária no Processo do Trabalho. O NCPC preocupou-se com o fator temporal, onde quanto maior a duração do processo, maior a probabilidade de danos e menor a possibilidade de satisfação.

Palavras-chave: Tutela provisória. Tutela de urgência. Tutela de evidência.

ABSTRACT

In this work, it is intended to address relevant issues the Provisional Guardianship and its species - urgency guardianship and evidence guardianship., By the New Code of Civil Procedure, Law No. 13.105 / 2015, establishing a comparison between the procedural systematic effective since CPC / 73 and the new system. The introduction of the New Code of Civil Procedure brought about significant changes in the procedural legal sphere. Book V of the new code referring to “Provisional Guardianships” (arts. 294 to 311) has undergone several changes and has uniformly gained many innovations. The NCPC was concerned with the temporal factor, where the longer the process duration, the greater the likelihood of damage and the lower the possibility of satisfaction.

Keywords: Provisional tutelage. Emergency tutorial. Evidence tutorial.

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-FAFIC,PB. mariamaddalena03@hotmail.com.

² Bel. em Administração Pública pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB, especialista em Gestão Estratégica de Serviços e de Pessoas pela Faculdade São Francisco-FASP, graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-FAFIC,PB. isaacveras@cagepa.pb.gov.br

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça como direito fundamental esculpido em nossa Carta Política de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV com a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, pressupõe, necessariamente, que tal acesso à justiça vislumbre, de fato, a realização útil da pretensão deduzida em juízo.

Não fosse assim, nosso legislador constitucional não consagraria entre os princípios e garantias fundamentais o princípio da celeridade processual, que é retirado do art. 5º, inciso LXXXVIII da Constituição Federal, dispondo da seguinte forma: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, sobre o qual, concluir-se, ser dever do Estado promover uma duração razoável para o deslinde de qualquer conflito judicial.

Nas palavras de Marco Felix Jobim (2011, p. 110): “A jurisdição deve ser prestada ao cidadão dentro de um prazo razoável, razão pela qual deve-se estudar as possibilidades de penalização daqueles que deixam o processo no descaminho da tempestividade.”

Fato é que não há que se falar em efetivo acesso à justiça, sem que se verifique tempo razoável para se chegar ao resultado pretendido quando se procura o Poder Judiciário para resolver conflitos de interesses, ambos os princípios da inafastabilidade da jurisdição e da celeridade processual estão umbilicalmente interligados.

Daí porque importante inovação legislativa trazida no Novo Código de Processo Civil foi a tutela provisória de evidência, sobre a qual este trabalho tratará.

Teixeira, Alves e Melo (2019), citando o dicionário MICHAELIS (2018), explicita sobre a etimologia da palavra evidência como sendo:

[...] uma qualidade ou caráter daquilo que é incontestável; que todos veem ou podem ver e verificar; que não deixa dúvidas; algo que prova a existência de um fato com certa probabilidade; constatação de uma verdade, de conhecimento que, pelo grau de clareza, não suscita nenhuma dúvida, segundo o racionalismo cartesiano.(TEIXEIRA,ALVES; MELO 2019, p. 198).

De outro modo, do ponto de vista do direito, os mesmos autores explicam, citando FUX (1996):

Sob esse ponto de vista, o direito evidente representa situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, a “probabilidade do direito” exigido

para a concessão da outra espécie de tutela provisória. Nesse contexto, na concessão da tutela da evidência, o juiz ainda estará aquém do quadro de certeza obtido naturalmente apenas após o exaurimento da fase cognitiva, quando ocorrerá o julgamento final da pretensão deduzida em juízo, exatamente em virtude do fato de que a produção de provas ainda não estará encerrada. Assim, a concessão de uma tutela jurisdicional orbita ao redor do grau de “probabilidade ou certeza” do direito, conforme demonstrado nos autos. Essa é a diretriz do instituto da tutela provisória (FUX, 1996, p.305-306).

Com efeito, seria então a tutela de evidência uma materialização e concretização do princípio da celeridade processual, visto prescindir de cognição exauriente da parte do magistrado.

Nas palavras de Luiz Fux, direito evidente seria aquele “cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impossível de contestação séria”, sendo, portanto, capaz de possibilitar um julgamento sob o prisma de uma cognição sumária.

Diante deste contexto, este trabalho se voltará, inicialmente, à conceituação das espécies das tutelas provisórias trazidas pelo CPC de 2015 com um paralelo da legislação anterior (CPC/1973) para, em seguida, tratar especificamente dessa novidade legislativa que é a tutela de evidência.

MATERIAIS E MÉTODOS

O artigo foi desenvolvido de forma exploratória e bibliográfica, valendo-se do método dedutivo, com a utilização de técnicas concernentes à pesquisa bibliográfica e documental, com aporte de doutrinas específicas e legislação

TUTELA PROVISÓRIA NO NCPC

Diante da situação do sistema judiciário brasileiro, o lapso de tramitação de um processo é enorme, deparando-se em uma situação de urgência, o tempo imprescindível para a obtenção de um direito, pode colocar em risco a sua efetividade.

O Novo Código de Processo Civil pretende agilizar o sistema judiciário brasileiro e torná-lo mais acessível para a população. A tutela provisória confere a pronta satisfação ou a pronta asseguarção ao jurisdicionado.

O processo cautelar tem a finalidade de assegurar ao processo principal um resultado útil, sendo utilizada como um instrumento de satisfação do direito pleiteado em outro processo,

onde a utilização de uma tutela cautelar supõe a demonstração do *periculum in mora*, sendo a necessidade de uma providência judicial urgente.

O CPC de 1973 nos art.798 e 799 trouxe o “Poder Geral de Cautela” sendo a primeira possibilidade de antecipação da prestação jurisdicional antes do julgamento do mérito do processo, concernindo na autorização que o juiz possuía para conceder qualquer medida cautelar.

Para o Código de Processo Civil a tutela provisória pode ser definida como toda tutela jurisdicional concedida com base em cognição sumária, ou seja, no exame menos aprofundado da causa. Na tutela provisória exige-se apenas um juízo de probabilidade e não um juízo de certeza, não sendo a mesma definitiva porque pode ser revogada ou modificada em qualquer tempo, não durando para sempre podendo ser substituída por outra tutela.

É possível seu cabimento no procedimento comum e nos Juizados Especiais Cíveis, como também nos procedimentos especiais (art.318, parágrafo único, CPC). De maneira mais sistemática que no CPC de 1973, o CPC de 2015 trata da tutela provisória, suas espécies, características e procedimento, num livro único, integrante da Parte Geral.

Baseada em cognição sumária, como já mencionado outrora, a tutela provisória dá eficácia imediata à tutela definitivamente pretendida, podendo ser substituída pela tutela definitiva, que a confirme, revogue ou modifique.

O Código de Processo Civil de 1973 autorizava a concessão de tutela cautelar de ofício no seu art.797, tal disposição não foi reproduzido no novo código, onde a tutela provisória ocorre sempre a requerimento.

A Tutela Provisória possui três características essenciais: a cognição sumária, que é a análise superficial do objeto litigioso, a precariedade, no sentido de que pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo, conforme o art. 296, e, por fim, a mesma é inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada. Para Didier (2016),

A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo, conforme célebre imagem de Luiz Guilherme Marinoni. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele (DIDIER JR.,2016, p. 644).

Mesmo sendo chamada de provisória, o novo Código de Processo Civil criou a possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente, nessa situação, se concedida a tutela antecipada, caso não haja recuso de agravo de instrumento, ela se tornará definitiva. A tutela definitiva segundo Didier (2016):

[...] é aquela obtida com base em **cognição exauriente**, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica.(DIDIER JR., 2016, p. 637)

TUTELAS PROVISÓRIAS E SUAS ESPÉCIES

De maneira mais sistemática que no CPC de 1973, o CPC de 2015 trata da tutela provisória, suas espécies, características e procedimento, num livro único, integrante da Parte Geral. As tutelas provisórias são um gênero que comporta algumas espécies.

Quanto ao fundamento que autoriza a tutela provisória, a mesma pode ser de urgência e de evidência, como dispõe o art. 294 do NCPC: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.”

TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA

As tutelas provisórias de urgência pressupõem a demonstração da probabilidade do direito, conhecida como “*fumus boni iuris*”, e a demonstração do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda do comprometimento da utilidade do resultado final que a demora do processo representa (*periculum in mora*). Senão vejamos, conforme preceitua o art. 300 do NCPC: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

A tutela de urgência possibilita à parte pleitear a antecipação do pedido de mérito como fundamento na urgência. Possui como fundamento constitucional o direito fundamental à jurisdição efetiva previsto no art.5º, inciso XXXV da CF/88 e o princípio da isonomia, promovendo um reequilíbrio, isso porque o ônus do tempo recai sobre aquele que provavelmente não tem direito.

A tutela provisória de urgência subdivide-se em duas subespécies: Tutela Provisória de Urgência Antecipada e Tutela Provisória de Urgência Cautelar, ambas esplanadas abaixo:

a) Tutela Provisória de Urgência Antecipada

Tutela Provisória de Urgência Antecipada, a mesma tutela antecipada do artigo 273, do CPC/73, também conhecida como tutela satisfativa, tem como objetivo buscar a realização provisória do direito postulado. Antecipa os efeitos da tutela definitiva que se pretende na ação. Nesse caso é necessário alegar e demonstrar urgência ou evidência, ou até mesmo, ambas. O *periculum in mora* da tutela antecipada fundamenta-se no risco ou perigo iminente ao próprio direito material.

A tutela antecipada no art. 300, parágrafo 3º do NCPC possui um requisito próprio, consubstanciado na ausência do perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Não pode haver risco de irreversibilidade fática. Senão vejamos “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” Cita-se como exemplo, a tutela antecipada para demolir um determinado prédio, pois não é possível ocorrer a revogação por parte do juiz, após a demolição ter acontecido, tornando-se irreversível.

Quanto ao momento que pode ser requerida, a mesma ocorre em caráter incidental e antecedente. Ocorrendo em caráter incidental, é uma tutela requerida quando já ocorrido o pedido de tutela final, ou seja, aquilo que é desejado. Se o pedido de tutela final já está formulado e é pedido a tutela provisória, essa tutela provisória é chamada de **incidente**, podendo acontecer de duas formas: primeiramente quando na petição inicial pede-se a tutela final e a provisória, e segundo, quando somente a tutela provisória é pedida algum tempo depois.

No que concerne ao caráter **antecedente** presente nos artigos 303 e 304 do NCPC, trata-se de uma tutela requerida antes de pedir a tutela final. Ou seja, ainda não foi dito ao magistrado o que se almeja, mas já disse o que se quer provisoriamente. A mesma pode ser satisfativa ou cautelar. Nesse caso não é necessário propor outra ação, não é preciso instaurar novo processo 30 dias depois, somente é necessário aditar a petição inicial, acrescentando-se um pedido, depois da referida petição inicial é que ocorrerá o pedido de tutela final.

O novo Código de Processo Civil, no artigo 303, trouxe uma inovação satisfatória, onde o autor pode se limitar ao requerimento da tutela provisória, meramente fazendo referência à tutela definitiva desejada.

b) Tutela Provisória de Urgência Cautelar

Tutela Provisória de Urgência Cautelar, é fruto da revogação das Ações Cautelares do Livro III do CPC/73. Agora são espécies de Tutela de Urgência, presente no art. 300 a 303 do NCPC, permitindo a parte pleitear a antecipação do pedido de mérito, fundamentando-se na urgência.

A tutela de urgência cautelar possui caráter instrumental, elas recaem sobre os instrumentos que asseguram a efetividade do mérito e do processo. Pode-se citar como exemplo, o pedido para tornar indisponível o patrimônio do devedor que está vendendo os bens que garantiriam o pagamento da dívida.

Os requisitos para que se postule uma tutela de urgência cautelar são a probabilidade do direito e o perigo na demora. No CPC/73 a tutela cautelar teria suas premissas previstas no art. 798, onde a concessão de tutela cautelar de ofício, de acordo com o art. 797 aconteceria em casos excepcionais, autorizados por lei, podendo assim o juiz conceder de ofício a tutela cautelar. A tutela de urgência cautelar poderá ser conferida em caráter antecedente (NCPC, art. 305 a 310) e em caráter incidental.

Em caráter **antecedente**, pode ser definida como aquela que é requerida dentro do mesmo processo em que se busca, outrora, formular o pedido de tutela definitiva, cautelar e satisfativa, ou seja, é requerida antes do pedido principal. Tem como objetivo, abreviar de maneira provisória a eficácia da tutela definitiva cautelar e resguardar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa. O Código de Processo Civil prevê nos artigos 305 e seguintes o seu procedimento próprio, assim como trata Didier (2016):

Assim, prevê o art. 305, parágrafo único, CPC, que, uma vez requerida tutela cautelar em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é satisfativa (antecipatória), poderá assim recebê-la, desde que seguindo o rito correspondente. Trata-se de hipótese de fungibilidade progressiva, da conversão da medida cautelar em satisfativa, isto é, daquela menos agressiva para a mais agressiva (DIDIER JR., 2016, p. 629).

A parte autora também poderá lançar mão da petição simplificada, conforme o art. 305, CPC/2015, mas deverá adita-la dentro de 30 dias, de modo a indicar o pedido principal de acordo com o art. 308, CPC/2015.

Em caráter **incidental** a mesma é requerida após formulada o pedido principal. A distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada é simples e clara. Enquanto a cautelar é conservativa, apenas assegura e permite que o direito seja satisfeito um dia, a antecipada é satisfativa em relação ao direito.

TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA

As tutelas provisórias de evidência, presentes no art.311 do Novo Código de Processo Civil, pode ser conceituada como a tutela provisória que dispensa a demonstração de urgência. Não é necessário demonstrar perigo para obtê-la, se funda na alta probabilidade de direito. O direito que se postula é tão evidente que o legislador autoriza a realização imediata.

É uma técnica processual que antecipa provisoriamente os efeitos da tutela satisfativa. A evidência é tida como um fato jurídico processual, onde as informações ali prestadas são comprovadas de fato.

Humberto Theodoro Júnior elucida que "A tutela da evidência não se funda no fato da situação geradora do perigo de dano, mas no fato de a pretensão da tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte" (THEODORO, 2016, p. 689).

Assim, na tutela de evidência, o julgador simplesmente exige um documento que comprove a violência demonstrada contra o direito. A evidência tanto serve para as tutelas provisórias como para as definitivas. Para Didier,(2016):

São técnicas que servem à tutela definitiva, fundada em cognição exauriente:
a) a criação de um procedimento especial como mandado de segurança e a ação monitória; e b) a permissão para a instauração da execução definitiva, por credor que esteja munido de título executivo extrajudicial. (DIDIER JR.,2016, p. 631).

Na tutela de evidência, diferentemente da tutela de urgência, os requisitos de dano irreparável ou de difícil reparação, não se faz necessário. Nessa modalidade de tutela provisória, o NCPC prioriza a boa-fé processual e os casos em que a plausibilidade do direito é notório. Segundo Didier (2016):

[...] a evidência se caracteriza com conjugação de dois pressupostos: prova das alegações de fato e probabilidade de acolhimento da pretensão processual. Os elementos de evidência, que autorizam a concessão da tutela provisória, variarão conforme o Direito positivo – o art.311 do CPC traz hipóteses de evidência que justificam a tutela provisória, mas pode haver outras [...]. (DIDIER JR, 2016, p. 699).

Não existe tutela provisória de evidência cautelar, a mesma só ocorre de forma satisfativa, sendo requerida sempre de modo incidental. É admitida em alguns procedimentos

especiais, como por exemplo: ação possessória (art. 562 CPC), embargos de terceiro (art. 678 CPC) e ação monitória (art. 700 CPC).

TRANSFORMAÇÕES ACERCA DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

A Tutela de Evidência está disposta no artigo 311 do NCPC e ocorrerá nos casos da demanda ser resolvida sumariamente em desfavor do réu, em definitivo ou provisoriamente.

A mesma é considerada uma tutela provisória nova, pois não existiu no Código de 1973, sendo um julgamento antecipado da lide. Se o juiz notar que há prática de abuso no direito de defesa ou conduta procrastinatória do réu poderá ser concedida a tutela de evidência.

A mesma ainda poderá ser concedida total ou parcial. O Código de Processo Civil prevê que as decisões proferidas em tutelas provisórias, poderão ser combatidas por agravo de instrumento.

A segunda hipótese de concessão, é quando o direito do autor puder ser comprovado apenas documentalmente e houver tese firmada em IRDR (Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva) ou Súmula Vinculante.

Se o direito do autor puder ser comprovado por documento e também de alguma outra forma, o juiz não poderá conceder a tutela de evidência, pois o sistema é claro ao dizer que há um monopólio de prova nesse caso.

A última hipótese de concessão é a condenação para restituição de bem dado em contrato de depósito. O novo código aduz que as duas últimas hipóteses poderão ser concedidas liminarmente, ou seja, sem a necessidade de oitiva do réu. O artigo 311 do CPC e seus incisos elucidam:

“Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”.

O referido inciso trata da tutela punitiva, o abuso do direito que se refere é tido como um desvio de finalidade, ou seja, a parte utiliza o direito buscando um fim não desejado pelo ordenamento jurídico. Cita-se como exemplo referente ao abuso do direito, o ato de prestar informações erradas. “II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Trata-se de tutela documentada, ou seja, fundada em precedente obrigatório.

Portanto o juiz deverá observar de modo rápido as alegações que foram feitas na inicial e os pedidos contidos na mesma.

Se o autor formula um pedido e esse pedido que ele afirma pode ser comprovado documentalmente, e a tese jurídica adotou, o mesmo já é consagrado precedente obrigatório. Se esses dois pressupostos ocorrerem, o autor tem direito a uma liminar que conceda a tutela de evidência. Ou seja, a demanda lastreada em precedente obrigatório autoriza a tutela de evidência.

“ III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”. Nesse caso nada mais do que uma ação de depósito, com pedido de devolução imediata do bem, ou seja, um pedido reipersecutório. O NCPC acabou com o procedimento especial da ação de depósito, mas não com a referida ação.

“IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Trata-se de tutela documentada, com ausência de contraprova documentada suficiente. Exige-se prova pré-constituída do autor e ausência pré-constituída do réu. Nesse caso, é necessário aguardar a defesa do réu para que se possa conceder a tutela.

“Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”. Diferentemente da tutela de urgência, o juiz não pode conceder a tutela de evidência sem ouvir a outra parte nas hipóteses dos incisos I e IV, nas demais hipóteses pode acontecer a concessão.

TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO TRABALHISTA

A Instrução Normativa nº 39 do TST tem o objeto de regulamentar a aplicação do CPC no Processo do Trabalho. Os artigos 294 ao 311 do Código de Processo Civil aplica-se ao processo do trabalho devido existir uma carência de regulamentação própria concernente a medidas cautelares e de antecipação de tutela, onde sendo competência da justiça do trabalho tratar de direitos indisponíveis, muitas vezes é necessário medidas de urgência capazes de assegurar efetivo provimento jurisdicional ou antecipação dos efeitos quando ficar evidente êxito na demanda por a parte que postula o referido direito.

O processo cautelar tem a finalidade de assegurar ao processo principal um resultado útil, sendo utilizada como um instrumento de satisfação do direito pleiteado em outro processo,

onde a utilização de uma tutela cautelar supõe a demonstração do *periculum in mora*, sendo a necessidade de uma providencia judicial urgente.

As sentenças de natureza trabalhista gozam de exequoriedade provisória de forma imediata. Os direitos trabalhistas que forem atingidos pelo descumprimento por parte do empregador diante de obrigações de fazer ou não fazer, não lesam apenas o direito dos empregados, estão em jogo interesses mais relevantes e que por vezes não possuem alcance meramente de forma individualizada, mas voltam-se a direitos fundamentais, como saúde, segurança, honra, não discriminação, e outros direitos de igual importância constitucional, social, econômica.

De acordo com o que estabelece o artigo 769 da CLT : “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho[...]”, ou seja, na ausência de normas que regulem os processos trabalhistas, o NCPC será aplicado de forma supletiva e subsidiaria justificando-se pelo binômio da compatibilidade e execução. De acordo com Fabio Túlio Correia Ribeiro (2015):

[...] o instituto da tutela provisória, tal como previsto no Novo CPC, há de ser reconhecido, de um modo geral e com alguns temperamentos, como aplicável ao processo do trabalho, considerando que, além de a CLT ser propriamente omissa quanto à tutela genérica de situações de urgência e evidência, não se imagina, atualmente, um direito processual, principalmente o que seja instrumento de aplicação do direito laboral, que não dê guarida a situações de urgência e, também, que não incorpore novos mecanismos em vista de uma tutela jurisdicional tempestiva e efetiva, como o é a tutela de evidência (RIBEIRO, 2015, p.341).

As modalidades de Tutela no Novo Código de Processo Civil, de modo geral, e devido as ressalvas especificadas, se aplicam ao processo trabalhista, ocorrendo diante da omissão celetista e da necessidade de adoção de mecanismos que sejam capazes de proporcionar maior efetividade jurisdicional respaldando direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela de evidência é a segunda inovação no Novo Código de Processo Civil, as hipóteses pautadas pelo CPC/2015 (art.311 e seus incisos) ampliaram em muito as possibilidades, resultando em expressivo ganho de efetividade nos processos.

O presente artigo pretendeu explicar o instituto da tutela provisória, fazendo menção às suas espécies, bem como mencionando algumas alterações em relação ao Código de Processo Civil de 1973, a mesma vem sendo utilizada evitando os prejuízos à parte hipossuficiente de um direito, devido a morosidade do sistema judiciário, acarretado em muitos casos prejuízos irreversíveis.

Fez-se demonstrar, portanto, a importância da novidade legislativa trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 que, sem sombra de dúvidas, mostra-se como importante ferramenta de acesso à justiça e ao resultado útil de uma pretensão deduzida em juízo, em vista da possibilidade de uma tutela específica, a tutela provisória de evidência, que garanta a satisfação antecipada do que se está pleiteando frente à conhecida morosidade do sistema judiciário brasileiro, sendo de fundamental importância para o Processo Trabalhista diante de lacunas legislativas presentes na Consolidação das Leis do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535468/clt_e_normas_correlatas_1ed.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 07out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 09 out. 2019.

DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** 4. ed. Salvador: Ed. Jus Podvm, 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela - 12.ed.-Salvador : Ed. Jus Podivm, 2016, v.2

FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** vol. 2. n. 16. p. 23-43. Abr. 2000. Disponível em: [<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/894>]. Acesso em: 24 out. 2019.

JOBIM, Marco Félix. **Direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do estado em decorrência da intempestividade processual.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MOLLER,Guilherme.**Considerações sobre o instituto da tutela provisória do Código de Processo Civil(Lei nº 13.105/15)** Disponível em : <https://moller.jusbrasil.com.br/artigos/342705126/pare-de-fazer-drama-entenda-a-tutela-provisoria-do-cpc-definitivamente-e-de-show-na-balada>. Acesso em: 08 out. 2019.

JÚNIOR. Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol.I. 57. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense,2016.p.689

TEIXEIRA, Sergio Torres; ALVES, Virgínia Colares Soares Figueiredo; MELO, Danilo Gomes de. **Tutela provisória da evidência e sua aplicabilidade prática.** Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 195-222, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p195. Acesso em: 24 out. 2019.

RIBEIRO, Fábio Túlio Correio. **Tutela provisória no Novo CPC e no direito processual do trabalho.** Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 61, n. 92, p. 329-342, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27294/Revista%2092%20TRT%203%20Regiao-329-342.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26 out. 2019.

GT 06 – Linha 03: Direitos da Personalidade, Autonomia da Vontade e Limites Éticos

Coordenador: Prof. Wescley Rodrigues Dutra

TÍTULO	AUTORES/ORIENTADOR
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE AUTONOMIA DA SUA SEXUALIDADE À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	NASCIMENTO, ARIELE HADNA SOARES DO JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
NEURODIREITO E AUTONOMIA DA VONTADE: UMA REVISÃO INTEGRATIVA NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL	LAMEIRA, ALLAN PABLO
OS MOVIMENTOS DE REESTRUTURAÇÃO DE MOVIMENTOS ÉTNICO-RACIAL E O DIREITO A IGUALDADE TUTELADO	MEDEIROS, DANIEL FELIPE CARNEIRO DE FIRMINO, FILIPE DE MORAIS SOUZA, KARINE MOREIRA DE
O RECONHECIMENTO DO VALOR JURÍDICO DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE HUMANA	OLIVEIRA, VALÉRIA MARTINS DE BARBOZA, JOSÉ LUIZ DE SOUSA JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
IMPORTÂNCIA DA LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS NO ENSINO SUPERIOR E AS EVIDÊNCIAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	LEITE, ALISON DE SOUZA CRUZ, JAIRO HALLEY DE MOURA
ANÁLISE DA RESISTÊNCIA DOS CARTÓRIOS DO INTERIOR DO CEARÁ EM REGISTRAR E RECONHECER AS UNIÕES HOMOAFETIVAS	QUEIROZ, ANA RAQUEL TEÓFILO DE DUTRA, WESCLEY RODRIGUES (Orientador)
LIBERDADE: ELA REALMENTE EXISTE OU SE TORNOU UMA PREDETERMINAÇÃO JURÍDICA?	MACIEL, BRUNO LIMA BRAZ, GABRIEL LIMA FERREIRA LIMA, HELLEN DAMÁLIA DE SOUSA ANDRADE
DIREITO À EDUCAÇÃO EM FACE DA PESSOA COM AUTISMO	NUNES, MARIA CLARA DE OLIVEIRA SOUSA, MARIA WIGNA DE SIQUEIRA, YVNA LOPES CORDEIRO DE (Orientador)
UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DOS LIMITES ÉTICOS FRENTE AO PERFIL DE PESSOAS LGBTs E OS DESAFIOS PARA A SUA EFETIVAÇÃO	SARAIVA, CICERO KLEBIO COELHO INOCÊNCIO, VITÓRIA MARIA DE ALMEIDA
AUTONOMIA DA VONTADE E A DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO EM MEIO ÀS LIMITAÇÕES LEGAIS	OLIVEIRA, MARIA MARLA FERNANDES MORAIS, RAUANY SOARES DE DANTAS, JOSEPH RANGER ANACLETO FERNANDES

VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM EM DETRIMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO	JÚNIOR, EDIGLEY CARDOSO FERREIRA SOUZA, YANNA MYRTES ALVES DE FORMIGA, JOSENILDO ALVES (Orientador)
ACESSO À EDUCAÇÃO JURÍDICA: PELA INCLUSÃO DO ENSINO JURÍDICO NA GRADE CURRICULAR REGULAR	PIRES, CARLA CRISTINE DE SOUZA LINS, PEDRO BRUNORO
REFLEXÕES SOBRE A ALTERAÇÃO DO NOME CIVIL APÓS O FIM DO CASAMENTO	AMORIM, JOSIANE DA MATA SANTOS FILHO, ANTÔNIO BRAZ ROLIM (Orientador)
IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL EM FUNÇÃO DO ELEVADO ÍNDICE DE PLÁGIO ACADÊMICO E DE MARCAS	SÁ, PEDRO LUCAS CAMPOS DE VIEIRA, VICTOR RHUAN MAXIMINO SILVA DUTRA, WESCLEY RODRIGUES (Orientador)
A MORTE HUMANIZA COMO RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DILEMAS E CONFRONTOS DO INSTITUTO DA EUTANÁSIA E SEMELHANTES	SILVA, HEMERSON DAMIÃO DE MELO SOUSA, LUZIA MARIA DE OLIVEIRA SIQUEIRA, YVNA CORDEIRO LOPES DE (Orientador)

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA CAPACIDADE CIVIL

Aline Moreira Passos ¹
Jessica Araújo Oliveira ²
Francisco Paulino da Silva Junior ³

RESUMO

Este artigo vem apresentar as alterações na incapacidade da pessoa com deficiência, regulamentada pela Lei 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, com a finalidade de promover e assegurar, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, objetivando a sua inclusão social. A pessoa com deficiência era considerada absolutamente incapaz, de acordo com o artigo 3º, em seus incisos I, II, III, do código civil de 2002, atualmente todos revogados pelo Estatuto supracitado. Assim, o indivíduo com deficiência, não é considerada mais incapaz de praticar atos na sua vida civil, podendo até casar-se, e conviver em uma união estável. Essa pesquisa foi realizada com consultas a livros e sites na internet.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas com deficiência. Capacidade civil. Estatuto da Pessoa com deficiência.

ABSTRACT

This article presents the changes in disability of persons with disabilities, regulated by Law 13.146 / 2015, Statute of Persons with Disabilities, with the purpose of promoting and ensuring, under equal conditions, the exercise of fundamental rights and freedoms of persons with disabilities. disability, aiming at their social inclusion. The person with disabilities was considered absolutely incapable, in accordance with article 3, in items I, II, III, of the 2002 Civil Code, all of which are currently repealed by the aforementioned Statute. Thus, the individual with disabilities is no longer considered incapable of performing acts in their civil life, may even get married, and live in a stable union. This research was conducted with consultations to books and websites.

KEYWORDS: Disabled people. Civil capacity Statute of the Disabled Person.

¹ Aline Moreira Passos, Acadêmica do 8º período do Curso de Direito; Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC; email:alinecat1985@hotmail.com;

¹ Jessica Araújo de Oliveira, Acadêmica do 8º Período do Curso de Direito; Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC; email:jessicaaraujo6206@gmail.com;

¹ Francisco Paulino da Silva Junior, Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Professor de Direito da FAFIC e do Centro Universitário de Patos (UNIFIP); email:jpsjunior@gmail.com;

INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Constituição de 1988, tem como base garantir a todas as pessoas uma vida mais digna, e condições indispensáveis para sua existência como ser humano. Esse princípio foi o pilar para criação da Lei 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, entrando em vigor no dia 06 de julho de 2015. Sua chegada resultou na revogação dos incisos I, II, III, do artigo 3º, Código Civil, excluindo do rol a incapacidade absoluta da pessoa com deficiência.

Os principais pontos destacados nesse artigo é o tema da Pessoa com deficiência, a incapacidade antes do Estatuto, as modificações trazidas por este Estatuto depois da sua entrada em vigor, e como ficou a curatela, quando houve a alteração da incapacidade da pessoa com deficiência. Os autores principais utilizados foram Ingo Wolfgang Sarlet e Maria Helena Diniz.

O objetivo desse artigo é mostrar as mudanças que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe em benefício aos indivíduos com deficiência, com a finalidade de assegurar aos mesmos direitos e garantias de forma igualitária a todos os cidadãos, sem fazer distinção de qualquer espécie, para sua inclusão no convívio social.

Os métodos utilizados foram todos os meios de informações necessários, como livros e sites na internet, para entender como a Lei 13.146/2015, Estatuto da pessoa com deficiência, afetou de forma positiva ou negativa, a pessoa com deficiência, com a alteração da sua capacidade civil.

Esse tema tem uma grande relevância e merece bastante atenção, pois tratam de pessoas que precisam de uma proteção maior por terem dificuldades específicas, e por possuir limitações para a pratica de atos, sem o auxílio de outrem, comparados as outras pessoas.

MATERIAL E MÉTODOS

Trata-se de uma pesquisa de natureza explicativa, com uma abordagem dedutiva, voltada para as relevantes mudanças trazias pelo Estatuto da pessoa com deficiência. Desdobra-se ainda, suas reflexões, explorando as possíveis discussões das que se refletiram no Código civil brasileiro.

Para o desenvolvimento do presente artigo, foi realizados por consultas em sites da internet, fontes bibliográficas, pesquisas pelo Código Civil e pelo Estatuto da Pessoa com

Deficiência, assim como também foi utilizado citações doutrinarias, além de pesquisas na ONU – Organizações das Nações Unidas/ 2006 .

DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Na Roma antiga, não existiam leis favoráveis para aqueles que nasciam com alguma deficiência. Aos pais que tivessem crianças com alguma deformidade física, tinham autorização para matar seus filhos. No entanto, os pais preferem abandoná-los em cestos no Rio Tibre, ou em outros locais sagrados, e os que sobreviver-se eram explorados nas cidades por mendigar, ou passavam a fazer parte de circos para o entretenimento dos privilegiados.

Com o surgimento do Cristianismo, ainda no período do *Império Romano*, a doutrina invalidou a prática de matar os filhos nascidos com deficiências, surgindo assim os primeiros hospitais de caridades que recolhia as pessoas portadoras de deficiências e os indigentes.

Historicamente os indivíduos com deficiência têm sido caracterizados por diversos paradigmas no decorrer da história da humanidade os quais resistem ao longo dos séculos, tendo provocado consequências históricas, pois é mais fácil prestar atenção aos impedimentos e às aparências do que aos potenciais e capacidades de tais pessoas. A estrutura das sociedades, desde os seus primórdios, sempre inabilitou os portadores de deficiência, marginalizando-os e privando-os de liberdade, essas pessoas sempre foram alvo de atitudes preconceituosas e ações impiedosas.

De acordo com a convenção dos Direitos das Pessoas com deficiência – ONU – Organizações das Nações Unidas/ 2006, as pessoas com deficiência são aquelas que possuem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual (mental), ou sensorial (visão ou audição) os quais, em interações com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, deficiência é 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 (art. 3º, I, do Dec. nº. 3.298, de dezembro de 1999).

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, a qual foi internalizada pelo Decreto Legislativo nº. 186, de 9 de julho de 2008 e promulgada pelo Decreto Executivo nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009, tendo força de emenda constitucional, proporcionou a pessoa

com deficiência o respeito por dignidade, o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Essa convenção proíbe qualquer tipo de discriminação contra a pessoa com deficiência, e reafirma que elas possuem os mesmos direitos e garantias que qualquer outra pessoa, uma vez que a dignidade e a igualdade são inerentes a todo ser humano.

Ao longo do tempo, a pessoa com deficiência, pouco a pouco vem conquistando seus direitos, tendo em vista sua dificuldade maior em relação a outras pessoas. A acessibilidade, que foi um desses direitos adquiridos ao longo do tempo, é definida pelo art. 2º, I, da Lei Federal 10.098/2000, como sendo a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

A Lei Federal nº. 7.853/89, regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, estabelece normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, para tanto os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos da referida lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, medidas na área da educação, na área da saúde, na área da formação profissional e do trabalho, na área de recursos humanos e na área das edificações especificadas nos dispositivos da lei (art. 1º e 2º, da Lei nº 7.853/89).

Assim, com direito a acessibilidade, a pessoa com deficiência, ganhou privilégios que antes não tinha, como as vias públicas, parques e os demais espaços de uso público que deverão ser concebidos e executados de forma a torná-los acessíveis para as pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, que os parques de diversões, públicos e privados, devem adaptar, no mínimo, 5% (cinco por cento) de cada brinquedo e equipamento e identificá-lo para possibilitar sua utilização por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, tanto quanto tecnicamente possível (art. 3º e 4º, da Lei Federal nº 10.098/00).

A INCAPACIDADE ABSOLUTA ANTES DO ESTATUTO

Todas as pessoas possuem a capacidade de direito, ou seja, todos são capazes de adquirir direitos e deles gozar. De acordo com o artigo 1º, código civil/2002, toda pessoa é capaz de direito e deveres na ordem civil, mas nem todos são capazes de exercer seus direitos e praticar

atos da sua vida civil, sem um auxílio de um representante legal, como é o caso daqueles que são considerados incapazes.

A incapacidade trata-se daquelas pessoas que não tem aptidão para exercer seus direitos sem precisar de auxílio de outrem. Os absolutamente incapazes são aqueles que não possuem propensão de exercer pessoalmente os atos da vida civil, sendo: os menores de 16 anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, conforme o artigo 3º, do Código Civil.

A incapacidade é conceituada por Pablo Stolze da seguinte maneira:

Em linha de princípio, cumpre mencionar, mais uma vez, que a previsão legal da incapacidade traduz a falta de aptidão para praticar pessoalmente atos da vida civil. Encontra-se nessa situação a pessoa a quem falte capacidade de fato ou de exercício, ou seja, que esteja impossibilitada de manifestar sua vontade e juridicamente a sua vontade. (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 48.)

E Maria Helena Diniz complementa:

A incapacidade relativa diz respeito àqueles que podem praticar por si os atos da vida civil desde que assistidos por quem o direito positivo encarrega deste ofício, em razão de parentesco, de relação de ordem civil ou de designação judicial. O efeito da violação desta norma é gerar a anulabilidade do ato jurídico (CC, art. 171, I), dependendo de iniciativa do lesado, havendo até hipóteses em que poderá ser confirmado ou ratificado tal ato praticado por relativamente incapaz sem a assistência de seu representante. (DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 152.)

O artigo 3º, inciso I, II, III, código civil de 2002, trazia o rol de pessoas absolutamente incapaz, atualmente todos revogados, antes dizia que a pessoa com deficiência, que estava incluída nesse rol, não poderia exercer seus direitos sem o auxílio de outra pessoa, considerado nulo se praticar qualquer conduta sem supervisão, sendo sua vontade irrelevante. Antes do Estatuto, a pessoa com deficiência não poderia casar-se ou viver em união estável, nem ser testemunha se não tivesse consentimento do seu representante legal.

Isso significa dizer que a pessoa absolutamente incapaz – incluindo, aqui, a pessoa com deficiência - era impedida por lei de praticar quaisquer negócios jurídicos, e, se o fizer, estará sujeita a declaração de nulidade.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E MODIFICAÇÃO DO ARTIGO 3º, DO CÓDIGO CIVIL:

O princípio da dignidade da pessoa humana, que foi um dos princípios basilares para a criação da Constituição Federal de 1988, submeteu que todos têm os mesmos direitos, garantias e deveres, que devemos tratar os iguais de forma igualitária, como os desiguais, na medida de sua desigualdade. Tal princípio jurídico tem como escopo assegurar a todo ser humano, as condições mínimas indispensáveis para a sua existência como ser humano.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.60), conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e os responsáveis nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Foi com base nesse princípio que foi criado o Estatuto da pessoa com Deficiência, com o objetivo de impulsionar a ação por igualdade e integração em toda sociedade, para ajudar a essas pessoas a enfrentar obstáculos na sua participação no convívio social, mostrando que são membros da sociedade e possuem os mesmo direitos.

A lei 13.146/2015, Estatuto da pessoa com deficiência, teve sua publicação no dia 07 de julho de 2015, com objetivo de garantir e proporcionar, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais para pessoa com deficiência, visando a sua inclusão na sociedade.

O art. 3º trazia a seguinte definição da pessoa absolutamente incapaz:

Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesseis) anos;

II – o que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Com o advento da nova redação trazida pela lei 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, modificou a capacidade da pessoa com deficiência, e com olhar mais

humanitário, devolveu-lhe o direito para tomar decisões sobre suas escolhas, sem precisar de autorização de outrem. Nova redação do artigo 3º, a saber: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.”

Podendo observar-se que todos os incisos deste artigo foram revogados, tirando a pessoa com deficiência do rol de pessoas absolutamente incapaz, com o objetivo de inclusão dessas pessoas na sociedade, sem distinção de direitos e garantias. Assim, os únicos absolutamente incapazes são aqueles menores de 16 anos, pois ainda são consideradas pessoas sem discernimento necessário para tomar decisões sem ajuda de um representante legal.

O artigo 4º, do código civil de 2002, também recebeu uma nova redação trazida pelo Estatuto da pessoa com deficiência, mas a maioria dos seus incisos continuaram, penas compensando a parte que tratava dos que “por deficiência mental tenham o discernimento reduzido” e “os excepcionais sem desenvolvimento mental completo”, que foram modificados para a classificação de “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade” que antes estava previsto nas hipóteses de incapacidade absoluta.

Assim, o indivíduo com deficiência, depois do Estatuto, recebeu a capacidade necessária para tomar suas próprias decisões, tendo os mesmos direitos para casar-se, viver em união estável, ser testemunha, e ter direitos sobre a guarda de seus filhos, e possibilitando a sua inclusão no convívio social, mostrando também a sociedade que essas pessoas são revestidas das mesmas garantias e deveres como qualquer outro cidadão.

A AÇÃO DE CURATELA COM A MODIFICAÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Anteriormente a pessoa portadora com deficiência era considerada incapaz de praticar atos da sua vida civil, sem a supervisão de um representante legal, chamado curador. Com a nova lei 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com deficiência, alterou a redação que tratava dos absolutamente incapazes, excluindo os portadores com deficiência desse rol, dando-lhes plena capacidade de realizar atos, sem ser considerado nulo, como por exemplo, casar-se.

Segundo Christiano Chaves de Farais (2014), curatela é a proteção dada a uma pessoa maior de idade, que não tem o discernimento necessário para conduzir sua vida. Sendo um encargo conferido a uma pessoa determinada com poderes para representar-lhe sua vontade.

Estavam sujeitos a curatela, de acordo com o artigo 1.767, código civil:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.

Assim, a curatela somente incidirá para aqueles maiores relativamente incapazes, que, na nova redação do artigo 4º do CC, são: Ébrios habituais (no sentido de alcólatras); Viciados em tóxicos; As pessoas que, por causa transitória ou definitiva, não puderem exprimir vontade; Pródigos.

Neste caso, a ação de curatela, só acontecerá de forma eventual e quando for realmente necessária, de acordo com o artigo 84 do Estatuto da pessoa com Deficiência, sendo faculdade da pessoa portadora de deficiência requisitar.

Com as novas mudanças na vida da pessoa com deficiência, que passou a ter capacidade civil e o pleno direito à igualdade de condições com as demais pessoas, não precisando mais ter a interdição de suas ações, mas ainda há uma grande necessidade de apoio para o exercício de direitos, recaindo tão somente sobre direitos patrimoniais e negociais. Assim, foi adotada a tomada de decisão apoiada e até mesmo a curatela, quando necessárias, esta última como medida de proteção de caráter extraordinário, sempre proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada pessoa e pelo menor tempo possível.

A tomada de decisão apoiada está prevista no art. 116 da Lei nº. 13.146/2015 e representa um modelo protecionista para pessoas plenamente capazes, mas que estão em uma situação de vulnerabilidade por conta de uma deficiência.

Esse instituto foi introduzido no Código Civil, artigo 1.783-A, pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei nº 13.146/2015. A norma parte do reconhecimento de que toda pessoa com deficiência deve ter assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida (artigo 84) e cria um instrumento processual eficaz para auxiliar e apoiar a pessoa com deficiência a tomar decisões, que dele necessite, o qual conta com um rito próprio ali previsto.

A tomada de decisão apoiada é um processo judicial criado pela Lei Brasileira de Inclusão para garantir apoio à pessoa com deficiência em suas decisões sobre atos da vida civil e assim ter os dados e informações necessários para o pleno exercício de seus direitos. É um processo autônomo, com rito próprio, no qual a própria pessoa com deficiência indica os apoiadores de sua confiança a serem nomeados pelo juiz.

CONCLUSÃO

O primeiro ponto que merece destaque é em relação à capacidade civil, visto que tal Lei modificou o Código Civil, garantindo assim, às pessoas com deficiência a capacidade. A Lei 13.146/2015, (Estatuto da Pessoa com deficiência), tem como principal tarefa garantir que a sociedade se adeque e se enquadre nas necessidades das pessoas com deficiência, seja por enfermidade ou deficiência mental. Assim, depois dessas alterações a pessoa com deficiência não precisará de interdições ou de um representante legal que supervisione suas atitudes e suas vontades, como é o caso da curatela.

Nesse contexto, a curatela deve ser interpretada como um instrumento de apoio para o exercício da capacidade da pessoa com deficiência, e não como um meio de limitar a liberdade e a sua autonomia. A criação da tomada da decisão apoiada diferencia da curatela, pois tem como escopo auxiliar a pessoa vulnerável em sua decisão, preocupando-se com as consequências e efeitos, preservando-se a autonomia da vontade da pessoa auxiliada, mediante a garantia do seu direito de decidir. Esse novo instituto foi à garantia da liberdade total da pessoa com deficiência frente à escolha, a tomada de decisão apoiada é um mecanismo mais flexível, principalmente porque preserva a capacidade legal e o autogoverno da pessoa com deficiência e que necessitará do apoio, não violando a liberdade individual de escolha que é inerente ao ser humano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

CARNEIRO, Luciano vieira. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos na Capacidade Civil**. Publicado em 03 de agosto de 2018. Disponível em:

<https://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seus-reflexos-na-capacidade-civil,591126.html>>. Acesso em dia 11 de outubro de 2019.

CORRÊA, Michely Borba. **O tratamento jurídico dedicado à pessoa com deficiência pelo direito civil no que tange à capacidade**. Publicado em 15 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71663/o-tratamento-juridico-dedicado-a-pessoa-com-deficiencia-pelo-direito-civil-no-que-tange-a-capacidade>. Acesso em: 11 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1: teoria geral do direito civil. – 23. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006. GAGLIANO.

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

GONZAGA, E. A. et al. **TOMADA DE DECISÃO APOIADA E CURATELA**: Medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. In. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. – Brasília: CNMP, 2016. 27 p. il.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STOLZE, Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil; volume único. – São Paulo: Saraiva, 2017.

RONCONI, Bruno Bremenkamp. **A Lei da pessoa com Deficiência e a Incapacidade Absoluta**. Publicado em 20 de junho de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/a-lei-da-pessoa-com-deficiencia-e-a-incapacidade-absoluta>. Acesso em: 12 out. 2019.

NEURODIREITO E AUTONOMIA DA VONTADE: UMA REVISÃO INTEGRATIVA NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL

Allan Pablo Lameira¹

RESUMO

As neurociências afirmam que a autonomia da vontade não é governada apenas pela razão, mas é influenciada por fatores inconscientes. No Direito Civil brasileiro, a autonomia da vontade é incorporada nas leis como uma liberdade contratual que depende do livre arbítrio e da consciência plena das pessoas. O objetivo deste artigo é realizar uma revisão integrativa sobre considerações da neurociência relacionadas à autonomia da vontade e o impacto desses avanços no direito civil brasileiro. Encontramos uma escassez de artigos relacionados ao tema proposto. A integração entre neurociência e direito (Neurodireito) está avançando no campo criminal, mas as publicações no campo civil ainda são incipientes. Este artigo apresenta uma reflexão sobre o potencial do Neurodireito na área civil e destaca um método de abordagem da literatura através de uma revisão integrativa para facilitar a conexão de vários conceitos e contribuir para o avanço do conhecimento científico.

Palavras-chave: Neurodireito. Autonomia da vontade. Direito Civil. Neurociência.

ABSTRACT

Neurosciences claim that autonomy of will is not only governed by reason, but is influenced by unconscious factors. In brazilian civil law, the autonomy of will is embodied into laws as a freedom of contract that depend of the free will and the full people conscience. The aim of this paper is to conduct an integrative review on neuroscience considerations related to autonomy of will and the impact of these advances on brazilian civil law. We found a shortage of articles related to the proposed theme. The integration between neuroscience and law (Neurolaw) is advancing in the criminal field, but publications in the civil field are still incipient. This paper presents a reflection on the potential of the Neurolaw in the civil area and highlights a method of approaching the literature through an integrative review to facilitate the connection of various concepts and contribute to the advancement of scientific knowledge.

Keywords: Neurolaw; Autonomy of will; Civil Law; Neuroscience

¹Doutor em Neurociências. Professor da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) e Coordenador do Laboratório de Cognição e Comportamento (LaCC). E-mail: allanpablolameira@gmail.com

INTRODUÇÃO

As Neurociências estudam quais são as bases e as origens dos comportamentos humanos mais complexos, como o raciocínio, a memória, a linguagem, a organização dos movimentos, as emoções, a autoconsciência e como essas capacidades mentais modulam o processo de tomada de decisão. Esses comportamentos tornam o homem um ser racional e voltado à vida em sociedade (BEAR; CONNORS; PARADISO, 2017). Tradicionalmente, a neurociência tem sido vista como um ramo da biologia, entretanto, atualmente ela é uma ciência interdisciplinar, servindo como ponto de interseção para várias disciplinas científicas das áreas biomédicas (Medicina, Biologia, Fisioterapia, etc.), humanas (Psicologia, Sociologia e Ciências Jurídicas, entre outras) e exatas (Física, Química, etc.).

Os avanços no entendimento do comportamento humano e das capacidades mentais cognitivas trazidos pelas neurociências alcançam outras áreas da ciência de uma maneira cada vez mais contundente. Em 2004, no periódico *Philosophical Transactions of the Royal Society*, Zeki e Goodenoughn compilaram um ensaio denominado ‘Law and the brain’ (“Direito e o Cérebro”). Nesse ensaio, a questão era averiguar a importância de tratar questões de interesse dos juristas a partir da ótica dos neurocientistas. Desde então, a integração entre neurociência e direito se tornou um campo fértil de investigação científica, surgindo o Neurodireito.

Diversas linhas de pesquisa são contempladas pelo Neurodireito. Atualmente, há uma grande contribuição da Neurociência em relação ao Direito Penal, a Criminologia e a Psicopatologia. Diversos estudos abordam como os transtornos mentais influenciam a tomada de decisão moral (ALVES; ROZENTHAL, 2006; DENBURG *et al*, 2007). Ou como o desenvolvimento e a maturação cerebral podem resultar em comportamentos anti-sociais na vida adulta (SANTOS; MACIERO, 2018). Outros estudos investigam a responsabilidade penal do autor do delito portador de psicopatia, também denominada de transtorno de personalidade anti-social (SILVA; SANTOS; VASCONCELOS, 2018) ou discutem o conceito de culpa e livre-arbítrio e a aplicação adequada de sanções penais (MONIZ, 2015).

O neurodireito também pode exercer grande contribuição para a Hermenêutica Jurídica, Retórica e Argumentação, analisando como se dá a tomada de decisão no contexto jurídico. Podemos indagar como um juiz (ou um jurado) que decide uma causa processa a informação envolvida na escolha entre a culpa ou a inocência, ou entre qual das partes num litígio tem razão, ou ainda, quais processos cognitivos estão relacionados com esse contexto (CAPESTANY, 2017; BRADLEY, 2017).

Há no campo das ciências cognitivas, um amplo consenso de que nossos padrões de pensamento e comportamento não são governados unicamente pela razão. Decisões, que acreditamos originarem-se de um raciocínio metucioso, neutro e lógico, podem, na verdade, ser conduzidas por estruturas de pensamento imprevisíveis, muitas vezes não identificáveis no nível da consciência (MELLO; NOJIRI, 2018). Portanto, o livre-arbítrio não existe; as decisões seriam tomadas automaticamente por nosso cérebro e não teríamos controle sobre isso (GAZZANIGA, 2016). Para definir livre arbítrio, podemos dizer que a premissa básica nada mais é que afirmar a autonomia da vontade do ser humano, como se esta fosse livre de qualquer causação, ou seja, não existe nada que limite ou domine a liberdade do homem, ele escolhe o que bem entender, do modo que bem entender, livre de qualquer influência definitiva nas escolhas que faz (DELFINO, 2008).

Todo o direito civil é calcado nesse preceito da autonomia da vontade. Os institutos jurídicos no direito civil se fundamentam na premissa de que o ser humano maior e capaz caracteriza-se por sua liberdade e racionalidade e como tal, é livre para escolher entre diversas condutas possíveis através de uma reflexão racional, sendo, portanto, responsabilizado pelo resultado da sua escolha (SCHMIDT, FACCHINI, 2008). Neste viés, encontramos uma situação conflitante nesses preceitos teóricos acerca da autonomia da vontade abordados pela neurociência cognitiva e pela ciência jurídica. Aquela diz que quando uma questão chega à nossa consciência, ela já havia sido previamente decidida, ou seja, que nossas decisões são programadas automaticamente a partir do que trazemos em nossa carga genética e das experiências de vida que tivemos, limitando nossa autonomia da vontade. Por outro lado, para as ciências jurídicas, a autonomia da vontade é uma livre manifestação das pessoas em sociedade, algo que dependeria do seu livre arbítrio e de sua total consciência.

Considerando que nosso comportamento resulta de complexos conjuntos de neurônios e sinapses que regulam nossas habilidades cognitivas, provendo nossa interação com o ambiente e com os outros, é evidente que a Neurociência pode ter importantes implicações no Direito. Portanto, o objetivo do presente trabalho é realizar uma revisão integrativa sobre as considerações da neurociência relacionada à autonomia da vontade e o impacto desses avanços no direito civil brasileiro.

O método de revisão integrativa da literatura, que será utilizado no presente trabalho, constitui basicamente um instrumento da Prática Baseada em Evidências (PBE), extensivamente aplicada na área da saúde e ignorado pelas ciências jurídicas. Essa metodologia difere da meta-análise e da revisão sistemática, por ser mais ampla e permitir a síntese de

conhecimento e a incorporação da aplicabilidade de resultados de estudos significativos na prática (WHITTEMORE, KNAFL, 2005).

MÉTODOS

TIPO DE ESTUDO

O artigo aqui apresentado trata-se de uma revisão integrativa da literatura, a escolha do método se deu pelo fato da possibilidade de se conseguir, de maneira sintética, obter o conhecimento de determinado assunto, a partir da análise de estudos que irão contribuir na aquisição do conhecimento sobre o tema proposto (WHITTEMORE; KNAFL, 2005).

CRITÉRIOS PARA A REALIZAÇÃO DA REVISÃO INTEGRATIVA

Uma revisão integrativa é um método capaz de resumir o passado da literatura empírica ou teórica, fornecendo uma compreensão mais abrangente de um fenômeno particular (BROOME, 2000). Para o desenvolvimento desse tipo de estudo, é preciso seguir uma sequência de etapas. 1ª etapa: identificação do tema e seleção da questão da pesquisa, 2ª etapa: critérios para a seleção da amostra, 3ª etapa: identificação dos estudos pré-selecionados e selecionados, 4ª etapa: categorização dos estudos, 5ª etapa: análise e interpretação dos resultados, 6ª etapa: apresentação da síntese do conhecimento.

Etapa 1: Identificação do tema e seleção da questão de pesquisa

A primeira etapa de elaboração de uma revisão integrativa é a identificação de um problema e elaboração de uma hipótese de pesquisa. Dessa forma, este artigo traz como elemento de pesquisa: *Qual o provável impacto causado pela Neurociência e seus avanços, em negar a livre manifestação da autonomia da vontade no direito civil brasileiro?*

Etapa 2: Critérios para seleção da amostra

Foram incluídos os estudos que atendessem aos seguintes critérios: artigos originais nacionais, textos livres, na íntegra, em seres humanos, publicados no período de janeiro de 2010

a setembro de 2019, nos idiomas português, inglês e espanhol que contemplassem a temática proposta. Foram excluídos os artigos que fugiam à temática, que não demandassem sobre o direito civil brasileiro, não respondiam adequadamente à questão norteadora sobre o impacto da neurociência no direito civil e artigos duplicados. Os artigos escolhidos, para o desenvolvimento deste trabalho, foram selecionados entre os dias 13 e 29 de setembro de 2019 e foram pesquisados nas bases de dados Google Acadêmico e Periódicos Capes. Os descritores utilizados foram: “neurodireito”; “neurodireito e autonomia da vontade” e “neurodireito e direito civil”.

Etapa 3: Identificação dos estudos pré-selecionados e selecionados

Encontramos inicialmente na base de dados Google Acadêmico, 103 artigos para o descritor “neurodireito”, 31 artigos refinando a busca com os descritores “neurodireito e autonomia da vontade” e 51 artigos para os descritores “neurodireito e direito civil”. Para a base de Periódicos Capes, encontramos 3 artigos para o descritor “neurodireito” e nenhum artigo para os demais descritores.

Aplicados os critérios de inclusão e exclusão, 7 artigos foram pré-selecionados na base eletrônica Google Acadêmico e os 3 artigos da base Periódicos Capes eram repetidos. Após uma análise dos artigos foram escolhidos apenas os que traziam contribuições para o estudo do tema em questão e eliminado os artigos que abordaram o tema de forma repetitiva. Dessa forma, foram escolhidos 2 (dois) artigos.

Etapa 4: categorização dos estudos

Essa etapa consiste na coleta de informações importantes acerca dos artigos selecionados para essa revisão integrativa, contendo os seguintes itens: identificação do artigo original, características metodológicas do estudo, avaliação do rigor metodológico, das intervenções mensuradas e dos resultados encontrados.

Etapa 5: análise e interpretação dos resultados

Uma avaliação dos artigos escolhidos foi realizada a fim de identificar as possíveis respostas para questionamento que embasa este estudo. Dessa forma, as informações colhidas foram reunidas e resumidas e analisadas.

Etapa 6: apresentação da síntese do conhecimento

A partir do estudo dos trabalhos, foi possível chegar às conclusões e apresentá-las resumidamente.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os artigos foram organizados no Quadro 1 cujos títulos, autores, anos das publicações, periódicos em que foram publicados e base de dados indexadas são apresentados.

QUADRO 1 – Caracterização das publicações de acordo com autor(es), título, periódico, ano e base de dados

ARTIGOS (BASE DE DADOS)	TÍTULO	OBJETIVO	PERIÓDICO (VOLUME, NÚMERO, PÁGINA)
André Perin Schmidt Neto, Eugênio Facchini Neto (Google Acadêmico)	ENSAIO JURÍDICO SOBRE A RACIONALIDADE HUMANA: MAIORES, CAPAZES E IRRACIONAIS.	O artigo discute o acerto da pressuposição de que pessoas maiores e capazes sempre agem livremente e realizam escolhas racionais, sendo, portanto, juridicamente responsáveis pelos seus comportamentos.	Rev. Brasileira de Políticas Públicas vol.8, N°2, 2018.
Marcia Carla Pereira Ribeiro, Victor Hugo Domingues (Google Acadêmico)	ECONOMIA COMPORTAMENTAL E DIREITO: A RACIONALIDADE EM MUDANÇA	O artigo busca demonstrar a mudança de paradigma do conceito de racionalidade econômica a partir da Economia Comportamental e como a ocorrência desse fenômeno alterou a formulação de políticas públicas e o seu conjunto de proposições normativas.	Confluência revista do instituto de Língua Portuguesa, Rio de Janeiro, n. 52, p. 213-231 2017.

FONTE: Elaborado pelo autor. Base de dados Google Acadêmico (2010-2019).

De acordo com o Quadro 1, coincidentemente, ambos os artigos são de um número especial da Revista Brasileira de Políticas Públicas, Volume 8, nº2 de 2018, denominado de Indução de comportamentos (*neurolaw*): direito, psicologia e neurociência, um volume inteiro dedicado ao Neurodireito.

Sobre a área de estudo desses periódicos, percebe-se que eles se dividem em Economia Comportamental e Psicologia. No que diz respeito ao idioma, ambos são em português, tendo em vista, ser critério da pesquisa a busca por artigos nacionais.

Para apresentação breve de cada artigo selecionado para a análise, o Quadro 2 faz uma sinopse, mostrando respectivamente os autores, principais metodologias aplicadas ao estudo e recomendações de cada artigo.

QUADRO 2 – Sinopse evidenciando principais metodologias utilizadas e recomendações do artigo

AUTORES	METODOLOGIA E OBJETIVOS
André Perin Schmidt Neto e Eugênio Facchini Neto, 2018	A originalidade do artigo consiste em chamar a atenção dos juristas para os potenciais efeitos jurídicos da irracionalidade do agir humano, visando ampliar a proteção jurídica da pessoa humana. Utilizou-se o método dialético, lançando-se mão de pesquisa bibliográfica básica, visando sua aplicação, com abordagem qualitativa. O artigo conclui apontando alguns efeitos jurídicos possíveis do reconhecimento desse déficit de racionalidade humana apontado pelas ciências cognitivas.
Marcia Carla Pereira Ribeiro e Victor Hugo Domingues, 2018	Concluiu-se que a mudança da concepção do conceito de racionalidade foi determinante para a adoção de novos formatos de políticas públicas. Da mesma forma, foi possível concluir que a Economia Comportamental, quando aplicada às políticas públicas, amplia a interferência do Estado regulador em ambientes antes reservados à autonomia privada. Finalmente, propõe-se a ampliação de um debate que ainda não foi realizado no Brasil, sobre os limites e perspectivas de aplicação de ferramentas da Economia Comportamental às políticas públicas.

FONTE: Elaborado pelo autor. Base de dados Google Acadêmico (2010-2019)

No primeiro artigo escolhido, Schmidt e Facchini (2008) afirmam que os institutos jurídicos se fundamentam na premissa de que o ser humano maior e capaz caracteriza-se por sua liberdade e racionalidade. Como tal, é livre para escolher entre condutas a adotar e que tal escolha entre as diversas alternativas é fruto de uma reflexão racional. Portanto, a consequência imediata é que ele pode ser responsabilizado pelo resultado de suas condutas. Isso é válido para

o direito penal, para o direito contratual, para a responsabilidade civil extracontratual, para o direito de família, e para os demais ramos do direito em que o comportamento de uma pessoa é relevante para a produção de efeitos jurídicos.

Porém, no artigo de Schmidt e Facchini (2008), existe o questionamento sobre os limites da ideia de que os seres humanos sempre tomam decisões livres e racionais. Com base nas contribuições oriundas de outras áreas do saber, como a psicologia comportamental, neurociência cognitiva e a economia comportamental, os autores discutem alguns impactos dessa relativização do livre-arbítrio (e da autonomia da vontade) no mundo jurídico, apontando determinados efeitos.

A psicologia comportamental e a neurociência cognitiva afirmam que somos o reflexo de nossas experiências, notadamente as vividas durante nosso período de formação. Assim, uma ação realizada na infância pode provocar uma reação (personalidade) na vida adulta, levando-nos a ter determinado comportamento, comprometendo sua racionalidade e conseqüentemente o processo de tomada de decisão. Por outro lado, temos a tendência de avaliar comportamentos alheios com base em nossos próprios estados mentais. É quase inevitável não ligar experiências sensoriais a estados mentais (COMMONS; MILLER, 2007), e que as decisões e julgamentos são influenciados por fatores sociais e culturais (DESCARTES, 2013).

Para Schmidt e Facchini (2008), esses limites da racionalidade humana sobre a capacidade de tomar decisões e de escolha, apontadas pelas ciências cognitivas tem impacto direto nas ciências jurídicas. Os autores prelecionam que o homem manipula e controla o meio circundante para obter aquilo que almeja. Por exemplo, sabe-se hoje que aromas, sons, cores e luzes hipnotizam o consumidor, que é levado a consumir por fatores que em nada se relacionam com a racionalidade da escolha. As empresas atuam sobre as limitações cognitivas do consumidor, tornando-os suscetíveis a tomadas de decisões errôneas com interpretações equivocadas da realidade. Porém, alguns aparatos jurídicos tentam proteger o consumidor que tem a sua liberdade de escolha viciada por manipulações e estímulos específicos.

Schmidt e Facchini (2008) destacam que uma das estratégias do ordenamento jurídico é considerar minimamente as manifestações volitivas dos consumidores que lhes sejam prejudiciais, além de apresentar conceitos e institutos como o das cláusulas abusivas, no CDC (Código de Defesa do Consumidor), lesão e estado de perigo, no CC (Código Civil), bem como a possibilidade da atuação equitativa do juiz (v.g., art. 413 do CC). Uma aplicação evidente dessas ideias está consagrada no art. 49 do CDC, que afirma:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados (BRASIL, 1990).

Segundo Schmidt e Facchini (2008), esse “prazo de reflexão” revela a percepção, do legislador, de que o consumidor muitas vezes compra por impulso, sendo suscetível a sugestionamentos. Para os autores, se, por um lado, é necessária a permanente preocupação com a estabilidade das relações jurídicas, por outro, é igualmente necessário que o legislador e o juiz estejam igualmente atentos aos reais interesses da parte vulnerável das relações jurídicas, protegendo-a de certas práticas negociais prejudiciais aos seus verdadeiros interesses, mas protegendo-a até mesmo de sua própria fraqueza humana.

Ainda na seara do direito do consumidor, Schmidt e Facchini (2008) destacam o fenômeno do superendividamento por livre concessão de crédito, especialmente pelo mecanismo de crédito consignado. A facilidade de crédito e juros mais baixos, junto com uma oferta agressiva de que isso é uma vantagem para o consumidor, acaba induzindo-o a ter gastos maiores do que sua real necessidade. Uma tentativa de despertar no consumidor a consciência de quanto pode estar sendo prejudicado em um negócio que envolva concessão de crédito foi albergada no art. 52 do CDC, *verbis*:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento (BRASIL, 1990).

Preocupação do legislador também é notada na vedação prevista no art. 39, IV, do CDC:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) :

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços (BRASIL, 1990).

No segundo artigo escolhido pela presente revisão integrativa, Ribeiro e Domingues (2018) trazem a reflexão de que se, por um lado, as pessoas fazem suas escolhas de forma equivocada, causando a diminuição da sua própria qualidade de vida, compete ao Estado de bem-estar social providenciar meios para que as pessoas façam melhores escolhas. Justifica-se, dessa forma, a intervenção do planejador central como agente influenciador do processo de formação das preferências. Logo, todo um arcabouço de técnicas normativas é criado para influenciar o comportamento das pessoas.

Ribeiro e Domingues (2018) discutem o conceito de Economia Comportamental e sua relação com o Direito e demais ciências cognitivas. Economia Comportamental é uma disciplina relativamente nova que une a economia e a neurociência (CAMERER; LOEWENSTEIN; PRELEC, 2004). Tal área de estudo sugere que as pessoas tomam decisões com base em hábitos, experiência pessoal e regras práticas simplificadas. Aceitam soluções apenas satisfatórias, buscam rapidez no processo decisório, tem dificuldade em equilibrar interesses de curto e longo prazo e são fortemente influenciadas por fatores emocionais e pelo comportamento dos outros. Os economistas comportamentais buscam entender e modelar as decisões individuais e dos mercados a partir dessa visão alternativa a respeito das pessoas. Influências psicológicas, emocionais, conscientes e inconscientes que afetam o ser humano em suas escolhas, são utilizadas, principalmente, para a elaboração de políticas públicas.

O melhor exemplo de políticas públicas fundamentadas na Economia Comportamental foi testado com base no viés da “opção padrão” (*option default*) e no “enquadramento noticioso” (*framing*) em relação ao problema da escassez de doação de órgãos. Países com consentimento presumido sobre a doação tendem a colher resultados mais satisfatórios para a política pública de doação órgãos do que países onde deve haver uma manifestação expressa da pessoa sobre ser doadora. As pessoas tendem a se manter inertes em relação ao problema de doação de órgãos. Muitas até querem doar, mas teriam que realizar uma ação, enfrentar uma burocracia e isto faz com que elas se mantêm inertes e acabam não expressando sua verdadeira vontade de ser doadora de órgãos. Logo, optam pela opção padrão, ou seja, não se manifestam e não efetivam a doação. Com simples ajustes na política de doação de órgãos, alterando o enquadramento noticioso (*framing*) do programa de doação, de forma a tornar todas as pessoas doadoras presumidas (*opt-out*), o número das doações aumentou significativamente nesses

países, pois a opção padrão é ser doadora. Logo, a opção ativa (*opt-in*), que gera algum tipo de ação positiva do agente, passou a ser obrigação das pessoas que, efetivamente, não querem doar seus órgãos, devendo fazer manifestação expressa nesse sentido (DAVIDAI; GILOVICH; ROSS, 2012).

Portanto, o Estado como determina nossa ordem econômica constitucional, tem o dever de assegurar a todos existência digna. Fundamentado na análise do comportamento dos indivíduos, o Estado ampliou sua capacidade de ação em setores privados da vida de seus cidadãos. Segundo Ribeiro e Domingues (2018), o Estado pode atuar nas escolhas estritamente particulares, com vistas a alterar o comportamento dos indivíduos e incrementar o seu bem-estar social, através de políticas públicas. Os autores também destacam que no Brasil, nada foi suscitado sobre políticas públicas desenhadas com mecanismos de Economia Comportamental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A neurociência cognitiva e a psicologia estudam os mecanismos neuropsicológicos do processo de tomada de decisão pelo ser humano e evidenciam toda a dificuldade, e até mesmo a impossibilidade, de se realizar uma escolha livre e completamente racional. Nem sempre, as escolhas que fazemos refletem necessariamente o que queremos, ou que são realmente necessárias para atender os interesses individuais. Por outro lado, o arcabouço jurídico no Direito Civil Brasileiro é fundamentado no pressuposto da autonomia da vontade, ou seja, no pressuposto de que a pessoa humana é um ser racional, agindo livremente e conscientemente tomando decisões que geram efeitos jurídicos e responsabilidade.

O objetivo do presente trabalho foi de realizar uma revisão integrativa da literatura dos últimos 10 anos e contextualizar a contribuição das ciências cognitivas para o direito civil brasileiro. Mais especificamente, entender o que a literatura nos diz sobre essa divergência conceitual relacionada à autonomia da vontade. Para a neurociência cognitiva, o livre-arbítrio não existe, e a tomada de decisão é um processo influenciado por fatores prévios e inerentes ao ser humano e também por mecanismos externos. Para as ciências jurídicas, a vontade é livre e racional e por isso gera obrigações e responsabilidade.

Para responder essa questão, existe o Neurodireito, área de conhecimento que vem ganhando espaço na última década, pois visa abordar os conceitos jurídicos sobre a perspectiva da neurociência, ou melhor, entender as relações jurídicas humanas dentro de um viés comportamental. Encontramos uma escassez de artigos relacionados com a temática proposta.

Observamos que o Neurodireito avança prementemente no campo penal, mas as publicações no ramo cível ainda se encontram incipientes.

Schmidt e Facchini (2008) prelecionam que quem domina os achados das ciências que estudam o processo de tomada de decisão dos seres humanos pode, facilmente, influenciar comportamentos e induzir condutas. Os autores argumentam que, para que exista estabilidade nas relações jurídicas, deve-se confiar nas declarações de vontade ‘livremente’ emitidas, porém, também é um imperativo de justiça que se deva proteger pessoas que, inconscientemente, foram levadas a praticar determinados atos, acreditando que estes eram fruto de sua vontade, quando, na verdade, foram induzidas a certos comportamentos.

Ribeiro e Domingues (2018) acrescentam que é fundamental o Estado conhecer o comportamento humano e induzir e/ou oferecer escolhas específicas para a sociedade a fim de buscar o bem-estar, limitando a autonomia da vontade de seus cidadãos. Essa estratégia, calcada na Economia Comportamental seria aplicada nas políticas públicas estatais para melhorar a vida privada das pessoas.

Por fim, o presente trabalho traz à oportunidade de se provocar a reflexão sobre o potencial dessa área científica (Neurodireito) e desse método de abordagem da literatura, também, na esfera jurídica. Acredita-se que aproveitando algum elemento de Economia Comportamental, da Neurociência Cognitiva e da Psicologia, podemos aferir maior efetividade na aplicação das Ciências Jurídicas e que a revisão integrativa da literatura pode facilitar a conexão de diversos conceitos e melhorar a aquisição do conhecimento por parte do leitor.

REFERÊNCIAS

ALVES, G.S.; ROZENTHAL, M. Avaliação neuropsicológica dos circuitos préfrontais relacionados à tomada de decisão na esquizofrenia: uma revisão sistemática da literatura. **Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul**. vol. 28, n° 3, 2006.

BEAR, M. F.; CONNORS, B. W.; PARADISO, M. A. **Neurociências**: desvendando o sistema nervoso. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.

BRADLEY, A. S. Cognitive Competence in Executive-Branch Decision Making. **Connecticut Law Review**, vol. 49, n° 3, 2017.

BROOME, M.E. Integrative Literature Reviews for the Development of Concepts. In: RODGERS, B.L. and KNAFL, K.A. (Org.). **Concept Development in Nursing: Foundations, Techniques and Applications**. Philadelphia, W. B. Saunders Company, 2000, 231-250.

CAMERER, C.; LOEWENSTEIN, G.; PRELEC, D. Neuroeconomics: Why Economics Needs Brains. **Journal of Economics**, vol.106, n° 3, 2004.

CAPESTANY, B. H. **The Use of Neuroscience for Mitigation During Sentencing in Non-Capital Cases**. Duke University, ProQuest Dissertations Publishing, 2017.

COMMONS, M. L.; MILLER, P. M. Folk psychology and the law: why behavioral science needs to replace folk psychology. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n° 96, 2007.

DAVIDAI, S; GILOVICH, T; ROSS, L. D. The meaning of default options for potential organ donors. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, vol. 109, n° 38, 2012.

DELFINO, L. O fumante e o livre-arbítrio: um polêmico tema envolvendo a responsabilidade civil das indústrias do tabaco. **Revista Páginas de Direito**, vol. 8, n° 736, 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2008v10e91-214>

DENBURG, N. et al. The orbitofrontal córtex, real-world decision making and normal aging. **Annals of the New Academy of Sciences**, vol. 1121, n° 1, 2007.

DESCARTES, R. **Discurso do método**. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre, L&PM, 2013.

GAZZANIGA, M. S. **Who's in Charge?** Free Will and the Science of the Brain. New York: Ecco (imprint of HarperCollins), 2016.

MELLO, P. C.; NOJIRI, S. O Direito na fronteira da razão: Psicologia, neurociência e economia comportamental. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol.8, n°2, 2018.

MONIZ, H. Neurociências e direito penal: novos e velhos problemas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 1, n° 2, 2015.

SANTOS, A.; MASIEIRO, I. C. A.. A criminologia e seus aspectos sociais e psicológicos aplicados ao direito penal e a prevenção de delitos . **Revista Intervenção, Estado e Sociedade**, vol. 4, n° 1, 2018.

SILVA, C. R.; SANTOS, M. C., VASCONCELOS, P. E. A. A psicopatia e o direito penal na busca da sanção penal adequada. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça**, vol. 7, 2018: Com Suplemento Especial - Anais da 4ª Mostra Científica 2018.

WHITTEMORE, R.; KNAFL, K. The integrative review: update methodology. **Journal of Advanced Nursing**, vol. 52, n° 5, 2005.

OS MOVIMENTOS DE REESTRUTURAÇÃO DE MOVIMENTOS ÉTNICO-RACIAL E O DIREITO A IGUALDADE TUTELADO

Daniel Felipe Cordeiro de Medeiros¹
Filipe de Moraes Firmino²
Karine Moreira de Souza³

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo associar a ideia de igualdade e de bem jurídico tutelado pelo Estado; além de associar a definição de bem jurídico a diversos filósofos do direito e indicar as principais mazelas do desrespeito da quebra deste princípio que deve ser protegido pelo Estado por meio do ordenamento jurídico. Para o desenvolvimento e para se chegar as devidas conclusões, utiliza-se do método dedutivo. O artigo se destinará a tratar, além do conceito de bem jurídico, do princípio da igualdade como bem jurídico protegido e do racismo como quebra deste bem, o papel do Estado na proteção, ou não, deste bem e, por fim, o debate sobre questão no prisma dos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Bens Jurídicos. Direitos Humanos. Estado. Preconceito étnico-racial.

ABSTRACT

The present work has as scope to associate the idea of equality and of legal good protected by the State; besides associating the definition of legal right to several philosophers of the law and to indicate the main ills of the disrespect of the breach of this principle that must be protected by the State through the legal system. For development and to arrive at the appropriate conclusions, the deductive method is used. The article will seek to deal not only with the concept of legal good, but also with the principle of equality as a legal right protected and with racism as a breach of that right, the role of the State in protecting this property and, finally, the debate on human rights perspective.

KEY WORDS: Ethnic-racial prejudice. Human Rights. Legal Goods. State.

¹Discente do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC).

²Discente do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC) e docente da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

³ Discente do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC).

INTRODUÇÃO

Entende-se por bem jurídico tutelado aquilo que o Estado toma para defender, acima de outros bens tutelados. Entre estes bens, encontra-se a igualdade, a vida, a liberdade, a dignidade, entre outros. Logo, que venha a ferir, desrespeito, por exemplo, qualquer um desses bens pode vir sofrer com uma sanção penal ou cível, por exemplo. Este estudo visa, associar a ideia de bem jurídico acima descrita com a análise do desrespeito a um desses bens, que é o da igualdade. Busca, também, analisar o papel do Estado, sua postura e suas ações diante da mácula de um princípio de tamanho valor.

A ideia de divisão étnico-racial é ponto de debate sociológico, havendo quem afirme que a questão da diferença, entre grupos raciais, no país não existe. Então, o que estaria gerando tanta diferença entre as pessoas no país atualmente, ciente de que estudos, dos mais variados órgãos, sejam governamentais, ou não, nacionais, ou internacionais, apontam uma grande margem divisória no país, no recorte étnico-racial.

Este escrito objetiva estabelecer a noção de bem jurídico, partindo das ideias de filósofos do direito como Feuerbach, Birnbaum, Binding e Liszt. Cumprida essa primeira etapa, busca-se expor o ferimento do bem jurídico da igualdade que é protegido pelo ordenamento jurídico por meio do crime racismo e a resposta do Estado a tal ferimento, para, por fim, entender a eficiência e o grau das ações tomadas pelo Estado para a proteção. Para isso, usa-se de dados trazidos por órgãos oficiais pátrio, como o IBGE, e internacionais, como o Fórum Internacional Econômico, e de literatura específica. Por fim, apresenta-se uma reflexão sobre a crise que tal problema causa, ponderando dentro do âmbito dos Direitos Humanos. Lança-se mão do método dedutivo para se chegar as devidas conclusões que, ao final, serão apresentadas.

A importância, que o tema traz, encontra-se na contemporaneidade social, pois, após mais de 130 (cento e trinta) anos da abolição da escravatura, com os indivíduos, nacionais, podendo se auto afirmarem como pertencentes a um grupo étnico, o porquê de tanta discrepância em face de grupos participantes no contexto social.

2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO TUTELADO

Passa-se, aqui, a análise do que seria um bem jurídico tutelado. Para tanto, lança-se mão, da definição de cinco filósofos do direito, são eles: como Feuerbach, Birnbaum, Binding e Liszt. Expõe-se aqui, as características de cada teoria e definição, os defeitos de cada uma.

2.1 BEM JURÍDICO NA CONCEPÇÃO DE FEUERBACH

Paul Johann Anselm Feuerbach estudou Filosofia e Direito durante o período de 1792 a 1799, foi professor de Direito até 1805, e em 1813 elaborou o Código Penal da Baviera. Todos os doutrinadores, praticamente, que tratam sobre bem jurídico afirmam ter sido Feuerbach o primeiro a ver o Direito Penal como meio de proteção. Paschoal (2003) afirma que para o filósofo do Direito em questão, bem jurídico tutelado é aquele que se destina à proteção de um direito subjetivo ou de interesse afeto a um sujeito específico. Janaina Paschoal, elucida o momento de tal concepção dada pelo pensador em análise:

Apesar de, atualmente, parecer ultrapassada, já que um tanto quanto privatista, essa concepção, tem-se que, ante as barbaridades perpetradas no período que antecedeu ao Iluminismo, circunscrever a aplicação do Direito Penal à proteção de um direito subjetivo significou um grande avanço na incessante luta de proteção do indivíduo perante o Estado (PASCHOAL, 2003, p. 26).

Destaca-se, em conclusão, que Feuerbach se mostrava preocupado ao anunciar tal definição para bem jurídico com as questões das relações estabelecidas entre Estado e indivíduo.

A CONCEPÇÃO DE BEM JURÍDICO POR BIRNBAUM

Johann Michael Franz Birnbaum foi o precursor ao concretizar o objeto de proteção do Direito, sendo considerado o primeiro a apresentar um conceito formal de bem jurídico. Em Paschoal (2003, p. 29), encontramos a definição dada pelo jusfilósofo “Direito [...] não visa à defesa de direitos subjetivos e sim de bens, já que o direito subjetivo não pode ser lesionado, mantendo-se incólume, enquanto se lesiona o objeto sobre o qual o direito subjetivo recai”. Então, pode-se entender pela definição, retro transcrita que bem jurídico é, na verdade, a proteção de um bem e não de um direito subjetivo, pois o seria bem lesionado, já que, na concepção de Birnbaum, não poderia o direito subjetivo (imaterial) ser maculado.

Então, esta definição vem, em caráter, substituir a ideia primeira dada por Feuerbach, ou seja, é um avançar epistemológico, embora se tenha uma ruptura na definição.

A DEFINIÇÃO DE KARL BINDING

A sequência conceitual iniciada chega-se a vez de Binding definir, por sua vez, o bem jurídico. Para este, não seria qualquer bem que o Direito deveria proteger, mas, somente, aqueles que apresentem relevância jurídica. Percebe-se que em Binding tem-se uma conceituação discricionária, já que, em um Estado Democrático, sendo as leis criadas por um corpo escolhido pelos indivíduos, que formam este Estado, e sendo os representantes do povo guiados, ao menos deveriam, pelos valores do povo, ao qual representa, são esses que determinam o que deve ser protegido, ou não.

Aduz desta definição:

Binding tinha uma concepção eminentemente formal de bem jurídico, arriscando-se dizer que ele poderia ser tido como um precursor do funcionalismo, com a diferença de que, enquanto Binding defendia que o legislador, mediante a normam, cria o bem jurídico, o funcionalismo, precipuamente o de Jakobs, prescinde de qualquer bem jurídico [...] (PASCHOAL, 2003, p. 31).

Entende-se por formal devido a criação de um bem jurídico, na concepção em análise, está adstrita com a ideia do legislador, ou seja, apenas era bem jurídico aquilo que o legislador diz que o é. A isso, como afirma Janaína Paschoal (2003, p. 32), pode ser fruto de uma escolha irregrada do legislador e, como resultado, leva a resultados arbitrários.

2.4 BEM JURÍDICO EM FRANZ VON LISZT

Franz Von Liszt, em sua definição, vai em sentido contrário a Binding, pois aquele deixa a lei e vai buscar na sociedade, os bens que devem ser alvo de proteção pelo Direito.

Liszt defendia que o bem jurídico penal não é criado pelo legislador, sendo sim identificado por ele no cenário social e, posteriormente, protegido mediante a norma [...]. Pode-se, portanto, dizer ter sido Liszt o primeiro a expressamente defender a idéia (sic) de um bem jurídico penal material. (PASCHOAL, 2003, p. 33).

O autor afirmava que era a vida, e não o direito, que produz o bem jurídico que deve ser amparado pelo último. Ora, ver-se, então, que Liszt afasta-se de Binding e Feuerbach, do primeiro por afirmar, como retro transcrito, que o direito não tem o poder para produzir o conceito de bem jurídico, já com o segundo, por ter de dimensionar o bem jurídico mais amplo do que o direito subjetivo. Logo, bem jurídico, na visão do autor em estudo, tem aspecto mais natural, próximo do humano, do que Binding propunha.

3 IGUALDADE COMO BEM JURÍDICO TUTELADO

Aqui, abordar-se-á o princípio protegido pelo nosso ordenamento jurídico. Portanto, ganhará aspecto particular ao se debater a mácula ao bem da igualdade, ferindo, também, entre outros, a dignidade da pessoa, pelo crime de racismo.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, 1988, traz expresso em seu art. 5º, caput: “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 [...]”. Ao afirmar que todos são iguais perante à lei, e ao garantir a inviolabilidade à igualdade, quis a Carta Magna afirmar que toda a situação de desigualdade, toda forma de exclusão e de inferiorização de um indivíduo encontra-se, nestas circunstâncias, em afronta a Lei Maior. Logo, figura o crime de racismo uma afronta a princípio elencado na CF/88. Logo, percebe-se que o crime de racismo, tipificado penalmente, inclusive, é uma afronta a tal princípio.

Se fala em quebra da igualdade quando o Estado atua privilegiando pessoas ou grupos de pessoas em detrimento das demais. Nisto se gera uma celeuma muito maior, pois é na ingerência do Estado que se encontra o ponto mais perigoso deste tema.

Passemos a análise deste princípio quanto ao crime de racismo e a ingerência do Estado quanto ao bem jurídico da igualdade.

O RACISMO COMO QUEBRA DA IGUALDADE

Ressalta-se, antes de tudo, que se o Estado, em seu ordenamento jurídico, põe sob seus cuidados e proteção bens essenciais ao desenvolvimento adequado à sociedade, estamos falando em bens jurídicos. Logo, ao trazer o caput transcrito no item acima, o Texto Maior, pois no

catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais tais bens, mas não só neles mais ao longo de todo o seu texto.

Ao se tratar de Direitos Fundamentais, é a falar em Direitos Humanos positivados, pois são, esses últimos, direitos inerentes a pessoa humana. Já que o Direito existe, porque existe sociedade e, a sociedade existe, porque o homem existe, então, o Direito existe, porque há homem. Logo os Direitos Fundamentais são direitos que visam resguardar os bens jurídicos de maior valor inerentes a condição humana.

Se maculam um dos direitos elencados no art. 5º da CF, ou em qualquer outra parte do Lei Máxima, macula-se um Direito Humano. Portanto, ao se ferir o Direito da igualdade, por meio do racismo, por exemplo, está a se ferir Direitos próprios da condição de homem.

Quanto ao exposto acima, aduz Nucci (2010) que:

Constitui poder-dever do Judiciário fazer valer os comandos constitucionais vigentes, em particular os que se referem aos direitos e garantias humanas fundamentais. Uma das preocupações do legislador-constituente baseou-se no combate ao racismo, em busca de uma sociedade igualitária, pluralista e realmente, democrática. Desse modo, estabelece-se no art. 5º, XLII, da CF, que ‘a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei’. Com base nesse preceito, emergem, basicamente, duas questões: a) o significado de racismo; b) a fonte legislativa de previsão dos tipos incriminadores.

Pode-se definir racismo como qualquer discriminação racial ou étnico-racial, desigualdade racial ou pela desigualdade de gênero pela raça. Quanto a isso, mostra-nos a Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010:

Art. 1.º Esta lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade e oportunidade, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I – discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos políticos, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II – desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III – desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais; [...].

Ver-se, portanto, que o racismo é uma forma de divisão por inferiorização da sociedade. O combate efetivo do racismo torna-se uns dos principais alvos do Estado Democrático de Direito, qual seja a busca pela igualdade entre todos e a eliminação do preconceito.

A INGERÊNCIA DO ESTADO NA PROTEÇÃO EFETIVA DESTES BEM

O princípio da igualdade posto na constituição permeia dois campos, quais sejam: o primeiro no campo legislativo, impede que o legislador crie tratamentos abusivos diferenciais a pessoas que encontram em situações idênticas, e o segundo no campo hermenêutico, no momento de interpretação e aplicação da norma faz-lo de maneira isonômica (MORAES, 2016, p. 48).

A forma mais abrupta de percebe-se, quanto à ingerência do Estado, a desigualdade de tratamento, quanto aos grupos étnicos-raciais, é que periodicamente o IBGE lança estudos detalhando que os homens negros passam cerca de 1 (um) ano e 6 (seis) meses a menos na escola do que os brancos. Se refletirmos sobre o recorte feito sobre o grupo de mulheres negras, esse período de evasão escolar aumenta para 2 (dois) anos; isso devido, a uma gestação precoce, por ter que trabalhar para ajudar nas despesas do lar, etc. A isso, deve-se uma população menos instruída, menos qualificada, ingressante no mercado informal, e com remuneração muito baixa. A esse problema, soma-se o problema da criminalidade. O Brasil, tem uma das maiores populações carcerárias do mundo, correspondendo a quase dois terços da população total. Como dito anteriormente, fruto de uma população desqualificada educacionalmente.

O Brasil é 72º país na lista do Fórum de Economia Mundial no quesito desigualdade racial. É líder da América Latina no mesmo campo.

Diante de tudo o que foi apresentado neste tópico, o que podemos abstrair de ação do Estado para diminuição da desigualdade? Observa-se que o Estado buscou formas de punir os crimes de racismo. Assim como, pelo ordenamento, o Estado quer uma igualdade entre os indivíduos que a compõe. Mas em termos de ações reais e materiais, é muito pouco um Estado que sabendo do número de evasão das escolas pela população negra e não toma as devidas medidas para se evitar tal ato. A Lei n. 12.288, o Estatuto da Igualdade Racial, traz a definição do que seria política públicas e ações afirmativas:

Art. 1.º [...].

Parágrafo único. [...]:

V – política pública: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

VI – ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a proporção da igualdade de oportunidade.

Fica claro que os recursos que o Estado e seus poderes dispõem para efetivação do bem jurídico da igualdade são as ações afirmativas e políticas públicas, mas, as mesmas, têm que ser dotadas de efetividade e conteúdo de recuperação e inclusão social. Nesse sentido, afirma Piovesan (2005, p. 49):

[...] como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas. Elas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, entre outros grupos.

DIREITOS HUMANOS E O PRECONCEITO ÉTNICO-RACIAL E A QUEBRA DO ESTADO SOCIAL DE DIREITOS

A dificuldade de desenraizar o preconceito étnico-racial da sociedade brasileira é uma tarefa árdua não só dos Direitos Humanos, mas também de boa parte da população que tomou para si essa responsabilidade de ajudar o outro a enxergar seu preconceito étnico-racial. Essa missão aumentou consideravelmente nos últimos anos. Não se compreende que fenômeno retrogrado é este o Brasil vem passando. Sim, “fenômeno”, racistas acordaram, e em um número muito alto. Ganham voz, e passaram a disseminar seus discursos de ódio nas redes sociais. O racista hoje se sente bem em falar do seu preconceito, se sente à vontade, e a pergunta que fica, é: O que está acontecendo com aqueles que sabem do seu preconceito e se orgulham? As próximas gerações, em contato com esse fenômeno, como se comportarão diante a isto?

A primeira pergunta, pode-se responder de maneira fácil e imparcial, desde que se reconheça a péssima situação política que o Brasil enfrenta. Sim reconhecer, não significa ser parcial e sim ser realista. O atual representante do executivo do país, traz consigo e com sua campanha política um esquecimento do negro. Hoje, não se tem representantes negros como ministros, esta desigualdade, essa falta de representação negra no cenário político já dizem muito sobre esse fenômeno.

Sobre o segundo questionamento, é algo que se deve alertar. Uma criança em fase de construção de opiniões em convivência com alguém racista, provavelmente irá absorver o preconceito. Ou seja, o Brasil vive um momento no qual quem se engaja na luta contra o preconceito precisa aglomerar um número maior de pessoas com o mesmo objetivo e ir à luta, existe uma ameaça intensa no país Social Democrático que pode perder sua caracterização. Há um grande risco de que o Brasil seja reconhecido mundo a fora como um país miscigenado preconceituoso.

Em 2018, dados do jornal G1, revelam que os crimes de racismo e injúria racial no estado de São Paulo, cresceram em 29%. Páginas, posts racistas são criadas diariamente no aplicativo Instagram e em outras redes sociais, e acumulam um grande número de seguidores, em seguida são bloqueadas pelo próprio desenvolvedor, e em segundos são criadas outras novamente.

O site UOL Esporte, em 2016 fez uma abordagem sobre os crimes cibernéticos em que as vítimas são jogadores de futebol. Em uma pesquisa, o site informou o que a Central de Denúncias de Crimes Cibernéticos, que computa dados da ONG Safernet Brasil, mostraram que em um total de 1422 páginas denunciadas no país, 593 delas são de racismo.

A persistência desse preconceito étnico-racial vivo na sociedade brasileira causa transtornos a essa etnia, que é vítima constante de homicídios. Os jovens negros, precipuamente entram nas estatísticas fornecidas pelo o IPEA, que revela dados advindos do Atlas da Violência 2018, com base no de 2015, revelando que, o risco do jovem negro ser vítima de homicídio é 2,7 vezes maior que a o do jovem branco. Ainda foi constatado que em um quadro comparativo de 2006- 2016 a taxa de homicídios contra negros foi de 23,1% no país.

O ano de 2018 e o início de 2019 percebe-se uma intensificação de atos racistas. Recentemente, uma advogada negra foi algemada e retirada quando se estava no exercício de sua função. Um empresário negro foi retirado à força física, após o gerente expulsá-lo de uma agência bancária. Outro caso muito recente, foi o de um jovem imigrante colombiano que foi hospitalizado após comer uma marmita doada com pedaços de vidro. Esses são fatos que aconteceram, e que, muitos negam o racismo, que é evidente nas situações. Revistas, jornais comprados, políticos conservadores, racistas ativos, negam qualquer evidência de crime de racismo nas situações aqui expostas. Porém, deve-se compreender que para alguém racista, tudo não passa de uma falácia de esquerda, de socialista. Sim, hoje, o brasileiro se encontra em uma inversão de valores intensa, em que falar de racismo simboliza ideologia de esquerda, ou

seguidor de determinado partido político, mas nunca sobre respeito, nunca sobre um direito humano de ser respeitado.

Fatos como estes, corroboram a descaracterização do Estado Social de Direitos que o Brasil se diz ser. Como aqui já foi dito, o Brasil vem passando uma péssima representação internacional. A imagem de país nazista ganha força e visibilidade no mundo. A desconsideração com o preconceito étnico-racial é apenas uma das muitas falhas que o país possui.

A REESTRUTURAÇÃO DE MOVIMENTOS ANTI ACEITAÇÃO ÉTNICO-RACIAL

Observa-se, e não se é dos dias atuais, levantes que vão contra a diversidade étnica e racial. Nota-se um engrandecimento destes movimentos a partir das eleições norte-americanas de 2016 e com a vitória do candidato (e, atualmente presidente) Donald Trump. Por volta de agosto de 2017 nos Estados Unidos, instaura-se um movimento neonazista e neofascista que prega a supremacia branca e que busca instaurar um estado de segregação, novamente, em uma época em que se tanto fala de isonomia. Em panorama de uma intolerância latente, de uma supervalorização cultural da sua própria cultura e da falta de alteridade como se monta uma geração, como a de atual vigor, cheia de preconceitos?

Começa-se a pensar na cultura alheia a partir do momento da descoberta do Novo Mundo. É, então que se passa a pensar na diversidade e descontinuidade da cultura. Logo, este estranhamento gera duas ideologias: o fascínio pelo estranho e a recusa pelo estranho.

No fascínio pelo estranho, nota-se a valorização da cultura das sociedades primitivas e a crítica as formas europeias. Porém, é na recusa que se encontra a censura e a exclusão de tudo o que não seja ou esteja aos moldes europeus. Ideia que se mostra o basilar do preconceito ao que é estranho, ao que não é europeu. Sendo os princípios que justificam a dominação dos europeus – os de cultura superior – em relação aos povos ameríndios e africanos.

Este repúdio às formas culturais que não são próprias a sua, é característica comum dos povos no transcorrer da história. A tudo que não está dentro da cultura de cada um se aplica termos como bárbaro ou selvagem (termos estes que evocam uma forma de vida primitiva e que se opõe à cultura humana).

Por fim, tem-se antagonismos, comuns hoje em dia, para explicar as ideologias, já supracitadas: Ocidente x Oriente e Hegemônica x Minoritária.

Baseada na ideia de Esward Said, as oposições Ocidente versus o Oriente é a oposição entre civilização e barbárie. Tal autor usa as oposições para explicar a ideia de dominação colonial. E a divisão entre culturas superiores e inferiores – sentimento comum no nacionalismo.

O antagonismo da hegemonia cultural e das culturas minoritárias é a base dos movimentos ante étnicos raciais. Os movimentos multiculturalistas entendem que em um território nacional há diversas culturas e não uma só. Mas, o problema reside no fato das diferentes culturas (culturas minoritárias) serem tratadas com desprezo. Havendo teóricos que acham que a exaltação da diferença enfraquece os valores comuns.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que aqui foi exposto conclui-se que, é histórico e antropológico a ideia de supremacia étnica e racial, e que tais movimentos são, na verdade, cíclicos. O que se vê nos Estados Unidos é o que impera no Brasil desde o período colonial. Uma sociedade dividida e marcada pela segregação social e o Estado por meio do nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que vigora-se, atualmente, um Estado Social Democrático de Direito, tomou para si a tutela de bens, os quais tem maior relevância, pois, se voltam à pessoa humana, os quais chamam-se bens jurídicos. Um rol exemplificativo destes bens é o exposto pela Constituição Federal no seu art. 5º. Destacando que esse rol se estende a todo o ordenamento. Como meta, foca-se no bem jurídico da igualdade.

Ora, se o Estado toma para si o dever de zelar e cuidar pelo direito a igualdade, ao tratamento igualitário havendo o desrespeito a este tratamento cabe ao Estado punir, porém quando este desrespeito parte do Estado, aquele a que se incumbiu de proteger, isto não torna menos violento, mas agrava a ação violenta. Logo, o Estado, também, comete ações que dificultam a igualdade entre os indivíduos do corpo social.

Diante disso, os meios que se lança mão para evitar, partindo do próprio Estado, são ações afirmativas e as políticas públicas, dotadas de efetividade, para, assim, pode chegar ao almejado Estado, de fato, Social Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Olney Queiroz. KÜMPEL, Vitor Frederico. Pré-História da Antropologia. In: **Manual de Antropologia Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41-58

Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BRASIL. **Lei nº 12288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis n 7716, de 5 de janeiro de 1989, 9029, de 13 de abril de 1995, 7347, de 24 de julho de 1985, e 10778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, v. 141.

IPEA. **Atlas da violência 2018**. 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf. Acesso em: 14 abr. 2019.

MARCONI, Marina de Andrade. PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia: uma introdução**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 1999

NASCIMENTO, Abdias. **O Genocídio do Negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado**. São Paulo: Perspectiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **RACISMO: uma interpretação à luz da Constituição Federal**. 2010. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/racismo-uma-interpretacao-a-luz-da-constituicao-federal/5447>. Acesso em: 16 abr. 2019.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. **Cadernos de Pesquisa (fundação Carlos Chagas. Impreso)**, São Paulo, v. 35, n. 124, p.43-56, abr. 2005. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/0D/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019.

Portal G1 de Notícias. **Crimes de racismo e injúria racial crescem 29% em São Paulo em 2018**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/07/27/crimes-de-racismo-e-injuria-racial-crescem-29-em-sao-paulo-em-2018.ghtml>. Acesso em: 14 abr. 2019.

Uol Esportes. **Crimes na Internet**. 2019. Disponível em: <https://www.uol/esporte/especiais/crimes-na-internet.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

O RECONHECIMENTO DO VALOR JURÍDICO DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE HUMANA

Valéria Martins de Oliveira ¹

José Luiz de Sousa Barboza ²

Francisco Paulino da Silva Junior ³

RESUMO

O referido artigo tem como objetivo expor como o termo família evoluiu ao longo dos anos, bem como suas mudanças para se adaptar as necessidades impostas pela sociedade, e como o afeto nas relações familiares passou a ser reconhecido judicialmente, sabidamente uns pela doutrina e outros pelos entendimentos jurisprudenciais. O antigo Código Civil de 1916, definia família como uma instituição constituída unicamente pelo matrimônio, no qual não poderia haver o divórcio, os filhos advindos fora do casamento eram considerados ilegítimos. A Constituição Federal de 1988 desvinculou-se definitivamente do conceito de filhos legítimos, legitimados e ilegítimos constante do Código de 1916, admitindo, para isso o reconhecimento da pluriparentalidade de forma implícita, tendo os doutrinadores buscado usar os princípios da felicidade, dignidade da pessoa humana, dentre outros para basear-se suas decisões com relação ao reconhecimento da paternidade socioafetiva. Todavia, a dignidade da pessoa humana como valor humanístico universal tem sido preceito comum em diversos textos constitucionais pelo mundo. Por fim, o método dedutivo foi aplicado como delineamento da pesquisa, no qual, para tanto, buscou-se através de bibliografias dispostas, leituras e diálogos com alguns autores referentes a temática proposta.

Palavras-chave: Direito de Família. Dignidade da Pessoa Humana. Socioafetividade.

¹ Valéria Martins de Oliveira – Bacharelanda da graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC). E-mail: valeriamartinsdeoliveira@gmail.com

² José Luiz de Sousa Barboza – Bacharelando da graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC). E-mail: luijzbarboza5@yahoo.com.br

³ Professor Me. Francisco Paulino da Silva Junior – Docente da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC).E-mail: fpsjunior@gmail.com

ABSTRACT

This article aims to expose how the term family has evolved over the years, as well as its changes to adapt to the needs imposed by society, and how the affection in family relationships came to be recognized judicially, known by some doctrine and others by jurisprudential understandings. The old Civil Code of 1916 defined the family as an institution constituted solely by marriage, in which there could be no divorce, the children coming from marriage were considered illegitimate. The Federal Constitution of 1988 was definitively detached from the concept of legitimate, legitimate and illegitimate children contained in the 1916 Code, which implicitly acknowledged pluriparenting, and the doctrinators sought to use the principles of happiness, dignity of the human person, among others to base their decisions on the recognition of socio-affective paternity. However, the dignity of the human person as a universal humanistic value has been a common precept in various constitutional texts around the world. Finally, the deductive method was applied as a research design, where it was searched through arranged bibliographies, readings and dialogues with some authors related to the proposed theme.

Keywords: Family Law. Dignity of human person. Socio-affectivity.

INTRODUÇÃO

O termo família²⁵ evoluiu ao longo dos anos junto ao Código Civil, bem como suas mudanças para se adaptar as necessidades impostas pela sociedade, mudanças estas que efetivamente devem ser acompanhadas pelo direito como um todo, de fato, isso não é uma regra, mas é evidente que isso necessita de um contraponto até mesmo para a própria efetividade desse direito.

A família em si é uma instituição em constante transformação, portanto, no direito de família, o afeto nas relações familiares tornou-se um conceito aberto e subjetivo cujo magistrado tem a liberdade seguindo os preceitos da norma para decidir. Contudo, devido a tal pluralidade, os diversos formatos de família passaram a ser reconhecido judicialmente.

O antigo Código Civil de 1916, definia família como uma instituição constituída unicamente pelo matrimônio, ou seja, está baseava-se nos preceitos matrimoniais, desta feita, não poderia haver o divórcio, os filhos advindos fora do casamento eram considerados

²⁵ “SUBSTANTIVO FEMININO. 1. Conjunto de pessoas, em geral ligadas por laços de parentesco, que vivem sob o mesmo teto. 2. Conjunto de ascendentes, descendentes, colaterais e afins de uma linhagem ou provenientes de um mesmo tronco; estirpe. 3. Pessoas do mesmo sangue ou não, ligadas entre si por casamento, filiação ou mesmo adoção; parentes, parentela. 4. LINGUAGEM FIGURADA: Grupo de pessoas unidas por convicções, interesses ou origem comuns” (MICHAELIS, 2019, s/p).

ilegítimos, não havia aceitação dos modelos que se observam hoje, o preconceito prevalecia na sociedade.

Com passar das décadas, é possível verificar também como a Constituição de 1988 desvinculou-se definitivamente do conceito mais arcaicos e ultrapassados, a exemplo disso os filhos ilegítimos, estes fora de uma relação matrimonial, para tanto, seriam estes perante o direito, filhos legítimos, com o reconhecimento da paternidade socioafetiva de forma implícita, tendo os doutrinadores buscado usar os princípios da felicidade, dignidade da pessoa humana, dentre outros para basear-se suas decisões com relação ao reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Há uma pluralidade de tipos de arranjos de família, adiante falar-se-á em alguns marcadamente mais notórios, assim, tem-se uns reconhecidamente como entidades familiares, outros, apenas por doutrinadores e entendimentos jurisprudenciais. Ao todo, é possível observar diante dessa perspectiva 10 (dez) tipos de família reconhecidamente, são elas: família matrimonial, família convivencial, família paralela, família monoparental, família anaparental, família socioafetiva, família homoafetiva, família mosaico, família unipessoal, família eudemonista (pluriafetiva ou poliamor).

Esses novos arranjos familiares não podem ficar alheios à regulação estatal, necessitando da tutela jurídica, para todos os fins de direito, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, de acordo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, conforme preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para tanto, a dignidade da pessoa humana tem que ser considerada como um princípio norteador, reconhecido pela valoração do afeto familiar, que é nessa perspectiva algo que interliga as várias facetas impostas pelo texto constitucional, outrossim, proteção as pessoas. Diante disso, o valor humanístico que é universal tem sido preceito comum em diversos textos constitucionais pelo mundo. No Brasil, não pode ser diferente, daí repete-se a máxima que diz que devem-se considerar as transformações sociais, como antes exposto, estas, devem ser acompanhadas pelo direito.

ARRANJOS FAMILIARES CONTEMPORÂNEOS

As relações familiares que temos hoje se diferenciam das que antes existiam no início do século XX, numa perspectiva da historicidade, as relações eram baseadas num modelo

bastante arcaico e ultrapassado que era patriarcal, conservador e hierarquizado, este, notadamente comum. Apesar disso, era o arranjo familiar formado pela figura de um homem, mulher e filhos, ou seja, esse tradicional arranjo perdurou por muito tempo tornando-se reconhecido como única configuração de família. Contudo:

A família é o primeiro agente socializador do ser humano. Somente com a passagem do homem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família. A primeira lei de direito das famílias é conhecida como a lei-do-pai, uma exigência da civilização na tentativa de reprimir as pulsões e o gozo por meio da supressão dos instintos. A interdição do incesto funda o psiquismo e simboliza a inserção do ser humano no mundo da cultura (DIAS, 2015, p. 30).

Observando os aspectos que ensejam a gênese do direito de família, compreende-se para tanto o papel socializador, incluído tempestivamente na cultura dos povos, de forma generalizada ocorrida não uniforme, a este aspecto manifestar-se importante para essa concretização do seio familiar, outrossim, antes mesmo dessa configuração que hoje se conhece, num aspecto hodierno, todavia,

Dispondo a família de várias formatações, também o direito das famílias precisa ter espectro cada vez mais abrangente. Assim, difícil sua definição sem incidir num vício de lógica. Como esse ramo do direito disciplina a organização da família, conceitua-se o direito ele família com o próprio objeto a definir. Em consequência, mais elo que uma definição, acaba sendo feita a enumeração dos vários institutos que regulam não só as relações entre pais e filhos, mas também entre cônjuges e conviventes, ou seja, a relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade (DIAS, 2015, p. 34).

São inúmeras as possibilidades de arranjos familiares, considerando para tanto o afeto envolvido, todavia, nesse ponto de vista, trazendo uma conceituação contemporânea com base nos aspectos que hoje não se pode desconsiderar quando se fala em direito de família, Cristiano Chaves de Farias enfatiza que,

[...] a entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover, em concreto, a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores. Para tanto, não se pode deixar de reconhecer a premente necessidade da existência de regras de postura ética entre os componentes de núcleos familiares, de modo tal que a solidariedade e o respeito recíproco se materializem. Isto é, não há mais espaço para

condutas egoísticas na família, impondo-se expectativas naturais de ética e solidariedade. É de se reconhecer, então, que a entidade familiar encontra-se cimentada em laços de afetividade e imposição de condutas éticas, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional, de modo a promover a tutela da pessoa humana. Nessa linha de intelecção, é fácil detectar, com segurança, que o Direito de Família da pós-modernidade, forjado em laços de afetividade, estabelecidos como a sua causa originária e final, tem o propósito de servir como verdadeiro motor de impulsão para a afirmação da dignidade das pessoas de seus componentes, tratando-se do locus privilegiado, o ambiente propício, para o desenvolvimento da personalidade humana em busca da felicidade pessoal e não mais como instituição merecedora de tutela autônoma, justificada por si só, em detrimento, não raro, da proteção humana (DE FARIAS, 2011, s/p).

Assim, num ponto de vista mais atual, apropriando-se de ideias acima citadas, tem-se várias constituições de família reconhecidas pelo Direito, umas claro, tendo esse reconhecimento doutrinário e jurisprudencial. Ao todo, é possível observar diante dessa perspectiva 10 (dez) tipos de família reconhecidamente, são elas: família matrimonial, família convivencial, família paralela, família monoparental, família anaparental, família socioafetiva, família homoafetiva, família mosaico, família unipessoal, família eudemonista (pluriafetiva ou poliamor).

Por conseguinte, citando tais arranjos familiares observa-se como exemplos elencados: a família matrimonial; essa já foi a única reconhecida pelo direito brasileiro, constituída apenas pela sacralização do vínculo matrimonial entre o homem e a mulher, havia para isso o reconhecimento unísono da igreja (Direito canônico), que em séculos passados foi uma grande fonte influenciadora para direito atual, hodiernamente, era previsto no código civil de 1916, perdurando como principal arranjo familiar até o fim de sua vigência; já a família convivencial, outro arranjo familiar, é compreendida pela vivência familiar, bem como deve-se frisar é que este modelo de família nasce, para tanto, da união estável; no caso da família paralela; é bem mais específica, todavia, observa-se que:

O código civil de 1916 repugnava qualquer noção de família que não estivesse vinculada ao casamento. Em outras palavras, quaisquer formas de uniões extramatrimoniais, a despeito de existirem fartamente, eram sumariamente ignoradas pelo ordenamento vigente à época. Assim, basta pensar que o casamento era indissolúvel [...]O concubinato, até 1988, era classificado em 'concubinato puro' e 'concubinato impuro'. Salienta-se que o próprio termo concubinato é dotado de inexorável carga valorativa negativista. Trata-se de uma depreciação das relações interpessoais, simplesmente por não estarem vinculadas ao procedimento formal do casamento [...]A promulgação da CF/88 converteu o concubinato puro em união estável, tendo sido, a duras

penas, inserido no Direito de Família, conforme evidenciado. Não obstante, o concubinato impuro, doravante apenas concubinato, a despeito da sua larga difusão na sociedade, permaneceu praticamente desprovido da necessária proteção estatal. (NOVAES; PEREIRA, 2014, p. 3-4).

Nessa perspectiva, o concubinato, hodiernamente, família paralela, este estaria desamparado da proteção do estado, porém, hoje como inicialmente abordado, essas diversas formas de arranjos familiares possuem um reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, à luz do direito de família. Ao arranjo familiar reconhecido como família monoparental, tem-se apenas a Mãe ou apenas o Pai como mantenedor de tal configuração familiar, geralmente a figura feminina ascende como a mais comum nesse tipo de arranjo, outrossim,

[...] abandono, escolha da individualidade, ou morte, elementos que são opostos entre si, trazem consigo a origem de constituições familiares totalmente diferenciadas. A não aceitação pela família da gravidez, os valores, a dor dessas mulheres de viverem uma dupla rejeição: do pai da criança e da própria família, a cobrança de si de criar com dignidade este filho. A aceitação ou condenação difere em cada caso. A monoparentalidade passa a ser justificada ou não face a realidade que a originou e a concepção arraigada a esta (LUSTOSA, 2018, p. 25-26).

Como bem observado, diversos são os motivos que levam a composição de um arranjo de família monoparental, em casos específicos, a mulher é a principal mantenedora desse ambiente de família, a situação de estar solitária aos desafios desemboca na fragilidade que é um motor impulsionador a uma possível desestrutura familiar, que em regra, gera a precariedade na convivência familiar, contudo, por vezes incluídos num ambiente de vulnerabilidade social. A família anaparental; arranjo esse não consagrado expressamente na Constituição Federal, conceitualmente se expõe como, “[...] famílias que não mais contam os pais, as quais por isso eu chamo famílias anaparentais, designação bastante apropriada, pois ‘ana’ é prefixo de origem grega indicativo de ‘falta’, ‘privação’, como em ‘anarquia’, termo que significa falta de governo” (BARROS, 2003, s/p).

A esse tipo de arranjo familiar sugerido por Sergio Resende de Barros, criador da expressão, nada mais é que famílias formadas por conseqüências diversas, a exemplo disso, irmãos que decidem morar na mesma casa, pelo fato de não mais ter pais vivos, idosos que por motivos diversos não tenham mais parentes próximos, amigos que decidem morar juntos dividindo para isso suas respectivas despesas pessoais.

Outro arranjo que é importante expor é a família socioafetiva configura-se como um arranjo familiar de figura Paterna, ou em outros casos somente de figura Materna que criam os

filhos que não tenham parentesco biológico, todavia, seria estes “pais de criação”. Nesse tipo de arranjo, pode se observar filhos que são criados por tios, avós, parentes próximos, etc. Ou seja, o vínculo afetivo é estabelecido na sua formatação como próprio nome expõe. Nessa perspectiva, a afetividade²⁶ é um ponto crucial nesse tipo de arranjo familiar, contudo:

O princípio da afetividade, apesar de não estar inserido de forma expressa, tem fundamento constitucional e é considerado um dos mais importantes princípios inerentes à família. Nos dias atuais, e depois todo o exposto, não há como se pensar em família sem relacioná-la ao amor, ao respeito, à consideração e à solidariedade entre os seus membros. A afirmação da natureza da família como instituição fundada essencialmente nos laços de afeto foi projetada no campo jurídico-constitucional após o desaparecimento da família patriarcal. A família patrimonialista de antes deu lugar a uma outra que se apoia na afetividade, de modo que os vínculos sanguíneos não se sobrepõem mais aos vínculos afetivos. Tal princípio decorre da valorização da dignidade humana e da solidariedade, já abordados, e tem correlação com o direito fundamental à felicidade. É o princípio norteador que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações, com primazia em face do caráter patrimonial ou biológico (SCARIN, 2018, p. 34-35).

O afeto é um princípio que norteia a convivência familiar, como bem frisado este não se encontra juridicamente institucionalizado pela carta maior, contudo, seu entendimento é absorvido contemporaneamente pelo direito de família moderno, desta feita não basta apenas a relação biológica, mais um sentimento, este de pertencimento, no seio familiar para poder com concretude do conceito falar em afetividade.

A dignidade humana (Princípio da dignidade da pessoa humana) também está inserida como elementar ao direito de família, tal princípio expressa pontos que podem estar envolvidos na proteção estatal, no respeito, na própria solidariedade. Implicitamente, outro princípio, este notadamente merecedor de destaque e que assim deve ser fundamentalmente considerada é a felicidade, como bem deve-se entender e observar, este é um conceito aberto e subjetivo e que deve ser comum e presente no ambiente familiar.

Em outro ponto, observa-se a família homoafetiva; constitui-se em um arranjo em que os pais são pessoas do mesmo sexo, ou seja, a criação dos filhos é advinda de um união homoafetiva²⁷, entretanto é importante citar uma questão ocorrida no ano de 2011, mais

²⁶ “A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. [...] onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes causa originária e final, haverá família” (LÔBO, 2002, p. 9).

²⁷ “A união homoafetiva é a existente entre pessoas do mesmo sexo, configurando uma relação homossexual. O termo homossexual se deve a junção do prefixo grego *homós*, que quer dizer semelhante, com o sufixo latim *sexus*, que se refere ao sexo, sendo, portanto, a relação existente entre pessoas de mesmo gênero. Isto é, o homossexual é o indivíduo que possui o

precisamente no dia 4 de maio, em que o plenário do STF deu início ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277, proposta pela Procuradoria Geral da República – PGR, juntamente com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132, proposta, esta, realizada pelo governo do Rio de Janeiro, em razão de as duas ações abordarem o mesmo tema central, todavia, deu-se a isso importância da união homoafetiva como entidade familiar, ou seja, o entendimento jurisprudencial tratando este como arranjo familiar reconhecidamente.

A família mosaico; a esse tipo de arranjo familiar observa-se a união de indivíduos, seja pelo matrimônio ou não, que trazem consigo seus respectivos filhos para assim formarem uma nova família, desse modo, enfatiza-se que,

[...] o nome de “família mosaico” o arranjo familiar em que os filhos do casal compõem um quadro formado por irmãos, meio-irmãos e não-irmãos, pois os filhos de união (ou uniões) anteriores do marido e da esposa não são irmãos, mas ambos são meio-irmãos dos novos filhos do casal. Desta forma, nem todos os membros da família mosaico são parentes entre si, mas todos tem um grau de parentesco com a prole resultante da união do casal reconstituído (ALVES, 2008, s/p).

Esse tipo de arranjo costuma ser muito comum nos dias de hoje, tanto que, de acordo com Alves (s/p, 2008) “A família mosaico é apenas mais um tipo de arranjo familiar e/ou doméstico dentre o leque de arranjos possíveis em uma sociedade cada vez mais marcada pela pluralidade e por dinâmicas inovadoras e fora do modelo padrão”.

Outro arranjo familiar que tem evidência é a família unipessoal; como a própria nomenclatura expõe, observa-se família composta de apenas uma pessoa, a esse arranjo é importante citar a Súmula 364 (03/11/2008), que versa “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Dessa maneira, diante do que se expressa a súmula observa-se que a uma possível retaguarda jurídica ao que se conhece como direito constitucional de moradia, por fim, e não menos importante dentre tantos outros arranjos aqui citados, tem-se a família Eudemonista (Pluriafetiva ou poliamor); que segue na perspectiva de que casais optem por não ter filhos, assim seguindo esta linha, Dos Reis & Bernardo (p.75, 2017) vão dizer que este arranjo familiar “não promove a geração de descendentes – revelando que esta entidade familiar está

desejo de se relacionar com outra pessoa que possua o mesmo sexo que o seu, sentindo-se o homem atraído por outro homem e a mulher atraída por outra mulher. Neste caso, a pessoa não nega sua formação biológica, apenas possui seus desejos físicos e amorosos inclinados exclusivamente para a pessoa de mesmo sexo” (MARANHÃO, 2019, p. 3).

inteiramente ligada às novas pretensões da sociedade moderna”. Assim, o que pesa é o afeto, a felicidade sem para isso a procriação, contudo, é necessário entender que:

A Família Eudemonista cujo objetivo maior é a busca pela felicidade de seus integrantes não se encontra expressa no ordenamento jurídico pátrio, mas se apresenta cada vez mais na sociedade moderna. E a Família Eudemonista, que não preza pela finalidade procriativa nas relações familiares padece na problemática da falta de reconhecimento legal e social o que torna um grande incômodo e obstáculo, causando prejuízos aos indivíduos que optaram por esse modelo familiar. O não reconhecimento pela sociedade e pelo Poder Legislativo das famílias que por livre escolha não possuem descendentes afronta o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que a liberdade da construção familiar é um direito fundamental, em que a pessoa materializa a sua dignidade (DOS REIS, BERNARDES, 2017, p. 76).

A essa família eudemonista, observada, e não reconhecida expressamente busca-se de forma primordial/essencial a felicidade, isso é fato, para tanto, a solidariedade entre as pessoas são pontos característicos e peculiares a alguns arranjos, nesse tipo valoriza-se muito mais a própria felicidade muitas vezes exposta do que mesmo a própria procriação, que é a geração de filhos.

Contudo, diante do que foi esmiuçado no exposto sobre todos esses tipos de família, é possível refletir acerca de todos eles, estes se consubstanciam a uma ideia de multipluralidade de arranjos familiares hodiernamente, e que para isso deve ter o reconhecimento do direito como fator preponderante, em todos os casos.

Porém, não esquecer que os avanços sociais precisam ter o acompanhamento do direito, aquele muda numa velocidade que dificilmente se mensura, e este o agir com justiça traz um amparo e o respeito a dignidade da pessoa humana, descrito em carta maior (Constituição Federal), outrossim, pode-se dizer que a busca pela felicidade será menor na caminhada de uma sociedade que busca apenas o justo dado a cada um.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SOCIOAFETIVIDADE

A dignidade da pessoa humana é um conjunto de princípios e valores que tem como principal função garantir que cada indivíduo tenha seus direitos respeitados pelo Estado. A dignidade da pessoa humana como valor humanístico universal tem sido preceito comum em diversos textos constitucionais pelo mundo, no Brasil esse princípio encontra-se mais precisamente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, positivado como

fundamento da República Federativa do Brasil, assim ensina José Afonso da Silva que (1998, p. 84-85) “A norma compreende dois conceitos fundamentais, porque, em si e isoladamente, revelam valores jurídicos: a pessoa humana e a dignidade”, isto é, o doutrinador enseja que existe uma diapasão inserido no conceito e que uma boa compreensão deste revele-se o seu dual fundamento, adiante aduz que:

[...] o ser humano, o ser racional, é *pessoa*. Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento (DA SILVA, 1998, p. 84-85).

Temos como os principais corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade, no qual a igualdade perante a lei é garantia fundamental para a obtenção de outros direitos, contudo, ela por si só não é garantia para a dignidade da pessoa humana, a compreensão do conceito de igualdade atual tem que superar o conceito formal estabelecido pela Revolução Francesa, atualmente igualdade tem como fundamento do dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, conforme cita Luiz Edson Fachin (2000, p. 286) em seu livro *Teoria Crítica do Direito Civil*, “A igualdade material sugere o reconhecimento das diferenças”.

A liberdade normalmente entendia-se como sendo a autonomia concedida ao indivíduo, ou seja, pode-se fazer tudo aquilo que não seja proibido pela lei, contudo, esse conceito vem se aprimorando como bem diz a autora Maria Celina Bondin de Moraes (2003, p. 107): “liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor lhe convier”.

Temos como penúltimo aspecto a integridade psicofísica que pode ser entendida como direito a não sofrer violações em seu corpo ou em aspectos de sua personalidade, no qual o Estado tem a obrigação de fornecer saúde de qualidade a todos principalmente os que não tem condições financeiras de custear planos de saúde, moradia no qual deve traçar estratégias para fornecer moradia aos mais necessitados.

Atualmente tem-se um tema bastante interessante e que vai de encontro a integridade psicofísica e o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual está para ser votado pelo STF, referente a transfusão de sangue em pessoas que são testemunhas de Jeová, no qual resta decidir

qual princípio deverá se sobrepor ao outro. E por último e não menos importante temos a solidariedade social, o ser humano como ser social tem a necessidade de viver em sociedade, um dependendo da existência do outro.

E é com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da felicidade é que os juízes estão buscando fundamentar suas decisões em relação ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, pois embora o Código Civil de 2002 tenha promovido alguns passos à frente em face do Direito de Família, e conforme observa o Ministro Luiz Edson Fachin, o diploma inovou ao reconhecer o direito fundamental à paternidade, independentemente do estado civil dos pais; a possibilidade de declaração de paternidade sem que haja ascendência genética; o reconhecimento de filho extramatrimonial; a igualdade material entre os filhos; a presunção de paternidade na fecundação artificial, seja ela homóloga ou heteróloga; e a abertura de espaço jurídico para a construção do conceito de paternidade socioafetiva.

O código civil ainda ficou com muitas lacunas referente a esse tema. Os direitos humanos vêm conseguindo verdadeiros avanços, estes buscam suprir as lacunas deixadas pelo legislador brasileiro, pois, em vários estados brasileiros já regulamentam o reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva diretamente perante o Registro Civil de Pessoas Naturais, independentemente de declaração judicial, como por exemplo no, TJMA (Provimento 21/2013)²⁸, do TJPE (Provimento 9/2013)²⁹, no TJCE (Provimento 15/2013)³⁰, no TJSC (Provimento 11/2014)³¹ e no TJAM (Provimento 234/2014)³².

Para tanto, decisões com relação ao reconhecimento da paternidade socioafetiva são cada vez mais comuns pelos tribunais superiores de todo o país e isso mostra a força de que o ordenamento jurídico está evoluindo em seu entendimento nas relações familiares, e para isso trazendo a busca da felicidade como algo realmente necessário ao ambiente convivencial da família. Com relação a esse ponto, é importante expor a proposta de emenda à Constituição nº 19, de 2010, que altera o artigo 6º da Constituição Federal, que caso passasse a vigorar teria a seguinte redação, “Art. 6º São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a

²⁸ Dispõe sobre o reconhecimento espontâneo de paternidade socioafetiva para pessoas maiores de 18 anos em cujo registro não haja paternidade estabelecida. TJMA (Provimento 21/2013).

²⁹ Dispõe sobre o reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva perante os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado de Pernambuco. TJPE (Provimento 9/2013).

³⁰ Dispõe sobre o reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva perante os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado do Ceará. 1ª publicação no DJE em 20/12/2013, pág. 12/13. TJCE (Provimento 15/2013).

³¹ Dispõe sobre o reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva perante os Oficiais de Registro Civil das Pessoas TJSC (Provimento 11/2014).

³² Dispõe sobre o reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva perante os Oficiais de Registro Civil das Pessoas TJAM (Provimento 234/2014).

saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

São muitas as discursões sobre a real busca pela felicidade, porém, não irá tratar-se-á de toda ela aqui nesse exposto, embora o amparo constitucional do texto expresso na carta maior proteja o cidadão, a felicidade que assim fora debatida a emenda é algo subjetivo e é para isso um conceito aberto, pois cada um provém internalizar o conceito de felicidade a sua vida, sendo ela digna e livre para exercer seus projetos de vida humana.

A NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO SOCIOJURÍDICO DAS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES

Deve-se reconhecer o valor sociojurídico de toda a formatação de família. Assim, preconiza a Constituição Federal de 1988, que as estruturas familiares obtiveram novos conceitos, mais atuais condizentes com atual sociedade, deixando aquela definição antiquada estabelecida pelo Código de 1916 totalmente de fora, como podemos observar nos seguintes artigos e parágrafo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...] § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 1988).

A partir do texto constitucional, pode-se observar que este direciona para o reconhecimento jurídico de arranjos familiares formados por famílias paralelas, união estável, tendo os filhos sobre envolvimento do afeto, os direitos legalmente sobre bens na sucessão destes. É evidente que não só os já citados têm esse reconhecimento aceito, mas seguindo outro preceito constitucional a uma gama de outros arranjos que podem ter o amparo legal, assim,

ênfatiza-se o preceito que tem a dignidade da pessoa humana que nesta mesma *Lex Mater*, diz que:

Art. 1º [...] III: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, III – a dignidade da pessoa humana. [...]

Art. 226, § 7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Diante disso, o próprio texto constitucional mostra a possibilidade de reconhecer que a partir do princípio da dignidade da pessoa humana “o planejamento familiar é livre decisão do casal”, ou seja, estes têm a liberdade para tanto de optarem por não ter necessariamente filhos, que vai de encontro ao conceito de alguns arranjos antes citados nesse exposto.

Por conseguinte, é impossível não tecer uma linha ao tratar de reconhecimento sociojurídico dos novos arranjos familiares sem ir de encontro ao princípio da felicidade como alicerce, este, não reconhecido como tal, mais levado em consideração em muitos julgados por diversos tribunais espalhados pelo país.

Para isso, enfatizando o reconhecimento jurisprudencial, a exemplo, do melhor e necessário interesse de uma criança, bem como sua proteção efetivamente e integral, a Corte máxima, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE692.186/DF, reconheceu a existência e prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, julgamento este muito discutido e debatido a exaustão, e que teve uma grande repercussão geral no país na época. A este:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA **PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA**. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO PROVIDO PARA MELHOR EXAME DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Decisão: Cuida-se de Agravo em Recurso Extraordinário contra decisão que negou seguimento a Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, assim do: AGRAVO

REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO - FILHO REGISTRADO POR QUEM NÃO É O VERDADEIRO PAI - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - IMPRESCRITIBILIDADE DIREITO PERSONALÍSSIMO - PRECEDENTES - RECURSO DESPROVIDO. Noticiam os autos que a ora agravada ajuizou Ação de Anulação de Assento de Nascimento c/c Investigação de Paternidade, tendo em vista que, quando do seu nascimento em 1961, fora registrada pelos avós paternos, como se estes fossem seus pais. Requereu fosse reconhecida a paternidade de seu pai biológico, para averbação junto ao Cartório de Pessoas Naturais e a anulação do registro feito pelos avós. O juízo monocrático julgou procedente a ação. Em sede de apelação a sentença foi mantida. Os ora recorrentes interpuseram Recurso Especial, ao qual foi negado seguimento, nos termos da ementa acima transcrita. Irresignados com o teor do acórdão prolatado, interpuseram recurso extraordinário, com fulcro no art. 102, III, da CRFB/88, apontando como violado o art. 226, caput, da Carta Constitucional. Alegam, em síntese, que a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao preferir a realidade biológica, em detrimento da realidade socioafetiva, não priorizando as relações de família que tem por base o afeto, afronta o referido dispositivo constitucional. O extraordinário não foi admitido na origem. Em sequência, os recorrentes interpuseram o presente agravo. Finalmente, por entender que o tema constitucional versado nestes autos é relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, além de ultrapassar os interesses subjetivos da causa, esta Corte reconheceu a repercussão geral do tema constitucional. É o Relatório. DECIDO. O agravo preenche todos os requisitos de admissibilidade, de modo que o seu conhecimento é medida que se impõe. Ex positis, PROVEJO o agravo e determino a conversão em recurso extraordinário para melhor exame da matéria. À Secretaria para a reatuação do feito. Publique-se. Brasília, 04 de setembro de 2014. Ministro Luiz Fux Relator (ARE692.186/DF, 2014, s/p).

Através do julgado, observa-se que esse é o reconhecimento da afetividade, caminho essencial para os demais reconhecimentos de arranjos familiares, para tanto a jurisprudência mostra-se que o direito e sociedade dão passos em conformidade com a dinâmica existente, porém, esse passo só é o início do que pode estar por vir, respeitando claro, o princípio da dignidade da pessoa humana com a devida proteção estatal, mostrando que na contemporaneidade, a família, inserida nos novos arranjos familiares passou e ainda passa por modificações que vão transformando-a em uma entidade dinâmica, peculiar, constante e principiadora de novos amparos e proteções por parte do poder do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo o exposto mostra que a sociedade é um universo em expansão, e inserido nisso a família é a instituição mais antiga do mundo que se tem conhecimento. É nas relações familiares

que prepara o indivíduo para o mundo. Não ficando ninguém de fora desse ambiente, pois isso esse deve ser socialmente amparado e respeitado legalmente.

Qualquer violação a esse ambiente fere não só um princípio, mas uma cadeia deles. O reconhecimento precípua de toda a gama de arranjos familiares, mesmo que por amparo legal ou entendimentos jurisprudências mostra o avanço que a sociedade precisa.

Compreender que filhos biológicos ou não devem ter os mesmos direitos é necessário para o cuidado que o estado mantenha na sua devida proporção o dever de proteção. Reconhecer para tanto que o afeto e a felicidade são efetivamente essências traz um modelo moderno de direito.

Os princípios constitucionais não podem deixar de ser absolutamente respeitados, sendo claro que os novos entendimentos e surgimentos de outros direitos devem ser postos em discussão sempre que necessário, pois a dinâmica/constância é o fator dinamizador do que é preciso para uma sociedade que se aproxime do ideal e comum a todos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. **A Família mosaico**. Escola Nacional de Ciências Estatísticas e coordenador da Pós-graduação da ENCE/IBGE. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/a_familia_mosaico_16nov08.pdf Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em: 10 out. 2019.

BARROS, Sergio Resende de. **Direitos Humanos e Direito de Família**. 2002. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>. Acesso em: 24 maio 2007.

DOS REIS, Suellen Abadia Rezende; BERNARDES, Kelly Isabel Resende Peres. **O direito de família sob a perspectiva da família Eudemonista**. Revista Rumos da Pesquisa em Ciências Empresariais, Ciências do Estado e Tecnologia. Cadernos de Jurídicos. Patrocínio, MG. 2017.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. **A tutela jurídica da confiança aplicada ao Direito de Família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/11.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias I**. 10. ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LUSTOSA, H. B. E. S. **Família Monoparental: uma análise sobre sua estruturação pela perspectiva dos filhos de mães solteiras na cidade de Santa Cruz**, RN. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do “numerus clausus”. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Porto Alegre, vol. 3, n. 12, jan./mar. 2002.

MARQUES, Vinicius Pinheiro; SOUZA, Nadhya. **Socioafetividade**: o valor jurídico do afeto e seus efeitos no Direito Pátrio. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/61148/socioafetividade-o-valor-juridico-do-afeto-e-seus-efeitos-no-direito-patrio>. Acesso em: 10 out. 2019.

MARANHÃO, Gabriela. **Relações Homoafetivas**: uniões de afeto. Disponível em:
http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Rela%C3%A7%C3%B5es%20homoafetivas:uni%C3%B5es%20de%20afeto.pdf. Acesso em: 10/10/2019.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em:
<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=A124>. Acesso em: 10/10/2019

MORAES, Maria Celia Bodin de. **Danos a pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro, 2003.

NOVAES, Genival Couto de; PEREIRA, Rodrigo. **O enquadramento jurídico do concubinato**: o percurso para o reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões dúplices no direito brasileiro. Disponível em:
<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewfile/3320/2384> Acesso em: 10 out. 2019.

RUBIN, Beatriz. **O direito à busca da felicidade**. Revista brasileira de direito constitucional – rbdc n. 16 – jul./dez. 2010.

RIBEIRO SÁ, Hugo. **Família Anaparental. Uma realidade ou ficção jurídica?** Universidade Salvador – UNIFACS. Salvador: 2008.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 São Paulo; Relator: Min. Luiz Fux. disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/re898060.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ARE692.186/DF. Relator: Min. Luiz Fux. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3419008>. Acesso em: 10 out. 2019.

SCARIN, Jéssica Bolpeti. **A multiparentalidade advinda da socioafetividade:** sentimentos e ideais que alicerçam as famílias e os reflexos jurídicos no ordenamento pátrio. Universidade Federal de Uberlândia Faculdade de Direito prof. Jacy de Assis. Trabalho de conclusão de curso: Uberlândia, 2019.

IMPORTÂNCIA DA LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS NO ENSINO SUPERIOR E AS EVIDÊNCIAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Alison de Souza Leite*
Jairo Halley de Moura Cruz*

RESUMO

A Língua Brasileira de Sinais é caracterizada como gestual, que envolve as necessidades da comunidade surda e reconhecida como a segunda língua oficial do Brasil. Objetivou-se analisar a literatura sobre a importância da inclusão da Língua Brasileira de Sinais nos cursos de graduação, bem como os aspectos jurídicos sobre essa implementação. Segundo a lei 10.436/2002, a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) tornou-se essencial para a comunidade surda. Para tanto, a inserção das LIBRAS como disciplina dos cursos de graduação promoverá uma aproximação maior entre discentes a terem uma visão mais acolhedora na implantação do componente LIBRAS em seus currículos, sugerindo até que, a médio e longo prazo. O mostrou que a comunicação não verbal por meio de mímicas e leitura labial são bastante utilizadas para a compreensão das informações, entretanto, apresentam desafios para a interpretação.

Palavras-chave: Educação. Lei. Língua Brasileira de Sinais.

ABSTRACT

The Brazilian Sign Language is characterized as gestural, which involves the needs of the deaf community and recognized as the second official language of Brazil. The objective of this literature was to analyze the importance of the inclusion of the Brazilian Sign Language in undergraduate courses, as well as the legal aspects about this implementation. According to law 10,436/2002, the Brazilian Sign Language (LIBRAS) has become essential for the deaf community. To this end, the insertion of LIBRAS as a discipline of undergraduate courses will promote a greater approximation between students to have a more welcoming view in the implementation of the LIBRAS component in their curricula, even suggesting that in the medium and long term. The showed that nonverbal communication through mimes and lip reading are widely used for the understanding of information, however, they present challenges for interpretation.

Keywords: Education. Law. Brazilian Sign Language.

INTRODUÇÃO

A linguagem é responsável pelos processos cognitivos da atividade psíquica humana, uma vez que possibilita a construção e disseminação do conhecimento para o desenvolvimento das relações sociais, sendo um fator necessário para a integração entre uma sociedade. No entanto, esse contato torna-se prejudicado quanto trata-se de pessoas com deficiência auditiva,

gerando impactos cognitivos, emocionais e sociais, em virtude da falta de comunicação (MARTINS; NAPOLITANO, 2017).

Em relação à deficiência auditiva, também denominada hipoacusia ou surdez, origina-se por meio de alterações no sistema auditivo e/ou nas vias auditivas que reduz ou impede o acesso aos estímulos sonoros, caracterizando a perda auditiva parcial ou total, dependendo da intensidade e localização da perda, diferenciando-se em leve, moderada ou profunda (NUNES *et al.*, 2015).

Por sua vez, a comunicação é compreendida como uma das bases essenciais para as relações na sociedade, estando relacionada principalmente à busca e expansão de conhecimentos pertencentes aos setores culturais, econômicos, políticos e sociais. Assim, o processo de diálogo torna-se indispensável em todas as diferentes relações, seja de linguagem verbal ou por meio de sinais (OLIVEIRA; CELINO; COSTA, 2015).

A Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS, é caracterizada como gestual, que envolve as necessidades da comunidade surda e reconhecida como a segunda língua oficial do Brasil. É lecionada em instituições de atendimento a alunos com surdez por meio de intérpretes em LIBRAS. Em relação à sociedade, o conhecimento dessa língua é adquirido principalmente em ambientes inclusivos, eventos educacionais, programas de televisão, dentre outros espaços que a envolve (CARVALHO; MANZINI, 2017).

As línguas de sinais são consideradas complexas, assim como as línguas faladas, e possuem uma linguagem estruturada, sendo compreendidas neurologicamente nas mesmas áreas cerebrais que as línguas faladas. Elas estão presentes nas modalidades visuais, cujas informações são recebidas pelos olhos e sua resposta ocorre por meio de gestos (OLIVEIRA; CELINO; COSTA, 2015).

Em relação à educação inclusiva, os surdos devem estar regulamentes matriculados nas escolas regulares em todos os seus níveis, desde a Educação Infantil até o Ensino Superior, possibilitando a aquisição do código linguístico. No entanto, ainda existem pessoa com deficiência auditiva fora do ambiente escolar, fazendo-se necessário o desenvolvimento de políticas públicas para atender os surdos e suas famílias, principalmente a capacitação dos professores e demais atores escolares para esse atendimento da linguagem de sinais (NUNES *et al.*, 2015).

Conforme dados Organização Mundial da Saúde (2015), 28 milhões de pessoas possuem deficiência auditiva no Brasil, representando cerca de 14% da população brasileira e 10% da população mundial. O percentual corrobora com a necessidade de inclusão e promoção

de estratégias que viabilizem a restrição das dificuldades atuais entre a comunicação dos surdos com a sociedade. Desta forma, surge a necessidade de incluir a disciplina de LIBRAS no contexto dos cursos no ensino superior como disciplina obrigatória para a conclusão do curso (SILVA *et al.*, 2018).

Diante do exposto, busca-se responder ao seguinte problema da pesquisa: Qual a importância da implementação da disciplina de LIBRAS nos cursos de ensino superior? O que a legislação brasileira fala sobre o tema?

O interesse da pesquisa surgiu em virtude dos desafios e os problemas na adaptação do estudante surdo desde a universidade às vivências no mercado de trabalho. Torna-se indispensável, portanto, conhecer mais sobre a temática e proporcionar estratégias de intervenção para a problemática.

A pesquisa apresenta relevância para o meio acadêmico e de profissionais no âmbito do trabalho e em outras áreas assistenciais, fazendo visível a sociedade os principais desafios enfrentados para proporcionar a inclusão social, e aos segmentos acadêmico e científico no sentido de acrescentar conhecimento sobre a temática e quanto às estratégias de resolubilidade.

O presente trabalho teve por objetivo analisar a literatura sobre a importância da inclusão da Língua Brasileira de Sinais nos cursos de graduação, bem como os aspectos jurídicos sobre essa implementação.

MATERIAL E MÉTODOS

O presente estudo consiste em uma revisão bibliográfica da literatura de abordagem qualitativa, com base em literaturas científicas já publicadas nas bases de dados do Portal Biblioteca Virtual em Saúde (BVS) e da *Scientific Electronic Library Online* (SciELO).

Para a busca das produções científicas, utilizaram-se as seguintes palavras-chave: Educação, Lei e Língua Brasileira de Sinais. Para critérios de inclusão, optou-se por artigos publicados entre os anos de 2015 e 2019, restringindo nossa amostra a artigos com disponibilidade de texto completo para análise, no idioma português, que retratem a temática da inclusão da disciplina de LIBRAS no contexto dos cursos de graduação, delineando a acessibilidade e inclusão. Foram excluídos artigos de revisão e os que apresentarem duplicidade de conteúdo. Com o cruzamento das palavras-chave, resultaram-se 432, restando 76 após os filtros, e utilizando-se somente 12.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Após aplicação dos critérios de inclusão e exclusão, obteve-se 12 artigos para o estabelecimento dos resultados.

TABELA 1 - Distribuição das publicações utilizadas, organizadas de forma de forma decrescente quanto à frequência de utilização

AUTORES	TÍTULO
Poder Legislativo Brasileiro	Lei 10.436/2002
Poder Legislativo Brasileiro	Decreto nº 5.626/2005
DE OLIVEIRA, Y. C. A.; CELINO, S. D. M.; COSTA, G. M. C	Comunicação como ferramenta essencial para assistência à saúde dos surdos
SILVA, C. M.; SILVA, D. N. H.	LIBRAS na educação de surdos: o que dizem os profissionais da escola?
VERAS, D. S.; BRAYNER, I. C. S.	Atuação docente: ensino de LIBRAS no ensino superior
MARTINS, S. E. S. O.; NAPOLITANO, C. J.	Inclusão, acessibilidade e permanência: direitos de estudantes surdos à educação superior
COSTA, O. S.; LACERDA, C. B. F.	A implementação da disciplina de LIBRAS no contexto dos cursos de licenciatura
SILVA, M. C.; SILVA, D. S.; MONTEIRO, R.; SILVA, D. N. H.	Inclusão Escolar: Concepções dos Profissionais da Escola sobre o Surdo e a Surdez
SCHUINDT, C. C.; MATOS, C. F.; SILVA, C. S.	Estudo de caso sobre as dificuldades de aprendizagem de alunos surdos na disciplina de Química
GALASSO, B. J. B.; LOPEZ, M. R. S.; SEVERINO, R. M.; LIMA, R. G.; TEXEIRA, D. E.	Processo de Produção de Materiais Didáticos Bilíngues do Instituto Nacional de Educação de Surdos
MOURA, A. F.; LEITE, L. P.; MARTINS, S. E. S. O.	Universidade Acessível: com a Voz os Estudantes Surdos do Ensino Médio

CARVALHO, D.; MANZINE, E.J.	Aplicação de um programa de ensino de Palavras em LIBRAS Utilizando Tecnologia de Realidade Aumentada
-----------------------------	---

Fonte: Dados da Pesquisa.

Os estudos contemplam informações relevantes à categoria que permitem identificar as formas de comunicação mais utilizadas que facilitam o processo comunicativo para com os surdos, seguidos dos desafios que são pressupostos para cada forma, sendo possível identificar que o estudo da Língua Brasileira de Sinais, resulta positivamente como facilitadora de linguagem entre ambos (MARTINS; NAPOLITANO, 2017).

Segundo a lei 10.436/2002, a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) tornou-se essencial para a comunidade surda, tendo em vista que traz diversos benefícios e resulta na formação de profissionais para atuar na educação de pessoas surdas. A presente regulamentação é fundamental para desvelar direitos de comunicação pela população em locais públicos e privados (BRASIL, 2002).

O decreto nº 5.626/2005, por sua vez, regulamenta essa lei e destaca que todos os cursos de licenciatura, nas diferentes áreas do conhecimento, o curso normal de nível médio, o curso normal superior, o curso de Pedagogia e o curso de Educação Especial são considerados cursos de formação de professores e profissionais da educação para o exercício do magistério (BRASIL, 2005).

Em relação à leitura labial, esta é utilizada como forma de comunicação mais frequente para com os estudantes surdos, entretanto, a interpretação requer muita concentração mediante os vários fonemas similares que são produzidos durante o movimento labial, sendo descrito na literatura que a maioria das pessoas consegue compreender entre 30% e 40% da mensagem transmitida durante a conversa através deste método, considerado por muitos como facilitador para quem não possui conhecimento em LIBRAS, logo, os fatores que interferem a comunicação por meio da leitura labial são influenciados pela luminosidade e distância entre quem fala (NUNES *et al.*, 2015).

A mímica tornou-se uma forma de comunicação compensatória pelas pessoas que não dominam a LIBRAS, mas não apresenta resultados positivos para com os surdos, uma vez que a mensagem transmitida pode ser confusa para ambos, necessitando de um intérprete para garantir a compreensão adequada da informação, todavia, a mímica é considerada relevante para a população surda quando é realizada mediante o conhecimento em LIBRAS ou com uma mostra dos objetos que pretende-se informar (OLIVEIRA; CELINO; COSTA, 2015).

Já a comunicação por via de dispositivos eletrônicos, é amplamente utilizada em virtude do advento dos smartphones e sua popularização na sociedade atual, surgindo aplicativos que podem ser utilizados para comunicação de pessoas com deficiência auditiva que dão voz ao usuário através de comandos verbais escritos ou pelo reconhecimento de sinais, porém muitos destes aplicativos, não se encontram gratuitos para os usuários (MOURA; LEITE; MARTINS, 2017).

A linguagem escrita poderia ser uma forma de superar a dificuldade na comunicação oral, entretanto, esta é impertinente para os indivíduos que ficaram surdos antes da aprendizagem da linguagem oral e aderiram a LIBRAS como primeira língua. Para estas pessoas, o português tornou-se a segunda língua, e como qualquer língua estrangeira, seu aprendizado é complexo (SILVA *et al.*, 2018).

Os principais desafios enfrentados pelos estudantes surdos são a demora no recebimento e transmissão de informações para com os demais alunos, a dificuldade no contato visual enquanto o professor escreve no quadro, a escolha entre ler a leitura labial das pessoas ou observar a situação ao redor, e a perda de informações quando se faz necessário escolher entre observar o intérprete ou olhar o professor no momento em que se realizam aulas práticas no laboratório, ou quando a aula é por meio de vídeos e imagens (GALASSO *et al.*, 2018).

As pesquisas abordam que a motivação para se comunicar com outros indivíduos é indispensável ao ser humano, sendo que os surdos enfrentam desafios constantes no ensino superior, pois a exclusão acontece em virtude do não conhecimento dos alunos e professores a LIBRAS que dificultam a aprendizagem e adaptação na instituição (OLIVEIRA; CELINO; COSTA, 2015).

A literatura mostra que os alunos que não ofertam a disciplina de LIBRAS, ou que possui a disciplina, mas a carga horária não é considerada satisfatória, aderem dificuldades para a comunicação e aprendizagem dos surdos no ensino superior e, posteriormente, no mercado de trabalho (SILVA *et al.*, 2018).

A linguagem oral é predominante na sociedade atual, desta forma, as pessoas necessitam se adaptar para a compreensão e a integração no meio social, no entanto, as mesmas não estão preparadas para se comunicarem com um indivíduo surdo. Além disso, a adesão aos serviços básicos, hospitais e universidades torna-se prejudicada em virtude de que os ouvintes possuem dificuldades em compreender a língua de sinais (OLIVEIRA; CELINO; COSTA, 2015).

Para tanto, a inserção das LIBRAS como disciplina dos cursos de graduação promoverá uma aproximação maior entre discentes a terem uma visão mais acolhedora na implantação do

componente LIBRAS em seus currículos, sugerindo até que, a médio e longo prazo, o referido componente curricular se torne obrigatório em todos os cursos da área de saúde (COSTA; LACERDA, 2015).

Nessa perspectiva, as universidades garantem a qualidade de ensino educacional aos acadêmicos, respeitando a diversidades e necessidades. No entanto, a inclusão favorece ao aluno superar os desafios da sociedade, independente da etnia, sexo, condição social e necessidades especiais, visto que a aprendizagem é considerada mais efetiva a partir da resolução das dificuldades existentes (SILVA *et al.*, 2018).

Em relação às reflexões dos jovens surdos no ambiente universitário, os mesmos enfrentam as exigências e adaptações no ambiente acadêmico diariamente. Todavia, o acesso à educação bilíngue promove efeitos positivos para a sociedade, sendo a língua de sinais essencial para a acessibilidade nas universidades e para facilitar a integração em equipe dos estudantes, bem como o diálogo entre o professor e aluno, independente da presença do intérprete (SILVA; SILVA, 2016).

A literatura revela que mesmo que LIBRAS seja a segunda língua, está ausente na matriz curricular dos cursos, e quando está inclusa, na maioria das vezes, é optativa. Além disso, muitos estudantes surdos ingressam nas universidades em ambientes limitados linguisticamente em LIBRAS, gerando dificuldades para a sua adaptação e na transmissão de informações (VERAS; BRAYNER, 2018).

As reflexões dos acadêmicos que possuem deficiência auditiva, relatam que a inclusão deve ser proporcionada no ambiente universitário por meio da compreensão e transmissão de informações entre alunos e professores, muitos acreditam que a o mercado de trabalho ainda se encontra limitado linguisticamente, sendo essencial a inserção da disciplina de LIBRAS no ensino médio e superior (SCHUINDT; MATOS; SILVA, 2017).

Em relação à legislação que aborda a inclusão de surdos em instituições de ensino regulares, são estabelecidas diretrizes que oferecem o necessário para a promoção da educação com qualidade para os surdos, como o interprete de Língua Brasileira de Sinais, valorizando o conteúdo semântico. A interação dos estudantes em linguagem de sinais facilita o desenvolvimento cognitivo e favorece o desenvolvimento da leitura e escrita contribuindo para a inserção social (MOURA; LEITE; MARTINS, 2017).

Ao direcionar a disciplina de LIBRAS, além dos cursos de formação de professores, os profissionais tornam-se mais preparados para receber alunos surdos nas classes comuns, em consonância com a legislação mediante à inclusão de alunos com Necessidades Educacionais

Especiais (NEE). A adaptação do aluno com necessidades especiais é essencial para promover a equidade, através de uma oferta inclusiva que promove a motivação compartilhada na aprendizagem de ambos (CARVALHO; MANZINI, 2017).

Em seu artigo 2º, a lei nº 10.436/2002 destaca que deve ser garantido, por parte do poder público em geral e empresas concessionárias de serviços públicos, formas institucionalizadas de apoiar o uso e difusão da Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS como meio de comunicação objetiva e de utilização corrente das comunidades surdas do Brasil (BRASIL, 2002).

Pode-se perceber a necessidade da interação comunicacional dos surdos para potencializar o conhecimento da linguagem entre as pessoas, contemplado as necessidades e peculiaridades dos alunos surdos (SILVA *et al.*, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, verificou-se uma carência na literatura quanto à temática, desta forma, sugere-se novos estudos referentes a inclusão da LIBRAS nos cursos de graduação contemplando uma carga horária satisfatória e obrigatória para a conclusão do curso. Os estudos mostram que a comunicação não verbal por meio de mímicas e leitura labial são bastante utilizadas para a compreensão das informações, entretanto, apresenta desafios para a interpretação.

O conhecimento em LIBRAS proporciona a efetividade da educação e inclusão dos alunos surdos, sendo respeitada a língua materna e o direito de ter um ensino bilíngue que sua língua seja priorizada, e existem leis que abordam a temática.

Portanto, é necessário o aumento de recursos de multimídias que facilitem a compreensão das pessoas com deficiência auditiva e para o enfrentamento sobre as barreiras comunicacionais, além do intérprete na sala de aula para facilitar a comunicação com os demais alunos e a ampliação do conhecimento em LIBRAS na sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Poder Legislativo Brasileiro. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110436.htm. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. Poder Legislativo Brasileiro. **Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110436.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

CARVALHO, D.; MANZINE, E. J. Aplicação de um Programa de Ensino de Palavras em LIBRAS Utilizando Tecnologia de Realidade Aumentada. **Rev. Bras. Ed. Esp.**, Marília, v. 23, n. 2, p. 215-232, Abr.-Jun., 2017.

COSTA, O. S.; LACERDA, C. B. F. A implementação da disciplina de LIBRAS no contexto dos cursos de licenciatura. **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**, v.10, 2015.

DE OLIVEIRA, Y. C. A.; CELINO, S. D. M.; COSTA, G. M. C. Comunicação como ferramenta essencial para assistência à saúde dos surdos. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.25, n.1, p. 307-320, 2015.

GALASSO, B. J. B. *et al.* Processo de Produção de Materiais Didáticos Bilíngues do Instituto Nacional de Educação de Surdos. **Rev. Bras. Ed. Esp.**, Marília, v.24, n.1, p.59-72, Jan.-Mar., 2018.

MARTINS, S. E. S. O.; NAPOLITANO, C. J. Inclusão, acessibilidade e permanência: direitos de estudantes surdos à educação superior. **Educar em Revista**, Curitiba, Brasil, v. 33, n. 3, p. 107-126, dez, 2017.

MOURA, A. F.; LEITE, L. P.; MARTINS, S. E. S. O. Universidade Acessível: com a Voz os Estudantes Surdos do Ensino Médio. **Rev. Bras. Ed. Esp.**, Marília, v.23, n.4, p.531-546, Out.-Dez., 2017.

SCHUINDT, C. C.; MATOS, C. F.; SILVA, C. S. Estudo de caso sobre as dificuldades de aprendizagem de alunos surdos na disciplina de Química. **ACTIO**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 282-303, jan./jul. 2017.

SILVA, M. C.; SILVA, D. S.; MONTEIRO, R.; SILVA, D. N. H. Inclusão Escolar: Concepções dos Profissionais da Escola sobre o Surdo e a Surdez. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 38 n°3, 465-479, Jul/Set. 2018.

SILVA, C. M.; SILVA, D. N. H. LIBRAS na educação de surdos: o que dizem os profissionais da escola? **Psicologia Escolar e Educacional**, v. 20, n. 1, p. 33-43, Janeiro/Abril, 2016.

VERAS, D. S.; BRAYNER, I. C. S. Atuação docente: ensino de LIBRAS no ensino superior. **Revista trama**, v. 14, n. 32, p. 121-130, 2018.

ANÁLISE DA RESISTÊNCIA DOS CARTÓRIOS DO INTERIOR DO CEARÁ EM REGISTRAR E RECONHECER AS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Ana Raquel Teófilo de Queiroz ¹

Wesley Rodrigues Dutra ²

RESUMO

O reconhecimento legal e a regulamentação das uniões homoafetivas na sociedade é um tema ainda recente e que apresenta algumas lacunas que necessitam de resolução, de modo que possam oferecer a todos os cidadãos a igualdade real em direitos e deveres. Assim sendo, o trabalho que se segue dedicou-se a analisar os dispositivos que garantem o direito aos homossexuais de terem suas uniões estáveis e casamentos legalmente reconhecidos, bem como a conduta e postura dos profissionais de alguns cartórios no Ceará no que tange a reconhecer e efetivar esse direito. Para o desenvolvimento do estudo, realizou-se uma pesquisa em duas etapas: a primeira por meio de uma revisão bibliográfica, analisando o histórico das lutas e conquistas da comunidade LGBTQI+ em busca do reconhecimento dos seus direitos e condições de igualdade, bem como as disposições normativas e jurisprudências a respeito do assunto. Na segunda etapa, foi realizada uma pesquisa de campo, que coletou as respostas de profissionais que trabalham em cartórios do Ceará, para saber sua experiência, conhecimentos e concepções pessoais a respeito da realização de registro de uniões homoafetivas. Percebeu-se que os resultados podem ser interpretados de maneira geral como positivos, posto que legalmente, o sistema tem buscado produzir todas as regulamentações necessárias para garantir o cumprimento dos direitos já reconhecidos; e quanto à pesquisa de campo, os profissionais demonstram adotar uma postura independente de suas concepções pessoais sobre a homossexualidade, visto que mesmo aqueles que demonstraram alguma resistência sobre o assunto, não se posicionam de maneira direta sobre o reconhecimento desse direito.

Palavras-chave: Uniões Homoafetivas. Reconhecimento Legal. Direitos. Igualdade.

ABSTRACT

Legal recognition and regulation of homoafetive unions in society is still a recent issue and still has some gaps that need to be resolved, so that they can offer all citizens real equality in rights and duties. Thus, the following work was devoted to analyzing the mechanisms that guarantee the right to homosexuals to have their stable marriages or legally recognized marriages, as well as the conduct and posture of the professionals of some registries in Ceará on the guarantee of this right. The importance of the study lies in the investigation of the possibility of identifying points that still need to be regulated or rights already guaranteed, but that are being uncorrected and need supervision or measures that ensure compliance.

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Doutorando em Letras pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional da Paraíba. E-mail: wesley.dutra@bol.com.br.

For the development of the study a two-stage research was carried out, the first one by means of a bibliographical review, analyzing the history of the struggles and achievements of the LGBTQ + community in search of the recognition of their rights and equality conditions, as well as the normative and jurisprudence on the subject; in the second stage a field survey was carried out, which collected the response of professionals who work in notary offices in Ceará, to know their experience, knowledge and personal conception regarding the registration of homoaffectionate unions. It was noticed that the results can be interpreted in general as positive, since, legally, the system has sought to produce all the necessary regulations to guarantee the fulfillment of the already recognized rights; and as for field research, professionals demonstrate an independent stance on their personal conceptions about homosexuality, since even those who have demonstrated some resistance on the subject do not directly position themselves on the recognition of this right.

Keywords: Homoaffectionate unions. Legal Recognition. Rights. Equality.

INTRODUÇÃO

Em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a ADIN nº 4.277, que tratava do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas “com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva”. Essa decisão gestou uma série de discussões, haja vista que a homossexualidade é um tema extremamente polêmico.

Os principais argumentos postos para contestar a constitucionalidade dessa decisão consistiam em uma suposta proibição da Constituição no que se refere a realização de uniões entre pessoas do mesmo sexo, ou, o reconhecimento de que, apesar da Constituição não proibir essas uniões de maneira clara, não era de competência do judiciário decidir ou não a questão. Em caso de legitimidade do primeiro argumento, apenas uma emenda constitucional poderia resolver o problema, incorporando as uniões estáveis homoafetivas no ordenamento jurídico. Para o segundo argumento, afirma-se que a competência do judiciário seria apenas na promoção do reconhecimento social das relações homoafetivas, sem torná-las legalmente reconhecidas.

Ocorre que, mesmo após as inúmeras críticas e combates, o índice de casamentos no Brasil cresceu, principalmente entre casais homossexuais. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) em 2015, os casamentos gays tiveram um crescimento de 15%, enquanto os heteroafetivos cresceram 2%.

Porém, mesmo diante de disposições legais, a não aceitação social dos casais homoafetivos e da concessão de direitos a esses casais refletiu inclusive no sistema judiciário, havendo casos em que servidores negaram-se a realizar cerimônias ou reconhecimento de uniões estáveis ou casamentos homoafetivos. Para essas ocasiões, é possível que os casais que

tiveram o direito ao reconhecimento de sua relação negado recorram as Corregedorias-Gerais de Justiça Estadual ou Nacional por meio de petição. No entanto, desde maio de 2013, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proibiu a recusa do registro de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Nessa oportunidade, a ouvidoria do CNJ recebeu diversas manifestações, contrárias ou a favor dessa medida.

Nesse contexto, essa pesquisa interessa-se em investigar o índice de resistência dos cartórios do interior do Ceará em realizar ou reconhecer uniões estáveis ou casamentos homoafetivos e a motivação dessas condutas. Por conseguinte, será avaliado a quantidade de direitos dos casais homoafetivos que são violados ou prejudicados em razão da negação do reconhecimento de suas relações, analisando como isso reflete em suas vidas.

Assim, essa pesquisa é orientada pelo objetivo principal de analisar os motivos pelos quais alguns cartórios do interior do Ceará ainda resistem em realizar casamentos ou reconhecimento de união estável de casais homoafetivos. De maneira delimitada, os objetivos específicos pautam-se na análise dos procedimentos e a quantidade de uniões homoafetivas realizadas nos cartórios no interior do Ceará; na busca por compreender os motivos pelos quais alguns cartórios resistem em realizar casamentos e reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas; e, por fim, analisar os direitos que são violados quando os cartórios resistem a realização dessas celebrações.

Para tanto, a metodologia aplicada consiste em revisão bibliográfica, análise das legislações e jurisprudências sobre o tema abordado, bem como um estudo de caso, caracterizado quando o pesquisador se propõe a investigar de maneira exaustiva um fenômeno, permitindo o seu amplo e detalhado conhecimento.

ALGUNS CONCEITOS IMPORTANTES SOBRE A SEXUALIDADE HUMANA

Uma das concepções mais simplistas sobre sexualidade baseia-se apenas na formação corporal e na definição de que ele deve ser utilizado da mesma forma por todos os indivíduos, observando características comuns e gerais, como o sexo biológico. Todavia, análises mais completas afirmam que a sexualidade não está necessariamente ligada a genitália, se manifestando durante toda a vida do sujeito.

As “práticas sexuais diversificadas” possuem registros desde a época dos hominídeos, povo responsável pelo desenvolvimento sobre a consciência do “eu”. Assim, ao descobrir a possibilidade da prática sexual com a finalidade de prazer, em qualquer lugar e com qualquer

pessoa, começaram a elaborar uma espécie de organização cultural, definindo as condições aceitáveis para a prática (VITIELLO, 1998).

Assim, por meio desses registros, é plausível afirmar que uma das concepções mais completas parte da sexualidade como característica que se desenvolve durante toda a vida e baseada em símbolos e convenções sociais. Logo, inegavelmente, esse é um processo que tem relevante influência cultural, muitas vezes formada pelos parâmetros que a sociedade define como aceitáveis.

[...] a divisão entre os sexos parece estar na ordem das coisas [...] ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado [...] em todo o mundo social, e em estado incorporado, nos corpos e nos *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação (BORDIEU, 1999, p.17).

Nessa perspectiva, Foucault (1988) afirma que a sexualidade é um “dispositivo histórico”, sendo algo que foi definido e inventado pela sociedade, constituído da associação de diversos discursos temporários a respeito de sexo, regulando como devem ser as práticas e condutas, quais são consideradas normais e quais conceitos devem ser adotados como corretos e que devem ser seguidos.

O gênero, por sua vez, é definido como uma característica que compõe a identidade do indivíduo. O conceito para o gênero é bastante abrangente, segundo algumas culturas. Para estudos culturais ou feministas, o gênero de um indivíduo sequer pode ser definido, pois é constituído por identidades dinâmicas, que estão sempre se modificando, não podendo ser seguramente fixadas, sendo, até mesmo, contraditórias. A busca pelo reconhecimento do próprio gênero transpassa a mera aparência, é reconhecida por algo que representa o sujeito, como uma característica inseparável do mesmo (HEILBORN, 1999).

Louro (2008) explica que uma das definições mais recentes sobre gênero afirma que ele é formado a partir do conjunto das crenças, atitudes e estereótipos de cada indivíduo. Nessa formação também há influências externas, como os padrões definidos socialmente, e as influências internas, que são as características biológicas do ser. O comportamento do indivíduo figura como uma das principais características que orientará a percepção de sua identidade de gênero e da própria personalidade.

Desse modo, não é possível estabelecer o momento em que o sujeito reconhece sua sexualidade, posto que é um processo diferente em cada ser, que varia de acordo com o

desenvolvimento individual e, em grande parte dos casos, é passível de transformação (ROVARIS, 2010).

Atualmente, a maioria dos estudos e teorias já reconhecem que algumas pessoas podem possuir determinados comportamentos sexuais ou nascerem com algumas características psicológicas que divergem do sexo biológico que possuem. Nesse momento é que são definidas diferentes formas de relacionamentos sexuais e afetivos entre os indivíduos.

A homossexualidade, por exemplo, é definida como a prática que opõe-se diretamente a heterossexualidade, caracterizando-se por indivíduos que sentem atração sexual e afetiva por pessoas do mesmo sexo, podendo possuir nomenclaturas diferentes quando manifestada em homens ou mulheres. Entre homens essa prática já foi intitulada de uranismo, pederastia e sodomia. Entre mulheres pode ser classificado como safismo, lesbismo, lesbianismo e tribadismo.

A homossexualidade foi reconhecida como um tipo de orientação sexual na década de 1970, com o auxílio do Movimento de Liberação Gay, que tornou-se mais organizado após a ocorrência de uma operação policial em um bar gay em Nova York, em junho de 1969, em que os policiais foram atingidos por objetos atirados pelos clientes enquanto estes cantavam músicas do movimento homossexual. Este dia ficou conhecido como o Dia do Orgulho Gay e até hoje se comemora o fato com a Parada Gay (DIAS, 2006).

Os estudos de Foucault e Boswell também foram fortes influenciadores na mudança do conceito sobre homossexualidade, quando esta perdeu a definição de doença ou anomalia, sendo reconhecido apenas como um elemento da sexualidade humana (ROUDINESCO, 2003).

Entre as alterações que merecem menção, há alteração da nomenclatura de “homossexualismo” por “homossexualidade”, que retirou o sufixo “ismo”, que representa doença, para a utilização do sufixo “dade”, que é atribuído a “modo de ser”.

Mesmo após as mudanças ocorrentes durante os anos, nos costumes sociais, nas descobertas científicas e todas as outras áreas capazes de influenciar os sujeitos, a homossexualidade ainda é vista por muitas pessoas como uma conduta desajustada e imoral.

No entanto, Castañeda (2007) afirma que a orientação sexual não pode ser escolhida ou mudada por livre opção do sujeito, mesmo que algumas pessoas ainda utilizem o termo “preferência sexual”. De acordo com o autor: “Há poucas coisas tão fortemente ancoradas na vida como a orientação sexual” (CASTAÑEDA, 2007, p. 68).

A única parte relacionada à orientação sexual que consiste em uma opção é a escolha em revelar a sociedade os seus desejos ou não, haja vista que é direito do indivíduo escolher se deseja enfrentar todos os estigmas que surgirão em razão do seu modo de viver e se relacionar.

DIREITOS SEXUAIS E O PRINCÍPIO DA CONSTITUIÇÃO FAMILIAR

Os debates sobre o exercício da sexualidade de forma livre, independente do sexo, gênero ou orientação sexual, tem sido uma pauta constante em determinados setores. Todavia, essas discussões ainda esbarram em parte da sociedade que não concorda com as práticas diversas das heteronormativas. Assim, não concordando nem mesmo com sua manifestação, discordam e combatem a concessão de direitos igualitários, tais como casamento, adoção ou direitos extensivos, típicos das formações familiares.

A concepção dos direitos sexuais passou a ser desenvolvida por uma perspectiva relacionada aos direitos humanos, pautando-se pelo livre exercício responsável da sexualidade, exigindo novas regulamentações jurídicas que modifiquem as disposições tradicionais, em sua maioria repressivas. Nas palavras de Bezerra (2014, p. 121): “Implica, por assim dizer, uma compreensão positiva dos direitos sexuais, na qual o conjunto de normas jurídicas e sua aplicação possam ir além de regulações restritivas, forjando condições para um direito da sexualidade que seja emancipatório em seu espírito”.

Entre os assuntos que permeiam as discussões sobre os direitos sexuais e as uniões de pessoas do mesmo sexo, um dos mais polêmicos é a caracterização e reconhecimento jurídico dessas relações como comunidade familiar.

A Constituição Federal de 1988, em razão da inovação que apresentou em diversos assuntos que ainda eram negligenciados, é conhecida como uma das Cartas Magnas que mais tentou aproximar-se da realidade social, abrangendo a proteção dos direitos de todos os cidadãos, respeitando suas características individuais e diferenças.

Assim, um dos aspectos que merece ser mencionado sobre o texto da CF/88 é a superação da visão patriarcal e patrimonialista da família, para abrir espaço para uma perspectiva socioafetiva para esta. Também a Constituição foi inovadora ao reconhecer formalmente a igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Essa foi uma modificação importante em razão de ter aberto precedente para a apreciação sobre a necessidade de adequação constante do ordenamento jurídico as dinâmicas

da sociedade, sem que seja estabelecido um modelo único que ignore a pluralidade de estilos de vida e de crenças de todos os indivíduos que compõem a sociedade.

Por essa perspectiva, os novos conceitos do direito de família estão orientados para uma superação do modelo institucional, reconhecendo novos valores e novas formas de composições familiares contemporâneas. Assim, é possível perceber que dogmas como a finalidade meramente reprodutiva das comunidades familiares já foram superados.

Logo, é possível afirmar que a mutação dessas concepções ao longo dos tempos deu abertura ao reconhecimento de que as instituições familiares pautavam sua formação pela afetividade dos componentes e a finalidade de formação familiar, com o objetivo de vida estável e duradora.

RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO HOMOAFETIVO

O Código Civil de 2002 trouxe entre suas disposições, mais especificamente em seu art. 1.723 e seguintes, o reconhecimento do instituto da União Estável. Entretanto, essa disposição ainda não incluiu expressamente os casais homoafetivos como legitimados para esse direito. A legislação pátria permaneceu conservadora e reconhecendo como estrutura familiar apenas as relações compostas por homem e mulher.

No entanto, os grupos defensores dos direitos e igualdade dos casais homoafetivos estiveram cada vez mais organizados e conquistando reconhecimento e demonstrado representatividade, impedindo que seus direitos em dignidade e igualdade fossem negligenciados ou ignorados. Sobre o assunto, Dias (2013) explanou:

Firmando a Constituição a existência de um estado democrático de direito, o núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, atentando nos princípios da liberdade e da igualdade. Ainda que tenha vindo a Magna Carta, com ares de modernidade, outorgar a proteção do Estado à família, independentemente da celebração do casamento, continuou a ignorar entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade (DIAS, 2013, p. 67).

Anteriormente, os casais que almejavam que suas relações fossem reconhecidas como casamento ou união estável necessitavam abrir uma ação judicial em pedido ao reconhecimento desse direito, o qual nem sempre obtinham êxito.

Em 2011, o STF julgou a ADIN nº 4.277 e reconheceu o direito a reconhecimento das uniões estáveis para casais homossexuais. Em 2013 o CNJ publicou a Resolução nº 175, que obrigava os cartórios a realizarem casamento entre casais do mesmo sexo, buscando evitar que as autoridades competentes se negassem a realizar tal celebração, haja vista que antes dessa disposição, muitos estados não confirmavam as uniões estáveis homoafetivas, mesmo após o julgamento do STF.

A juíza Raquel de Oliveira, da 6ª Vara Cível Regional do Fórum de Jacarepaguá afirma que anterior a Resolução do CNJ, a situação de resistência ao reconhecimento da união estável homoafetiva em alguns cartórios era justificada pelo seguinte motivo:

A decisão do STF dava margem a interpretações diversas. E, sendo assim, os cartórios não se sentiam obrigados. Quando veio a norma do CNJ determinando o casamento independentemente do entendimento pessoal do notário ou do registrador, foi um marco legal (BANDEIRA, 2017).

Ao proibir a livre interpretação do julgamento e a discricionariedade em recusar-se ou não a realizar o reconhecimento de uniões estáveis e casamentos homoafetivos, iniciou-se um processo de combate ao preconceito e imposição social de princípios conservados por grupos majoritários, sobre os minoritários.

Entretanto, o receio em recepcionar as normas que reconhecem o direito dos casais homoafetivos não se estabeleceu apenas nos órgãos jurídicos ou competentes em reconhecer esses direitos, posto que nem toda a sociedade concordou em estabelecer a relação de igualdade entre todos os casais independente da sua formação. O debate social foi amplo, razão pela qual houve a continuação da análise sobre a intenção dos legisladores da Constituição e a legitimidade do STF em promover o direito que havia reconhecido e “modificar” as normas.

A discussão manteve-se em torno da amplitude da interpretação do art. 226, § 3º da CF quando, ao reconhecer a existência da União Estável, utiliza os termos “entre homem e mulher”. Em contrapartida, os defensores da interpretação ampla desse dispositivo argumentaram que não há qualquer menção na Carta Magna da proibição do reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Discutiu-se então se a definição do legislador de “homem e mulher” demonstrou a exclusão da possibilidade para casais homossexuais, o que significa o desrespeito do STF ao proferir decisão em contrário, ou se o termo foi utilizado apenas como expressão comum, mas passível de interpretações mais abrangentes.

As decisões jurisprudenciais anteriores a essas legislações demonstram que os indivíduos existiam em uma condição de total incerteza jurídica, pois necessitavam requerer direitos por meio de ações judiciais, as quais nem sempre obtinham êxito diante da discricionariedade possuída pelo juiz. A exemplo têm-se as seguintes decisões:

Entidade familiar. União estável. Pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento. Vedação constitucional. Dependência previdenciária. Pensão por morte. Impossibilidade. - a Constituição da República não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas as respectivas definições do art. 226. - a consagração do companheirismo como forma de dependência previdenciária atende os princípios da entidade familiar, revelada por união estável, não se admitindo pensão para pessoa do mesmo sexo, em consideração de união homossexual (Ap. Cível nº 1.0702.04.182123-3/001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator des. Ernane Fidélis).

De maneira semelhante, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina também decidiu:

Agravo de instrumento. Ação cautelar preparatória inominada. União homoafetiva. Reconhecimento de união estável. Divisão do patrimônio. Direito das obrigações. Competência. Vara cível. Decisão cassada. Recurso provido. "A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações [...] Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei N. 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família" (Relator Min. Fernando Carioni).

Vieira (2002) afirma que a parceria civil, diante de uma perspectiva histórica, quando relacionada à união de pessoas do mesmo sexo, não refere-se a cerimônia tradicional a qual se está acostumado a observar nos costumes sociais, com “véu e grinalda”, mas a uma situação real, existente por um lapso temporal significativo e com objetivos comuns as relações familiares heterossexuais, e que também possuem direitos que não podem ser ignorados.

Após o início da aceitação ou, pelo menos, cumprimento pleno dessas normas, outros direitos começaram a ser reconhecidos e atribuídos aos casais homossexuais em decisões de tribunais, como o reconhecimento de direitos previdenciários ao companheiro homossexual nos termos das Instruções Normativas nº 25/00 e 50/01 do INSS, baseadas na decisão do Ministro Marco Aurélio julgamento da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347.

Muito sensato o pronunciamento do Ministro Marco Aurélio, que declarou:

Constitui objetivo fundamental da República do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, §3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só o cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes – inciso V, do artigo 201.

O reconhecimento e convertimento das relações dos casais homoafetivos em união estável ou casamento trouxe consigo também a possibilidade de pleitear outros inúmeros direitos decorrentes e que põem esses casais cada vez mais próximos da condição de igualdade social com casais heteroafetivos.

Comentando a respeito do aumento dos índices dos casamentos, os advogados da área e defensores da causa afirmam que o que ocorreu foi a busca dos casais que já possuíam uma relação, em buscar legaliza-la diante da sociedade, para que assim pudessem pleitear outros direitos, aproximando-se cada vez mais da almejada igualdade.

Nesse contexto, pode-se afirmar que, primeiramente, o reconhecimento dessas relações iniciou a modificação, tanto social como jurídica, da composição familiar na sociedade contemporânea. Assim, a modificação da estrutura da família, que pode ser composta por uma infinidade de opções, entre elas homossexuais e heterossexuais; a definição de sua formação ou existência através do casamento ou da união estável; bem como os novos entendimentos sobre a ampliação ao direito da família que foram causadas por essa modificação, faz com que a proteção do Estado, oferecida legalmente ao instituto familiar, contemple qualquer família, independente da sua forma de constituição.

Por conseguinte, após a constatação de que é inevitável o reconhecimento e atribuição dos direitos de família direcionados aos casais homoafetivos após o reconhecimento da união estável, percebeu-se também que era necessário que algumas legislações civis também se modificassem e fossem adequadas a essas novas diretrizes. Desse modo, a primeira grande conquista foi a caracterização de família ter abandonado a priorização das relações patrimoniais

e ter começado a colocar como centro a pessoa humana e os princípios da afetividade, estabilidade e publicidade (LÔBO, 2002).

Em seguida, vários direitos civis e previdenciários passaram a ser reconhecidos aos cônjuges ou companheiros dos casais homoafetivos, tais como: partilha dos bens adquiridos durante a existência da união, o direito a sucessão, direito a alimentos, o visto de permanência no país para estrangeiros que viviam em união estável com brasileiros, o direito de inscrição junto ao INSS de pessoas do mesmo sexo como parceiros preferenciais, o direito ao usufruto e, entre as conquistas talvez tão discutidas quando a própria concessão da união estável, o direito a adoção por casais homoafetivos e direitos subsequentes, como direito a guarda da criança nos casos de separação e determinação da competência da Vara da Família para avaliar essas relações.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A discussão que segue apresenta as respostas coletadas de 21 participantes, funcionários de diferentes cartórios espalhados pelo Estado do Ceará, e que se disponibilizaram em participar da pesquisa de forma livre e espontânea.

As informações foram coletas por meio de um questionário semiestruturado, respondido de maneira on-line e com variação de respostas objetivas e subjetivas, permitindo que em algumas ocasiões, os participantes expressassem as concepções que considerassem pertinentes. A entrevista possuía 11 questões, que tratavam sobre aspectos socioeconômicos dos participantes e aspectos referentes ao tema tratado e sua atuação profissional nos cartórios. A coleta foi realizada entre as datas de 08 e 20 de novembro de 2018.

Ademais, é pertinente salientar que nenhum dos participantes foi pessoalmente identificado, de modo a lhes ser garantido o sigilo e a maior fidelidade entre as respostas e suas reais concepções.

ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS DOS PARTICIPANTES DA PESQUISA

As 5 (cinco) primeiras informações requeridas na pesquisa tratavam sobre informações socioeconômicas dos participantes, para que pudesse ser construído um perfil geral dos funcionários.

O primeiro dado tratou sobre a cidade de atuação dos participantes, os quais foram citados os municípios de Mulungu, Acarau, Aratuba, Itapajé, Fortaleza, General Sampaio, Palmácia, Lavras da Mangabeira, Amontada, Granjeiro, Icó, Beberibe, Orós, São Gonçalo do Amarante, Limoeiro do Norte, Aquiraz e Solonópole, todos do Estado do Ceará e demonstrando a abrangência significativa da participação na pesquisa.

Também foi investigada a faixa etária dos participantes, os quais informaram idades entre 24 e 54 anos, dando a entender que as opiniões coletadas conteriam concepções de gerações diferentes e, conseqüentemente, de organizações sociais diversas. Além disso, entre aqueles que responderam as entrevistas, 17 (dezesete) eram do sexo feminino e 4 (quatro) do sexo masculino.

Sobre a formação dos participantes, 15 (quinze) deles possuíam curso superior completo, 2 (dois) possuíam Ensino Médio completo e 4 (quatro) estavam cursando o ensino superior. Entre os participantes que possuíam curso superior, (1) um tinha título de especialista e (1) um possuía título de mestre. Os cursos de formação citados foram Direito, Administração de Empresas, Pedagogia e Serviço Social.

A renda familiar informada pelos participantes variou entre R\$ 1.200,00 (Um mil e duzentos reais) e R\$ 5.500 (cinco mil e quinhentos reais).

Os dados socioeconômicos dos participantes serviram para formar um perfil geral, mas também para analisar se as respostas seguintes possuíam alguma similaridade que pudesse ser relacionada a um padrão referente as características elencadas até o momento.

CONHECIMENTO E OPINIÃO DOS PARTICIPANTES SOBRE O RECONHECIMENTO LEGAL DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Os questionamentos seguintes referiram-se a aspectos sobre o tempo de profissão dos participantes, conhecimento e eventuais experiências com o reconhecimento de uniões estáveis ou casamentos homoafetivos.

Sobre há quanto tempo os participantes trabalhavam em cartórios, houveram respostas entre 4 (quatro) anos e 29 (vinte e nove) anos. As funções exercidas citadas foram: escrevente, escrevente substituta, juíza de paz, tabeliã, escrevente, registrador civil e oficial interino.

Em seguida foi perguntado se os profissionais e participantes desse estudo tinham conhecimento sobre a ADIN nº 4.277/11, que trata sobre o reconhecimento legais das uniões homoafetivas. Entre os participantes, 18 (dezoito) responderam que conheciam a disposição, 2

(duas) afirmaram não ter conhecimento sobre do que se tratava, e 1 (um) participante afirmou que embora conhecesse a disposição, possuía dúvidas sobre seu conteúdo.

Foi questionado então se os participantes, no exercício de suas profissões, já haviam registrado algum casamento ou união estável de casais homoafetivos. Das respostas coletadas, 14 (quatorze) participantes afirmaram já ter registrado o reconhecimento de alguma união dessa natureza, e 7 (sete) participantes afirmaram não ter realizado nenhum registro desse tipo.

Quando os participantes foram questionados se já haviam presenciado resistência de algum funcionário cartorário em registrar o reconhecimento da relação de um casal homoafetivo, todos eles responderam que não, com exceção de apenas 1 (um) participantes, que acrescentou ainda que a resistência havia sido motivada por preconceito.

Por fim, foi perguntado aos participantes sobre a opinião deles a respeito da regulamentação e reconhecimento das relações homoafetivas. As repostas fornecidas foram bastante diversificadas, entre pessoas que concordavam com a regulamentação, posto que deveria haver direitos iguais para todos, alguns que não quiseram opinar; e outros que disseram não concordar, porém, aceitar em razão das regras de convivência social.

Dessa forma, convém reproduzir algumas respostas dos participantes para o último questionamento, que serão indicados por expressões alfanuméricas diferentes:

“Excelente visto que existem pessoas que vivem há muito tempo juntas e devido as Leis não tiveram direitos a pensões e bens dos seus companheiros” (P1).

“Considero casamento instituição criada por Deus. Se o Estado quer garantir os direitos homo, deveria haver um outro tipo de relação jurídica” (P12).

“Fundamental no contexto social atual, devemos nos adaptar aos novos conceitos de família, e aos vários conceitos de união, fazendo valer o princípio da igualdade e dignidade humana!!” (P18).

“Eu ainda sou um pouco resistente sobre o assunto, não sou de acordo total, mas respeito muito, pois tenho casos na família...” (P20).

As respostas demonstraram que nos cartórios em que algum funcionário participou da pesquisa, a disseminação do casamento, na maior parte deles, não ocorreu de maneira tão significativa.

ANÁLISE DOS RESULTADOS

Diante dos dados coletados, resolveu-se avaliar se havia algum padrão nas respostas, justificado por alguma característica dos participantes. Desse modo, foram analisadas as

respostas sobre a opinião dos participantes a respeito da regulamentação e reconhecimento das uniões homoafetivas, de acordo com a faixa etária, sexo, renda familiar e formação de cada profissional.

a) Faixa etária

A idade dos participantes não se revelou um fator determinante para as poucas reações negativas ou imparciais à regulamentação das relações homoafetivas, constatadas nos resultados da pesquisa.

Para avaliar os dados, foram construídos 2 (dois) grupos: o 1º composto por participantes de faixa etária entre 24 e 37 anos, e o 2º com os participantes de 38 a 54 anos.

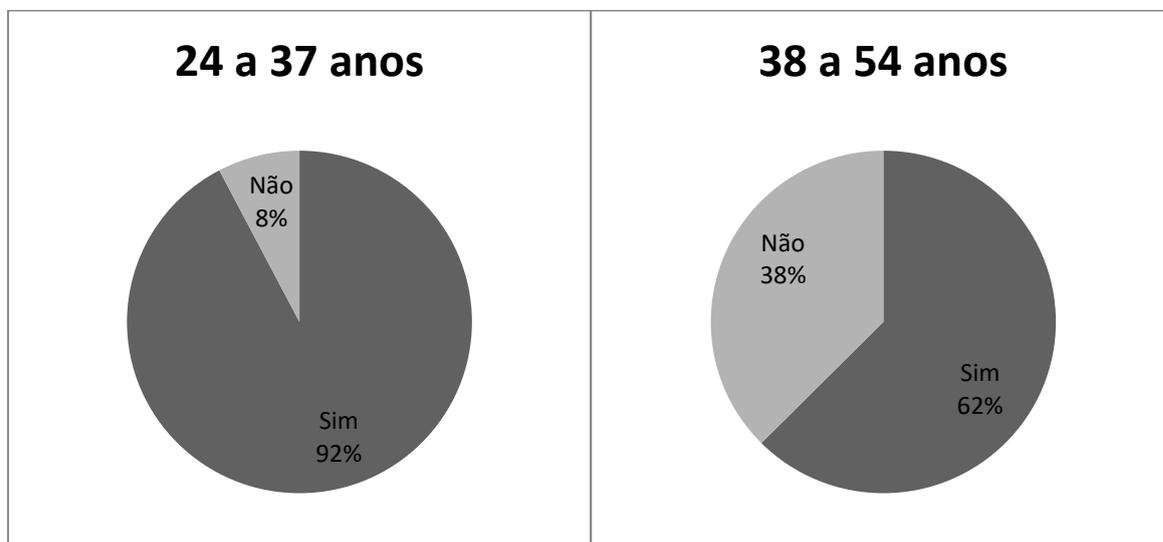
O 1º grupo possuía 13 participantes, dos quais quase todos responderam serem a favor da regulamentação legal das relações homoafetivas ou verem nessa situação um importante avanço na busca de elevar todos os cidadãos a condições de igualdade. Apenas 1 participante desse grupo afirmou possuir certa resistência na aceitação do assunto, não concordando totalmente com a igualdade proporcionada, mas que, mesmo assim, respeita.

No 2º grupo haviam 9 participantes, dos quais 6 responderam também considerar correta o reconhecimento legal das uniões homoafetivas, e 3 apresentaram algum tipo de resistência.

O entrevistado P12 afirmou que em razão de o casamento ser um instituto criado por Deus, o ordenamento deveria criar outro tipo de relação jurídica para os casais homoafetivos. Os participantes P16 e P17 manifestaram-se apenas dizendo que respeitava a escolha de cada um ou que preferia não opinar, respectivamente.

Os dados foram colocados em gráficos para facilitar a análise dos índices de resposta.

GRÁFICO 1 – Índice de aceitação das uniões homoafetivas pelos participantes da pesquisa, divididos por faixa etária



Fonte: Dados da Pesquisa.

Embora o índice de resistência tenha sido maior com os participantes de faixa etária mais elevada, nenhuma das respostas apresentou algum posicionamento realmente contundente em desacordo com o reconhecimento legal das uniões homoafetivas.

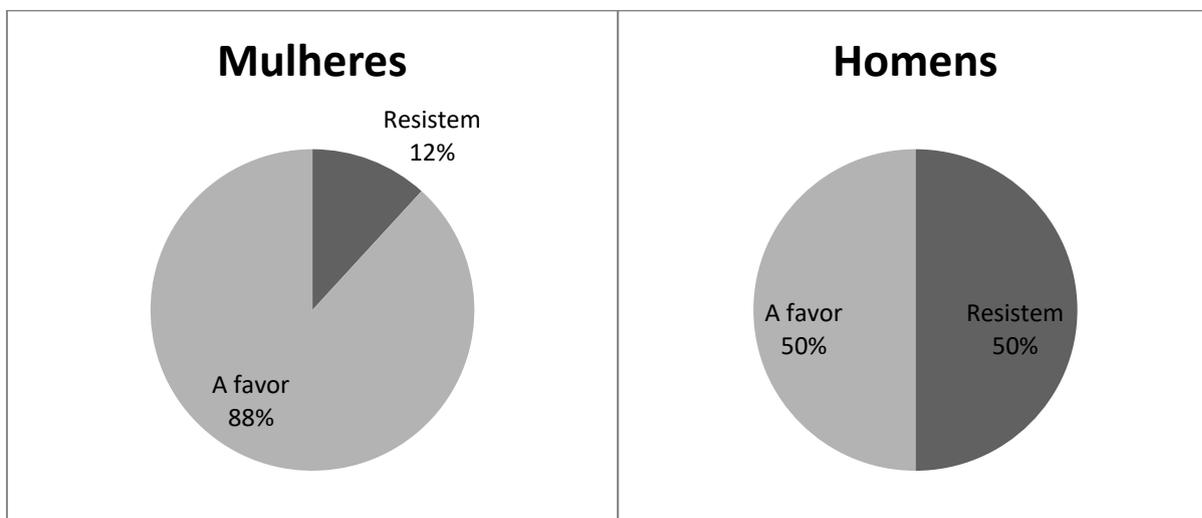
b) Sexo

Entre os profissionais que participaram da pesquisa, 17 eram do sexo feminino e 4 do sexo masculino. Da quantidade geral, 4 indivíduos declararam algum tipo de resistência ao reconhecimento legal das uniões homoafetivas. Entre os 4 sujeitos, 2 eram do sexo feminino e 2 do sexo masculino.

Todavia, se considerado o quantitativo de 17 mulheres participantes, em que apenas 2 apresentaram resistência ao reconhecimento do direito dos casais homossexuais. E o mesmo universo com 4 homens, dos quais 2, ou seja, metade resistem ao reconhecimento desse direito, nota-se que a resistência é significativamente maior entre os homens.

Para melhor compreensão, os dados são representados no gráfico a seguir.

GRÁFICO 2 – Índice de aceitação das uniões homoafetivas pelos participantes da pesquisa, de acordo com o sexo



Fonte: Dados da Pesquisa.

O índice constatado sugere que a resistência dos homens na aceitação do reconhecimento legal e registro das uniões homoafetivas é maior que o índice constatado entre as mulheres.

Miriam Abramovay, coordenadora de Juventude e Políticas Públicas da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, em seu estudo, realizado em 2009, apresenta resultados que concluem que o índice de homens que possuem algum tipo de preconceito contra homossexuais é, pelo menos, 30% superior ao de mulheres (LACERDA *et al.*, 2002).

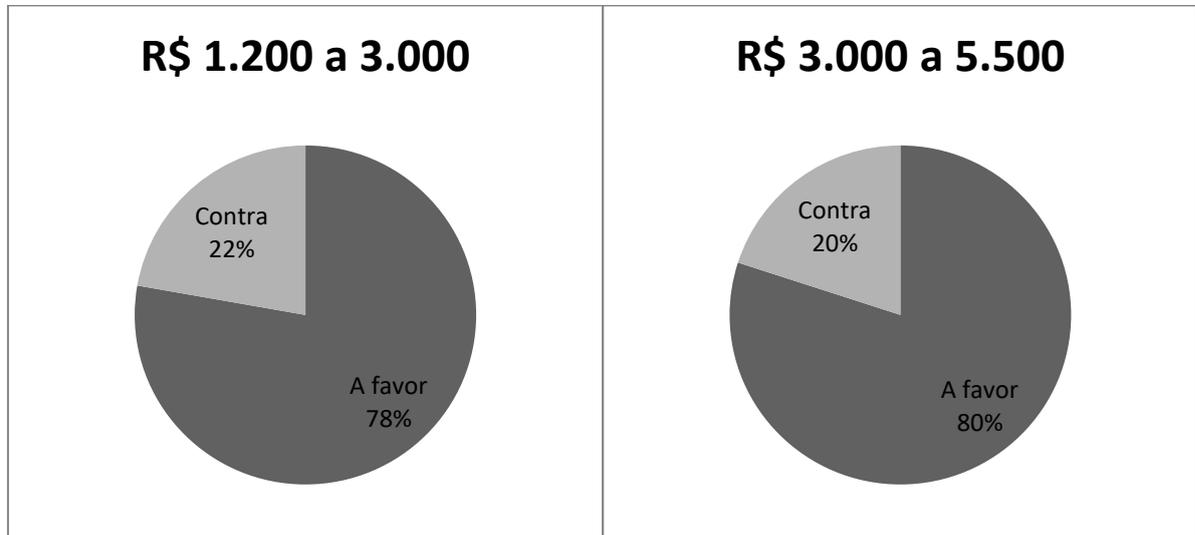
c) Renda

Seguindo o mesmo sistema adotado na interpretação dos resultados por idade, a divisão por renda média foi dividida em 2 grupos. O 1º grupo foi composto pelos participantes que possuíam renda média entre R\$ 1.200,00 e R\$ 3.000,00, totalizando 9 profissionais. No 2º grupo estavam os participantes com renda média acima de R\$ 3.000,00 e até R\$ 5.500,00, com 10 participantes. Durante a pesquisa, 2 participantes não informaram sua renda.

Constatou-se que em cada grupo, 2 participantes apresentaram alguma resistência a aceitação do reconhecimento legal e registro das uniões homoafetivas.

Esses resultados também foram transformados em gráficos para facilitar a análise dos dados.

GRÁFICO 3 – Índice de aceitação das uniões homoafetivas pelos participantes da pesquisa, divididos pela renda familiar média



Fonte: Dados da Pesquisa.

Os dados coletados demonstram que a renda familiar dos participantes não representa fator de influência sobre sua opinião a respeito do reconhecimento legal e registro das uniões homoafetivas.

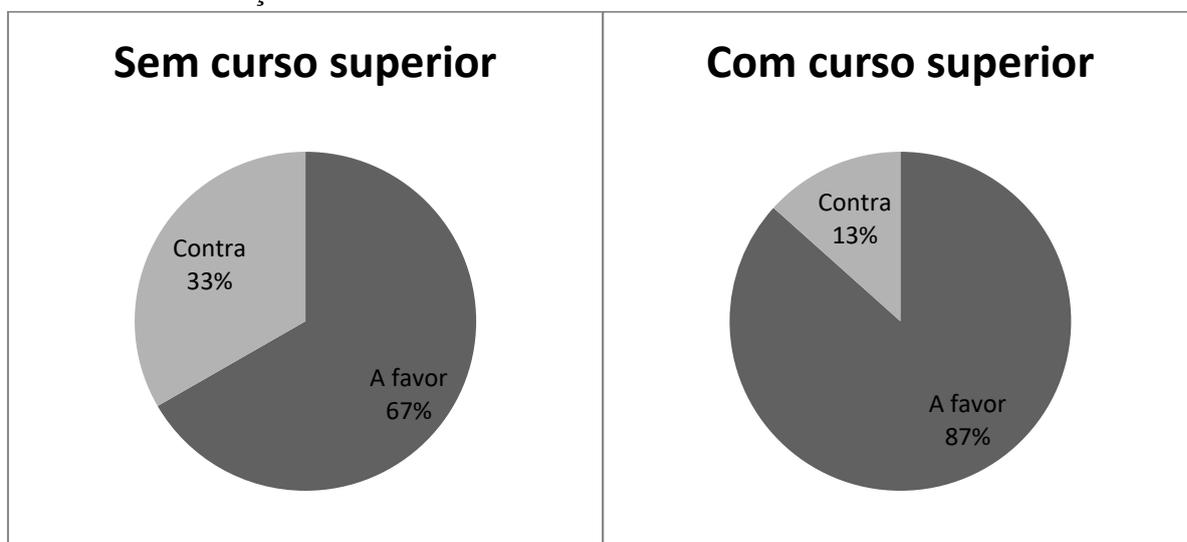
d) Formação

O último aspecto avaliado relacionou a opinião dos participantes com o grau de formação possuído. Para tanto, os grupos foram divididos em participantes que não possuíam formação superior e aqueles que possuíam graduação ou pós-graduação.

No 1º grupo foram colocados os participantes que não possuíam Ensino Superior ou ainda estavam cursando, totalizando 6 profissionais. O 2º grupo foi composto por profissionais que já haviam concluído o Ensino Superior e os que informaram já possuir pós-graduação, totalizando 15 participantes.

Entre os 6 participantes que não possuíam curso superior, 2 deles apresentavam resistência ao reconhecimento das uniões homoafetivas. No 2º grupo, entre os 15 participantes, também havia 1 que apresentaram resistência ao reconhecimento e registro das uniões homoafetivas.

GRÁFICO 4 - Índice de aceitação das uniões homoafetivas pelos participantes da pesquisa, de acordo com a formação



Fonte: Dados da Pesquisa.

Os dados demonstram que a resistência em concordar com a regulamentação e reconhecimento das uniões homoafetiva é maior entre os participantes que não possuem Ensino Superior ou que ainda estão cursando. O índice entre os participantes que possuem grau de formação de Ensino Superior ou pós-graduação, haja vista que representavam um universo relevantemente maior de participantes da pesquisa, apresentou, em contrapartida, um número menor de resistência ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

O estudo de Larcerda *et al.* (2002), realizado com estudantes de uma universidade de João Pessoa e que analisava as formas de preconceito contra homossexuais na perspectiva das representações sociais, corrobora com os resultados dessa pesquisa ao apresentar dados que concluíram que a maior parte dos sujeitos da pesquisa apresentaram algum nível de preconceito, fosse ele flagrante ou sutil.

Ademais, é preciso orientar a discussão em uma análise sensata de que mesmo que os grupos em que foram divididas cada seção de avaliação tenha apresentado disparidade na quantidade de participantes que possuíam, tal característica não vicia os resultados, posto que cada um representa um universo diferente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diferente dos índices gerais dos dados sobre preconceito e homossexualidade, os resultados dessa pesquisa demonstram pouca resistência ao reconhecimento legal e registro da

união de casais homoafetivos. No entanto, quando se dividiu os participantes em alguns grupos, percebeu-se que alguns resultados se assemelhavam aos dados gerais.

O Brasil tem evoluído nas políticas de combate a homofobia e reconhecimento dos direitos dessa comunidade. No entanto, ainda necessita orientar-se melhor pelos parâmetros sociais e separar as concepções religiosas e morais das suas decisões.

Ademais, as lutas da comunidade LGBTQ+ ainda possuem um longo caminho a ser percorrido até que possam afirmar que existem na sociedade em total condição de igualdade, principalmente quando ainda existem tantas ações e movimentações populares preconceituosas, expressa e tacitamente, que querem fazer com que seus costumes prevaleçam.

Todavia, mesmo em meio a um universo tão complexo e injusto, considera-se que o único destino lógico e sensato, de fato, é a igualdade de todos os cidadãos independente de suas características, de modo que esse princípio seja realmente assegurado a todos, não figurando como uma lei morta que não produz os efeitos esperados.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, R. **Casamento homoafetivo**: norma completa quatro anos. Agência CNJ de notícias. Brasília, 10 maio 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84740-lei-sobre-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-completa-4-anos>. Acesso em: 15 out. 2018.

BORDIEU, P. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo**. Brasília, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CASTAÑEDA, M. **A experiência homossexual**: explicações e conselhos para os homossexuais, suas famílias e seus terapeutas. São Paulo: Girafa, 2007.

DIAS, M. B. **União estável homossexual**. 2013. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br>. Acesso em: 10 nov. 2018.

DIAS, M. B. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FOUCAULT, M. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**. v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1988.

HEILBORN, M. L. **Construção de si, gênero e sexualidade**. Sexualidade: o olhar das ciências sociais. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerusclausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

LOURO, G. L. **Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas**. Pro – Posições, v. 19, nº, 2. Maio/Ago. 2008.

ROUDINESCO, E. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

ROVARIS, A. **Retificação do registro civil do transexual**. Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Santa Catarina, 2010.

VIEIRA, T. R. **União civil entre pessoas do mesmo sexo: família homoafetiva**. Novos Estudos Jurídicos, n. 15, 2002.

VITIELLO, N. **Um breve histórico do estudo da sexualidade humana**. Revista Brasileira de Medicina. Vol. 55. Edição Especial. 1998.

LIBERDADE: ELA REALMENTE EXISTE OU SE TORNOU UMA PRÉ-DETERMINAÇÃO JURÍDICA?

Bruno Lima Maciel ¹

Gabriel Lima Ferreira Braz ²

Prof. Hellen Damália de Sousa Andrade Lima (Orientadora) ³

RESUMO

Nesse trabalho temos como principal objetivo o estudo de três temas do Direito, trazendo sua base teórica, relação entre si e o seu panorama em contraste com as inúmeras formas em que a liberdade pode se apresentar diante do questionado. Em busca desse objetivo, iremos analisar a fundo, tentando trazer ao leitor as dúvidas necessárias e as respostas de seus questionamentos, orientando para que o melhor entendimento seja extraído. A utilização de artigos da própria Constituição da República Federativa do Brasil e do Código Civil é de suma importância para a consolidação e entendimento do assunto. Assim como, a apresentação de diferentes conceitos, que quando trabalhados poderão mostrar todas as faces dos temas, fazendo com que todos tomem suas opiniões baseadas no que é justo e real.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade. Limites. Direitos.

ABSTRACT

In this work we have as principal objective the study of three themes of the law, bringing your theoretical base, relationship with each other and its panorama in contrast with the many forms that liberty can introduce itself before the respondent. In pursuit of that goal, we will analyze deep, trying to bring for the reader the necessary doubts, and the answers of your questions, directing that the best understanding is extracted. The utilization of articles of the own Constitution of the Federative Republic of Brazil e of the civil code is of paramount importance for the consolidation and understanding of the subject. As the presentation of diferente concepts, that worked together can show all the faces of the themes, causing that all take their opinions based on what is just and real.

KEYWORDS: Liberty. Limits. Rights.

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – PB, FAFIC.

² Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – PB, FAFIC.

³ Advogada e Professora Universitária. Graduada em Direito. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho e em Direito Previdenciário. Mestranda em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Aluna dos Cursos Intensivos Válidos para o Doutorado em Direito do Trabalho da Universidade de Buenos Aires. (Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2416596846551529>).

INTRODUÇÃO

Carlos Roberto Gonçalves foi um grande professor, escritor, árbitro e desembargador brasileiro. Árduo estudante do Direito, em principal, do Direito Civil, ele traz à tona diversos princípios sobre inúmeros temas dessa ciência. Vamos introduzir agora algumas de suas ideias e expor próprias também, e dentre outras formulações acerca dos Direitos de Personalidade, da Autonomia da Vontade e dos Limites Éticos. Gonçalves, em seu texto, destaca que o respeito à dignidade humana é um dos principais entre todos os direitos, pelo qual o Ordenamento Jurídico Brasileiro se baseia na proteção garantida dos mesmos. Ele acredita que a orientação da sociedade deve ser mútua, enquanto que, primeiramente, o Estado tendo sua plena capacidade deve agir como regulador da vida social, e logo depois, deve existir a solidariedade entre os seres humanos, para que esse controle possa ser efetivado de forma que traga a boa convivência em sociedade.

Os três principais temas desse texto, que serão aprofundados mais a frente, trazem conceitos sobre liberdade de diferentes formas. Existe uma frase famosa, que é vinculada por muitas pessoas ao filósofo Herbert Spencer que fala que a liberdade de cada um termina onde começa a liberdade do outro. Colocando esse pensamento em prática, podemos questionar: Até aonde vai a liberdade? Existe um limite para a liberdade das pessoas? O atual sistema jurídico impõe limites? Se sim, eles são justos? Eles afetam até que ponto?

Iremos abordar conceitos e mostrar como o papel da legislação e do legislador é importante para estabelecer as bases de um sistema. Procurando dessa forma deixar claro como eles atuam com a responsabilidade de buscar e manter o funcionamento e aplicação de inúmeros direitos e limites.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garantiu a efetivação e proteção aos direitos da personalidade. “Art. 5º, CF: 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.

O Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/2002), mais recentemente, introduziu um capítulo dedicado aos direitos da personalidade. “Art. 11º, CC: Com exceção dos casos

previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Os operadores do Direito que constituem seu trabalho e atuação baseado em sua ética, devem ter orgulho de suas ações como grandes jurídicós. A ética trabalhada em conjunto com a moral torna as decisões dentro desse meio válidas, eficazes e eficientes. Esse é um tipo de trabalho que se deve pensar no coletivo, vai além do individual. Dessa forma, mesmo com todos os fatos, se pode garantir a eficácia da ética e moral garantida. A ética é um conjunto de valores morais e princípios que norteiam a conduta humana na sociedade. A ética serve para que haja um equilíbrio e bom funcionamento social, possibilitando que ninguém seja prejudicado. Ela está ligada com o sentimento de justiça social. A moral é o conjunto de regras adquiridas através da cultura, da educação, da tradição e do cotidiano, e que orientam o comportamento humano dentro de uma sociedade. Etimologicamente, o termo moral tem origem no latim *morales*, cujo significado é “relativo aos costumes”. As regras definidas pela moral regulam o modo de agir das pessoas, sendo uma palavra relacionada com a moralidade e com os bons costumes. A ética e a moral são muitas das vezes confundidas, é real que elas se relacionam e podem estar uma presente na outra. A ética é algo estabelecido pelo sistema jurídico e que deve ser passado pelo legislador para todos que compõe a sociedade, enquanto a moral são coisas que acontecem dentro da sociedade e o legislador leva pra dentro do sistema jurídico.

Dentro dos limites da ética existem alguns princípios utilizados como base teórica para a formação do assunto. Dentre eles podemos destacar o Positivismo, o Jusnaturalismo e o Neoconstitucionalismo.

O positivismo não nega a influência da moral sobre o direito, diz apenas que as relações são coincidências do meio que atuam. Hart, grande autor do Direito, trata muito do positivismo em sua teórica, para ele não é uma verdade necessária que o direito reproduz ou satisfaz certas exigências da moralidade, mesmo se frequentemente isso ocorra de fato. Talvez realmente exista o dever jurídico de se basear em alguns fundamentos morais, porém não é o direito que se adequa a ele e o trás a tona, e sim a lei que determina a visão moralista em alguns casos.

Trazendo outro princípio, o jusnaturalismo ou das teorias moralistas do direito. Ele defende a conexão conceitual entre direito e moral. Para essas correntes, o direito seria baseado na moral, tratando fortemente sobre o conceito de justiça, retratando dela a sua validade e advindo daí também a obrigatoriedade da sua observância. Alguns autores tratam que tanto as normas jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente uma pretensão à correção. O neoconstitucionalismo, estabelecendo uma

própria linhagem de conceito, alega também certa diferença entre o direito e a moral. Ele admite a reintrodução da ética no raciocínio jurídico, ao menos no nível argumentativo. Dessa forma, em sua linha teórica eles tratam que os partidários do moralismo jurídico afirmam que o direito moderno incorpora valores morais, positivando princípios de direito natural ou convicções morais, e que também conhece uma flexibilização, abrindo-se diante da moral. O neoconstitucionalismo também dar muito poder ao juiz, o que pode ser bom ou ruim. De um lado ele pode usar disso para ser totalmente autônomo e justo em suas decisões da forma que achar necessário, por outro ele pode usar isso como facilitação de interesses próprios, e nunca se sabe pra qual lado ele vai pender.

Kant também elabora preceitos sobre os fundamentos da ética. Ele acredita que a liberdade possa ser a própria moral estabelecida, ele afirma que a moral não poderia existir sem a hipótese da liberdade, que ela é totalmente necessária. Qualquer que seja o fundamento que envolva a liberdade, vai chegar a algum momento que a moral vai estar plenamente presente. Kant chama isso de consciência do dever. E para ele essa consciência de dever deve estar presente no Estado, para que ele possa efetuar suas leis, normas e decisões livres de interesses ou influências. É considerado também que essa consciência de dever e moral também é um valor religioso, pregado desde sempre como grande estrutura de sua base.

A moral não existe sem a liberdade, não existe sem a ética, da mesma forma que a ética não existe sem a liberdade e a moral. Todos esses são princípios necessários em nossas instituições. Em nosso Estatuto e na Ordem dos advogados existem propostas criadas apenas pra mostrar a importância da ética em nosso meio. Mas é de total importância entender que os limites são necessários para que não ocorra abuso de poder, para que a balança não pese de forma errônea pra nenhum lado e para que ninguém seja injustiçado.

Como foi dito, os direitos da personalidade são direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, todo o indivíduo deve controlar os seus, o uso do seu corpo, sua imagem, seu nome, sua aparência e qualquer outro elemento que constitua sua identidade. Disso, já se pode observar tamanha sua importância para a vida das pessoas e a boa convivência da sociedade. São direitos que se tornaram inerentes ao ser humano, cabendo ao estado garanti-los. Entretanto, nem sempre existiram, apenas vieram a se tornar possíveis nos Estados Liberais e democráticos. Esses são direitos inalienáveis, ou seja, as pessoas nascem e morrem com eles, de nenhuma forma alguém pode ser privado de recebê-los. São esses os direitos a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a privacidade e etc. Muitas pessoas imaginavam que por serem os direitos da personalidade, a personalidade seria um dos próprios direitos também. Mas

na verdade, a personalidade em si não é um direito, ela é algo do ser humano que se usa como base e estuda para a criação dos direitos. Os direitos da personalidade apresentam características essenciais para sua elaboração e efetividade, sendo essas características especiais, na medida em que foram feitos especialmente para a eficaz proteção da pessoa humana em todos os seus módulos de forma a proteger e assegurar sua dignidade como valor fundamental.

O nosso Código Civil faz referência apenas a três características dos Direitos da Personalidade. Vejamos:

- 1) Intransmissibilidade: não podem ser transferidos a alguma outra pessoa, seja por ato inter vivos ou causa mortis.
- 2) Irrenunciabilidade: não podem ser renunciados, ou seja, ninguém pode dizer que não quer mais fazer uso dos seus direitos.
- 3) Indisponibilidade : ninguém pode usá-los como bem entender. Deve-se fundamentar de forma real e justa (PEDROSA e FERNANDES, 2017)

Venosa e Gonçalves, dois autores extremamente importantes para o Direito, trazem em seus textos mais características ainda do que as presentes em nosso código, alegando que elas são necessárias. Essas características são:

- 1) Originalidade: são inatos ao ser humano e assegurados desde a formação do nascituro.
- 2) Extrapatrimonialidade: não podem ser mensurados, atribuídos valores para o comércio jurídico, mas há a autorização de uso de determinados direitos personalíssimos para que o seu titular possa obter algum proveito econômico.
- 3) Vitalícios: são direitos que permanecem até a morte, há também os que ultrapassam a existência física da pessoa, o post mortem, o direito ao cadáver e as suas partes separadas e o ad eternum , direito moral do autor, direito à imagem, direito à honra.
- 4) Opinibilidade: são absolutos e devem ser defendidos contra qualquer pessoa devendo ser respeitados pela coletividade e assegurados pelo Estado.
- 5) Impenhorabilidade: são direitos que não podem ser utilizados para o pagamento de obrigações.
- 6) Imprescritibilidade: ou seja, não tem “prazo de validade”. Podem e devem ser defendidos em juízo ou fora dele a qualquer tempo.
- 7) Absolutismo: o caráter absoluto dos direitos da personalidade é consequência de sua opinibilidade erga omnes. São tão relevantes e necessários que impõem a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, têm caráter geral.
- 8) Não limitação: é ilimitado o número de direitos da personalidade, malgrado o Código Civil, artigos 11 ao 21, se referindo expressamente apenas a alguns. Reputa-se tal rol meramente exemplificativo, pois não esgota o seu elenco, visto ser impossível imaginar-se um numerus clausus nesse campo.

9) Não sujeição a desapropriação: os direitos de personalidade não são suscetíveis de desapropriação, por serem inatos a se ligarem a pessoa humana indestacável. (PEDROSA; FERNANDES, 2017)

Os Direitos da Personalidade também podem ser classificados em categorias, deixando os pontos específicos com seus semelhantes. Eles podem ser divididos em 3 categorias:

- 1) Direito à integridade física: CC/02, artigo 13, 14 e 20. Condenando-se a tortura, atendendo a saúde, lesão corporal, abandono de incapaz, etc. Ex: Voz, cadáver, imagem, corpo, partes separadas, alimentos, entre outros.
- 2) Direito à integridade psíquica: CC/02, artigo 21, separa o desenvolvimento moral de suas faculdades mentais condenando-se tortura mental, lavagem cerebral e técnicas de indução ao comportamento. Ex: Privacidade (intimidade), liberdade, sigilo, sociabilidade, entre outros.
- 3) Direitos morais: contido na CRFB/88, no artigo 5º, também denominado direito à reputação, o direito moral tutela o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa desfruta nas relações sociais. Ex: Honra, educação, emprego, habilitação, produções intelectuais. (PEDROSA; FERNANDES, 2017)

Como relatado, e é de suma importância destacar, a proteção desses direitos é essencial. É de dever do Estado manter e assegurar esses direitos, buscando a reparação por aqueles que os danifiquem de alguma forma. A proteção dos direitos da personalidade também podem ser classificadas e apresentam duas formas:

Preventiva: É aquela feita por meio de ajuizamento de ação cautelar, ou ordinária com multa cominatória, com a finalidade de evitar a concretização da ameaça de lesão ao direito da personalidade;
Repressiva: Através da imposição de sanção civil (pagamento de indenização) ou sanção penal (perseguição penal) em caso de a lesão já haver ocorrido. (PEDROSA; FERNANDES, 2017).

O artigo 52 do CC/2002 efetua de modo expresso que esses são direitos de todos aqueles dotados de personalidade, a proteção aos seus direitos da personalidade. O artigo 12 do mesmo código retrata sobre o principio da prevenção e da reparação, já destacado, nos casos de lesão aos direitos da personalidade. Essa proteção é aplicada exatamente a toda pessoa dotada de personalidade, até mesmo na Internet. Portanto, vemos que o Ordenamento Jurídico Brasileiro protege os direitos da personalidade. Seja por meio de ação preventiva ou como repressão pelo ato já efetivado. (PEDROSA; FERNANDES, 2017)

Com as partes que compõe os Direitos da Personalidade expostas, podemos analisar sua composição com a liberdade. Muitos direitos são dados e assegurados em toda uma estrutura,

efetuando a segurança da liberdade das pessoas. Da vida, de sua intimidade, de sua vida social. Talvez tudo pareçam flores, mas não é sempre sim. Mais à frente vamos expor também o lado ruim, aonde as pessoas extrapolam seus direitos de liberdade, infringindo a liberdade do outro.

Autonomia como conceito, em geral, significa o poder de se autogovernar. É a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha. Direito de tomar decisões livremente, com liberdade, independência moral ou intelectual. É uma vertente que se contraria totalmente com a da heteronomia, que significa a sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem, com ausência de autonomia. A autonomia da vontade, quando apresentada em forma de autonomia privada, segue como um princípio do direito privado, que vai se reformulando com a sociedade e com o tempo que lhe faz presente. De uma forma abrangente, esses dois princípios podem ser diferenciados em que a autonomia da vontade está ligada com a autodeterminação, uma manifestação de livre vontade, enquanto a autonomia privada é o poder de autorregulamentação, normas que são pré-estabelecidas no interesse próprio.

Francisco dos Santos Amaral Neto, um grande autor, fala em seu texto sobre a composição que o direito privado tem. Ele relata sobre esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado, que se autonomia, o direito de se auto reger por suas próprias leis. A autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor da forma que lhe convier, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada; autonomia da vontade como manifestação de liberdade. A autonomia da vontade é a liberdade agir, mas não é ela em si. Uma necessita da outra pra atuar. A liberdade está dentro e compõe a autonomia, mas a autonomia é muito mais do que isso, nela se encontram direitos, poder de atuação, força de normas e etc. Elas muito se confundem e se completam. Porém, a autonomia começou a ser usada como grande poder de controlar a sua própria liberdade e a liberdade dos outros, de forma que a liberdade de certas pessoas foi acabando com a liberdade dos outros. Quando alguém acredita que o seu direito de ter, de fazer, de ser, entre outras coisas, seja maior que o do outro, e usa de seu poder para conseguir aquilo que quer, pondo a sua liberdade acima da do outro, então o sistema se torna falho. Todos têm os seus direitos

assegurados e nada pode acabar com isso. Assim, a criação de limites se tornou imprescindível para que todos pudessem entender até aonde vai a liberdade de cada um.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo todo que foi exposto e apresentado, trazemos a conclusão, não querendo deixar nada por concreto, mas sim tendo a mente aberta às mudanças que ocorrem na sociedade, pois existem inúmeros conceitos e opiniões que divergem acerca do assunto. São coisas que como pode se ver que foram discutidas em tempos muito distintos da história e que existem até hoje nas raízes de toda nossa jurisdição e sociedade. Muitos autores trouxeram em sua teórica bases para que as pessoas possam entender o funcionamento de preceitos que norteiam o meio em que vivemos. A liberdade, a moral, a ética, os limites, tudo isso sobre o que falamos, não foram coisas que sempre existiram e tiveram grande destaque nas civilizações, e sim foram sendo formadas em visão do que as sociedades precisavam para o bom funcionamento de tudo que a compõe.

A liberdade é necessária, humanos por instinto e natureza são seres que precisam ser livres, mesmo estando presos em correntes que não veem, até nas pequenas liberdades, nos direitos, nos deveres, eles fazem com que isso se torne sua vida e sua caminhada. A moral é necessária, ela foi sendo estabelecida de formas diferentes em cada sociedade, e evoluindo com o tempo e com o meio que era pregada. Ela surgiu dos costumes e valores que existiam em cada lugar, com o tempo ela foi se adequando com a ideia de liberdade. A ética é necessária, ela é composta pela ideia que as pessoas devem ser honestas umas com as outras, que devem agir com razão, com justiça, com integridade e com respeito ao sistema e as leis. Ela advém da ideia de que todos têm direitos iguais e que nenhum deve se sobrepor de forma injusta ao outro. Para que existe ética é necessária a moral, o bom entendimento e a liberdade.

Uma pessoa deve ter o direito de ser livre, a ideia de liberdade, para poder usufruir da ética. Pois só isento de interesses alheios, de injustiças e de mau uso de poder que a ética pode estar presente em nosso meio. Os limites são necessários, a liberdade, a moral e a ética surgiram para moldar a sociedade, mas da mesma forma pessoas foram se aproveitando da inocência alheia e do poder que elas podem trazer pra suas mãos. Muitos utilizam para próprios interesses, para subir mais ainda no poder, para se colocar acima de outras pessoas, como se tivesse mais direitos por ter mais autonomia em algo do que alguém. Assim se criou os limites, para que esse poder não pendesse demais para ninguém, para que a justiça realmente fosse

garantida para todos de forma igual, sem importar o que a pessoa seja ou possua. Limites estabeleceram que perante a lei todos somos iguais, todos temos direitos, e não se pode passar por cima disso. Então a grande liberdade dada pela autonomia tem um teto, ela se baseia até onde existe ética para manter o equilíbrio da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Anne de Fátima Ferreira; RODRIGUES, Natália Bernadeth Fernandes. **Direitos da Personalidade**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRETAS, Hugo Rios. **Ética, um compromisso social e profissional do advogado: Advocacia “pro bono” e seus limites éticos**. Disponível em: <https://domtotal.com/direito/uploads/pdf/688bd5dee30b4c070247d1af49ade969.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

CONRADO, Rômulo Moreira. **Os direitos da personalidade sob a perspectiva constitucional**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24537/os-direitos-da-personalidade-sob-a-perspectiva-constitucional>. Acesso em: 25 out. 2019.

DE SOUSA, Edson Dias. **Os limites da ética no exercício dos operadores do direito**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52449/os-limites-da-etica-no-exercicio-dos-operadores-do-direito>. Acesso em: 25 out. 2019.

DIREITO LEGAL. **Autonomia da Vontade como valor presente no ordenamento jurídico**. Disponível em: <https://direito.legal/direito-privado/direito-civil/autonomia-da-vontade-como-valor-presente-no-ordenamento-juridico/>. Acesso em: 25 out 2019.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Limites do direito diante da autonomia moral do indivíduo**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/10/limites-do-direito/>. Acesso em: 25 out 2019.

FREITAS FILHO, Roberto Gonçalves de. **Ética e Advocacia Pro Bono**. In: FERRAZ, Sergio; MACHADO, Alberto de Paula (Coord.). **Ética na Advocacia: estudos diversos**. 2. ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

JUNIOR, Hernani Zanin. **Autonomia privada e liberdade de contratar**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jan-28/nao-real-distincao-entre-autonomia-vontade-liberdade-contratar>. Acesso em: 25 out 2019.

NORMAS LEGAIS. **DIREITO DA PERSONALIDADE**. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/guia/clientes/direitos-da-personalidade.htm>. Acesso em: 25 out. 2019.

NUNEZ, Rodrigo. **Conceito, natureza jurídica e fundamentos dos direitos da personalidade.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62564/conceito-natureza-juridica-e-fundamentos-dos-direitos-da-personalidade>. Acesso em: 26 out. 2019.

NUNEZ, Rodrigo. **Características dos direitos da personalidade.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62567/caracteristicas-dos-direitos-da-personalidade>. Acesso em: 26 out 2019.

RATTI, Fernanda Cadavid. **Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?** <https://jus.com.br/artigos/38318/autonomia-da-vontade-e-ou-autonomia-privada>.

WANDERLEY, Maira Cauhi. **A autonomia da vontade.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34446/a-autonomia-da-vontade>. Acesso em: 25 out. 2019.

WANDERLEY, Maira Cauhi. **A autonomia da vontade.** Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42823/a-autonomia-da-vontade>. Acesso em: 25 out 2019.

DIREITO À EDUCAÇÃO EM FACE DA PESSOA COM AUTISMO

Maria Clara de Oliveira Nunes ¹

Maria Wigna de Sousa ²

Yvna Lopes Cordeiro de Siqueira ³

RESUMO

O presente artigo versa sobre o direito à educação em face da pessoa com autismo e as dificuldades sofridas, que se configura à partir de uma condição de saúde caracterizada por déficit em três importantes áreas do desenvolvimento: comunicação, socialização e comportamento, elucidando inicialmente o direito dessas pessoas que enfrentam a grande desconformidade no meio social, à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente que assegura de forma legal, mas a efetividade prática distorce essa garantia, abordando também o preparo e as estruturas de plataformas de interação e inclusão sendo necessário a adequação das instituições e a receitação do corpo social para a devida classe. Nesse estudo, usamos a metodologia analítica descritiva dos regulamentos constitucionais, por meio de pesquisas já elaboradas e publicadas.

Palavras-chave: Inclusão. Adequação. Receitação. Desenvolvimento.

ABSTRACT

This article deals with the right to education in the face of the person with autism and the difficulties suffered, which arises from a health condition characterized by a deficit in three important areas of development: communication, socialization and behavior, initially elucidating the right these people who face great social nonconformity, in light of the Federal Constitution and the Statute of the Child and Adolescent that legally ensures, but the practical effectiveness distorts this guarantee, also addressing the preparation and structures of interaction platforms and inclusion being necessary the adequacy of the institutions and the reception of the social body for the proper class. In this study we use the descriptive analytical methodology of constitutional regulations, through researches already elaborated and published.

Keywords: Inclusion. Adequacy. Receiving. Development.

¹ Discente do 5º período do curso de Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC. E-mail: maryaclara_una@hotmail.com

² Discente do 4º período do curso de Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC. E-mail: wigna.sousa@outlook.com

³ Bacharelada do Curso de Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, campus Sousa. Delegada da Polícia Civil do Estado da Paraíba e professora de Direito Penal da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. E-mail: yvna.siqueira@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como assunto principal ressaltar o direito à educação em face da pessoa com autismo, apresentando as dificuldades enfrentadas ao tentarem ingressar nas escolas e faculdades, bem como o despreparo técnico dos profissionais e a falta de estrutura nos órgãos de educação pública e privada. À vista disso, será abordado o suficiente para se ter uma visão mais extensa da realidade dos autistas e da necessidade efetiva da inclusão social destes na educação.

Na segunda parte do referido artigo, iremos abordar sobre as necessidades de pessoas portadoras do TEA. Ao se tratar da educação em face da pessoa com autismo, o Brasil sofre com um grande déficit de desenvolvimento educacional para pessoas portadoras de Transtorno do Espectro Autista (TEA), pois trata-se de um transtorno do neurodesenvolvimento infantil caracterizado por dificuldades na interação social, comunicação, comportamentos repetitivos e interesses restritos, podendo apresentar também sensibilidades sensoriais.

A terceira parte do presente artigo irá mencionar o direito à educação na Constituição Federal e no Estatuto da criança e do adolescente: O ordenamento jurídico brasileiro trata a educação como direito fundamental inerente a todos através da declaração de direitos universais do homem e do cidadão trazida pela revolução francesa nos anos de 1789–1799.

O objetivo deste trabalho é identificar as políticas públicas educacionais inclusivas para pessoas portadoras do TEA, demonstrando assim, os pontos e contrapontos, juntamente com a legislação para constatar se o direito englobado na lei está de fato sendo efetivado com todos os direitos e garantias contidos em seu texto.

Utiliza-se nesse artigo, o método analítico descritivo dos regulamentos constitucionais, por meio de pesquisas já elaboradas e publicadas sobre o devido tema listado.

NECESSIDADES ESPECIAIS DE PESSOAS PORTADORAS DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

O conhecimento geral que a sociedade tem dos autistas é que são indivíduos desprovidos da capacidade de se comunicar. Todavia, análises médicas mostram que muitas pessoas diagnosticadas com o TEA, podem ter uma vida “normal”, ainda que com algumas alterações na comunicação e/ou sociabilidade, que não causam grandes impactos (LOPES, 2011).

Ao se tratar de sujeitos cuja patologia encontra-se expressa pelas dificuldades de relacionamento, contato, linguagem e vínculo, o autista sofre com um déficit na interação social

onde se encontra amplo e persistente, o que justificaria a grande dificuldade em ser compatível com uma proposta educativa que se adeque a ele, pois, salvo regalias, não compreende a lógica que regula as convenções sociais, logo se mantém isolado, não utiliza de comportamentos verbais que possam facilitar a comunicação e sequer estabelecer reciprocidade de intenções.

De acordo com Schwartzman e Assumpção (1999, p. 48-49):

[...] embora compartilhem muitas características específicas, alunos autistas são muito diferentes entre si, de outros grupos de deficientes, e dos não deficientes, dificultando ainda mais a busca por recursos e metodologias educativas a serem aplicadas na mediação de seu desenvolvimento. Entre aqueles que chegam a falar, pode existir uma acentuada perda na capacidade de iniciar ou manter conversação e de seguir instruções. Podem ocorrer ainda estereotípias, idiosincrasias, timbre e ritmos anormais, estruturas gramaticais imaturas, ausência de brincadeiras imaginativas ou jogos de imitação e resolução de problemas. Pode haver anormalidades no desenvolvimento das habilidades cognitivas, além de sintomas de hiperatividade, desatenção, impulsividade, agressividade, auto agressividade, respostas atípicas a estímulos sensoriais, distúrbios de alimentação e sono.

A educação não pode curar os problemas latentes ao autista, mas pode, de certa forma, tornar a vida desses um pouco mais compreensível, atribuindo habilidades úteis para aumentar sua capacidade de lidar e ter prazer com a vida.

A escola, estabelecendo espaços de socialização, oportunizaria o contato com os adultos e com crianças, e propiciariam possibilidades enriquecedoras de comunicação e expressão que possam estimular a linguagem e forçar a capacidade imaginativa da criança a se estender, o que seria os requisitos fundamentais para se atender as dificuldades da criança autista. As brincadeiras e os contatos físicos, como por exemplo, são fundamentais na socialização e na linguagem desses indivíduos. Segundo Stainback e Stainback (1999, p. 112): “Mantida em bestado de isolamento social, a criança não poderá desenvolver as funções superiores”.

Para isso, a escola precisa estipular interações sociais com um profissional especializado e relações com colegas e companheiros.

O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Direito à educação é um direito peculiar a todos, sob a responsabilidade de estado nas suas três esferas governamentais, devendo ainda haver a colaboração da família e da sociedade.

Não devemos chamar o povo à escola para receber instruções, postulados, receitas, ameaças, repreensões e punições, mas para participar coletivamente da construção de um saber, que vai além do saber de pura experiência feito, que leve em conta as suas necessidades e o torne instrumento de luta, possibilitando-lhe transformar-se em sujeito de sua própria história. (FREIRE, 1991, p. 16).

O direito à educação está consagrado na constituição de 1988, de caráter fundamental e tem como objetivo garantir ao indivíduo o pleno exercício da cidadania, como está disposto no artigo primeiro da constituição no inciso II.

A antevisão deste meritório direito não se restringe apenas a Constituição Federal de 1988, mas em outros documentos, tratados, convenções e leis em âmbito nacional e internacional.

O ensino à educação deverá ser ministrado com base nos princípios norteadores para uma boa efetivação desse direito que está previsto no artigo 206 da CF de 1988 dentre os princípios está inserido a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola.

É preciso que a educação esteja - em seu conteúdo, em seus programas e em seus métodos - adaptada ao fim que se persegue: permitir ao homem chegar a ser sujeito, construir-se como pessoa, transformar o mundo, estabelecer com os outros homens relações de reciprocidade, fazer a cultura e a história [...] uma educação que liberte, que não adapte, domestique ou subjogue (FREIRE, 2006, p. 45).

A República Federativa do Brasil, constitui-se em estado democrático de direito. Em razão disso, faz-se necessário que a educação seja livre e que ela possa produzir, assim como está expresso no inciso II do artigo 206. “Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”, pois havendo censura na educação não há um país democrático e conseqüentemente não haverá crescimento.

Para Andreas Schleicher: garantir a educação de qualidade a todos é o caminho mais eficiente para reduzir a enorme desigualdade de renda de oportunidade.

O inciso IV vai ressaltar a gratuidade de ensino no estabelecimento público: O ensino público deve atender a todos aqueles que optem por uma instituição pública e de boa qualidade, possibilitando aos seus usuários a mesma qualidade encontrada nos estabelecimentos de ensino privado. A instituição de qualquer modalidade, mensalidade ou taxa nas escolas pública é contraditório com a razão de sua existência, por impedir o livre acesso da população mais pobre.

Contudo, há uma exceção: a gratuidade de ensino não se aplica às instituições educacionais criadas por lei estadual ou municipal, editadas até a data da promulgação da carta de 1988, e que não sejam mantidas com recursos públicos (art. 242 da CF).

Coexistência dos estabelecimentos públicos e privados de ensino: o ensino é livre à iniciativa privada, desde que haja o cumprimento das normas gerais da educação nacional e a autoridade e avaliação da qualidade pelo poder público (art. 209 da CF).

O acesso à educação possibilita o desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho. Denise Souza Costa atesta:

Portanto, o direito à educação não deve ter como finalidade apenas o desenvolvimento da pessoa para atingir às condições exigidas pela sociedade ou pelo mercado. O ser humano é fonte inesgotável de crescimento e expansão no plano intelectual, físico, espiritual, moral e social. Dessa forma, a educação deve ter de escopo o oferecimento de condições formais e materiais para o desenvolvimento pleno destas inúmeras capacidades, em busca do aprimoramento individual, em condições de liberdade e dignidade. A partir daí a educação deve fomentar valores de cidadania, participação social e econômica, pois no Estado Social, a proteção do direito individual faz parte do bem comum.

No que tange o acesso à educação para as pessoas portadoras do transtorno do espectro autista, é assegurado que o Estado deve proporcionar meios de atendimento especializados, e de preferência na rede regular de Ensino. É importante destacar que na hipótese de não haver condições favoráveis de aproximação de ensino especializado em proximidade do domicílio da pessoa portadora do (TEA), é possível a possibilidade de requerer do Estado que ofereça serviços por uma escola privada ou pública que se encontre mais próxima.

É interessante também nesta oportunidade, destacar a relação entre o Estatuto da Criança e do Adolescente com a Escola. O ECA acaba formando uma estrutura, um sistema de regulamentação dos direitos da criança e do adolescente em vários níveis sociais. Nesta esfera existe três pilares em que o ECA irá se preocupar pois os mesmos sustentam esses direitos por ele defendido e o primeiro deles é a educação. É interessante destacar que há uma relação muito forte entre as leis de diretrizes e bases- LDB com o Estatuto da criança e do adolescente- ECA.

As Leis de diretrizes e bases determina a oferta da educação, como disposto no Art.1, *caput* (LDB, 1961): “A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos

movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”. Já o ECA indica o direito à educação disposto no Art. 53, caput (ECA, 1990).

A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

Nesta relação, é fundamental a gestão democrática, pois é uma espécie de acelerar essa relação entre escola e o menor, mas não só acelerar como também promover uma integração extremamente eficiente, quanto mais eficiente for a escola mais desenvolvimento, nós alcançaremos a partir da educação.

OS DESAFIOS DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA PARA AUTISTAS

As peculiaridades que giram em torno das pessoas portadoras do transtorno espectro autista se apresentam de formas variadas ao ponto de que se torna necessário cada vez mais sua inserção no meio social, especialmente em escolas e ambientes educacionais.

De fato, apesar de cada ser humano ser obviamente considerado diferente do outro com base em um critério intelectual, não se mostra como conveniente utilizar desse argumento para se promover um distanciamento daqueles que possuem certa deficiência ou que possuam determinada circunstância limitadora, devendo serem essas pessoas reconhecidas como sujeitos de pleno direito em nossa sociedade.

Esse pensamento também se aplica para as crianças e adolescentes portadoras de autismo, sendo que por mais que possuam essa diferenciação dos demais por necessitarem de cuidados especiais, merecem desde já um reconhecimento legal, jurídico e social para que desenvolvam seus atos da vida civil sem maiores restrições ou distinções.

Assim, no contexto da educação, existe uma tentativa de buscar reduzir as incapacidades e limitações das pessoas com autismo, seja através de métodos de inclusão por meio de atividades desenvolvidas pela escola ou rede de ensino, seja com base em políticas assistenciais voltadas a conscientizar a sociedade para que encontre instrumentos mais eficientes para propor a redução de desigualdades entre essas pessoas e as demais.

No entanto, estabelecer meios eficientes que facilitem um projeto de educação inclusiva de modo a favorecer as pessoas com autismo tem sido um enorme desafio encontrado atualmente pelo Estado e pela rede de ensino, haja vista que muitas vezes é preciso que se tenha um tratamento especializado para fazer com que a inserção destes não ocorra de forma ineficaz ou que prejudique seu desenvolvimento. Almeida (2017, p. 2) afirma o seguinte:

Pode-se imaginar, certamente, que muitos são os obstáculos a serem transpostos a fim de que o processo de adaptação desses indivíduos ao grupo (e do grupo a eles) seja eficaz. Há que se ponderar, primeiramente, acerca dos benefícios desta proposta ao indivíduo no dado momento em que esta questão se apresenta a ele, em se tratando de sujeitos cuja patologia encontra-se expressa pelas dificuldades de relacionamento, contato, linguagem e vínculo.

Percebe-se que o papel das escolas e redes de ensino precisam se direcionar inteiramente em construir um ambiente que se possibilite a convivência comum entre todos os jovens, visando fazer com que os próprios autistas possam se adaptar, ter acesso e permanecerem no mesmo espaço que os demais, tentando ao máximo se alcançar um tratamento em igualdade de condições.

Por outro lado, na maior parte das vezes, as escolas costumam resistir quanto a oferecer uma educação inclusiva para os jovens, fato esse que acontece diariamente e vem a ser noticiado nos veículos de comunicação. Destaca-se aqui a situação em que três escolas na cidade de São Luís, Estado do Maranhão, recusaram matricular alunos com autismo apresentando como justificativa, em sua maioria, o fato de haver um limite de vagas, sendo que tal ocorrência veio a ser investigado pela 1ª Promotoria de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

No tocante ao entendimento do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), vivenciamos uma realidade onde as categorias portadoras de necessidades especiais são exclusas dos diversos contextos sociais, sendo estas atitudes contrárias aos bons princípios e as normas legais. Vale constar que os julgados em tribunais no país se manifestam de forma favorável em prol da inclusão dos jovens com autismo em específico, mas esta plataforma se estende aos pilares educacionais, sociais, de saúde e entre outros, e os mesmos se isentam dessas responsabilidades de integração social, tornando o convívio e o desenvolvimento psíquico e intelectual complexos. A agregação de meios que possibilitem o maior acesso aos instrumentos adaptativos a estas pessoas seria a atitude correta. Em contrapartida, as entidades responsáveis por proporcionar tais elementos, se voltam em desfavor, ocasionando em expulsões sem justa causa e eventuais constrangimentos voltados a figura da pessoa autista.

É notório a ideia de que ninguém pode ser tratado com distinções em nosso meio social, bem como devem ser assegurados o acesso à educação e a um ambiente escolar digno para as pessoas com autismo, se dando sobretudo por meio de políticas de inclusão. Deve-se considerar que o processo de desenvolvimento de cada ser humano é sempre variável e relativizado, a

dependem dos meios que lhes são fornecidos para tal, todavia, os autistas não possuem desses mesmos mecanismos para se encaixar no âmbito da escola ou da sociedade.

A falta de conscientização e de instrumentos assistenciais e normativos são circunstâncias prejudiciais que acabam fragilizando a possibilidade de fazer com que o autista se adapte ao meio na qual pertence, assim como impede que as demais pessoas compreendam a sua mentalidade e os sintomas do transtorno, até porque a falta de informação essencial sobre essas pessoas em especial é o que gera mais obstáculos na busca pela solução de inseri-los na sociedade.

Assegurar para que tanto no ensino regular comum quanto no ensino especializado se promovam espaços especializados para pessoas com autismo é uma atribuição que nem sempre acontece, e a razão ocorre na maior parte das vezes pela falta de estrutura no ambiente escolar de um local destinado para a socialização e interação de pessoas em condições especiais com os demais jovens, de modo que ao se facilitar a comunicação entre estes acaba sendo um importante passo para a redução de desigualdades no que tange a acessibilidade igualitária ao direito a educação.

A escola constitui por excelência, espaços de socialização, pois proporcionam o contato e o confronto com os adultos e com as crianças, e também propiciam enriquecedoras possibilidades de comunicação e expressão que estimularão a linguagem e forçarão a capacidade imaginativa da criança a expandir, requisitos fundamentais para atender as dificuldades da criança autista (ALMEIDA, 2017, p. 6).

Diante disso, é plenamente compreensível que o direito de se propiciar uma educação inclusiva que favoreça para que aqueles que possuem determinada deficiência se sintam pertencentes ao meio social é um dever incontestável pôr do Estado, não havendo justificativa para que não se proponha políticas públicas capazes de diminuir o isolamento de crianças e adolescentes com autismo das demais pessoas, merecendo assim um tratamento isonômico.

Por fim, cabe ressaltar que a partir do momento em que os ditames constitucionais concernentes a se firmar uma ideia de inclusão na nossa sociedade são respeitados, é um passo importante que possibilita para que essas pessoas com autismo não sejam vistas de forma diferente, mas que sejam tratadas de forma a ser preservada sua dignidade e contribuir para seu próprio crescimento enquanto cidadão de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo abordou as necessidades das pessoas portadoras do TEA, quais são os seus direitos e suas dificuldades para inserir-se em escolas e relatou as dificuldades de se integrarem, em um sentido mais amplo. Se fez necessário entender e apreciar as suas habilidades e que estes possuem capacidades para serem indivíduos dotados de direito.

O referido artigo mostrou a necessidade do poder público juntamente com a sociedade trabalharem para que pessoas com autismo tenham boas condições para integrarem em ensinos regulares. Não se faz necessário somente a lei 12.764/2012, mas implementar um mecanismo que possa preparar profissionais para lidar com esses indivíduos.

Os autistas são pessoas que não são assistidas de forma plena pelo ordenamento jurídico em razão da ausência de normatizações no ordenamento jurídico e são merecedores de oportunidades para que possam se preparar para uma vida em sociedade, ainda que estes não tenham independência total. Contando com isso, é preciso que seja assegurada, em absoluta condição, o direito à educação.

Portanto, há uma inferiorização de pessoas portadoras do TEA na evolução de uma sociedade que se encontra em um grande nível de discriminação e rejeição à inclusão desses indivíduos bem como garantir o direito à educação de modo que não se reproduza uma cultura de distanciamento das minorias, haja vista que seria uma flagrante ofensa ao princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALMEIDA, Flávio Aparecido. **Desafios da inclusão de crianças autistas na rede regular de ensino**. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1098.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

AMBRÓS, Danieli Martins. **O aluno com transtorno do espectro autista na sala de aula: caracterização, legislação e inclusão**. Disponível em: <http://editora.pucrs.br/anais/i-seminario-luso-brasileiro-de-educacao-inclusiva/assets/artigos/eixo-3/completo-3.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

ARAUJO, Marcilene dos Santos. **O transtorno do espectro autista:** em busca do direito à garantia de uma educação inclusiva de qualidade. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52419/o-transtorno-do-espectro-autista-em-busca-do-direito-a-garantia-de-uma-educacao-inclusiva-de-qualidade>. Acesso em: 19 out. 2019.

BLIACHERIS, Marcos Weiss. **O que diz decisão do STJ sobre caso de expulsão de estudante com autismo.** Disponível em: <https://www.diversa.org.br/artigos/decisao-stj-caso-expulsao-estudante-autismo/>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL, Lei 12.764, de 27 de Dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12764.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

BRITES, Clay. **As necessidades de uma criança autista:** como entendê-las?. Disponível em: <http://entendendoautismo.com.br/artigo/as-necessidades-de-uma-crianca-autista-como-entende-las/>. Acesso em: 20 out. 2019.

FERNANDES, Paula Vanessa; ZIEGLER, Joici Antonia. **A Educação inclusiva como direito humano fundamental efetivada pela tutela jurisdicional.** Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/314>. Acesso em: 18 out. 2019.

UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DOS LIMITES ÉTICOS FRENTE AO PERFIL DE PESSOAS LGTBs E OS DESAFIOS PARA A SUA EFETIVAÇÃO

CICERO KLEBIO COELHO SARAIVA ¹

VITÓRIA MARIA DE ALMEIDA INOCÊNCIO ²

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade problematizar a efetivação do princípio da autonomia da vontade frente aos limites éticos encontrados atualmente no Brasil, fazendo uma exploração crítica e esclarecedora, sob as medidas legais resultantes da pressão dos movimentos sociais, que buscavam a criação de mecanismos assecuratórios de direitos aos membros LGTBs e quais os fatores que dificultam a sua efetivação plena no contexto atual. Essa pesquisa assume o caráter de qualitativa. O interesse em trabalhar o relevante tema se dá pelo fato de que este ainda é pouco investigado no panorama atual e tem princípio na formação da própria sociedade brasileira. Nesse sentido toma-se como bases, análises textuais de estudos e materiais já desenvolvidos anteriormente. Fez-se necessário um recorte histórico e uma discussão acerca das normativas pós-constituição de 1988 para que houvesse o desenvolvimento de uma visão crítica. A pesquisa traz inúmeros benefícios sociais, além de servir de base para demais estudos a serem desenvolvidos.

PALAVRAS – CHAVE: Censura. Gênero. Homossexualidade. LGTBs. Sexualidade.

ABSTRACT

This article aims to problematize the principle of the autonomy of the will against the ethical limits currently found in Brazil, making a critical and enlightening exploration, under the legal measures resulting from the pressure of social movements, which sought the creation of assecuratory mechanisms of rights to LGBT members and the factors that hinder their full realization in the current context. This research assumes the qualitative character. The interest in working on the relevant theme is due to the fact that it is still little investigated in the current scenario and has its beginning in the formation of Brazilian society itself. In this sense it is taken as bases, textual analysis of studies and materials already developed previously. It was necessary a historical cut and a discussion about the post-constitution norms of 1988 for the development of a critical view. The research brings numerous social benefits, besides being the basis for other studies to be developed.

KEY WORDS: censorship; genre; homosexuality; LGTBs; sexuality.

¹ Aluno: Cicero Klebio Coelho Saraiva. Acadêmico do curso de Ciências Jurídicas e Sociais. Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. Endereço eletrônico: klebiosaraiva1@gmail.com

² Aluna: Vitória Maria de Almeida Inocêncio. Acadêmica do curso de Ciências Jurídicas e Sociais. Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. Endereço eletrônico: vitória.almeida3c@gmail.com

INTRODUÇÃO

A proposta de pesquisa intitulada: *Uma análise da aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade e dos limites éticos frente ao perfil de pessoas LGBTs e os desafios para a sua efetivação*, surge após uma observação e posicionamento crítico, da necessidade de se desenvolver um estudo de relevância com caráter exploratório e científico da temática em tela, contrastado com o cenário encontrado no país nos dias atuais, visando constatar quais os fatores que desafiam a efetivação plena do princípio ora citado e destacando os limites éticos em face dessa problemática.

Leve-se em consideração toda a historicidade, os movimentos sociais desencadeados e como tais ações tem se mostrado eficazes, figurando como um mecanismo de intervenção, no intuito de assegurar direitos e promover garantias a todo e qualquer cidadão, em especial, aos membros da comunidade LGBT, que constituem o público alvo da presente. Prova disso é todo caráter histórico e as lutas desenvolvidas no meio social ao longo dos anos, para que se estabelecessem normativas eficazes, com direitos que abarcassem estes indivíduos, mas sobretudo, pensando no enfrentamento da questão social e os problemas oriundos do desrespeito desenfreado para com o outro.

Então, desenvolvendo um estudo analítico a partir de pesquisas elaboradas e da concepção sobre a temática em tela, tomou-se como base e suporte para a sua confecção, textos históricos, materiais já produzidos que versam sobre o mesmo objeto de estudo e a legislação positivada, acrescido do conhecimento absorvido na instituição de ensino no decorrer da vida acadêmica, ficando evidente tamanha importância e necessidade de se fazer uma abordagem voltada para esse viés social.

O presente artigo se mostra importante pelo fato deste ter princípio na própria formação da sociedade brasileira conforme explanado no seu capítulo primeiro, além de versar sobre uma realidade vivenciada por boa parte das pessoas que estão no meio social, reconhecendo que problemas atuais como: violência, preconceito e intolerância necessitam de estudos específicos voltados para essa problemática, constituindo, portanto a abordagem que se faz no tópico “resultados e discussões”.

Desta forma, espera-se confirmar por meio de uma análise que toma como parâmetros, o princípio da autonomia da vontade e os limites éticos em face de pessoas LGBTs, a potencialidade e os aspectos positivos que a garantia de direitos voltados para esse segmento social veio promover, os desafios para sua efetivação, além da expectativa de que tal estudo possa servir de base para o desenvolvimento de outros trabalhos do mesmo caráter que esse.

BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA SOBRE A REPRESSÃO SOCIAL AO PERFIL DE PESSOAS LGTB NO BRASIL: apontamentos iniciais

BRASIL COLÔNIA

Para situarmos o debate acerca da proteção integral, das grandes transformações ocorridas no meio social e quais as modificações ocorridas nesse cenário no que tange a liberdade de orientação sexual dos cidadãos brasileiros, são relevantes que possamos iniciar com uma reflexão histórica sobre esta dinâmica e para tanto podemos contemporaneamente refletir sobre a condução recente das políticas e garantias destinadas a esse público.

Inicialmente, por meio de um recorte histórico, remete-se ao Período Colonial brasileiro, nesse contexto, se vislumbra a forte influência do posicionamento da igreja católica, estabelecendo condutas de cunho moral religioso e discriminando as práticas homossexuais como “atos de sodomia” termo usado analogicamente do episódio bíblico que narra a destruição das cidades de Sodoma e Gomorra. Para tal fim, valia-se das sagradas escrituras, objetivando de orientar os fiéis a seguirem um determinado padrão de conduta, apregoando que praticar a homossexualidade significava um pecado gravíssimo, estando seus praticantes sujeitos a diversas penalidades, dentre elas, serem queimados na fogueira pelo tribunal do Santo Ofício (OLIVEIRA, 2011).

Não obstante, tais indivíduos praticantes da “sodomia” eram tratados por termos distintos atribuídos pela igreja, de tal forma que, se branco, índios e negros eram denominados como Somítigios, Timbira e Jimbanda respectivamente.

Pode-se inferir por meio de apontamentos e informações históricas, de que essa busca de controle social, iniciou-se em nosso território com a chegada dos portugueses, já que tal comportamento era comum entre os indígenas, não sofrendo tanta repressão comparada ao percentual por parte dos seus integrantes da sociedade civilizada, o que não significa dizer que todos os primitivos praticavam a homossexualidade, assim como, não obsta frisar a existência de pessoas homoafetivas entre os nossos colonizadores conforme demonstra James Green (2014).

Faz-se mister enaltecer que, a repressão vivenciada nesse período não está relacionada simplesmente a impossibilidade de ser aceito socialmente, ao preconceito, a exclusão, censura, reprovação e recriminação de tais comportamentos. A repressão alcançava proporções maiores, visto que sofriam castigos e tortura física, atingindo certamente o âmbito psicológico, o que acabava gerando consequências gravíssimas para aqueles.

DITADURA MILITAR NO BRASIL

Até meados dos anos de 1964 e 1985, ainda não se tinha uma compreensão ou aceitação da orientação sexual dos cidadãos brasileiros. Basta analisarmos a nossa história, a formação brasileira, e a realidade dos núcleos familiares do nosso país, que são permeadas por situações de um elevado preconceito disseminado no meio social, que aos poucos e a passos muito lentos, vem se buscando desconstituir.

Nesse período, tinha-se um ambiente hostil, conforme destaca o relatório final da Comissão Nacional da Verdade (CNV). Embora no contexto fático se esteja em período histórico diverso, no que tange ao lapso temporal, as situações da problemática em análise são quase idênticas ao período colonial.

Destaque-se à perseguição e os diversos abusos em face de pessoas gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, que durante o regime militar, ao lado dos grupos denominados de "esquerda", negros e mulheres, sentiram o dissabor da repressão e perseguição social.

Observa-se que durante esses anos aludidos anteriormente, o nosso país fez uso de uma espécie de máscara social, que tinha enrustida e entrelaçada dentre as suas premissas a ideia infrutífera de exalar um caráter democrático, já que o discurso que repercutia no país na época era de aceitação da liberdade sexual, porém esfriou-se e foi esquecido de forma rápida, quando se viu diante do AI-5 no ano de 1968 que paralisou as possibilidades de organização das pessoas LGBTs, inviabilizando as mesmas de reivindicarem seus direitos (GREEN; QUINALHA, 2015, p.19).

As autoridades da época vistas como "heróis", defensores da família, eram na verdade sujeitos que adotavam condutas opressivas que possuíam destinatários certos, não por serem pessoas que tinham condutas desviantes politicamente, mas sim no aspecto moral, como prostitutas, travestis e homossexuais.

O nome do delegado Richetti e sua atuação em São Paulo no final da década de 1970 e início de 1980, que desenvolvia "operações de limpeza" ou "higienização" com o objetivo de tirar de circulação prostitutas, negros e integrantes da comunidade LGBT merecem ser destacados. Tais rondas policiais sistemáticas eram realizadas em nome da preservação dos "valores morais da família brasileira" voltando-se para segmentos marginalizados da sociedade conforme citado anteriormente, em consonância harmônica com Simões e Facchini (2009).

Buscava-se maquiagem o caráter de repressão existente nesse período, assim sendo, valiam-se da argumentação de que "a homofobia não é institucionalizada no Brasil, pois a prática da

homossexualidade está excluída do rol das condutas típicas do Código Penal, não havendo uma lei específica que viesse a criminalizar tal comportamento”.

O Código Criminal de 1830 extinguiu e tornou nula, instituições que aplicavam penas severas para indivíduos que mantinham práticas homossexuais, pautada em legislação advinda da influência católica de Portugal e se aplicavam a colônias, como no caso o Brasil. Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, são espelhos de codificações dessas leis.

Destarte, se faz necessário salientar que, haviam "manobras legais", que possibilitavam a violação de direitos deste segmento social, para ilustrar, a título exemplificativo e corroborar com o que aqui é posto, suscita-se o Decreto-Lei nº 3.688/41 em seu artigo 59, que considera ociosidade crime e pune a "vadiagem" (Green, 2000).

A conduta tipificada servia de aparato para deter quem quisesse, pois qual seria a definição de “vadiagem” da época? Qual documento hábil para comprovar a não ociosidade? A carteira de trabalho? E no caso de pessoas que viviam em condições sociais precárias a margem da sociedade, fazendo uso da prostituição para sobreviver, ou que não dispunham de uma atividade laboral formal não preenchendo os requisitos para ter a sua CTPS devida ou até mesmo indevidamente registrada?

A homofobia possui um caráter multifacetado, que abrange muito mais do que as violências tipificadas pelo código penal. Ela não se reduz à rejeição irracional ou ódio em relação aos homossexuais, pois também é uma manifestação arbitrária que qualifica o outro como contrário, inferior ou anormal. Devido à sua diferença, esse outro é alijado de sua humanidade, dignidade e personalidade. [...] As violações dos direitos humanos relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero, que vitimizam fundamentalmente a população LGBT, constituem um padrão que envolve diferentes espécies de abusos e discriminações e costumam ser agravadas por outras formas de violências, ódio e exclusão, baseadas em aspectos como idade, religião, raça/cor, deficiência e situação socioeconômica. Essa superposição de vitimizações exacerba a vulnerabilidade de grupos sociais, cuja discriminação é intensificada quando ao racismo, sexismo, pobreza ou credo agrega-se orientação sexual e/ou identidade de gênero estigmatizadas (SDH, 2012. p. 10 - 11).

Por vezes a polícia apoiava-se no crime de atentado ao pudor. Sob a argumentação falha de tentar justificar tais ações ilegais, lançavam mão da afirmação de que tais comportamentos eram considerados ofensivos e estavam respaldados legalmente.

Pertencer a uma classe social mais elevada fazia muita diferença para se livrar da repressão, pois as ações policiais, também conhecidas como "batidas", direcionavam-se para ambientes frequentados por pessoas vulneráveis, que viviam a margem da sociedade, as quais,

além de enfrentar a própria desigualdade social, deveriam preocupar-se em não serem vítimas das detenções arbitrárias e atos de violência patrocinados em nome do Estado.

Frente a essa abusividade oriunda das ações policiais, em sua maioria sobre o comando do delegado Richetti, a comunidade se mobilizou vindo a protestar, e em 13 de julho de 1980 em frente ao Teatro Municipal, desenvolvendo a primeira marcha gay em São Paulo, vista atualmente como uma das gêneses da Parada do Orgulho.

Fica nítida a compreensão de que todo o aparato repressivo montado no período ditatorial embora se apregoasse que tais ações eram voltadas para reprimir os "subversivos" e os "comunistas", havia um objetivo que iria muito mais além. Tais censuras eram mascaradas por uma tentativa de controle moral já que estabeleciam parâmetros de condutas, entendendo-se que qualquer outro comportamento "desviante" deveria ser estigmatizado. Essa visão errônea possibilitava que membros da comunidade LGBT, fossem alvos de inúmeras perseguições como: exclusão dos quadros de servidores públicos, detenções arbitrárias, violência, censura, dentre outros direitos que foram tolhidos.

Diante de tanta opressão, não se vislumbrando uma paridade de armas no sentido de enfrentamento de tais atos, houve a criação, articulação e fortalecimento de movimentos de resistência, os quais se inspiravam nas lutas desencadeadas por direitos que ocorriam no âmbito internacional. No decorrer dos anos de 1960, inicia-se a circulação de várias publicações destinadas ao público homossexual, como o Jornal "O Snob", que posteriormente veio a ser fechado por força da enorme censura no final da mesma década, porém, essas publicações veiculadas, foram percussoras para periódicos que surgiram em um período posterior (GOHN,2007).

Em meados dos anos de 1970, um número maior de grupos buscando conquistar e assegurar direitos começaram a se organizar de forma coletiva visando a somatizar forças para o enfrentamento da opressão do Estado. Cumpre destacar importantes participações de cunho artístico, que contribuíram na ascensão dos movimentos sociais, como o cantor Ney Mato Grosso e os grupos musicais Secos e Molhados e Dzi Croquettes que fomentavam a reflexão social sobre os reais papéis, masculino e feminino, em suas apresentações, ao surgirem em cena fazendo uso de vestimentas, maquiagens e acessórios femininos Simões e Facchini (2009) elucidam tal afirmação. Dentre outras organizações que faziam a abordagem da questão LGBT por meio de debates políticos, cita-se: O Lampião da Esquina que foi a primeira revista brasileira produzida por homossexuais e o Grupo Somos, o qual consistia em um Grupo de Afirmação Homossexual.

Vendo-se a necessidade de partir para uma discussão mais ampla sobre a real importância do respeito à “opção sexual”, termo esse conforme era usado na época, em 1979, no Rio de Janeiro, realizou-se o primeiro encontro da comunidade LGBT militante, levados a debater sobre temas como: a inclusão e posituação do respeito para com a orientação sexual na Constituição Federal, e a possibilidade de exclusão para que a homossexualidade não viesse mais a ser tratada como uma doença. Na mesma ocasião, ficou acordado o próximo encontro, ocorrido em São Paulo em 1980.

No ano de 1980 surge no Brasil o primeiro grupo lésbico, oriundo de uma cisão ocorrida no Grupo Somos. O Grupo Gay da Bahia iniciou a militância na tentativa de combater a homofobia e prevenção da AIDIS, luta essa que é contínua até os dias atuais, ampliada para outros estados como São Paulo e Rio de Janeiro. Finalmente no ano de 1995 fundou-se a primeira organização do movimento LGBT a nível nacional: Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT.

Desta forma, concluindo tal pensamento e respaldado por um arcabouço histórico fica cristalino o entendimento de que o período da ditadura foi apenas mais um dos capítulos da história brasileira onde a presença da violência em face de pessoas e organizações LGBTs, negros, prostitutas, pessoas mais vulneráveis e marginalizadas foi predominante, sendo tratada ora como atentados a valores religiosos, ora como questão médica ou de polícia.

O PERCURSO JURÍDICO E O SISTEMA DE GARANTIAS DE DIREITOS VINCULADOS A COMUNIDADE LGBT NO ÂMBITO BRASILEIRO: um caminho marcado por transformações, inovações e impactos no contexto social

Pós-finalização de um período histórico marcado por o tolhimento de direitos, não só e exclusivamente da comunidade LGBT mas de outros segmentos sociais que eram alvos das ações desenvolvidas na ditadura, o Brasil finalmente insere-se em uma era de redemocratização estatal com o advento da Constituição Federal de 1988.

Dentre os princípios norteadores da Carta Magna em vigência atualmente, destaque a dignidade da pessoa humana, que possibilitou a ampliação do rol de direitos e deveres do cidadão. Sob esse prisma, oportunizou-se que membros da comunidade LGBT que estavam saindo de uma repressão social extrema, buscassem amparo legal no texto constitucional. Tal princípio sinalizou novos “horizontes” e novos nortes para as futuras legislações que surgiriam a posteriori.

Frente a essa modificação no âmbito jurídico com fortes reflexos sociais, para a comunidade LGBT o significado desse novo momento histórico, concerne no início de uma nova era, onde seria viável lutar pelos direitos básicos inerentes a todo cidadão, amparado juridicamente. Em 1996, acontece na Praça Roosevelt, em São Paulo capital, uma mobilização de militantes LGBTs que reivindicavam seus direitos, estimando-se o comparecimento de 500 pessoas unindo forças em favor da causa, movimento esse que pode ser considerado como um dos importantes precursores para a consolidação da denominada "Parada LGBT" que ocorre no mesmo Estado.

Ressalte-se que outro avanço nesse campo, foi a substituição do termo "opção sexual" por "orientação sexual" desconstruindo a errônea ideia de que a homossexualidade é fruto de uma escolha individual, racional e voluntária. Tal modificação só foi possível graças a uma mudança social e legislativa. As inúmeras lutas pelos ideais de liberdade, sobrevivência e da mínima concessão de direitos em face dos membros da comunidade LGBT, importam em uma escala gigantesca, pois, abre portas para novas lutas, por consequência novos direitos e assim mais liberdade para se viver em sociedade, sem medo de represálias ou de algum estigma.

Após a promulgação da Carta Magna de 1988, mais precisamente no ano de 1989, estados como Mato Grosso, Santa Catarina e Sergipe acrescentaram as suas Constituições Estaduais normativas que visavam penalizar condutas de cunho discriminatório por motivos de orientação sexual. Compartilhando do mesmo entendimento, o Distrito Federal, de forma pioneira veio a legislar sobre a matéria, determinando em sua Lei Orgânica que:

ART. 2º, Parágrafo Único. Ninguém será discriminado ou prejudicado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, características genéticas, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, orientação sexual, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, por ter cumprido pena, nem por qualquer particularidade ou condição observada a Constituição Federal.

Em meados de 1995 a então Deputada Federal Marta Suplicy propôs a Câmara dos Deputados o projeto lei nº 1151, de 1995, que regulamentava a união civil entre casais homoafetivos, porém restou infrutífera tal tentativa, somente dezoito anos após, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a resolução de número 175, em 14 de maio de 2013, estabelecendo que, as autoridades competentes por fazerem habilitação ou celebração do casamento civil ou união estável, não podem se recusar a celebrar tais atos, em razão de estarem diante de pessoas do mesmo sexo.

Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) emitiu a resolução nº 01/99 que em seu art. 3º vedava a participação de profissionais da área, a tratarem travestilidade e transexualidade como doença ou anomalia, já que estas não eram mais tratadas como doenças. Já a publicação em janeiro no Diário Oficial da resolução nº 01/2018 do mesmo Conselho, visa coibir que profissionais da área façam “uso de instrumentos e técnicas psicológicas para criar, manter ou reforçar, preconceitos, estigmas, estereótipos ou discriminação” contra transexuais e travestis, não podendo integrarem qualquer movimento que proponha ou verse sobre técnicas terapêuticas para readequação ou reorientação de gênero.

No que tange a militância lésbica especialmente, é de suma importância apontar que a Lei 11.340/2006 popularmente conhecida como “Maria da Penha”, trouxe dentre as suas diretrizes a positivação e o reconhecimento expresso da união lesboafetiva, que significa união entre mulheres, sendo a primeira no âmbito federal a prever com plausibilidade jurídica essa união.

Pontuando os avanços conquistados por meio das reivindicações, sinalizamos que como fruto dos constantes movimentos sociais, o governador do Estado do Ceará, Cid Ferreira Gomes, em 2009, inclui o artigo 14, inciso III na Constituição Estadual, sendo defesa a discriminação por orientação sexual no âmbito de estabelecimentos públicos e particulares, tipificando tal conduta como uma infringência aos preceitos legais, não se admitindo tratamento desigual com vistas a prejudicar pessoas LGBTs, tal normativa visa coibir comportamentos indesejáveis e discriminatórios dos indivíduos.

Dando seguimento na cronologia da história das legislações brasileiras em prol do movimento LGBT, no dia 04 de maio de 2011 houve o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos a nível federal, por meio de decisão unânime do Supremo Tribunal Federal, que redefiniu o conceito de entidade familiar ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Em complementaridade, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ em 2013 por meio da resolução 175 ratificou o reconhecimento da união estável e o casamento civil para casais homoafetivos.

No dia 28 de abril de 2016, a Presidenta Dilma Rousseff assinou o decreto de número 8.727, oportunizando que pessoas transexuais e travestis viessem usar o nome social nas repartições públicas, estendendo-se desde o público que desejasse ter acesso e usufruir dos serviços prestados por aquele setor, até eventuais funcionários que integrasse tal grupo social. Albergados por esse entendimento, o uso do nome social é um direito que deve ser respeitado, garantindo as pessoas travestis e transexuais tratamento pelo nome social em todos os órgãos da Administração Pública.

Destaque a plausibilidade do entendimento do Superior Tribunal Federal - STF, no ano de 2018 ao dar provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 670422, firmando entendimento sob a ótica de que para se alterar o registro civil não mais é preciso que se faça uma cirurgia de transgenitalização, popularmente conhecida como "cirurgia de mudança de sexo", pode-se invocar a via administrativa, independentemente da submissão ao procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Em março de 2019 a Organização Mundial de Saúde - OMS modifica o entendimento errôneo que considerava doença as práticas homossexuais, reafirmando a possibilidade de se exercer os direitos inerentes a personalidade de forma livre com que merece um cidadão brasileiro.

Ainda no âmbito jurídico, o Conselho Pleno Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB no ano de 2019, por meio de decisão unânime, entendeu que as pessoas condenadas por agressões a pessoas LGBTs em razão de identidade e expressão de gênero ou por orientação sexual, não poderão integrar o quadro de aprovados no exame da ordem, tal entendimento resultou na Súmula nº 11/2019/COP.

O Supremo Tribunal Federal - STF, em face do julgamento dos processos ADO 26 e MI 4733, que teve início em 13 de fevereiro de 2019 e retomou na quinta-feira dia 23 de maio, fomentou a discussão sobre os altos índices de violência contra essas minorias, criminalizando a homofobia, ganhando esta o mesmo tratamento do crime de racismo (Lei nº 7716/89), sendo imprescritível e inafiançável, com pena de um a cinco anos de prisão e em alguns casos cumulados com multa. A omissão de legislação sobre a matéria por parte do Congresso Nacional é causa de uma esdrúxula inconstitucional ofensa e negação ao verdadeiro sentido de justiça.

MATERIAL E MÉTODOS

Trata-se de uma pesquisa qualitativa. Na visão de Arilda Schmidt (1995, p.21), esse tipo de pesquisa ocupa um reconhecido lugar entre as várias possibilidades, de se estudar os fenômenos que, envolveram os seres humanos e suas intrincadas relações sociais, estabelecidas em diversos ambientes. Essa pesquisa promove o melhor conhecimento e compreensão de um determinado fenômeno, devendo ser analisado numa perspectiva integrada. Possui o caráter exploratório, onde o pesquisador comprova e analisa o seu conhecimento por meio de estudos que versam sobre o tema, objeto ou conceito em análise.

Para essa proposta de estudo, foi selecionada a população/amostra dos membros da comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis) no âmbito brasileiro, de modo que, não é objetivo do presente versar sobre os traços individuais de cada ser que integra a comunidade, mas sim, analisar de forma lato sensu os fatores que acabam por desafiar a efetivação plena de direitos em face dessas pessoas.

Na confecção do estudo foram incluídos apenas assuntos pertinentes em relação ao objetivo central da pesquisa, que versassem no seu conteúdo sobre a historicidade de lutas desencadeada por parte desse segmento social. Dentre os critérios, primou-se por materiais produzidos cientificamente e redigidos no idioma português.

No que concerne aos critérios de exclusão não foram recepcionados materiais como artigos, livros, cartas e notícias que não fossem pertinentes com a problemática aqui defendida, que estivessem fora de contexto social, em idiomas diferentes do citado acima ou que não tivessem uma relação harmônica com a temática do estudo aqui desenvolvido.

Quanto aos instrumentos e procedimento de coleta de dados foram feitos estudos preliminares sobre a temática em análise, selecionando materiais como: artigos científicos, documentos bibliográficos, livros didáticos, entrevistas, jornais, cartas, notícias, rodas de conversas, documentários, que se encontravam impressos ou em plataformas digitais.

A seleção foi pautada em absorver materiais que tenham relação com o assunto, abordando questões específicas que promovessem a absorção de informações e o acúmulo de conhecimento sobre o que estava sendo exposto.

Assim, após a coleta de informações encontradas nos materiais que ofertaram suporte, estas foram analisadas qualitativamente, por meio de recortes das falas dos autores, escritores e entrevistados, para que assim fossem discutidos de forma sucinta acerca do que foi encontrado nas bases de pesquisa, fazendo um diálogo de informações, para que as mesmas mantenham relação harmônica de forma coerente e concisa.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O EMBATE ENTRE O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E OS LIMITES ÉTICOS ENCONTRADOS ATUALMENTE NO BRASIL

Para situarmos o debate acerca da incoerência entre o princípio da autonomia da vontade e os limites éticos fez-se necessário uma análise entre ambos os parâmetros supracitados, pontuando as dificuldades enfrentadas para a sua aplicação, os avanços e transformações

ocorridos no processo assecuratório de direitos e a receptividade da sociedade em face dessa maior seguridade. Analisou-se as aludidas modificações, tanto na norma em si, quanto na vida dos indivíduos abarcadas pôr a mesma.

Só assim, chegamos a compreender como ocorre essa relação entre, os destinatários beneficiados com a proteção jurídica que se reforça por força das novas positavações surgidas ao longo do contexto histórico, o posicionamento dos órgãos responsáveis por aplicá-las, bem como o tratamento da sociedade, tendo em vista a necessidade e viabilidade de se levantar um posicionamento crítico e embasado, pontuando possibilidades de adequação, além de fornecer fatores que visem contribuir de forma positiva para a obtenção de resultados mais eficazes.

Não querendo repetir o óbvio, mas é notório que a realidade do nosso país é marcada por desigualdades sociais em todos os seus aspectos, sendo preconizada a individualização, a inversão de valores, o consumismo, e assim acaba-se por supervalorizar algumas condutas e ser omisso em relação as questões sociais, não tratando-as com a devida atenção.

É inegável que os avanços jurídicos no que concernem a melhor assegurar a efetivação e o respeito do princípio da autonomia da vontade para com a comunidade LGBT, que constitui o nosso objeto de estudo, é plausível e merece ser enaltecido, recebendo todo mérito e reconhecimento.

Porém, ao falarmos de limites éticos, não só no âmbito profissional, mas no respeito individual com o outro, respeitando o poder decisório de cada indivíduo no seio social, conseguimos estabelecer uma limitação satisfatória? Ou se comportamos de modo superficial e preconceituoso? Desenvolvemos condutas de aversão em relação ao outro ou em face de suas escolhas?

É sabido, que membros com uma orientação sexual diversa da heterossexualidade são submetidos a comentários ou julgamentos árdios mesmo que de forma pormenorizada, interiorizada. Passam a ser vistos de forma diferenciada, discriminada e são rotulados, taxados como pessoas que ameaçam a segurança dos valores das famílias conservadoras, tradicionais.

Nesse contexto, configura-se a carência de um acompanhamento personificado, exigindo a intrínseca relação e participação ativa de todos os órgãos responsáveis por essa demanda, garantindo por meio da promoção social, a manutenção e fortalecimento dos mecanismos asseguradores dos direitos inerentes a cada ser humano buscando inseri-los dignamente na sociedade.

Compreende-se que as atuações estatais e do judiciário se voltam cada vez mais para atender as inúmeras necessidades das pessoas, fornecendo aos cidadãos, o respeito e a dignidade de que são dignos, permitindo a esses a proteção do direito à vida. Em consonância com essa

visão, é notório que tais ações ao contrário do que se propunha antigamente, não devem ser voltadas com vistas a atender as necessidades apenas de alguns segmentos sociais, mas em sentido amplo e geral, ofertando suporte as necessidades por meio de mecanismos mais eficazes.

Nesse cenário, os direitos e a forma individual de qualquer ser social quando não causar lesão à bem jurídico de outrem, deve ser mantido, partindo da premissa que os mesmos são dotados de diversas capacidades que devem ser respeitadas e reconhecidas pelo judiciário e a sociedade em geral. Desta feita, encontra-se justificada a preocupação em fomentar discussões que visem contribuir para efetivação e concretude de diversas garantias que são inerentes ao ser humano, dentre eles, a autonomia, a convivência social e qualquer outro que possibilitem o seu desenvolvimento intelectual enquanto pessoa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se deu por meio do desenvolvimento de uma análise crítica, com vistas a uma exploração, na busca de se obter o conhecimento da realidade dos membros da comunidade LGBT, dando ênfase para a importância e a relevância da atenção por parte da sociedade para esse segmento social.

Conclui-se no tocante aos objetivos propostos que todo o avanço no campo jurídico, social e histórico em face dessas pessoas, além das ações que visam constantemente reafirmar e possibilitar o exercício desses direitos, a exemplo, as políticas públicas, são importantes coadjuvantes que visam contribuir no desenvolvimento pleno de cada indivíduo, os quais mediante fatores abordados no decorrer da construção desse trabalho, influenciaram para que fosse construída uma visão preconceituosa, discriminatória e marginalizada, acabando por desenvolver a exclusão social destes do nosso meio.

O estudo debruçou-se sobre todos os membros da comunidade LGBT, não de forma individualizada, mas em um sentido amplo, que se propõe, não a analisar cada indivíduo em face da problemática aqui apontada, mas o movimento, a comunidade, em lato sensu.

Ressalte-se a importância de elaboração desse trabalho, o qual desenvolve a análise de uma temática relevante, que merece uma abordagem desse porte, sendo realmente necessário um olhar aguçado para o que é colocado a nossa frente. Deve haver o reconhecimento da responsabilidade de todos, como responsáveis por assegurar que pessoas com orientação sexual, ou qualquer outra “característica” que os diferenciem dos árduos padrões impostos pela sociedade capitalista, possam se desenvolver de forma segura e saudável no âmbito social.

Espera-se ainda que essa pesquisa possa contribuir de forma positiva para que outros estudos se desenvolvam nessa mesma perspectiva.

Dessa forma, para se realizar esse estudo, foi necessário recorrer a todo processo histórico desenvolvido ao longo da evolução social, destacando as formas de repressão da questão social, até se situar frente as diferentes dinâmicas que foram se formando para assegurar a proteção dos membros da comunidade LGBT, discute-se ainda sobre o percurso jurídico após a promulgação da Carta Magna de 1988 e as posteriores legislações que impulsionaram para efetivação e fortalecimento desse sistema de proteção e garantias de direitos. No decorrer da pesquisa foram estabelecidas relações com outros estudos, visando coletar dados, que entraram em consonância com a intencionalidade dos objetivos propostos.

Conclui-se da pesquisa, que embora meio conturbados ainda devido a esse histórico repressivo, membros da comunidade LGBT, podem se sentirem incluídos socialmente, conseguindo de certa forma vislumbrar as oportunidades e mudanças, consolidando a potencialidade do princípio da autonomia da vontade como um meio de transformação individual e social, figurando como importantes coadjuvantes no processo de respeito ao limites éticos.

Por fim, enaltece que toda a sociedade, mas precisamente o Estado, possam colocar os “óculos da humanidade” e desenvolver outros meios e mecanismos que possibilitem cada vez mais os avanços e eficácia dos direitos inerentes a personalidade e cada ser humano, e que acima de tudo promovam cada vez mais a inclusão social e a seguridade dos direitos que esse grupo detém.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL, Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, *Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL, Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, *Código Civil de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 17 out. 2019

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006 - (Criminaliza a homofobia)**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em: 19 outubro. 2019.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. Relatório: textos temáticos, vol. 2. Brasília, CNV, 2014.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal - STF** - Pleno - ADI 4277/DF e ADPF132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, decisão 4 e 5 de maio de 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal - STF** - RE477554/MG - Rel. Min. Celso de Mello, DJe3-8-2011.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos Sociais no início do século XXI**: antigos e novos atores sociais. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

GREEN, James Naylor. *Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX*. São Paulo, Unesp, 2000 [1999].

GREEN. N.; QUINALHA, Renan (Orgs.) *Ditadura e homossexualidades – repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: EDUFSCar, 2014.

GREEN. O grupo Somos, a esquerda e a resistência à ditadura. In: GREEN, James; QUINALHA, Renan (org.). *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e busca da verdade*. São Paulo, EdUFSCar, 2014, pp.177-200.

OLIVEIRA, Diego Abdalla de. *A Luta Pela Dignidade Na União Homoafetiva*. 2001. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/11.pdf> . Acesso em: 22 out. 2019.

SDH. **Relatório Sobre Violência Homofóbica No Brasil: Ano De 2012**. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violenciahomofobica-ano-2012>. Acesso em: 10 de out. 2019.

SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris**: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

AUTONOMIA DA VONTADE E A DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO EM MEIO ÀS LIMITAÇÕES LEGAIS

FERNANDES, Joseph Ranger Anacleto
OLIVEIRA, Maria Marla Fernandes
MORAIS, Rauany Soares de

RESUMO

Este artigo discorrerá sobre a autonomia da vontade em meio aos limites impostos perante os direitos e fundamentos constitucionais, civis e bioéticos, em relação ao uso e disposição do próprio corpo, com respaldo nos direitos personalíssimos e as limitações impostas perante o Estado, como forma de coibição e proteção a humanidade, bem como a Dignidade da Pessoa Humana.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia da vontade; Direitos Personalíssimo; Limitação do Estado.

ABSTRACT

In this article we will discuss the autonomy of the will within the limits imposed by the constitutional, civil and bioethical rights and foundations, in relation to the use and disposition of the body itself, supported by the very personal rights and the limitations imposed before the State, as a means of restraint and protection of humanity as well as the dignity of the human person.

KEYWORDS: Autonomy of the will; Most Personal Rights; State Limitation.

INTRODUÇÃO

A sociedade, com o passar do tempo, ganhou diferentes formas resignando seus conceitos, preceitos e tecnologias; e, conseqüentemente, mudou assim sua percepção sobre moral, bons costumes, visões éticas e científicas. Durante tal evolução, os grandes ramos das ciências se remodelaram e adaptaram a sociedade as suas novas descobertas e meios de condutas, como se pode notar em áreas como a Medicina e o Direito.

¹ Maria Marla Fernandes Oliveira Graduada em Direito, na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras Cajazeiras-PB.

² Rauany Soares de Moraes Graduada em Direito, na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras Cajazeiras-PB.

³ Joseph Ranger Anacleto Fernandes, professor, advogado, mestre pela Universidade Federal de Campina Grande- UFCG.

Diante do grande desenvolvimento das ciências médicas, em meio aos avanços das pesquisas tecnológicas, surgem questionamentos que se preocupam com o desenvolvimento humano consciente e responsável e evitam o uso de tais progressos de forma descontrolada e inconsequente. Por isso, recorre-se à Bioética e ao Biodireito para mediar os conflitos entre ética e ciência.

Dentre tais avanços, são elencados os estudos do DNA, como o projeto Genoma Humano; a liberação de transplante para desenvolvimento de pesquisas com células-tronco; procedimentos experimentais; clonagem de animais; descoberta de vacinas; síntese do colesterol; entre outros.

Segundo o artigo 4º da Declaração Universal Sobre Bioética e Direito Humanos

Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, devem ser maximizados os efeitos benéficos diretos e indiretos para os doentes, os participantes em investigações se os outros indivíduos envolvidos, e deve ser minimizado qualquer efeito nocivo susceptível de afetar esses indivíduos (UNESCO, 2006).

Necessita-se sempre propiciar os benefícios, minimizar eventuais riscos bem como deixar cientes os indivíduos de todos os procedimentos a serem expostos.

Em preceitos Constitucionais, éticos e humanos, após o fim da Segunda Guerra Mundial, teve como grande marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tomando como referência o princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana, o qual é entrelaçado em todo o ordenamento jurídico democrático de direito; regendo assim todos os ramos sociojurídicos.

Neste artigo se desenvolverá um debate sobre a autonomia da vontade em meio aos limites impostos perante os direitos e fundamentos constitucionais, civis e bioéticos, em relação ao uso e disposição do próprio corpo. Então será se você é dono de si, podendo então usar, gozar e dispor do seu próprio corpo?

MATERIAL E MÉTODOS

O presente artigo tem caráter eminentemente bibliográfico, com arcabouço literário preceituado nas pesquisas em bancos de dados institucionais e acadêmicos, a exemplo do Google Acadêmico e da plataforma Scielo, com o uso das palavras chaves Direito Personalíssimo, Autonomia da Vontade e Corpo. Bem como o uso dos materiais literários

clássicos, referenciais da legislação brasileira, com o intuito da busca pelas informações necessárias para o bom desempenho e desenvolvimento do trabalho.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

A palavra personalidade tem sua etimologia dos termos Latins *personalitas*, *personalis*, que significa “relativo a uma pessoa” e de *persona* “ ser humano”, o dicionário Aurélio traz o significado de personalidade como sendo as características próprias e particulares que definem moralmente uma pessoa, tais traços sejam próprios ou distintos que sirvam para diferenciar algo ou alguém de outra coisa e pessoa.

Para psicologia, é um estado que é construído, em meio aos modos de desenvolvimento familiar, do ciclo social, bem como fatores internos de cada indivíduo, formando assim a personalidade humana individual, que irá impor as formas de conduta de cada indivíduo.

Juridicamente, a pessoa natural adquire personalidade jurídica mediante nascimento com vida, contraindo assim direitos e obrigações no ordenamento civil, em preceito a teoria natalista, que vem expressa no art, 2º, primeira parte, do Código Civil de 2002 “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida;”. É importante frisar que não se pode confundir personalidade jurídica com capacidade de fato, essa está correlacionada com a aptidão para o exercício de atos na vida civil por si só. A capacidade de gozo é inerente a todo ser, a junção de ambas integra então a capacidade plena (gozo + aptidão).

A Constituição Cidadã de 1988 comunga em seu texto de direitos e garantias fundamentais, discorrendo ao longo de seus artigos sobre: dignidade, liberdade, igualdade, sem distinção por raça, cor, gênero, origem ou etnia, bem como as *cláusulas pétreas* intituladas ao longo do art. 5º, devendo o Direito de Personalidade ser analisado com base em interpretações não só no âmbito do Direito Civil, mas uma interpretação civil-constitucional, utilizando a perspectiva integrativa entre os sistemas, com técnicas hermenêuticas de interpretação.

O Código Civil de 2002 trouxe um grande avanço perante os direitos personalíssimos, dispostos do artigo 11 ao 21, ambos do mesmo Código. Doutrinariamente tais direitos subjetivos inerentes ao ser humano, que compõem a moral e psique.

Segundo Maria Helena Diniz, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (apud Tartuci, pág. 106 e 107).

os direitos de personalidade são:

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística, e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social)”
Consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

Maria Helena Diniz ainda aduz que tais direitos são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.

Flávio Tartuci em sua obra Manual de Direito Civil, pág.153, pontua que a personalidade está dividida em cinco blocos, sendo eles: direito a vida e integridade físico-psíquica, direito de imagem subclassificada em imagem-retrato e imagem-atributo, o direito a honra subdividida em honra objetiva e subjetiva, e o direito ao nome social e jurídico e a intimidade.

Organização do Código Civil de 2002:

- Direito ao corpo vivo ou morto arts. 13 a 15;
- Direito ao nome arts. 16 a 19;
- Direito a imagem art. 20;
- Direito a privacidade art. 21.

O direito ao nome está preceituado no art. 16 do CC “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”, onde o prenome é propriamente o nome do indivíduo, o sobrenome é utilizado para identificação do vínculo familiar. Vale salientar que frente ao direito ao uso do nome, um grande progresso foi mediante o uso do nome social por partes das pessoas transsexuais e travestis, o Decreto Nº 8.727, de Abril de 2016, **trouxo em seu artigo 1º a disposição sobre o uso do nome social, em âmbito administrativo, como se observa abaixo:**

Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se:

I – nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida

Em cartilha lançada pelo Ministério de Desenvolvimento Social e Agrário, com a titulação “Garantia da utilização do nome social para as pessoas travestis e transsexuais”, em sua página 04, preceitua que o nome social deve constar em todos os registros de sistema de informação e cadastro, devendo ainda ser acompanhado do nome civil. Tal conquista é de extrema importância pelo fato vir em encontro aos ensejos intitulados e buscados por tais pessoas, respeitando assim os princípios constitucionais, a Dignidade da Pessoa Humana e o princípio civil da busca pela felicidade.

DIREITOS SOBRE O CORPO E AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade é o princípio norteador do direito privado por se tratar das relações entre os seus pares. Segundo o dicionário Aurélio, capacidade é a capacidade individual de escolher ou desejar aquilo que bem entende, tendo o indivíduo a faculdade de fazer ou não fazer determinadas ações. Já a vontade é a aptidão ou competência para gerir sua própria vida, valendo-se de seus próprios meios, vontades e/ou princípios. Podendo assim aduzir que o princípio da autonomia da vontade se interpreta em meio a liberdade individual de cada pessoa para reger sua vida privada, dispondo acerca de suas decisões como bem entender, ou achar melhor pra si.

O Código Civil de 2002 em meio aos artigos 13, 14 e 15, traz aos longo de tais dispositivos a discussão sobre a disposição do corpo:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

É imprescindível discorrer sobre alguns pontos importantes que são resguardados mediante os artigos supracitados, a exemplo desses incorrer a disposição do corpo para a prostituição, bem como a cirurgia de transgenitalização e a doação de órgãos e tecidos.

O Código de Ética Médico dispõem sobre a relação médico paciente, vedando em seu artigo 31 a conduta de “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”, devendo sempre ser respeitado o direito do paciente em meio ao tratamento a ser utilizado. Da mesma forma devem preceituar suas condutas nos princípios bioéticos da Autonomia, Não-Maleficência, Beneficência, Justiça e Equidade.

Prostituição

No Estado brasileiro não há a incoerência de nenhuma lei ou proibição do próprio corpo quanto a prática da atividade sexual quando praticada de livre e espontânea vontade. Incorre a vedação penal explícita aquele que mediante a prostituição alheia, auferi lucro mediante torpeza alheia, vulgarmente conhecido este como “cafetão ou cafetina” a depender do sexo do agente.

Os artigos 229 e 230 do Código Penal vigente trazem os crimes de casa de prostituição e rufianismo:

Casa de prostituição

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Rufianismo

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Transplante de órgãos e tecidos

Outra temática que merece respaldo é a doação de órgãos e tecidos humanos. Segundo Maria Helena Diniz, transplante é amputação ou ablação do órgão que possui função própria em um organismo e que será inserido em outrem para exercer funções idênticas. Tal disposição tem amparo legal na Lei nº9434/1997, a legislação permite a doação desde que feita de forma gratuita, sendo realizado o transplante mediante prévia autorização do órgão de gestão do SUS, podendo ser efetuado em estabelecimentos de saúde público ou privado, onde o doador pode estar ainda em vida ou *post mortem*.

A doação *post mortem* depende de autorização dos familiares do falecido, além da morte encefálica, precedida de constatação e registro de ao menos dois médicos que não integrem a equipe médica responsável pela remoção e transplante do órgão ou tecido. Vale ressaltar, que a lei não dispõe sobre a doação de sangue, espermatozoides e óvulos e veda ainda a remoção de órgãos de pessoa não identificada. O doador vivo poderá dispor de parte de seu corpo desde que

gratuitamente e sem que ponha sua vida em risco, ou seja, não comprometa sua integridade física. Devendo ele ser capaz

O Governo ainda fornece no site oficial do Ministério da Saúde algumas disposições sobre a efetuação do transplante, tipo quais órgãos e tecidos podem ser adquiridos do doador não vivo, sendo permitida a disposição de órgãos como rins, coração, pulmão, pâncreas, fígado e intestino e dos tecidos: córneas, válvulas, ossos, músculos, tendões, pele, veias e artérias. Já o doador vivo só poderá dispor de um dos rins, parte do fígado, parte da medula e parte dos pulmões.

O artigo 199, § 4º da Constituição Federal de 1988 veda qualquer tipo de comercialização de órgãos ou tecidos, bem como regula as condições e requisitos que facilitem tal ato. A Lei nº9434/1997 aduz no capítulo as sanções penais e administrativas impostas.

Post mortem

De acordo com o código civil brasileiro, como supracitado, a personalidade se inicia após o nascimento com a vida do indivíduo e encerra-se com sua morte, como relata o artigo 6º do CC. Constatada a morte da pessoa natural, desaparecem, em regra, os direitos e obrigações personalíssimos, ao passo que esses direitos são transmitidos a seus sucessores.

Os referidos direitos são assumidos pela tradição como: “[...] direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. Assim, enquanto tais, o titular de um direito deteria o poder de agir em garantia de bens que compõem a “essência de sua personalidade”.

Assim como o direito à vida e ao próprio corpo, a personalidade jurídica termina com a morte, ou seja, com ela extinguem-se todos os direitos e deveres que lhe são inerentes, inclusive os direitos da personalidade. Além do mais, diz-se, comumente, que os direitos da personalidade não admitem transferência, só podendo ser exercidos por seu titular.

Por várias vezes, todavia, o ordenamento protege o que aparenta ser uma “continuidade da personalidade do morto”. Assim, o parágrafo único do art. 12 do Código Civil brasileiro descreve:

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.

Ainda quanto à honra e imagem do morto, especificamente, o parágrafo único do art. 20 do CC expressa:

Art.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 destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

As hipóteses em que podem ocorrer o desrespeito ao Direito à honra *post mortem* são muitas, e, evidentemente, não são possíveis que se tratem de todas neste artigo. O direito à honra *post mortem* só passa a existir, como diz seu próprio nome, após a morte.

Uma conduta recorrente na sociedade atual que propicia um desafio à boa aplicação do direito, é observada nos leitos de morte, onde se fotografa, em pleno velório, o morto e/ou sua família a fim de que tais imagens se espalhem nas redes sociais, apesar de não haver direito da personalidade do morto, existe tutela jurídica dos direitos da personalidade da pessoa morta. É uma tutela reconhecida ao cônjuge/companheiro, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Nesse caso, os parentes estarão em juízo pedindo em nome próprio, direito próprio, uma vez que foram lesados também (ainda que indiretamente).

CONCLUSÃO

Conforme todo o exposto, pode-se observar que não dispomos do nosso próprio corpo como bem queremos e pretendemos, sendo resguardados limites legais e em nome dos bons costumes sociais de cada localidade. Mesmo a autonomia da vontade sendo princípio basilar do todo âmbito privado. Nota-se então que nenhum princípio por mais importante será perpetuamente absoluto.

Portanto podemos observar que de acordo com o Código Civil e Constituição Federal é direito da pessoa humana os direitos à personalidade, uma vez que estes são valores fundamentais no seio da sociedade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed., p. 250. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BRASIL. **Código Civil** de 2002. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal** de 1988, Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2019

BRASIL. **PLANALTO, Lei Nº 9434/1997**_Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm_. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. **PLANALTO. DECRETO Nº 8.727, DE 28 DE ABRIL DE 2016**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **MINISTÉRIO DA SAÚDE**. Transplante de órgãos e tecidos Disponível em:
<http://bvsmms.saude.gov.br/dicas-em-saude/2100-transplante-de-orgaos-e-tecidos>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro** de 1940. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 /– Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

DICIONÁRIO AURÉLIO Disponível em: <https://www.dicio.com.br/aurelio-2/> Acesso em: 26 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005

FACHIN, Luiz Edson e GONÇALVES Marcos Alberto Rocha. **Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação**. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242941/000939980.pdf?sequence=3>. Acesso em: 24 out. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 1 : parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Bibliografia. 1. Direito civil 2. Direito civil - Brasil I. Título. CDU-347(81)

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4>. Acesso em: 24 out. 2019.

ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/>. Acesso em: 24 out. 2019.

ODILE NOGUEIRA UGARTE; MARCUS ANDRÉ ACIOLY. *O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso...* Disponível em: file:///C:/Users/Budra/Downloads/pt_0100-6991-rcbc-41-05-00374.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.

PERDIGÃO, José de Azevedo . **O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil.** Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B33084DF8-84BA-4DAD-806E-830BD73CDD77%7D.pdf>. Acesso em: 24 out. 2019.

PUC RIO. Direitos da personalidade e autonomia privada. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18434/18434_4.PDF. Acesso em: 24 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Os direitos da personalidade no novo Código Civil.* Jus Navigandi, Teresina, Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7590>. Acesso em: 24 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único/Flávio Tartuce: 6. Ed: ver. Atual e ampl.-* Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: METODO,2016. PDF.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva, *Iniciação na Ciência do Direito*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2006

UNESCO. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180>. Acesso em: 24 out. 2019.

VIOLAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM EM DETRIMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Edigley Cardoso Ferreira Júnior ¹

Yanna Myrtes Alves de Souza ²

Josenildo Alves Formiga ³

RESUMO

O direito à imagem e o direito à informação são direitos inerentes a pessoa humana e estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Porém, em certos momentos, esses dois direitos entram em “choque” e um precisa preponderar sobre o outro, e o que estiver mais próximo do princípio da dignidade da pessoa humana irá se sobressair. O presente trabalho traz, portanto, um levantamento sobre possíveis conflitos envolvendo direitos fundamentais, bem como embasamentos jurídicos e doutrinários acerca da evolução histórica dos mesmos e sua influência no mundo contemporâneo. Referenciando-se ainda, que o mesmo tem como objetivo principal enfocar os principais conflitos entre o direito a imagem e o direito à informação, e que se apoiou na pesquisa exploratória para embasar o tema supracitado.

Palavras-chave: Direito à imagem. Direito à informação. Ponderação dos Interesses. Código Civil. Danos Morais.

ABSTRACT

The right to image and the right to information are rights inherent to the human person and are provided in Article 5th of the Federal Constitution of 1988. Although these two rights at certain stages which contradict and one needs to weight the other, and what is closest to the principle of human dignity will stand out. Therefore, this paper presents a survey about potencial conflicts involving fundamental rights. As well as legal and doctrinal foundations about their historical evolution and their influence on the contemporary world. Referring also, which has the same main objective, to focus on the main conflicts between the right to image and the right to information, that was based on exploratory research to support the above theme.

Keywords: Right to image. Right to information. Weighting of interests. Civil Code. Moral damages.

¹ Graduando em Direito na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC.

² Graduanda em Direito na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC.

³ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras, Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras, Mestrando em Sistemas Agroindustriais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Advogado OAB-PB nº 18.697, Diretor-geral da Escola Superior da Advocacia da OAB Seccional Paraíba (ESA-PB) - Núcleo de Cajazeiras - PB (2016-2018), Coordenador da Comissão Própria de Avaliação (CPA) da FAFIC e Professor da Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras (FAFIC).

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira a qual está inserida no século XXI passou por vários momentos históricos até chegar à Constituição da República Federativa do Brasil (1988), instrumento esse que garantiu diversos direitos a todos os cidadãos brasileiros ou a estrangeiros que residam nele. Os direitos fundamentais que são estão sendo tema deste respectivo artigo é de suma importância para toda a coletividade, uma vez que a partir do direito a informação outros direitos são assegurados como por exemplo o da saúde, educação, moradia, entre outros.

O direito à imagem, por sua vez, não fica para trás, pois é importantíssimo para a configuração do direito a personalidade de cada indivíduo. A imagem está vinculada diretamente a honra objetiva e subjetiva do indivíduo, e a sua intimidade, sendo esta considerada como um direito inviolável. Muito se comenta sobre o fim da personalidade de cada indivíduo, que dar-se-á com a morte, mas o direito a imagem é um direito *post-mortem* e deve ser sempre garantido, mesmo que este não esteja mais no convívio social, pois fere a honra de sua família, sendo esta a parte legitimada para exercer tal direito, conforme será verificado ao longo do trabalho. Portanto, é notório que esse conflito de direitos fundamentais deve ser suscitado uma vez que são direitos indispensáveis e que todos os indivíduos necessitam deles.

MATERIAIS E MÉTODOS

O respectivo artigo é fundamentado de acordo com a pesquisa exploratória, qualitativa e bibliográfica. Baseando-se ainda, no método dedutivo o qual parte do geral para uma análise mais específica. Salienta-se, que o trabalho foi revisado através da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), e do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), Doutrinas predominantes sobre o respectivo tema e em decisões jurisprudenciais.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais apresentam-se de maneira obstante ao poder do Estado, ou seja, estabelece limites ao poder político, salvaguardando direitos basilares para o homem. É através de tais direitos que o cidadão encontra sua garantia de defesa contra o poder delegado pelo povo aos seus representantes.

A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-se em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; da nacionalidade; dos direitos políticos e partidos políticos. Essas são as cinco espécies introduzidas no Título II, que o legislador constituinte, classificou como direitos e garantias fundamentais.

Dos direitos individuais e coletivos

A primeira geração/dimensão de direitos, foi marcada pela passagem de um Estado autoritário para o Estado descentralizador, caracterizando esse momento pela conquista das liberdades individuais. Tendo como origem a Carta Magna de 1215, a *Bill of Rights* de 1689 e, por fim a Declaração da Independência dos Estados Unidos de 1776.

Essa primeira geração abrangeu as liberdades individuais públicas, bem como direitos civis e políticos, concretizando principalmente o preço da verdadeira liberdade. Sendo direitos oponíveis ao Estado, constituindo, assim a uma gama de direitos protetores em defesa da soberania do Estado.

O significado basilar dos direitos individuais e coletivos é assegurar a sociedade uma existência digna, oferecendo a população condições de possuir um desenvolvimento adequado para o quadro social. Dessa forma, sabendo o Estado, que possui limites e deve respeitar os direitos individuais e coletivos em quaisquer circunstâncias, construindo assim, uma sociedade justa e atenciosa. Dentre inúmeros direitos faz-se necessário comentar sobre alguns.

Direito à Vida

Segundo o renomado doutrinador Walber de Moura Agra, a vida do ser humano inicia-se com o nascimento com vida e se prolonga até que ocorra morte cerebral. Sendo o bem mais importante do ordenamento jurídico, é assegurado a todos os cidadãos a sua integridade física e psíquica, vedando-se o tratamento degradante, ou seja, toda e qualquer situação que coloque o homem abaixo da sua condição de ser humano.

O direito à vida abrange, em decorrência, os direitos da personalidade. Tais direitos são tidos como prerrogativas mínimas para que o indivíduo tenha, ao menos como sobreviver. Como exemplo, podemos citar, o direito à dignidade da pessoa humana, à privacidade, à integridade física e moral, dentre outros.

Direito à Liberdade

Dentre tantos direitos, faz-se destacar o direito à liberdade. Que dentro do ponto de vista normativo, é entendido como a prática, por qualquer cidadão, de atos que não são vedados em lei. Logo, aquele comportamento lícito, é entendido como toda e qualquer forma de liberdade. O direito à liberdade foi o núcleo geral, que ligou todos os outros direitos à liberdade, tais como: a religiosa; de expressão; de pensamento e à propriedade.

A liberdade de pensamento, é considerada como um direito primário, do qual gera outras prerrogativas, como a liberdade de expressão, de crença, dentre outros. Permitindo que o cidadão seja livre, para pensar tudo aquilo que se armazena no seu intelecto humano, podendo ele, exterioriza-lo ou não, mas quando fora da esfera mental essa liberdade sofre restrições. Como estímulo de proteção ao direito de pensamento, veio a ser protegido também, o direito ao acesso à informação.

Direito à Intimidade

O direito a intimidade diz respeito ao espaço individual do cidadão, aquela esfera que é particular, não pertencendo a mais ninguém. Quando o cidadão vier a ser importunado em sua intimidade, sem que dela, tenha sido permitido, poderá buscar uma ação indenizatória, para não permanecer com o seu direito violado.

DOS DIREITOS SOCIAIS

Alexandre de Moraes aduzia que, o surgimento dos direitos sociais (direitos de segunda geração), foi impulsionado pela Revolução industrial europeia do século XIX. Advindos das péssimas condições de trabalho, emergiu muitos movimentos que buscavam incessantemente reivindicações trabalhistas.

No decorrer da história, várias lutas foram travadas em prol de que fossem alcançadas melhorias para as condições nas quais os cidadãos ficavam expostos. A Constituição do México, datada em 1917; a Constituição Brasileira, 1934; a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, são os frutos que deram o “pontapé” inicial, para que os direitos fundamentais sociais fossem garantidos e respeitados. O artigo 6º da Constituição Federal de 1988, encontra-se consagrado os direitos fundamentais sociais.

Alexandre de Moraes (2013) define os direitos sociais da seguinte forma:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Dessa forma, entende-se que além dos direitos sociais atentarem para às necessidades individuais do homem, no coletivo acaba por atingir a toda sociedade que anseia por garantias mínimas imprescindíveis para o desenvolvimento social do cidadão. A Constituição Federal de 1988, possuindo o preceito de aplicabilidade imediata de direitos fundamentais, surgiu para tentar resolver a crise de observância e execução dos direitos de segunda geração.

DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (GERAÇÃO DE DIREITOS)

Os direitos e garantias fundamentais passaram por um processo de evolução durante alguns séculos, conhecido como gerações ou dimensões de direitos. A primeira geração, brevemente explanada anteriormente, foi a que buscou incessantemente a mudança em relação ao absolutismo monárquico, para a liberdade pública e aos direitos políticos de cada cidadão.

Já a segunda dimensão, foi caracterizada pela militância em busca de melhores condições de trabalho, devido as péssimas situações as quais, grande parcela da sociedade era posta a trabalhar para garantir o seu sustento e o da sua família. Eclodiu de modo que houve a fixação de direitos sociais em diferentes constituições, garantindo o necessário para que fossem atendidas todas as reivindicações.

A terceira geração foi marcada pela alteração da sociedade, por grandes mudanças, o fenômeno da globalização em si. As relações internacionais e nacionais tiveram profundas alterações acarretando novos problemas e novas preocupações, como, a preservação do meio ambiente e as dificuldades para proteção dos consumidores. O ser humano é inserido em uma coletividade, que só funciona em solidariedade para com os outros.

PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO DOS INTERESSES

Em uma sociedade pluralista a qual encontra-se no século XXI, é comum que haja conflitos de interesses e principalmente de direitos. Quando se menciona aquele ditado popular

no qual afirma que o direito do outro começa quando o seu termina, pois bem, isso é ponderação de interesses.

Salienta-se, portanto, que esse princípio irá colocar “na balança” aquilo que pesa mais, e como o tema em estudo é o direito de imagem em detrimento do direito de informação, deve-se então, ponderar o que é mais importante, se é divulgar alguma imagem que cause dano ou constrangimento a outrem que tenha o intuito de informar a sociedade sobre algum fato ou acontecimento, ou deixar a sociedade sem os mínimos detalhes do acontecimento porque fere justamente a dignidade de alguém.

O princípio da ponderação dos interesses está totalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este é intitulado por alguns doutrinadores e pesquisadores, como o princípio dos princípios, ou até mesmo como um “super princípio”. Isso quer mostrar que o interesse que deve ser ponderado, ou seja, resguardado, é aquele que mais se aproxima da dignidade da pessoa humana.

É comum acompanhar diariamente nos telejornais, sites e mais ainda nas redes sociais, imagens de acidentes automobilísticos que expõem as vítimas fatais ou não, deixando-as totalmente naturais e sem nenhum tipo de censura que vise pelo menos, minimizar as fortes imagens. Mas entra em jogo um outro questionamento: caso seja divulgada imagens de um cadáver que foi vítima de acidente e estas são divulgadas pela internet, aquele que registrou e divulgou as imagens terá alguma responsabilidade? Já que mortos não tem mais personalidade jurídica. – Sim, aquele que registrou e divulgou terá suas consequências. Embora o cadáver não tenha mais personalidade, a sua família tem, e esta poderá representá-lo quando se sentir prejudicada, já que no exemplo acima as imagens não tinham nenhuma característica científica. Valendo salientar ainda, que há quem entenda que essa conduta configura o crime de vilipêndio a cadáver que está descrito no artigo 212 do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940).

Essa relação entre o direito civil e o direito penal para tutelar algo, é chamado de diálogo das fontes, ou seja, quando dois ou mais ramos do direito se reúnem com o intuito de deliberar e resolver um determinado conflito.

DO DIREITO À IMAGEM

Após essa breve explicação, acerca dos direitos fundamentais, faz-se necessário focarmos nos direitos que embasam nossa pesquisa. Sabendo que nenhum direito é absoluto, torna-se bastante difícil para equilibrar tantos direitos fundamentais e encontrar um denominador comum para que sejam colocados em prática.

O direito de imagem, está previsto no artigo 5º, X e XXVIII, a da Constituição Federal de 1988, é um direito de personalidade, se trata da projeção da personalidade física da pessoa, incluindo traços fisionômicos, atitudes, gestos e entre outros (BRASIL, 1988). Portanto, aquele que usar de modo indevido e sem anuência do indivíduo, poderá ser processado por danos morais.

A imagem do indivíduo está diretamente ligada aos outros direitos da personalidade. Logo, basta que o agente se utilize da imagem não autorizada da pessoa, sem comprovação de provas, para que tenha uma aferição de eventual indenização.

O artigo 20 do Código Civil (2002), aponta que:

Art. 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.

O titular da imagem pode escolher como e onde pretende usar a sua representação externa e por isso pressupõe que o direito à privacidade e à intimidade é um dos fundamentos do direito à imagem. A vida privada também está intimamente ligada ao direito supracitado, ambos levam em consideração a autonomia da vontade.

O dano à imagem mais comum é aquele realizado com a divulgação comercial de fotos de determinados artistas sem que eles tenham consentido com a divulgação. O fato de ser uma pessoa pública não implica na possibilidade de seu direito ser violado pelo Estado ou por terceiros.

A súmula 403 do STJ, dispõe que independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Logo, não é necessário que tenha prova do prejuízo, basta que a imagem da pessoa tenha sido violada.

Direito à imagem na divulgação de cenas que envolvem o suicídio

É comum se deparar cotidianamente com imagens de pessoas que decidem tirar/aniquilar com sua própria vida, seja por um motivo ou por outro. Acontece que há entendimentos de que esta divulgação não tem nada a ver com prevenir que outras situações ocorram, mas sim, como uma forma de incentivar pessoas que já estão deprimidas a cometerem o mesmo fato, sendo este o posicionamento adotado pela OMS (Organização Mundial da

Saúde) salientando-se ainda, que não pode-se falar em “suicídio bem sucedido” mas sim em “suicídio consumado”, pois na verdade, o suicídio é um problema de saúde pública.

As reportagens jornalísticas não podem se valer de imagens deste tipo de ambiente, o que elas conter são dados estatísticos, aspectos culturais e clínicos que envolvem o tema. A Professora do curso de Jornalismo da UNI-BH e especialista em Direitos Humanos, diz o seguinte: “Noticiar os casos de forma sensacionalista não é legal e não traz benefício a ninguém. O suicídio é uma morte violenta e proposital; não um acidente.”

Percebe-se, portanto, que deve ser feitas campanhas publicitárias que tenham o enfoque em prevenir o suicídio e não de divulgar cenas destes, sendo destinadas para todos os segmentos da sociedade, com ênfase maior para os jovens que representam a maior parte dos casos de suicídio.

Direito à imagem dos mortos

Conforme dispõe os artigos 6º e 7º do Código Civil, o término da personalidade jurídica acontece com a morte, e tem como regra que a partir do momento da sua morte esse indivíduo perde os mecanismos de proteção envolvendo os direitos da personalidade (BRASIL, 2002).

Todavia, o artigo 12, parágrafo único do Código Civil, enfatiza que o morto pode sim sofrer violação aos direitos inerentes à sua personalidade, quais sejam: direito à honra, à privacidade e a imagem (BRASIL, 2002). Diante disto, o legitimado para pleitear por possíveis danos aos direitos inerentes dos mortos é a sua família, uma vez que o artigo 20, parágrafo único do referido Código Civil autoriza a família, cônjuge, os ascendentes ou descendentes: “Art. 20. [...] parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.” (BRASIL, 2002).

Uma ação de apelação cível de nº 0010458-31.2015.8.19.0007 proposta pela Empresa jornalística a voz da cidade de Barra Mansa LTDA ME, em face de Brenda Ashley Rocha de Magalhães, no Estado do Rio de Janeiro, mais precisamente na comarca da Barra Mansa, na Vara Cível, tinha como objetivo a retratação de um pedido de indenização por conta da divulgação de imagens do corpo ensanguentado do cônjuge de Brenda. Ela por sua vez alega ter direito a indenização de danos morais, tendo em vista a divulgação de imagens de uma pessoa morta e ensanguentada. A ação judicial inaugural foi proposta pela mesma, que alegou haver abuso de direito de informação com violação ao direito de imagem, valendo salientar ainda, que a fotografia era de caráter sensacionalista, exagerado e, portanto, desnecessário. A parte ré (do processo originário) alegou que divulgou as imagens apenas com o intuito de

informar a sociedade sobre o crime de assassinato que houvera ocorrido naquele dia narrado. Observa-se então que houve uma quebra de dever de cuidado por parte deste jornalista, e que as imagens vinculadas nos autos processuais foram consideradas como vexatórias, irrazoáveis e inúteis.

Quem também enfatiza sobre o direito da imagem é o Professor da PUC-RJ, Anderson Schreiber:

Assim, a veiculação televisiva da mesma imagem, retratando a dor e a comoção de certa pessoa envolvida em evento trágico, pode ser considerada lícita quando destinada a informar o público acerca do acontecimento, mas tida como ilícita ou abusiva quando tem por finalidade divulgar, a título de publicidade, a eficiência do próprio canal de televisão na colheita da notícia.

DIREITO À INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O acesso à informação é um direito fundamental previsto no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º, XXXIII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). E quanto a liberdade de expressão, a CF/88 garante a livre manifestação do pensamento e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. A DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos), que aconteceu em 1948 e que foi promulgada pela ONU (Organização das Nações Unidas) assegurou também esse direito fundamental.

O acesso à informação está totalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que uma sociedade interligada é uma sociedade informada, sendo que essas informações garantem até em alguns casos o direito a saúde, educação, moradia etc. Pense na situação em que estivesse acontecendo um mutirão de saúde coletiva em um determinado bairro de uma cidade e este mutirão não fosse divulgado para os demais bairros (aqueles periféricos), as pessoas que realmente necessitariam desses tratamentos perderiam suas consultas e ficariam à deriva. Outra situação que poderia ser citada sobre o direito a informação é que no Estado Democrático de Direito ao qual Brasil está inserido, é de suma importância que a população conheça os seus possíveis representantes antes de decidir em quem irão votar, pois são eles que irão exercer o poder por meio do povo, e as decisões serão tomadas diretamente por eles.

O que não pode e nem deve ocorrer, é a divulgação de informações falsas, as famosas *fake News* (que terá um parágrafo específico para tratar sobre elas) ou informações que ferem a dignidade da pessoa e a leva ao ridículo.

As *fake News*, embora que estejam em ascendência nos dias de hoje, segundo o dicionário Merriam-Webster, essa expressão é utilizada desde o século XIX. É importante salientar que o uso dessas informações falsas, traz grande transtorno a sociedade, tendo em vista o vasto alcance da internet e tecnologia, que por vezes podem ser altamente prejudiciais à coletividade quando trata-se dessas divulgações falsas. Portanto, o direito à informação é assegurado, mas quando estiver em choque o direito à informação e a veracidade, prevalecerá a veracidade dos fatos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, faz-se mister ressaltar a importância que os direitos fundamentais possuem para todos os indivíduos. Tratando-se dos direitos à imagem e da informação, podemos observar um grande embate entre esses dois direitos. O direito à informação, engloba o direito a liberdade de expressão e de pensamento, que são sem dúvida alguma de extrema importância. Já o direito da imagem, leva em consideração a intimidade e a honra de cada pessoa.

O princípio da ponderação dos interesses é o sopesar de dois direitos postos em balança, vencendo aquele que mais se aproximar da dignidade da pessoa humana. A fim de que, quando violada a honra, a imagem e a intimidade do cidadão em detrimento da informação, que seja ponderado e pesado pelo lado que prese a imagem do indivíduo que está tendo o seu direito violado. Pois não é cabível nem correto levar alguém ao constrangimento pelo simples fato do sensacionalismo exacerbado em busca de uma mera audiência entre as pessoas. E isso é constatado diariamente ao assistirmos jornais, ao lermos notícias em blogs, nas redes sociais e até mesmo, ao ouvir noticiários no rádio.

Refere-se ao rádio, pois também é um meio de informação que pode também utilizar de ferramentas que menospreze a imagem e a honra de alguém, mesmo que não seja possível vislumbrar essa violação através da imagem visual, mas sem dúvida alguma, as mensagens audiovisuais podem também, ferir o direito à imagem de um indivíduo.

Quando um ser humano é levado ao ridículo em toda sociedade, ele tem o seu psicológico abatido e muitas vezes pode levá-lo a cometer certos atos que não tem mais volta. É como se comparasse a um indivíduo que foi preso injustamente e que não tem ânimo para se

ressocializar com os demais, a imagem vincula totalmente a honra da pessoa, e uma vez essa maculada, terá danos e consequências para o resto da sua vida.

Ademais, é importante frisar que em ações cíveis que englobam questões sobre o direito a imagem, quando esta levar a vítima ao ridículo e que for constatado que na conduta houve ação, quebra de dever de cuidado, nexos de causalidade e dano a vítima, este poderá ser responsabilizado civilmente por indenização de danos morais (ou outras penalidades), e a depender do caso, haverá o diálogo das fontes e o mesmo poderá responder na esfera criminal. Para finalizar, salienta-se, portanto, que agora está positivado através da VIII Jornada de Direito Civil, pelo enunciado 613, mais precisamente no seu artigo 13, o qual afirma que a liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, Rafael. **Direito de imagem e liberdade de imprensa: hipóteses de ponderação**. Novembro de 2018. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/direito-de-imagem-e-liberdade-de-imprensa-hipoteses-de-ponderacao/>. Acesso em: 17 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, vol. 1: teoria geral do direito civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro vol. 4: Responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro vol. 1: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Stephanie. **Afinal, imprensa deve ou não noticiar os casos de suicídio? Eis a questão**. Setembro de 2017. Disponível em: <https://bhaz.com.br/2017/09/23/imprensa-noticiar-casos-suicidio/>. Acesso em: 18 out. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RAMOS, Eliza Maria Rudge. Os direitos sociais: direitos humanos e fundamentais. Outubro de 2012. Disponível em: <https://direitosociais.org.br/article/os-direitos-sociais-direitos-humanos-e-fundamentais/>. Acesso em: 16 out. 2019.

REZENDE, Elcio Nacur. **A Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça e o uso indevido da imagem das pessoas naturais no ambiente virtual**. Dezembro de 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13958/a-sumula-403-do-superior-tribunal-de-justica-e-o-uso-indevido-da-imagem-das-pessoas-naturais-no-ambiente-virtual>. Acesso em: 16 out. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Os Direitos da Personalidade e o código Civil**. Disponível em: http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/os_direitos_da_personalidade_e_o_codigo_civil_de_2002.pdf. Acesso em: 07 nov. 2019.

SILVEIRA, Vinicius Loureira da Mota. **Ponderação e proporcionalidade no Direito brasileiro**. Abril de 2013. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34807/ponderacao-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 18 out. 2019.

ACESSO À EDUCAÇÃO JURÍDICA: PELA INCLUSÃO DO ENSINO JURÍDICO NA GRADE CURRICULAR REGULAR

Carla Cristine de Souza Pires ¹
Pedro Brunoro Lins ²

RESUMO

Este artigo se propõe a examinar o conhecimento do ordenamento jurídico, com ênfase nos direitos e deveres fundamentais é imprescindível para o exercício pleno da cidadania, somente conhecendo seus direitos e deveres é que o cidadão poderá pleitear de forma concisa a efetivação da justiça. Desse modo, quando este não exerce o direito que possui, deixa, por conseguinte, de participar ativamente de todas as questões que envolvem a comunidade em que vive, abdicando de sua integração na esfera Estatal. Sendo assim o presente trabalho demonstra como a educação brasileira é regulamentada na Constituição sendo um direito de todos e dever do Estado, analisando a Leis de Diretrizes e Base da Educação Nacional, examinando cada um dos níveis de educação, e a necessidade de noções do conhecimento jurídico em contra partida com a elaboração de uma cultura jurídica para o País que atenda a carência na formação do cidadão brasileiro no que se refere aos seus direitos e deveres pré-estabelecidos no ordenamento jurídico. Deste modo a introdução de conteúdo básico referente a Ciência do Direito na educação básica tem o objetivo de formar pessoas plenamente desenvolvidas, futuros eleitores capazes de exercitar a sua cidadania ativamente e qualificadas para o trabalho.

Palavras-chave: Cidadania. Desenvolvimento da pessoa. Direitos Fundamentais. Ensino Jurídico. Educação Básica.

ABSTRACT

The knowledge of juridical order with emphasis on fundamental rights and duties is essential for the full exercise of citizenship, only by knowing their rights and duties is the citizen may plead concisely the effectuation of justice. Thus, when it exerts no right to have, let, therefore, to actively participate in all matters involving the community that lives, abdicating their integration into the State sphere. Therefore, the present work demonstrates how the Brazilian education is regulated by the Constitution have being a right of all and duty of the state, analyzing the Law of Directives and Basis of National Education, examining each of the levels of education, and the need for knowledge notions juridical against starting with the development of a judicial culture for the country that meets the need in the formation of brazilian citizens with regard to their pre-established rights and duties in the juridical order. Thus, the introduction of basic content relative Science of Law in basic education, has the goal of educate completely developed people, future voters able to exercise their citizenship actively and qualified for the job.

Palavras-Chave: Juridical Education, Basic Education, Citizenship, Of The Person Development e Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

Os conflitos jurídicos sociais e a transgressão dos direitos vêm surgindo cada vez mais com a evolução da sociedade, daí a necessidade do Estado através da educação como processo de desenvolvimento da capacidade intelectual e moral para o ser humano visando a sua melhor integração na sociedade, dar acesso ao educando aos conhecimentos básicos de seus direitos e deveres, como forma de restabelecer o equilíbrio causado pelos conflitos de interesse entre os homens na sociedade, proporcionando assim o exercício da cidadania.

Tendo em vista que cidadania é a prática do exercício dos direitos e deveres civis, políticos e sociais do homem em um Estado, indaga-se: como exercer a cidadania sem conhecer seus direitos e obrigações.

A Educação consagrada no Brasil desde a Constituição de 1824 até a atual sendo que nesta especificamente encontra-se tracejada em seu artigo 205 trata-se de um direito fundamental de toda pessoa natural sendo dever do Estado em conjunto com a família cumprir com esta tarefa. Trata-se de direito inalienável, que torna possível o crescimento integral do homem, a formação do seu caráter e a preparação para a vida afetiva e profissional.

Educar significa transmitir determinados conhecimentos e padrões de comportamento a fim de, garantir a continuidade da cultura de uma sociedade. A educação de uma população é condição indispensável para o desenvolvimento de um Estado seja no âmbito econômico, social, cultural ou científico, formando cidadãos conscientes de suas obrigações e de seus direitos. Deste modo, é necessário que a educação jurídica, faça parte da difusão do conhecimento em todo o processo educativo do ensino básico, uma vez que o saber jurídico é meio de acesso à justiça, e ao exercício da cidadania.

Assim o conhecimento básico jurídico é o caminho para a cidadania consciente, dada à importância do cidadão na democracia, e desta na vida do cidadão e da sociedade. Destarte, pode-se dizer que seria possível, através da inserção de disciplinas jurídicas básicas nas escolas de ensino fundamental e médio, proporcionar ao cidadão a efetivação do direito de saber o direito. Há inúmeros motivos para que sejam incluídas disciplinas jurídicas na grade curricular regular, mas o principal é preparar o jovem para o exercício da cidadania plena (art. 1º, inciso II da Constituição Federal Brasileira de 1988), sendo este, o objetivo de estudo do presente trabalho.

A inserção de noções básicas de direito no ensino básico é possível e legal, tendo como fundamento a Constituição Federal Brasileira de 1988 e a Lei Nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, conhecida como Lei de Diretrizes e Base da Educação (LDB), que prevê em seu texto o

preparo para a vida social, simultaneamente aplicada com os ensinamentos científicos, concretizado com as metas instituídas pela referida normatização.

A escolha do tema se deu pela complexidade das relações jurídicas da vida social, desde o nascimento com vida, passando pela educação, trabalho, casamento e tantas outras situações a qual o direito é aplicado até a morte do sujeito.

MATERIAL E MÉTODOS

Do ponto de vista metodológico, o que prevalece como método de abordagem é o dedutivo, tendo em vista que parte-se da análise de aspectos gerais a respeito do tema para se chegar ao resultado essencial da problemática levada. Quanto aos métodos de procedimento, pode-se dizer que foram utilizados o descritivo e o analítico, tendo como técnica de pesquisa a utilização da documentação indireta, enfatizando a revisão bibliográfica a partir de livros e estudos pré-existentes.

O Trabalho pode ser caracterizado como uma pesquisa bibliográfica, de material já elaborado constituído principalmente de livros e artigos científicos, sendo que a principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla, fornecendo ao pesquisador fontes teóricas de conhecimento, e treinamento científico.

Pelo exposto, vale frisar que o tema esclarecido no presente estudo é de essencial significância para o direito contemporâneo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O objetivo geral do trabalho é analisar, a possibilidade do ensino de disciplinas jurídicas na educação básica do ensino fundamental ao médio, que tratam de temas que versam desde a concepção de estado, cidadania e democracia até chegar ao contato com normas positivas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro como o Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, Código Penal, e claro a própria Constituição Federal, como forma adequada de preparar o jovem gradativamente para exercer de forma plena sua cidadania.

Ao longo das Constituições Brasileiras prevalece o direito a educação, seja de maneira superficial ou mais aprofundado com avanços e retrocessos. O resgate histórico é de primordial importância para a compreensão da evolução da tal direito e de sua atual realidade social.

A primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Lei nº 4.024 foi elaborada em de 20 de dezembro de 1961, como também implementou dois sistemas de ensino, um coordenado pela União e outro pelos Estados e Distrito Federal, atribuindo aos Estados à educação escolar e mantendo a participação da iniciativa privada.

O Plano Nacional da Educação, foi colocado em pratica em 1962, esse já estava presente implicitamente em todas as constituições anteriores, com exceção da constituição de 1937, trazendo um conjunto de metas a serem atingidas em oito anos era um documento redigido pelo conselho federal de educação.

Neste sentido, o direito a educação está positivado no artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo assim independe da condição social, cultura, nacionalidade ou gênero. A educação possibilita a pessoa conhecer, exigir e exercer todos os demais direitos, promovendo assim, o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Esse artigo estabelece a educação obrigatória e gratuita, ficando a cargo dos países estabelecerem o melhor tipo de educação para os seus. Vejamos o Artigo 26 Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. Os pais têm um direito preferencial para escolher o tipo de educação que será dada aos seus filhos.

O direito à educação como direito fundamental no sentido amplo de aprendizagem do nascimento até a morte, está amplamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana criado por Immanuel Kant no século XVIII onde esse é visto como inerente a condição de ser humano. Vejamos:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade (KANT, 2004, p. 58).

Várias declarações de direito ressaltam o direito a educação como uma ferramenta para uma vida digna, como: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) que dispõe em seu artigo 12 “toda pessoa tem direito a Educação [...] direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de maneira digna [...]” e o Pacto Internacional de Direito Econômico, Social e Cultural (1966) que prescreve em seu artigo 13 que :“os Estados, partes no presente Pacto [...] concordam em a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e no sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Então, pode-se afirmar que a educação como direito subjetivo público inerente a todos, tem como características ser disponível, acessível, aceitável e adaptável, em que todos os países têm autonomia para definir o acesso e ensino através de políticas pública.

O Brasil, como signatário dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, está obrigado a respeitar, proteger e promover os direitos humanos, deste modo, a Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 205 trata da educação: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Exercer a cidadania significa ter conhecimento de seus direitos e obrigações, e necessariamente colocá-los em prática, como também zelar pelo bem comum. Logo, cabe indagar se seria possível ao cidadão exercer seus direitos de forma plena, sem ter o conhecimento necessário daqueles?

Acredita-se, desse modo, que o propósito da Educação em um País deverá ser assegurar aos indivíduos o conhecimento de seus direitos e garantias fundamentais para o exercício de sua cidadania.

O homem tem a necessidade de viver em sociedade desde os tempos mais remotos, para isso houve a formulação de normas de conduta visando o bem comum, a paz e a organização social dos indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, constata-se que a inserção de disciplinas jurídicas na educação básica como instrumento para se realizar o pleno exercício da cidadania, trata-se de um direito fundamental previsto constitucionalmente que visa promover a cidadania e a justiça a todos de forma igualitária e justa, proporcionando resultados rápidos e eficazes. É um tema de

importância fundamental na sociedade, uma vez que prima pela garantia de um direito constitucionalmente fundamental.

Neste aspecto, deve-se garantir a efetivação da educação como mecanismo para o conhecimento e concretização das garantias fundamentais do ser humano, tendo em vista essa como um direito de todos e dever do Estado em conjunto com a família.

Portanto, mostra-se que o conhecimento do mundo jurídico evita a violação de direitos e garantias fundamentais do cidadão, em contrapartida, permite a cobrança de forma correta de seu cumprimento, ficando claro o objetivo da educação como instrumento para o desenvolvimento do indivíduo; o preparo para a cidadania, como expõe, o artigo 205 da Constituição Federal Brasileira.

Assim, buscou se comprovar a responsabilidade do Estado em educar o cidadão para o exercício da cidadania, na busca de tornar o cidadão conhecedor dos direitos e ativamente participativo da vida política do Estado.

Deste modo, procurou-se demonstrar neste trabalho que a inclusão de disciplinas jurídicas na educação básica, direcionadas a concepção de estado, cidadania, democracia e aos direitos e garantias fundamentais expressos no ordenamento jurídico é o instrumento para a realização do pleno exercício da cidadania que é o principal objetivo elencado na constituição para a educação brasileira. Logo entende-se que não é possível ao sujeito exercer de forma plena sua cidadania sem conhecer seus direitos e deveres.

Para tanto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional são a forma legal de previsão e autorização do conhecimento do direito na educação básica. Em contrapartida a política atual adotada no Brasil é a de afastamento do cidadão da participação consciente no âmbito político, considerando que assim o cidadão alienado politicamente é bem mais fácil de ser manipulado.

Pelas análises realizadas neste estudo, percebe-se que a informação e o acesso á justiça são crescentes no Brasil, necessitando ainda de dedicação e análise mais aprofundada. Ainda é notória a necessidade do conhecimento do direito, para poder defendê-los, sendo educação é o mecanismo que resguarda a possibilidade desse conhecimento, desenvolvendo e transformando a estrutura de vida de um cidadão conhecedor de suas obrigações e também de seus direitos.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lucia de Arruda. **História da educação**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1996.

ARANHA, Maria Lucia de Arruda. **História da educação e da pedagogia**. Geral e Brasil. 3. ed. São Paulo. Moderna, 2011.

ARANHA, Maria Lucia de Arruda. **Filosofia da educação**. 3. ed. São Paulo. Moderna, 2006.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*, 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo Malheiros, 2013.

CARNEIRO, Moacir Alves. **LDB fácil: leitura crítico-compeensiva, artigo a artigo**, 17 ed. Petrópolis, RJ, 2010.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:<<http://www.dudh.org.br/>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

REFLEXÕES SOBRE A ALTERAÇÃO DO NOME CIVIL APÓS O FIM DO CASAMENTO

Josiane da Mata Santos Amorim¹

Antônio Braz Rolim Filho

RESUMO

O nome civil é um dos atributos da personalidade, como signo identificador dos indivíduos. Tem especial proteção da lei, de modo que sua alteração demanda o cumprimento dos ditames legais. Em função disso, a alteração do nome civil, como reflexo decorrente do fim do casamento, demanda estudo cuidadoso. O objetivo do presente trabalho é discutir como essas alterações podem ser feitas à luz da Constituição Federal, especialmente do princípio da dignidade humana. Para tanto, a pesquisa buscou na lei, doutrina e jurisprudência, pelos métodos bibliográfico e documental, afirmar a possibilidade de alteração do nome civil, inclusive dos filhos, após o casamento.

Palavras-chave: Divórcio. Cônjuges. Direito. Personalidade. Retificação. Filhos.

ABSTRACT

The civil name is one of the attributes of personality as the identifying sign of individuals. It has special protection of the law, so its alteration demands the fulfillment of the legal dictates. Because of this, the change of the civil name, as a reflection of the end of marriage, requires careful study. The purpose of the present study is to discuss how these changes can be made in light of the Federal Constitution, especially the principle of human dignity. To this end, the research sought in law, doctrine and jurisprudence, by bibliographic and documentary methods, to affirm the possibility of changing the civil name, including children, after marriage.

Keywords: Divorce. Spouses. Right. Personality. Rectification. Children.

INTRODUÇÃO

A tutela do nome civil compreende tal instituto como direito da personalidade, atribuindo-lhe todas as consequências advindas desta categoria jurídica. Sendo atributo conferido ao indivíduo, de se questionar as possibilidades ou mesmo exigências de alteração do nome, especialmente após o fim do casamento. Tais alterações, não raras vezes, têm reflexos no próprio nome civil dos filhos, de modo que o estudo do assunto se mostra necessário.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras/PB – FAFIC. Licenciada em Ciências Biológicas pela Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE/MG. E-mail: josianesantos12@gmail.com

Fixadas tais premissas, este trabalho tem como objetivo discutir acerca da possibilidade de alteração do nome civil após o fim do casamento, estudando as consequências e possibilidades para tal procedimento.

Para tanto, desenvolveu-se pesquisa com adoção do método de abordagem dedutivo, empregando-se métodos de procedimento histórico e comparativo, empregando-se as técnicas bibliográfica e documental, respectivamente sobre doutrina especializada e textos legais, bem como sobre entendimentos dos tribunais superiores.

O NOME CIVIL COMO DIREITO PERSONALÍSSIMO

O nome civil, hoje, se encontra amparado por nosso ordenamento jurídico como um dentre tantos outros direitos da personalidade. Como se observa no artigo 16 do Código Civil, toda pessoa tem direito ao nome, incluindo prenome e sobrenome (BRASIL, 2002).

Tal direito assegura à pessoa – física ou jurídica, esta última naquilo que for compatível com sua natureza – identificação e distinção, tornando-a integrante de um grupo de assemelhados, constituindo-se em uma das primeiras características do indivíduo.

O Código Civil de 1916, em seu período de vigência, não trouxe regra de tutela ao direito ao nome, o que demonstra ser um avanço da atual legislação codificada civil. Com efeito, ao elencar tal direito no rol dos direitos da personalidade, o Código especializa o princípio da dignidade humana, atribuindo singularidade ao indivíduo, fazendo com que este não seja apenas mais um, mas, sim, um ser dotado de particularidades e merecedor, também neste aspecto, de amparo e cuidado pelo ordenamento.

Como características de direito da personalidade, o nome civil é absoluto, indisponível, inalienável, imprescritível, intransmissível, garantindo, assim, efeito *erga omnes*, impondo a todos o dever de respeito, conforme destaca Ana Carolina Brochado Teixeira (2011, p. 234).

A identificação e a distinção que o nome promove pode ser vislumbrada, não raramente, entre as pessoas públicas e famosas, que, pela notoriedade atribuída a certas derivações, acabam incluindo apelidos de famílias em seus nomes civis, passando a serem assim conhecidos. Além do mais, os pseudônimos utilizados por inúmeros artistas, que fazem um *slogan*, uma marca registrada, tal como o nome comum, goza de determinadas cautelas, como a não utilização indevida em propagandas e publicações.

A escolha do nome é um ato que se pratica junto aos Cartórios de Registros Públicos, tendo os pais legitimidade para fazê-lo quando do nascimento dos filhos, conforme o artigo 52 da Lei 6.015/73 (BRASIL, 1973). A lei registral, em artigo 55, parágrafo único, ampara para

que os genitores não ultrapassem o limite da criatividade, registrando nomes que possam, futuramente, causar constrangimentos ou que possam fazer os filhos passarem por algum tipo de vexame.

Como outra forma de identificação, aponta-se a inclusão do sobrenome do cônjuge ou companheiro, após o casamento ou o reconhecimento da união estável. Para tanto, deve-se esclarecer que é entendimento da Suprema Corte brasileira que os mesmos direitos para com o casamento, abrange a união estável. Sendo ainda considerados, para efeitos deste trabalho, os mesmos direitos para as famílias homoafetivas (BRASIL, 2011).

Adverte-se, por oportuno, dados os costumes nacionais e regionais ainda arraigados no cotidiano, que o trabalho mencionará o termo “casamento”, como expressão geral dos demais arranjos familiares reconhecidos e condizentes com a problemática aventada, assim como, por questões de representatividade, muitas vezes se referirá à “mulher” ao invés de cônjuge.

DO DIREITO/DEVER DE USO DO SOBRENOME COM O CASAMENTO

Na revogada legislação civil, era previsto que, no casamento, a mulher se tornava obrigada a adoção dos apelidos do marido e à condição de companheira deste¹. Ao adotar o nome do marido, caso a mulher, por alguma razão, deixasse de usá-lo nos atos da vida civil, isto seria considerado injúria ao cônjuge, conforme aresto jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, citado por Zeno Veloso, na obra Tratado de Direito das Famílias, pelo IBDFAM (2015, p. 441).

Conforme dita Maria Celina Bodin de Moraes (2011, p. 261), o sobrenome do marido era considerado uma espécie de empréstimo, devendo ser devolvido ao fim da relação conjugal.

O panorama estabelecido sofreu profundas transformações com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, §5º, informa: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988).

Atualmente, a mulher não se encontra mais com essa obrigação de adotar o sobrenome do marido. O ordenamento atual traz a possibilidade facultativa de adoção de sobrenome no casamento, o que se observa da leitura do artigo 1.565, §1º, do Código Civil (BRASIL, 2002): “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”.

¹¹ “Art. 240: A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta” (BRASIL, 1916).

Ainda fazendo um comparativo histórico, na dissolução do matrimônio, tornava-se necessária a comprovação da culpa do cônjuge para que este não tivesse mais o direito ao sobrenome do outro. Ora, se a mulher desse causa à separação e o marido, comprovando a culpa daquela no processo de dissolução matrimonial, automaticamente seria retirado o sobrenome de casada. Paradoxalmente, isso se dava em razão justamente da proteção do nome, pois poderia causar algum tipo de vergonha na sociedade.

Mutatis mutandis, frise-se, é imperioso analisar o disposto no artigo 1.578 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

§1º. O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

§2º. Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.

A perda do direito de usar o sobrenome do cônjuge se tornava uma espécie de sanção após o reconhecendo da culpa pelo fim do matrimônio. Após a Emenda Constitucional nº 66/2010, excluiu a necessidade de comprovação da culpa de um dos cônjuges para dissolução do matrimônio, permitindo-se o divórcio direto, independentemente de motivo e sem a necessidade de se observar estágio prévio.

Não obstante, a culpa continua tendo ainda relevância no fim do casamento. Não mais como elemento determinante para o divórcio, mas como consequência para decisões paralelas e reflexas, como é o caso do direito aos alimentos e o direito ao nome, nos termos da doutrina e jurisprudência majoritárias.

De uma forma ou de outra, os casos de alteração do nome após o divórcio, em virtude da constatação da culpa de um dos cônjuges, deverão observar as circunstâncias e especificidades das demandas em concreto, com as ressalvas já apresentadas pelo artigo 1.578 do Código Civil.

A RETIFICAÇÃO DO SOBRENOME DE CASADO E O REFLEXO DESTA MEDIDA PARA OS FILHOS

Há casos em que se mantém o sobrenome de casado após o divórcio, pois já se observa, por exemplo, uma vida profissional inteira estruturada naquele nome. Assim como há casos em que se modifica o patronímico, seja por opção, seja por determinação judicial, nos casos em que constatada a culpa, conforme visto acima.

Caso um dos ex-cônjuges/companheiros opte pela mudança do nome, e caso tenham filhos, surge o problema com relação à necessidade de retificação dos nomes nos assentamentos de nascimento destes.

É cediço que os registros públicos são ladeados pelo princípio da verdade real, no qual se presumem verdadeiras todas as informações feitas pelo oficial. Logo, os documentos dos filhos devem conter o real nome dos pais e, para que não haja futuros problemas quanto à filiação daqueles, tem-se pela possibilidade também de alteração dos respectivos assentamentos de nascimento.

A esse respeito, colaciona-se decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2012):

DIREITO CIVIL. RETIFICAÇÃO DE PATRONÍMICO. NOME DE SOLTEIRA DA GENITORA. POSSIBILIDADE. 1. O princípio da verdade real norteia o registro público e tem por finalidade a segurança jurídica, razão pela qual deve espelhar a realidade presente, informando as alterações relevantes ocorridas desde a sua lavratura. 2. O ordenamento jurídico prevê expressamente possibilidade de averbação, no termo de nascimento do filho, da alteração do patronímico materno em decorrência do casamento, o que enseja a aplicação da mesma norma à hipótese inversa - princípio da simetria, ou seja, quando a genitora, em decorrência de divórcio ou separação, deixa de utilizar o nome de casada (Lei 8.560/1992, art. 3º, parágrafo único). Precedentes. 3. Recurso especial provido. (REsp 1072402/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 01/02/2013).

No mesmo sentido (BRASIL, 2015):

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. RETIFICAÇÃO. SOBRENOME. REGISTRO DE NASCIMENTO DOS FILHOS. DIREITO SUBJETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. 1. É direito subjetivo da pessoa retificar seu patronímico no registro de nascimento de seus filhos após divórcio. 2. A averbação do patronímico no registro de nascimento do filho em decorrência do casamento atrai, à luz do princípio da simetria, a aplicação da mesma norma à hipótese inversa, qual seja, em decorrência do divórcio, um dos genitores deixa de utilizar o nome de casado (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.560/1992). 3. Em razão do princípio da segurança

jurídica e da necessidade de preservação dos atos jurídicos até então praticados, o nome de casada não deve ser suprimido dos assentamentos, procedendo-se, tão somente, a averbação da alteração requerida após o divórcio. 4. Recurso especial provido. (REsp 1279952/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 12/02/2015).

Pode-se questionar, neste viés, quanto à ideia de imutabilidade do nome como condição principal de identificação da pessoa humana, pois este decorre do princípio da segurança jurídica, como aponta Rodolfo Pamplona Filho, em sua obra, constante na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil (2004, p. 39).

Porém, como aponta Maria Celina Bodin de Moraes (2011, p. 263), o princípio da imutabilidade do nome vem cedendo espaço quando está em jogo a dignidade humana, este que se torna o princípio dos princípios, garantindo, assim, a máxima efetivação dos direitos da personalidade.

Neste sentido, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017):

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE MENORES. ALTERAÇÃO NO SOBRENOME DA MÃE APÓS O DIVÓRCIO. POSSIBILIDADE. Faculta a averbação no registro civil dos filhos, qualquer alteração de nome dos genitores, a fim de que espelhe a verdade real do momento e, haja uniformidade no sistema jurídico que não pode, de um lado, permitir a alteração registral dos pais e, de outro lado, vedar a reprodução desta alteração em outros documentos. Recurso especial provido. (REsp 1641159/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 04/04/2017).

Em complemento, o mesmo tribunal já havia orientado (BRASIL, 2009):

CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO PARA NELE FAZER CONSTAR O NOME DE SOLTEIRA DA GENITORA, ADOTADO APÓS O DIVÓRCIO - POSSIBILIDADE. I - A dificuldade de identificação em virtude de a genitora haver optado pelo nome de solteira após a separação judicial enseja a concessão de tutela judicial a fim de que o novo patronímico materno seja averbado no assento de nascimento, quando existente justo motivo e ausentes prejuízos a terceiros, ofensa à ordem pública e aos bons costumes. II - É inerente à dignidade da pessoa humana a necessidade de que os documentos oficiais de identificação reflitam a veracidade dos fatos da vida, de modo que, havendo lei que autoriza a averbação, no assento de nascimento do filho, do novo patronímico materno em virtude de casamento, não é razoável admitir-se óbice, consubstanciado na falta de autorização legal, para viabilizar providência idêntica, mas em situação oposta e correlata (separação e divórcio). Recurso Especial a que se

nega provimento. (REsp 1041751/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 03/09/2009).

Assim, mostra-se clara a aplicação do princípio da dignidade humana, tornando possível a tutela do direito, individualizando cada ser humano e fazendo-o ser merecedor de respeito.

Ao perceber que se torna pacífico em nossa jurisprudência o direito à manutenção do nome, não seria de se estranhar a possibilidade de retificação do nome em âmbito extrajudicial. No caso de transitado em julgado a sentença de divórcio, a averbação na certidão de nascimento dos filhos se daria sem a necessidade de propositura de ação judicial para tanto.

Na lição de Luiz Guilherme Loureiro (2016, p. 314), quando a mãe promove a alteração do nome do filho em decorrência de casamento, pode-se proceder diretamente no cartório mediante a apresentação da certidão de casamento. O requerimento e os documentos são apenas encaminhados ao Poder Judiciário com a devida intervenção do Ministério Público e, posteriormente, o deferimento do feito.

Logo, se podemos isso em razão de casamento, o mesmo também deverá ser possível em razão do divórcio. As devidas custas já ficam fixadas em lei, compreendendo todo o serviço de alteração do patronímico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade do nome civil, com certeza, é a de individualizar cada indivíduo durante toda a sua existência, garantindo ainda a sua tutela após a morte. Em uma visão constitucional do Direito Civil, conforme cada caso em concreto, deverá o magistrado ponderar entre o rigor das normas e a individualidade humana, e julgar sempre de acordo com a dignidade humana para permitir ou não a alteração do nome após o fim do casamento.

O princípio da dignidade humana assegura que a autonomia da vontade seja concretizada, mas guardando as devidas ponderações quando a ingerência puder trazer prejuízos ao indivíduo, de modo que a alteração no nome civil só ocorra de forma voluntária ou mesmo quando evidentemente necessário.

Além disso, com a tendência de desjudicialização de demandas pessoais no casamento, prega-se que tais problemas atualmente sejam resolvidos no âmbito extrajudicial, simplificando os procedimentos, como ocorreu com o divórcio após a Emenda Constitucional nº 66/2010.

O direito ao nome é de grande importância e isso já se observa há séculos, conforme consta do adágio romano “em virtude do nome, jamais morreremos completamente²²”.

Assim, diante do exposto, torna-se completamente viável a realização de retificação na certidão de nascimento dos filhos, dos nomes dos pais, após o divórcio, retificação esta que pode ser realizada de maneira extrajudicial, sendo todo o feito presumivelmente verdadeiro, em virtude da fé pública atribuída ao oficial do registro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.**

BRASIL. **Lei de Registros Públicos.** Lei Federal nº 6.015/1973, de 31 de dezembro de 1973.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial n. 1041751/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/08/2009, DJe 03/09/2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial n. 1072402/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 01/02/2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial n. 1279952/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 12/02/2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial n. 1641159/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 04/04/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF. Rel. Ministro Carlos Ayres de Brito, julgado em 05.03.2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática.** 7. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana. *In.* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (*Coords*). **Manual de teoria geral do direito civil.** Belo Horizonte: Editora Delrey, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; QUEIROZ, Hermano Fabrício Oliveira Guanais e. A homenagem aos ascendentes como motivo justo ao acréscimo de sobrenome: uma interpretação da expressão “motivadamente”, constante do artigo 57 da lei de registros públicos, à luz da hermenêutica pós-positivista. *In.* **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.** Porto Alegre: Magister, 2010. v. 36.

²² MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana. *In.* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (*Coords*). **Manual de teoria geral do direito civil.** Belo Horizonte: Editora Delrey, 2011. p. 263.

VELOSO, Zeno. Nome civil da pessoa natural. *In.* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (*Coord.*). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

IMPORTÂNCIA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL EM FUNÇÃO DO ELEVADO ÍNDICE DE PLÁGIO ACADÊMICO E DE MARCAS

Pedro Lucas Campos de Sá¹
Victor Rhuan Maximino Silva Vieira²
Wescley Rodrigues Dutra³

RESUMO

A propriedade intelectual é uma área do direito em que por meio de leis, garante aos criadores ou responsáveis por qualquer produção, seja ela material ou imaterial, nos domínios industrial, científico, literário ou artístico, o direito de obter por um certo tempo uma recompensa pelo que ele desenvolveu. Além disso, a propriedade intelectual engloba o direito autoral, propriedade industrial e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros, que serão abordados ao longo do artigo. Com o desenvolvimento dos meios de comunicação, as informações passaram a circular de forma mais rápida e com isso esse tema ganhou uma grande importância, já que era necessário garantir uma recompensa pra quem criou determinada obra. Portanto, é necessário ter um conhecimento a respeito desse assunto, já que é comum se ver hoje em dia vários processos sobre plágio.

Palavras-chave: Direito. Propriedade Intelectual. Plágio.

ABSTRACT

Intellectual property is na área of law that through laws, guarantees creators or guardians for any production, be that material or imaterial, in the industrial, scientific, literary or artistic domains, the right of get of a period of time a reward for what he developed. Besides that, intellectual property encompasses copyright, industrial property and other rights on immaterial goods of various genres, that will be addressed that over this article. With the development of the mass media the informations began to circulate faster and with it this theme received a great importance, since it was necessary to guarantee a reward for those who created particular work. Therefore, it is necessary to have a knowledge about this subject, as it is common to see many plagiarism cases today.

Keywords: Right. Property. Plagiarism.

¹ Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC. E-mail: plucaasscampos@outlook.com.

² Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC. E-mail: vicrhuan@gmail.com

³ Professor de Direito da FAFIC, Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). E-mail: wescley.dutra@bol.com.br.

INTRODUÇÃO

Para iniciar este artigo, é de suma importância conceituar e elencar as diversas áreas deste tema que será abordado daqui em diante. Portanto, em 1967 deu-se origem a uma organização que ganhou autonomia nas Nações Unidas, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que logo mais definiria propriedade como a união, a soma dos direitos relativos às obras científicas, artísticas e literárias, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, às descobertas científicas, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, tais como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal, às invenções em todos os domínios da atividade humana e aos diversos outros temas que englobam a atividade intelectual nos campos industriais, científicos, literários e artísticos.

Vale ressaltar que antes de ter uma definição concreta e convencional, tal conceito restringia-se exclusivamente aos direitos autorais, mas o que vem a ser tais direitos? Consistem em um conjunto de pré-requisitos estabelecidas através da lei 9.610/1998 para as pessoas físicas e jurídicas que tenham criado algo relacionado ao âmbito de propriedade intelectual, podendo o criador usufruir de todos os benefícios provenientes da sua criação.

Para que possa haver um maior entendimento sobre tal propriedade, há mais uma subdivisão, conhecida como Propriedade Industrial. Entende-se pela junção de diversos direitos tais como: patentes de invenção, os desenhos ou modelos industriais, os modelos de utilidade as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal e com o grande problema enfrentado atualmente relacionado com o decaimento de inovações devido ao altíssimo índice de plágio. Porém, não devemos nos submeter apenas âmbito industrial em si, já que este ramo do Direito não se resume às criações industriais propriamente ditas, mas entendo de todas as áreas industriais, tais como agrícolas e extensivas.

Para a consecução do trabalho, foi realizada uma revisão bibliográfica sobre o tema em sites, livros, artigos dos últimos cinco anos relacionados ao assunto em questão, reunindo os dados encontrados nas fontes de consulta, para formular um conhecimento mais sólido a respeito do tema.

DISCUSSÃO

Um tema que vem se tornando cada vez mais pertinente é a questão do alto índice de plágio no âmbito acadêmico, englobando tanto as áreas das escolas como das faculdades. Tendo em vista que o desenvolvimento tecnológico vem adentrando nos diversos tipos de alunos, independentemente da sua graduação, fazendo com que os jovens acabem se rendendo ao jeito mais fácil e copiando algo que não lhe pertence.

Porém, antes de tudo, devemos abordar um pouco sobre o que significa plágio acadêmico. É a cópia realizada pelo estudante, de algum trabalho já existente sem dar os devidos créditos ao autor proprietário da obra. “Plágio é assinar ou representar como sua a obra artística ou científica de outrem, é imitar o trabalho alheio” (MORAES, 2004, p. 95).

Há diversos tipos de plágio no mundo acadêmico, e é de suma importância destacá-los mostrando o quanto este tema é amplo. Plágio Integral é a cópia na íntegra, ou seja, sem fazer nenhuma alteração em seu texto, sem apresentar sua fonte original; Dados de pesquisas sem mencionar a fonte é o plágio sobre instituições de pesquisa, tal como IBGE, sem dar a devida menção ao autor e dar o texto como seu; A paráfrase sem atribuir a fonte é o uso da obra usando outras palavras, sem ter um teor próprio, sendo esta a maior prática de plágio dos estudantes, os quais pegam um texto original e apenas vão substituindo as palavras sem mudar o material da obra. Há também a cópia de imagens, gráficos, etc., como o próprio nome já diz, quando há a cópia de imagens, fotografias, tudo aquilo que tenha apresentação visual. O autoplágio é quando o estudante pega uma coisa que já fez anteriormente e reutiliza como se fosse algo inovador reaproveitando partes do que já foi feito, sendo também uma prática bem comum.

Como já foi citado anteriormente, com o desenvolvimento tecnológico o modo de produção fica cada vez mais fácil, já que com o uso da internet há inúmeras possibilidades de receber diversos tipos de informações relacionadas a qualquer tipo de assunto, valendo ressaltar que os jovens estudantes estão cada vez mais desestimulados na produção de atividades acadêmicas, já que sabem que qualquer que seja o tema, eles acharão de maneira fácil e simples na internet, aplicando, assim, o plágio tendo em vista que com tamanha facilidade, o tal uso dessas informações podem ser usadas de maneira errada, chegando à prática do crime. Esta prática vem se tornando cada vez mais comum, tendo em vista o desconhecimento sobre tal assunto (plágio), que por muita das vezes o aluno não sabe que está cometendo um crime, mas que por falta de informação acaba se confiando em fazer algo que não lhe pertence.

Como dito, copiar texto, obra ou o que quer que seja de outra pessoa sem dar o devido crédito ou sem a permissão do criador da mesma é considerado crime, valendo-se ressaltar que

o Código Penal e o Código Civil criaram uma ala apenas para crimes contra o patrimônio intelectual de outrem.

O artigo 184 do Código Penal trata muito bem deste tema, trazendo em seus parágrafos os diversos casos que podem ser considerados como crime e trazendo a pena para tais crimes.

A propriedade intelectual está se referindo as criações do homem e aos inúmeros direitos criados para que haja a proteção de tais criações e dos interesses produzidos por estas, tendo em visto o alto índice de crescimento do plágio dos últimos anos, não só na esfera acadêmica, mas todas as áreas estão sujeitas a prática da cópia.

Vale ressaltar que, como citado anteriormente, a propriedade intelectual não se preocupa apenas com a obra em si, mas em tudo aquilo que ela pode proporcionar para seu criador. Todo seu esforço naquilo depositado simplesmente é jogado fora por qualquer outro que apenas faça um Ctrl C + Ctrl V sobre sua obra e ganhe tudo aquilo, ou até mais, que o criador batalhou para conquistar.

O empresário ao iniciar sua atividade econômica, deve montar um complexo de bens para desempenhar sua função, dentre esses bens estão os materiais e imateriais, como exemplos a marca, invenções, modelos e utilidades. Os bens imateriais tem uma proteção jurídica específica, chamada propriedade industrial. A Convenção da União de Paris teve um importante papel para a propriedade industrial, pois a partir dela se teve uma nova perspectiva sobre essa matéria, já que os direitos dos inventores sobre suas criações, dos empresários sobre os símbolos distintivos de sua atividade passaram a fazer parte de um mesmo ramo jurídico.

André Luiz Santa Cruz Ramos diz que: O direito de propriedade industrial compreende, pois, o conjunto de regras e princípios que conferem tutela jurídica específica aos elementos imateriais do estabelecimento empresarial, como as marcas e desenhos industriais registrados e as invenções e modelos de utilidade patenteados.

A propriedade industrial no Brasil encontra proteção na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso XXIX, em que: a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. A partir desse artigo da Constituição Federal, é possível verificar a proteção sobre os elementos imateriais, falados por André Luiz, acima. Cabe ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior dar garantia dos direitos de propriedade intelectual para a indústria.

A proteção garantida pela propriedade industrial se dá através da patente e do registro. A patente é o título que formaliza a proteção da invenção e do modelo de utilidade (algo que

foi criado para trazer uma utilidade maior para um invento já existente). Já o registro é o título que formaliza a proteção do desenho industrial e da marca.

Só é permitida a exclusividade de exploração de uma invenção ou de um modelo de utilidade aquele que obtiver uma patente. A patente tem o objetivo de proteger o desenvolvimento tecnológico e serve também como um incentivo já que garante ao inventor e criador a exploração exclusiva e usufruto dos lucros obtidos por meio da novidade. Apesar disso, a exclusividade concedida pela patente é limitada a 20 anos no caso de invenção e 15 anos no caso de modelo de utilidade, o prazo começa a contar a partir da data do depósito do pedido de patente junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e é improrrogável, após esse tempo a patente cai em domínio público e a invenção pode ser exploradas por terceiros.

Para garantir exclusividade no uso da marca e do desenho industrial, é necessário se ter um registro também concedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). O registro tem uma duração de 10 anos para a marca e o desenho industrial, esse prazo começa a contar a partir da concessão pelo INPI. Diferentemente da patente, o tempo do registro pode ser prorrogável, no caso do desenho industrial, a lei permite a prorrogação até 3 vezes, garantindo 5 anos de prorrogação a cada vez, acabada a terceira prorrogação, o bem cai em domínio público. No caso da marca, o pedido de prorrogação é ilimitado, sendo concedida sempre por igual período, ou seja, a cada 10 anos.

Para se ter uma maior proteção sobre a marca, o ordenamento jurídico estabeleceu algumas punições para quem copiar uma marca já existente. Entre elas, a obrigação de pagar indenização ao dono da marca copiada, referente aos prejuízos causados pela conduta ilegal. Essa indenização não cobre somente as perdas que o titular da marca teve, mas também os danos causados que podem ser morais ou materiais.

O artigo 209, da lei nº 9279/1996 (Lei da Propriedade Industrial), permite que se possa exigir a busca e apreensão dos produtos alterados, já que eles foram feitos a partir do uso indevido da marca, além do responsável por esse ato ser enquadrado nos artigos 189 (define quem comete crime contra registro de marca) e 195 (define quem comete crime de concorrência desleal) da Lei da Propriedade Industrial.

Embora pareça muito difícil uma marca copiar outra instituição, é algo que acontece, inclusive com grandes empresas. Um exemplo a ser citado é uma disputa judicial que durou três décadas entre a *Apple Corps*, empresa fundada pelos “The Beatles” e a *Apple Computer* criada por Steve Jobs e Steve Wozniak. Quando a *Apple Computer* foi criada já existia a *Apple Corps* e com isso essa processou aquela por violação de marca, já que ela tinha o mesmo nome

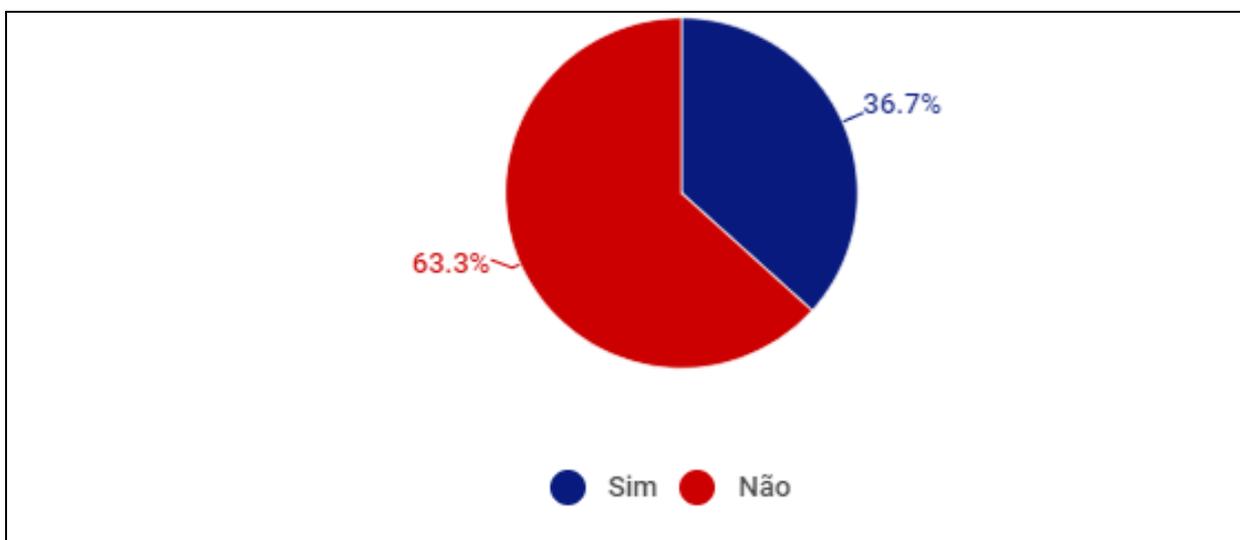
e ambas adotaram uma maçã como logomarca. Com isso, um acordo foi estabelecido em que a empresa criada pelos “The Beatles” não atuaria no segmento de computadores e a empresa de Steve Jobs não atuaria no mercado musical.

Com o passar do tempo a *Apple Computer* criou um aplicativo chamado *Apple Music*, nessa plataforma continha diversas músicas das mais variadas bandas, devido a isso a *Apple Corps* entendeu que o acordo estabelecido anos atrás foi violado e acionou a justiça para resolver o problema. Entretanto, a justiça Norte-americana deu a vitória para a *Apple Computer* e ainda permitiu que ela colocasse no seu aplicativo as músicas dos Beatles, que eram gerenciadas pela própria *Apple Corps*.

RESULTADOS

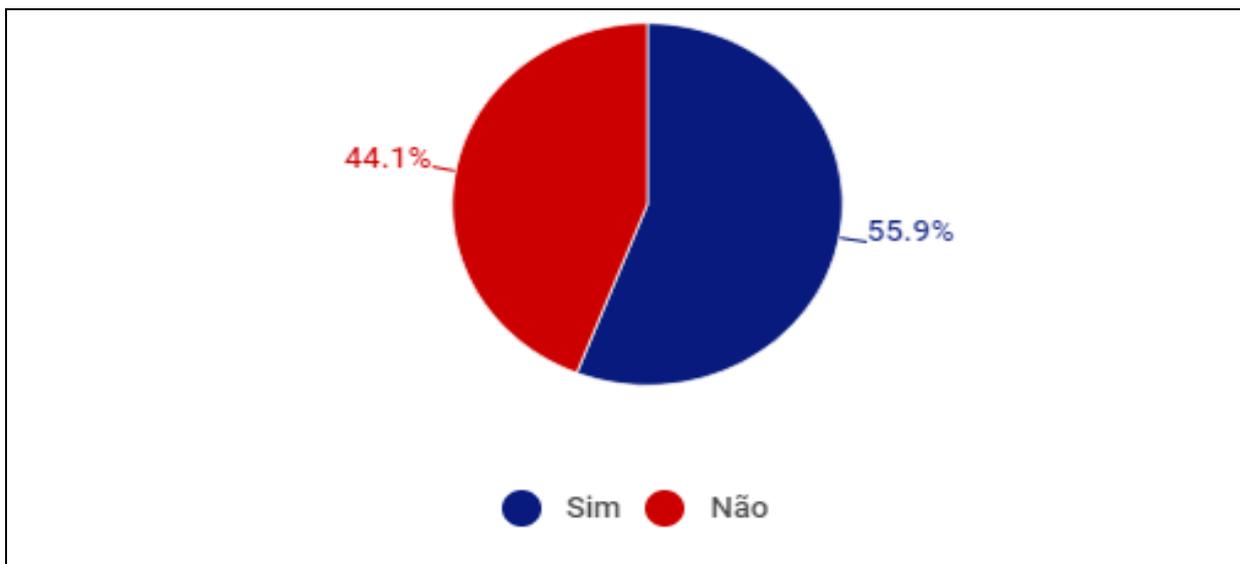
Como já foi citado anteriormente, muito alunos acabam por praticar o plágio acadêmico pelo simples fato de desconhecer o assunto. Uma pesquisa realizada pela **Universidade Estadual de Campinas (Unicamp)**, após a consulta de **958 alunos**, concluiu-se que **cerca de 87% dos estudantes chegam à universidade sem ao menos saber o que é plágio**.

GRÁFICO 1 – Você já parafraseou ou copiou algum conteúdo sem citar a fonte original?



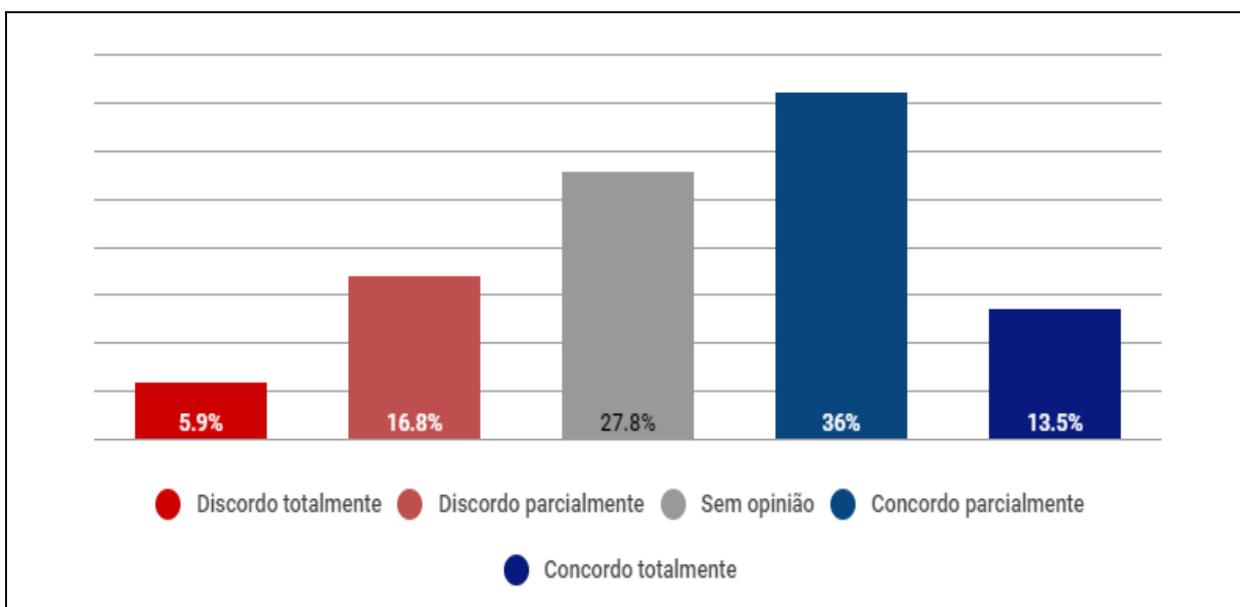
Disponível em: <https://veja.abril.com.br/educacao/pesquisa-87-dos-alunos-chegam-a-universidade-sem-saber-o-que-e-plagio/>.

GRÁFICO 2 – Você já identificou plágio em algum trabalho de outra pessoa?



Disponível em: <https://veja.abril.com.br/educacao/pesquisa-87-dos-alunos-chegam-a-universidade-sem-saber-o-que-e-plagio/>.

GRÁFICO 3 – Cometem plágio porque não aprenderam corretamente as regras citação



Disponível em: <https://veja.abril.com.br/educacao/pesquisa-87-dos-alunos-chegam-a-universidade-sem-saber-o-que-e-plagio/>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda a abordagem apresentada neste artigo, podemos perceber o quão este problema é grande e vem crescendo ao decorrer dos anos. Tal prática vem adentrando e afetando as diversas áreas possíveis, contribuindo para o decaimento do estímulo de produção da propriedade intelectual, fazendo com que pessoas das variadas idades deixem de produzir e

inovar para ter tudo fácil em sua mão pegando algo que já está pronto e intitulado como seu, tendo em vista a facilidade com que as informações chegam até a pessoa, levando-a a cometer um ato que está tipificado como crime, afetando até aqueles que não entendem do assunto e pensam que estão inovando ou fazendo algo totalmente legal.

Portanto, conclui-se que o plágio é um crime que deve ser combatido, tendo em vista que este adentrou nas diversas áreas de produção, atrapalhando na evolução da propriedade intelectual, não só essa, mas também afetando o futuro dos jovens que crescerão aprendendo que copiar sem dar os devidos créditos ao proprietário, é algo normal, contribuindo para a decadência da formação de novos projetos e novas mentes.

De modo geral, este artigo é de suma importância para a construção de nosso conhecimento a respeito de um tema tão importante para o desenvolvimento de um país, já que é a partir de ideias inovadoras que esse avanço é alcançado.

REFERÊNCIAS

BASSETE, Fernanda. **Pesquisa: 87% dos alunos chegam à universidade sem saber o que é plágio.** Veja. 29/10/2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/educacao/pesquisa-87-dos-alunos-chegam-a-universidade-sem-saber-o-que-e-plagio/>. Acesso em: 12 out. 2019.

GUEDES, Diego Oliveira; GOMES FILHO, Leonardo. Percepção de plágio acadêmico entre estudantes do curso de odontologia. **Revista bioética**. Abril, 2015. Volume 23. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422015000100139&lang=pt. Acesso em: 16 out. 2019.

MARTINES, Fernando. **Plagiar causa dano material e moral presumido, define STJ.** 16 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/plagiar-marca-causa-dano-material-moral-presumido-define-stj>. Acesso em: 17 out. 2019.

NAVISKAS, Alessandra. **Como lidar com a questão do plágio nas universidades?** Jus.com. novembro de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61768/como-lidar-com-a-questao-do-plagio-no-meio-universitario>. Acesso em: 15 out. 2019.

RESENDE, Leandro. **Plágio é crime: entenda o que é, seus principais tipos e como evitá-lo (não apenas) no marketing de conteúdo.** 13/12/2018. Disponível em: <https://comunidade.rockcontent.com/plagio/>. Acesso em: 14 out. 2018.

A MORTE HUMANIZADA COMO RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: Dilemas e Confrontos do Instituto da Eutanásia e Semelhantes

Hemerson Damiano de Melo Silva ¹

Luzia Maria de Oliveira Sousa ²

Yvna Cordeiro Lopes de Siqueira (orientadora) ³

RESUMO

O ato de tirar uma vida com o objetivo de dar uma morte digna à um paciente em estado irreversivelmente terminal, amenizando a sua inevitável dor física e psicológica assim como de seus familiares, é um assunto altamente discutido no ordenamento jurídico em vários aspectos como o quão eficaz os meios disponíveis de realizar tal feito podem ser e quanto a sua legalidade; isso se dá devido ao seu impacto nas esferas constitucional, pois conflita com o direito fundamental à vida, esfera civil em que é fomentado pelo direito de autonomia e esfera penal sendo considerado como homicídio privilegiado, além do contexto da medicina, cujo médico é atualmente impossibilitado de tirar legalmente a vida de seu paciente, mesmo quando este, gozando de suas plenas capacidades mentais decide junto a sua família em dar fim a sua situação. Tudo isso estudado mediante método dedutivo.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Morte digna. Direito a vida. Ética.

ABSTRACT

Taking a life for the purpose of giving a dignified death to an irreversibly terminal patient, relieving his inevitable physical and psychological pain like family, is a highly debated subject and is not ordained by law in many respects. The means available to accomplish such an achievement may be and as to their legality; This is due to its impact on the constitutional spheres that affect the fundamental right to life, civil, where it is promoted by the right of autonomy and criminal, being considered a privileged homicide, beyond the medical context, where the doctor is. Currently unable to legally remove his patient's life, even when it is so, enjoying the affected scenes decides with his family at the end of his situation. All this studied using the deductive method.

Keywords: Dignity of the human person. Dignified death. Right to life. Ethic.

¹Hemerson Damiano de Melo Silva – bacharelado em ciências jurídicas e sociais (direito) pela faculdade de filosofia ciências e letras (FAFIC)

²Luzia Maria de Oliveira Sousa – bacharelada em ciências jurídicas e sociais (direito) pela faculdade de filosofia ciências e letras (FAFIC)

³Yvna Cordeiro Lopes de Siqueira (orientadora) professora docente da graduação em ciências jurídica e sociais (direito) na faculdade de filosofia ciências e letras (FAFIC)

INTRODUÇÃO

Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana em suma, o conjunto de valores e princípios que visam garantir a concretização de direitos fundamentais, individuais e coletivos, para que dessa forma possa existir vida digna para todos, podendo assim, dentro de determinado contexto justificar a morte digna de um indivíduo em estado de agonia. Desta feita, o presente artigo tem por objetivo apresentar tal princípio em um contexto delicado, visto que nele não há mais a busca por meios de se viver com qualidade, mas de morrer de forma digna, saindo de uma situação dolorosa, não apenas para o paciente que foi devidamente diagnosticado pela equipe médica como em fase terminal, em que a medicina não dispõe de meios para reverter o seu quadro, mas também para todas as pessoas que o cercam; demonstra como se dá o conflito entre a busca pela morte digna, fortificada pela autonomia da vontade e conflitante com o direito fundamental à vida; diferencia os conceitos de eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido, assim como as formas paliativas, como a distanásia; relata o ponto de vista jurídico atual a esse respeito e delibera sobre o papel do médico nessa circunstância, cercado pelo desejo do paciente moribundo, pelo seu código de ética e pelo entendimento do direito.

De um lado, tem-se o direito de um enfermo em situação de morte iminente, cuja prolongação de vida seria inevitavelmente indigna, que deseja gozar da autonomia sobre o seu corpo, concretizando sua vontade de se livrar da forma mais rápida possível de todo o mal que o aflige, e do outro, temos o Estado, que na tentativa de zelar pelo seu bem jurídico mais importante, a vida, enxerga tal prática como homicídio, afinal sendo a vida direito fundamental e irrenunciável.

Frente a toda essa problemática está o médico, que se vê impotente, ainda que tudo o que estava ao alcance da medicina atual tenha sido feito e a condição do paciente não existe solução, este está fadado a lutar todos os dias para se manter vivo, muitas vezes repleto de dor, não apenas física, mas também psicológica, por não enxergar melhora, e ver o semblante triste e cansado de seus entes queridos, até chegar ao ponto de exaustão, sem forças para continuar lutando, mas ainda lúcido, decidido dar fim a esse sofrimento, todavia, mesmo com o consentimento dos familiares não é possível realizar tal desejo, pois o médico não encontra amparo legal, seu ato é visto como homicídio privilegiado e estaria sujeito a sanção, além de estar em constante estado de reflexão quanto a sua ética, afinal essa profissão exige grande zelo com a vida, e mesmo levando em consideração gerar alívio à alguém que consciente de seu

estado atual suplica por misericórdia, existe o pensamento de estar tirando a vida de alguém, que por mais deplorável que esteja, tem seu valor.

Sendo esse um tema de grande importância, pois é um dos maiores dilemas da sociedade contemporânea, se fez necessário um estudo aprofundado de todas as vertentes que o envolvem para desmistificar conceitos. O trabalho em tela, tem portanto os objetivos de desmistificar os assuntos que envolvem o tema, comentando sobre os lados da problemática, buscando esmiuçar os seus detalhes, diferenciando os meios de “morte digna” explicando a existência dessa necessidade e a razão de sua proibição, para assim derrubar paradigmas de pensamentos equivocados a esse respeito, gerados outrora pela falta de informação; deliberar sobre o embate de direitos envolvidos nesse tema, estudando os direitos envolvidos e como eles se relacionam, para assim explicar de forma clara o motivo de estarem em conflito e a razão de mesmo apoiado por alguns direitos, ainda existe proibição para a prática da eutanásia e outras formas de alívio por meio de morte para enfermos em condição irreversível, desta forma disseminando conhecimento; tratar das questões que envolvem os médicos dentro desse contexto, dando relevância aos conflitos internos e externos que esses profissionais sofrem quando se deparam com situações degradantes, como a de súplica de seus pacientes para ter um fim digno, sendo a real razão pela qual alguns deles apoiarem esses métodos de resolução de sofrimento, e outros divergirem e serem favoráveis a proibição, que é a realidade atual.

Dando ênfase a humanidade desses, que tendem a se conder com as súplicas por alívio e se colocar no lugar dos seus pacientes, o seu lado ético que os fazem refletir, e a parte legal que de fato os inibe; explicar como a morte digna pode ser justificada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela autonomia de escolha, tratando sobre como o estado de dor em seus diferentes sentidos e de forma irreversível de enfermos vai diretamente contra o princípio da dignidade da pessoa humana, que em suma visa garantir condições dignas de vida, o que neste caso são impossíveis de se alcançar, além disso, o indivíduo uma vez que preserve suas capacidades cognitivas, pode raciocinar sobre a situação em que vive e buscar dignidade em sua morte.

METODOLOGIA

Para entender e explicar os questionamentos levantados, foi necessária a realização de pesquisa utilizando o método dedutivo, na qual foi utilizada diversos artigos que travam sobre vertentes do tema, deste modo, foi possível identificar as características da problemática por

perspectivas distintas e assim compreender ambos os lados, sem se deixar levar por paixões. Além disso, foi utilizado doutrina, leis e vídeos de médicos para embasar a argumentação com fatos no lugar de pura especulação.

DESENVOLVIMENTO

No presente artigo, desejamos explicitar as reais definições eutanásia, ortotanásia, distanásia, e suicídio assistido, visando entender as limitações éticas para a prática consciente da decisão de dar fim a própria vida por motivos de saúde irreversíveis, visando aniquilar o sofrimento causado pela doença que irá diminuir o tempo e a qualidade de vida do paciente terminal. Visa-se também entender a dada questão pelos aspectos da ética médica e pelas vertentes jurídicas no que dá o embate sobre os limites que o ser humano tem sobre sua própria vida e morte.

CONCEITUANDO AS FORMAS DE REALIZAÇÃO DA DITA MORTE COM DIGNIDADE

Eutanásia

Do ponto de vista médico, a definição de eutanásia traduz o ato de cessar a vida de alguém que possua uma enfermidade incurável de forma segura e indolor, do ponto de vista jurídico, versa sobre o direito de matar ou de morrer em virtude de tal razão.

Eutanásia vem de um termo grego que significa “boa morte”, ou seja, o intuito da prática insiste na ideia de oferecer a alguém em estado terminal doloroso, uma forma digna de morrer, uma forma mais humanizada e menos sofrida, a eutanásia é sempre praticada por terceiros e não pelo próprio paciente.

Existem opiniões favoráveis e contrárias a eutanásia, as favoráveis alegam que em casos extremos, o prolongamento da vida só trará dor e sofrimento ao portador da enfermidade e de nada adianta viver sem dignidade alguma, mediante tanta dor física e psicológica causando até mesmo dependência de terceiros, já que muitas vezes a doença tira liberdade do mesmo, bem como a autonomia da vontade do paciente, que nesses casos deverá ser preservada de forma majoritária. Já os contrários a essa posição, alegam que tirar a vida de um ser humano é independente de qualquer circunstância uma forma de assassinato e que pelo estado emocional

abalado desses pacientes eles optam de forma inconsequente por esse método de antecipação de um processo que é ou deveria ser natural, e para amenizar a dor e sofrimento existem paliativos meios de prolongar a vida buscando a melhora dos quadros médicos, e também pelos profissionais de saúde que devem sempre visar a ética e sempre priorizar a vida dos pacientes.

Importante ressaltar que a prática de eutanásia não é permitida no Brasil, pois embate constitucionalmente com a indisponibilidade do bem jurídico que viria ser lesado, no caso, a vida, a prática consiste em crime previsto no código penal em seu art. 121 prevendo homicídio ou enquadrado no art. 122 que trata do crime de auxílio ao suicídio. Ressalta-se que quando se trata da eutanásia verdadeira, aquela cometida por motivo de piedade, ou compaixão para com o paciente, pode haver excludente de ilicitude, sendo a pena diminuída.

Ortanásia

Etimologicamente a palavra ortotanásia significa "morte correta ", onde orto = certo e thanatos = morte. Ela pode ser compreendida como o não prologamento artificial do processo natural da morte, nesse processo, o médico não cessa diretamente com a vida do paciente, mas suspende os tratamentos que não seriam mais de outra efetividade, além de prolongar o processo de degradação e sofrimento do mesmo, legalmente, apenas o médico pode promover a ortotanásia.

Distanásia

A palavra "distanásia" tem origem grega, na qual dis significa "afastamento" e thanatos quer dizer "morte". Ao inverso da ortotanásia, a distanásia visa justamente o oposto, que seria prolongar com tratamentos extraordinários a vida biológica do enfermo.

Essa alternativa constitui completo desrespeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que impede o processo natural de morte, que poderia ser algo mais tranquilo e confortável vista em pauta a situação do indivíduo. Diniz expõe que (2010, p. 417), “Não visa prolongar a vida, mas sim o processo da morte”.

Suicídio assistido

O suicídio assistido, consiste no auxílio de outrem para o indivíduo tirar a própria vida. Conforme consta no Código Penal, o ato de induzir, instigar ou auxiliar alguém a suicidar-se, constitui crime contra a vida previsto no artigo 122, nesses termos: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”. É o que diferencia eutanásia de suicídio assistido, pois no primeiro caso, a morte é praticada por terceiro, já no suicídio assistido, a própria vítima comete o ato, porém, com a ajuda e o aparato necessário para concretização da conduta, fornecida por terceiros.

A assistência ao suicídio de outra pessoa pode ser feita por atos (prescrição de doses altas de medicação e indicação de uso) ou, de forma mais passiva, através de persuasão ou de encorajamento. Em ambas as formas, a pessoa que contribui para a ocorrência da morte da outra, compactua com a intenção de morrer através da utilização de um agente causal. Instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça.

RELAÇÃO MORTE DIGNA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para demonstrar que os direitos da personalidade são intimamente ligados a realização do desejo de se obter uma morte considerada digna, por um enfermo em situação de degradação de saúde progressiva e irreversível, nada melhor que começar conceituando-os. Eles são uma forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois são o conjunto de prerrogativas inerentes ao ser humano e assegurados desde seu nascituro, são subjetivos e pertencentes a todos, erga omnes, consiste em suma, na capacidade que o indivíduo tem de reclamar e defender o que é naturalmente seu, como nome; honra; corpo e moral. Bittar (1995), afirma que eles constituem “[...] direitos inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, necessários e oponíveis erga omnes” (Bittar, 1995, p. 11), e Gomes (1996, p. 1031) os define como aqueles “[...] cujo objetivo são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no modo exterior” e ainda revela esses aspectos como o físico, o intelectual e o moral.

Sendo a vida, um direito fundamental e natural ao ser humano, resguardado pela Constituição Federal no caput do seu art. 5º e por consequência de sua naturalidade a figura humana, direito da personalidade no aspecto físico, sendo este irrenuncial, fomenta a atual

proibição da prática da morte digna por meio de por exemplo à eutanásia, que seria uma forma de antecipar a inevitável morte, evitando assim as fases mais dolorosas de sua doença, no entanto, podendo o indivíduo portador de doença optar por não se subter a medidas distanásicas, evitando tratamentos desproporcionais que prolongariam sua condição a custo de mais dor, como a reanimação cardiopulmonar, que em suma, trata-se de um conjunto de manobras que visa garantir a oxigenação dos órgãos, quando já não há circulação de sangue e o uso de medicamentos cujos efeitos colaterais gerem muita dor em troca de um curto aumento na expectativa de vida.

É portanto, a busca do estado em garantir e proteger o direito a vida, como o seu principal bem jurídico, que o faz proibir o ato de encurtar a vida de alguém, mesmo quando este está em situação de crescente dor e lamúria, suplicando por um fim rápido para essa inalterável situação. Esse contexto claramente demonstra que a proibição impede a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, afinal, não há dignidade alguma em estar obrigado a passar por todas as inevitáveis fases de sua doença, aguentar toda a dor, sabendo que a única coisa que vai embora são suas forças e seu tempo, caminhando rumo a um inevitável fim, que todos os homens chegarão, mas nesse caso, de forma dilacerante, que seus últimos e imprecisos instantes em vida serão dedicados ao sofrimento, que seus familiares estão padecendo juntos a ele e que já não há esperanças, pois não existem formas de reverter sua condição. Não havendo como de se aplicar do direito a dignidade em vida, dada a circunstância, ele ainda é negado pelo ordenamento jurídico no momento de morte.

Destaca-se ainda que, a proibição não gera prejuízo apenas para os sujeitos acometidos de doença terminal ou em estágio terminal, mas também para os seus familiares sendo que tendem a carregar mesmo após a morte do seu ente querido, sequelas desse tempo de constante sofrimento, memórias dos vários momentos em que presenciaram o ápice da dor, na qual escutava-se incessantes súplicas e sentiam vontade de ajudar, por fim, a tudo aquilo, mas se viam impotentes. Nesse lado da história, também há negação do direito a dignidade, tanto no lapso temporal em que vivenciaram esses momentos, mas também durante o restante da suas vidas, pois terão que viver com essa sensação de impotência, lembrando de todas as vezes que testemunharam a tristeza de seus familiares e nada puderam fazer, de quando chegaram a conclusão de que não haveria mais melhora, nada na medicina contemporânea poderia de fato salvar aquela vida, conseguiam apenas optar por não estender essa aflição.

AUTONOMIA DA VONTADE E MORTE DIGNA

Vale destacar primeiramente as transformações no conceito e atuação do princípio da autonomia da vontade, que tem sua base na sociedade liberal dos séculos XVII e XIX, em que a intervenção estatal era mínima na esfera privada, e o homem gozava de plena liberdade contratual sendo o centro do direito e tendo suas vontades respeitadas pelo estado, podendo, celebrar contratos, definir seu conteúdo e escolher com quem contratar, cabendo ao estado apenas a tarefa de assegurar a execução das suas vontades. A autonomia da vontade, focava-se unicamente na criação da relação jurídica e no conteúdo estabelecido no contrato, sem nenhuma preocupação com a eficácia do contrato ou sem impacto social.

As transformações surgem após a primeira guerra mundial, passando a ser autonomia privada; o Estado passa a adotar uma posição muito mais intervencionista, regulando com mais rigor as relações privadas, sendo então pautadas no que era tirado como o interesse da coletividade em detrimento da particular. Sendo assim, na autonomia privada as partes podem compactuar segundo sua vontade desde que sigam os limites estabelecidos juridiscionalmente.

Essa mudança que limitou a autonomia, surgiu a partir de uma nova visão do Estado, que passou a intervir com maior intensidade nos contratos, sendo ela originada pela transformação axiológica do direito civil, chamada de constitucionalização do direito civil.

Essa transformação na atuação do Estado, diminuindo a autonomia no ato de realizar contratos em prol do bem da coletividade, foi sem dúvidas um dos grandes motivos da proibição da morte digna, tendo em vista que é justamente o seu causador, o constitucionalismo que faz permear as ideias, princípios e regras constitucionais por todo o ordenamento jurídico de forma preponderante. O que resultada na inibição do ato de dar alívio para um moribundo.

Na autonomia da vontade, como o homem tinha suas vontades livres e totalmente respeitadas pelo Estado, e tinha poder para ditar o conteúdo de seus contatos, poderia o enfermo junto de sua família, efetuar contrato com o hospital, ou com um médico particular, para efetuar a eutanásia ou outra forma de aplicação da morte digna, sem que sofressem nenhum tipo de sanção

Atualmente, com a autonomia privada, os contratos são norteados pela observância da boa fé, função social e pela equidade. Orientando-se pelo direito fundamental a vida, o Estado considera a prática da eutanásia como crime, sendo ela ativa ou passiva, punível com pena de três a seis anos, de acordo com o dispositivo que trata do homicídio, (BRASIL, 1940) todavia,

levando em consideração o relevante valor mora, o ato do agente pode ser considerado homicídio privilegiado, reduzindo a pena.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Os médicos, são os indivíduos mais pressionados no contexto da morte digna, suas atividades tem vários momentos de tensão, mas cuidar de pacientes em estágio terminal, é sem dúvidas um dos momentos mais marcantes e de grande responsabilidade em suas carreiras. Existe grande peso no tato desses profissionais com os seus enfermos, que ao perceberem o avanço nos sintomas das suas doenças, a degradação dos seus corpos, o aumento das dores e a diminuição da eficácia dos seus remédios, chegando ao ponto implorar pela morte, como forma de acabar com o sofrimento, percebem que por eles nada podem fazer.

De fato, ficam de mão atadas, tanto pela obsevância da lei, que consideraria o ato homicídio, tanto pelo seu código de ética. Em 2009, foi aprovado através da resolução 1.931 o novo código de ética da medicina que nada disse sobre eutanásia, ortanásia e morte assistida; mas no seu capítulo I, XXII, proclama que em situação irreversíveis e terminais o médico deverá evitar, procedimentos diagnósticos e terapeuticos denecessários e propicionará todos os cuidados necessários. No Capítulo V, trata da relação com pacientes e familiares, determina o seguinte: É vedado ao médico (art. 41) “[...] abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante lega” e continua no seu parágrafo único afirmando que nos casos de doença incurável e terminal, deve o medido oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. Esses dentre outros artigos do código de ética, fomentam a proibição da morte boa, e de acordo com o doutor em direito penal, Luiz Flávio Gomes, cria um verdadeiro desprezo pela autonomia do indivíduo.

A autonomia do indivíduo é desprezada em nome de uma ilusória proteção. De acordo com esse pensamento de matriz esquerdista, nunca seríamos capazes de decidir nada, pois estaríamos sempre a mercê de algum fator externo, principalmente de caráter social ou econômico. Nem o consentimento livre e informado do paciente seria suficiente (GOMES, Luiz Flávio, 2009.)

Percebe-se aqui, que existem diversas correntes que prendem os profissionais da medicina, os impedindo de agir humanamente, frente ao desespero de pacientes em estágio de notável agonia e sem a mínima possibilidade de reversão, mesmo que este em plena capacidade cognitiva tente usufruir do seu domínio sobre si, mesmo que a família também esteja de acordo, a autonomia desse indivíduo é negada com a justificativa de se preservar o direito a vida, ainda que o próprio detentor dela queira abrir mão, não por mera desistência frente aos problemas do cotidiano, mas por já não conseguir mais suportar a situação em que vive e saber que não há nenhuma outra opção, além de esperar que a morte chegue, forçadamente se usufrui do direito à vida, mas de forma indigna.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Todos os dados foram colhidos de artigos, livros e vídeos que tratam do assunto e analisados através do método dedutivo, o que resultou em categorias de informação, sendo: A) contextualização do tema; B) Conceituação dos métodos citados; C) Ligação entre os direitos da personalidade e a morte digna; D) autonomia para ter ou não uma morte boa; E) Limitações éticas do médico.

As páginas introdutórias tinham o objetivo de contextualizar o leitor sobre as problemáticas que envolvem o tema, informar sobre a existência do desejo de se obter uma morte considerada digna frente ao problema irreversível que o paciente enfrenta, assim como a proibição dele por parte do Estado, que o exerga como homicídio.

Essa busca em mostrar a existência de meios diferentes de se concretizar a morte digna e diferenciá-los, assim como as formas paliativa, deixando claro como o ordenamento jurídico os exerga. Tudo isso com o objetivo de disseminar conhecimento a esse respeito, pois o único meio que geralmente se conhece, mesmo que de forma superficial, é a eutanásia, muitas pessoas sequer sabem que existem outras formas.

A Ligação entre os direitos da personalidade e a morte digna surge com o objeto de explicar a relação dos direitos inerentes a personalidade como uma forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista, que esses direitos são aqueles de propriedade do homem, desde seu nascimento, não podendo haver dignidade em sua vida se eles fossem cerceados, e a prática da morte digna, como a única opção do ser humano em condição de dor crescente e irrenunciável, de obter dignidade, o uso da morte como meio de encurtar a

dor, morrendo antes das fases mais dolorosas de determinada doença que o aflige; foi discorrido nessa categoria tanto o lado que fomenta a proibição quanto o que fortifica a ideia de encontrar justiça nesse ato, visto que pode causar alívio para alguém fadado a sofrer.

A autonomia para ter ou não uma morte boa visa discorrer a respeito das mudanças do conceito e da aplicação da autonomia e o direito de escolha do cidadão com o passar do tempo, tendo em vista as transformações da sociedade e do Estado. Assim como a ligação positiva e negativa dessa autonomia com a dignidade em morte, deixando claro como era antes e depois da primeira guerra mundial.

Limitações éticas do médico tem por prioridade explicar o lado do médico, mergulhado nesse contexto de dor e súplicas, tanto do paciente quanto de sua família, inibição por parte do Estado, sujeito a sanção, e as proibições originadas direta e indiretamente pelo seu código de ética. Tendo o lado profissional em conflito com o lado humano, que escuta um semelhante implorando pra que alguém ponha fim no seu sofrimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos desse trabalho foram alcançados, visto que as formas de aplicação da morte digna, mesmo que paliativas, foram explicadas em seus detalhes, dissimulando os pontos desconhecidos. Deixou-se bem claro o embate entre os direitos, sejam os que tratam da personalidade sendo inerentes a condição humana e de posse dele, desde o nascituro e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que em face ao desespero de um enfermo, ainda é utilizado como justificativa para negar-lhe o direito de morrer dignamente, já que seria de fato, impossível restaurar sua saúde, deixando-o em status de vida digna. O mesmo vale para o direito de autonomia, em que foram esmiuçados os seus aspectos e suas mudanças através dos tempos, refletindo as transformações sociais e governamentais e sempre deixando claro sua influência na aplicação da morte boa, assim como foi feita explicação quanto a utilização da proteção do direito a vida, para justificar a proibição do ato de encurtar a vida de alguém para retirá-lo de estado de constante dor, mesmo sendo esta, como já dito, repleta de extrema indignidade.

Vale destacar os conflitos da figura do médico inserido nesse contexto, foi demonstrado com êxito suas vertentes, a posição do Estado a esse respeito, sendo ele, na hipótese de permitir a eutanásia em um de seus pacientes, sendo sujeito a pena, por homicídio mesmo que com possibilidade de redução por ter contexto de clamor social, sendo tido como homicídio

privilegiado, existindo também o lado do adoentado, que sabe de suas condições e conclui que o melhor seria morrer antes das etapas mais intensas de sua doença, e implora por isso, mas mesmo com o apoio e pressão da família, não é possível, pelo motivo anteriormente mencionado, bem como pelo que versa o código de ética, que exerce grande força sobre os indivíduos na profissão. Sendo assim, o objetivo maior desse trabalho, que era trazer luz para um tema tão obscuro, fazendo com que todas as questões levantadas ganhassem mais relevância no mundo acadêmico, dando ênfase ao peso que o médico carrega, as transformações dos direitos que em tese justificam a proibição de tal ato e deliberar sobre os lados positivos e negativos do mesmo.

Depois que os pontos foram explicados em sua plenitude, ficou claro a justificativa de ambos os lados, e que apesar de tudo, a condição de um enfermo pesa mais, dessa forma, quando ainda em estado de plena capacidade cognitiva, podendo gozar de suas faculdades, deve ter sua decisão respeitada, obviamente dentro de uma análise padronizada e sistemática, por dois ou mais médicos especializados na eutanásia por exemplo, assim como psicólogos e psiquiatras, para garantir que de fato o indivíduo esteja tomando sua decisão de forma consciente e sem dúvidas. É compreensível a busca pela proteção ao direito a vida, mas como essa vida pode ser considerada digna de preservação se a única coisa que ela fornece ao seu detentor é dor e sofrimento? Nesse contexto, levando em consideração a total falta de meios de reversão dessa situação, o que resta é uma morte digna, quando escolhida pelo enfermo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, C. D. **EUTANÁSIA VOLUNTÁRIA: A MORTE COM DIGNIDADE / VOLUNTARY EUTHANASIA: DEATH WITH DIGNITY**. 2014. Disponível em: [revistafsa: http://189.43.21.151/revista/index.php/fsa/article/view/351](http://189.43.21.151/revista/index.php/fsa/article/view/351). Acesso em: 25 out. 2019.

FERREIRA, V. L. (0 de 0 de 2011). **Eutanásia: julgar a Medicina ou curar o Direito?** Disponível em: [repositorio: http://hdl.handle.net/11067/2864](http://hdl.handle.net/11067/2864). Acesso em: 25 out. 2019.

GOMES, L. F. **Eutanásia e o novo código de ética médica**. 2009. Disponível em: [jusbrasil: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1971344/eutanasia-e-o-novo-codigo-de-etica-medica](https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1971344/eutanasia-e-o-novo-codigo-de-etica-medica). Acesso em: 25 out. 2019.

KRIEGER, M. A. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33718/dos-direitos-fundamentais-direito-a-vida>. Acesso em: 25 out. 2019.

PINHEIRO, M. **A autonomia da vontade no direito de morrer**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46381/a-autonomia-da-vontade-no-direito-de-morrer>. Acesso em: 25 out. 2019.

TOLEDO, L. H. (25 de 03 de 2008). **Eutanásia, ortotanásia e legislação penal**. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11093/eutanasia-ortotanasia-e-legislacao-penal>. Acesso em: 25 out. 2019.

VASCONCELLOS, A. C. **EUTANÁSIA: MORTE COM DIGNIDADE X DIREITO A VIDA**. Disponível em: <https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/673>. Acesso em: 25 out. 2019.

GT 07 – LINHA 07- ARTIGOS**Autonomia Privada, Mediação, Conciliação e Resolução Conflitos****Coordenador: Prof^ª. Ma. Cristiana Russo Lima da Silva**

TÍTULO	AUTORES
OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO UMA ALTERNATIVA PARA O DESAFOGAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO	Luan Villar Lira Lucas Thadeu Araujo Me. Daniel Guedes de Araújo (Orientador)
A PRATICIDADE DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS DE PACIFICAÇÃO SOCIAL DE LITÍGIOS: CARACTERÍSTICAS, PROCEDIMENTOS E LEGALIDADE	Luiz Rosa da Silva Filho Francivaldo Gomes de Moura (orientador)
ACESSO À JUSTIÇA E MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	João Ferreira de Lima Neto Pedro Henrique Rolim Barreto José Antônio de Albuquerque Filho
ACESSO Á JUSTIÇA A LUZ DO CONCEITO DOUTRINÁRIO DE MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH APLICADO AO SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO	CARLA CRISTINE DE SOUZA PIRES E CARLOS EDUARDO SILVA LINS
MOROSIDADE PROCESSUAL: COMO A JUSTIÇA PODE FAZER USO DOS INSTRUMENTOS DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PARA REDUZIR O ACÚMULO DE PROCESSOS NO ÂMBITO JURÍDICO	ANDRADE, Guilherme Moreira de Jesus
OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA: UMA DISCUSSÃO ACERCA DE TEMAS CONTEMPORÂNEOS	Jéssica Nascimento Oliveira Valeska Cavalcanti de Lima Orientadora: Ana Heloisa Cavalcanti da Silva
CELERIDADE DOS PROCESSOS CÍVEIS E OS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ALTERNATIVOS	Gabrielly Pereira Rolim Vinicius Gabriel da Silva Lacerda
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) E O ACESSO À JUSTIÇA	PINHEIRO, Marcus Vinicius Abrantes QUEIROGA, Higor Augusto Gonçalves (Orientador) PINHEIRO, Agapito Fernandes
MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROMOÇÃO DE JUSTIÇA	BEZERRA, Sibely Alves COSTA, Thalyta Oliveira Me. SILVA JR, Francisco Paulino
MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E A ARBITRAGEM COMO EQUIVALENTES JURISDICIONAIS	Emanuely Aparecida Cavalcante Maria Emlay Estrela Mendes José Antônio de Albuquerque Filho

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO: PACIFICANDO E PREVENINDO A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR	ABREU, Ana Luiza Gomes de. MEDEIROS, Salderlania Melinda de. SILVA, Cristiana Russo Lima da
OFERTA DE ALIMENTOS SOB O CRIVO DA AFETIVIDADE	Maria Simone Oliveira Roseno Jessyca Araújo de Oliveira Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas
OS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E SUA EFICÁCIA EM RELAÇÃO AOS MÉTODOS JUDICIAIS	MACIEL, Milenne Emilly Bezerra SOUSA, Valécia Kilmmer Tavares de
A ARBITRAGEM E A MEDIAÇÃO COMO MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS MUNICÍPIOS DA PARAÍBA QUE TIVERAM SUAS COMARCAS DESINSTALADAS	Bruno Barbosa Gaudêncio Manassés Almeida Ferreira Lindovon Dias Pessoa (orientador)

OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO UMA ALTERNATIVA PARA O DESAFOGAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

Luan Villar Lira ¹

Lucas Thadeu Araujo ²

Orientador: Me. Daniel Guedes de Araújo ³

RESUMO

Nos últimos anos, os tribunais brasileiros passaram por algumas transformações, implementadas por força de duas referências normativas contemporâneas: a resolução 125 do CNJ e a edição de um novo CPC, sancionado em 2015. O objetivo deste trabalho é abordar de forma breve sobre como os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (MCRC's) desempenham papel de destaque nesse cenário, com destaque para o papel do poder judiciário no processo de inserção dessa nova cultura e a eficácia dessas ferramentas, agora institucionalizadas, no sentido de promover uma diminuição consistente no número de demandas apresentadas àquele Poder. A referida pesquisa é quanti-qualitativa, fundamentada em dados oficiais fornecidos pelo CNJ por meio do “Justiça em Números”. Buscar-se-á examinar se os referidos métodos consensuais são eficientes no papel de desjudicialização dos conflitos, análise essa que será executada a partir de dados bibliográficos, encontrados em livros, revistas e sites relacionados à temática, assim como os dados do Justiça em Números.

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Tribunal Multiportas.

ABSTRACT

In recent years, Brazilian courts have undergone some changes, implemented under two contemporary normative references: CNJ Resolution 125 and the issue of a new CPC, sanctioned in 2015. The purpose of this paper is to briefly discuss how Consensual Conflict Resolution Methods (MCRC's) play a prominent role in this scenario, highlighting the role of the judiciary in the insertion process of this new culture and the effectiveness of these now institutionalized tools to promote a consistent decrease in the number of demands presented to that Power. This research is quantitative and qualitative, based on official data provided by the CNJ through the “Justice in Numbers”. We will examine if these consensual methods are efficient in the role of disjudicialization of conflicts, which analysis will be performed from bibliographic data found in books, magazines and websites related to the theme, as well as data from Justice in Numbers.

Keywords: Mediation, Conciliation, Multidoor System.

¹ Luan Villar Lira, discente do 4º período do Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas (Direito) – FAFIC (e-mail: luanlira1991@hotmail.com).

² Lucas Thadeu Araujo, discente do 4º período do Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas (Direito) – FAFIC (e-mail: lucaslucatonny@hotmail.com).

³ Daniel Guedes de Araújo, Mestre em Direito Constitucional, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) (danielguedesjp@gmail.com)

INTRODUÇÃO

Os conflitos são uma realidade na convivência do homem desde a época em que começaram a surgir as primeiras civilizações. O modo de resolução dessas disputas se dava, como regra, pelo uso da força, caracterizado pela imposição de vontade do mais forte sobre o mais fraco. Numa linguagem jurídica, tal método é enquadrado como autotutela³³, mecanismo ainda admitido nos dias atuais pelo ordenamento brasileiro em situações excepcionais.

Com o passar dos anos, o Estado tomou para si a responsabilidade de decidir sobre os conflitos da comunidade, a partir da estruturação de segmentos estruturais do poder então em construção e desenvolvimento. Com o advento do Estado Liberal, essa divisão de funções se tornou evidente e estruturada, de modo a fazer surgir o mecanismo da jurisdição, tratado como método oficial de resolução de disputas em todo o Ocidente. Tal realidade avançou na cultura do Estados democráticos e o Poder Judiciário tornou-se a última trincheira de todo cidadão implicado pelo fenômeno social conflito. O resultado da disseminação dessa cultura gerou uma sensação de empoderamento dos chamados jurisdicionados, no sentido de não se conformarem ante a resistência de quem quer que seja ao exercício legítimo de direito subjetivo seu. Via de consequência, a judicialização dessas disputas superou (e vem superando) a capacidade estrutural que o próprio Estado tem para resolvê-los.

A essa evidência, soluções de diversos matizes vêm sendo testadas. A incorporação de mecanismos baseados na formação do consenso pela legislação como forma de promover o desafogamento do judiciário passou a tomar corpo, fazendo (res)surgir os meios autocompositivos (v.g. mediação e conciliação) e os heterocompositivos (v.g arbitragem) como meios alternativos de resolução de conflitos.

A partir do estabelecimento de um cronograma para a criação de um tribunal multiportas, por meio da Res. 125/2010 do CNJ³⁴, iniciou-se um marco na história da justiça brasileira, pois, desde então, o Poder Judiciário incorporou o objetivo institucional de implementação de um política (pública) nacional de resolução de conflitos, de modo a possibilitar o alcance de soluções mesmo antes da sentença final dada pelo juiz.

Resta-nos saber se essa recente inovação está entregando à sociedade novas – e eficazes – formas de resolver suas tramas e desacordos, e, a um só tempo, se a consequência esperada

³³ A Autotutela é legalmente possível em duas situações, o Desforço Imediato (quando a posse é perdida) e pela Legítima Defesa, em ambos os casos é a possibilidade de defesa diante de uma injusta agressão.

³⁴ Conselho Nacional de Justiça

quanto à redução do número de demandas, materializada no desafogamento esperado pelo Judiciário, encontra ressonância com a realidade prática evidenciada pelos números do CNJ.

MATERIAL E MÉTODOS

A pesquisa é qualitativa pois foi realizada uma revisão bibliográfica sobre o tema nas revistas, livros e sites científicas disponíveis on-line e impressos, reunindo e comparando os diferentes dados encontrados nas fontes de consulta e listando os principais fatores que fazem com que haja uma grande quantidade de processos no nosso judiciário, a partir dos dados do sistema Justiça em Números, assim como os MCRC's auxiliam para a redução desses números.

Ademais, a referida pesquisa tem, também, caráter qualitativa, fundamentada em dados oficiais fornecidos pelo CNJ por meio do "Justiça em Números". Examinamos se os referidos métodos consensuais são eficientes no papel de desjudicialização dos conflitos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça como direito fundamental da maior parte das constituições republicanas ao redor do globo vem permitindo a abertura de novas veredas para que o jurisdicionado encontre o espaço adequado para a busca da solução de seus problemas vivenciados na sociedade.

Na obra de Capelletti e Garth³⁵, a abertura do sistema de justiça, no caso brasileiro, é tratada a partir da análise dos obstáculos enfrentados pela população em determinada coordenada de tempo e lugar, a partir do fim da segunda guerra mundial. Tem-se que a aproximação da comunidade com os tribunais para a obtenção de sentenças resolutivas de suas questões interpessoais começa desde a possibilidade de todos poderem ter acesso aos tribunais até a criação dos Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos.

Primeiramente, superou-se o obstáculo econômico. No Brasil, a gratuidade para acessar a justiça, começa a ser incorporada ao ordenamento jurídico no ano de 1950 com a Lei 1.060,

³⁵ Acesso à Justiça (1988)

e, posteriormente, com a CF/88 no seu artigo 5, inciso LXXIV³⁶ e artigo 134³⁷, que trata da Defensoria Pública.

O segundo obstáculo a ser superado tem sido o obstáculo organizacional por meio do enfrentamento aos conflitos (ou demandas) de massa, retratados na obra como interesses difusos e sua representação em juízo. O marco regulatório está na Lei da Ação Popular (LAP) 4.817 /1965, que regula o ingresso à justiça por parte do cidadão; outro problema que tem que ser superado dentro do segundo obstáculo, condiz com a estruturação de padrões decisórios na releitura que tem sido feita acerca do obstáculo organizacional estudado por Garth e Capelletti, de modo a possibilitar que o “DNA” dos conflitos semelhantes sejam considerados na jurisconstrução de decisões justas, dentro de uma perspectiva de uniformidade de entendimento dos tribunais hodiernamente.

O obstáculo formalista – ou do formalismo – é o terceiro obstáculo a ser superado. Ele tem como meta, a adequação para viabilizar o acesso à justiça, ou seja, simplificar o processo tornou-se imperativo para a sobrevivência do próprio instituto, marcado por excessos comprometedores de sua efetividade. Assim, a lei dos juizados especiais cria um novo horizonte respaldado na simplicidade e na oralidade, ao tempo em que fomenta o aprimoramento da abertura do sistema a favor dos indivíduos, independentemente de representação por advogado para resolver questões de baixa complexidade e com valor atribuído à causa em patamar limite de até vinte (20) salários mínimos.

O obstáculo epistemológico revela um hiato entre a atividade hermenêutica do órgão julgador e a consequente aplicação do direito objetivo capaz de resolver o conflito. A análise da natureza do próprio conflito (problema) antes de se apontar o método capaz de solucioná-lo (remédio) tornou-se o novo desafio do ensino jurídico, marcadamente influenciado pela cultura de sentença que rompe séculos de um pragmatismo muitas vezes paternalista, e, ao mesmo tempo, autoritário do Poder Judiciário, cujas bases se preordenam ao exercício do poder de resolver a vidas pessoas, sem o devido cuidado de preparar os atores do processo para as novas demandas da sociedade.

³⁶ LXXIV – “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

³⁷ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

O ensino do Direito, nessa toada, passa, ainda hoje, pelo processo de reformulação, com vistas a ressignificar a importância do estudo do conflito (fenômeno social que interessa ao direito), para, somente após, poder-se oferecer um catálogo de possibilidades para solucioná-lo de forma tão mais rápida quanto mais gere a satisfação do usuário do sistema atualmente. Compreender, portanto, o fenômeno conflito, coloca-se como o imperativo verbal que faltava como ponto de intersecção entre o ato de interpretar a lei e aplicar o direito ao caso concreto.

O último obstáculo diz respeito aos métodos consensuais de resolução de conflitos e como eles podem ser importantes e determinantes para o desafogamento do judiciário e sua importância para um melhor relacionamento entre os interessados. Desta forma, essa inovação tem como objetivo não somente resolver o acúmulo de processos antigos no judiciário, mas fazer com que pessoas que ingressem com novos processos não sofram com o mesmo problema, ou seja, não tenham suas demandas retardadas por falta de uma alternativa mais eficiente do que os métodos adversariais. Ademais, essa onda presa pelos processos futuros que estão por vir, e um dos meios utilizados para se ter um melhor e mais amplo acesso à justiça são os métodos adequados de solução de conflitos, através do sistema multiportas.

A quinta onda de saída da justiça tem como desafio inicial o de eliminar o estoque de casos antigos e como desafio permanente o de ampliar e manter um leque de opções colocadas à disposição do cidadão para solucionar seus conflitos na forma alternativa adequada (sistema de múltiplas portas – ou multiportas) (BACELLAR, 2012, p. 28).

As ondas renovatórias (as três primeiras apresentadas por Cappelletti e Garth e as outras duas por autores como Bacellar) são de grande importância para o processo o acesso à justiça para o cidadão, assim como a quinta onda (que apresenta os métodos consensuais) que auxilia na desjudicialização dos conflitos e melhora a relação entre os interessados.

JURISDIÇÃO X MÉTODOS CONSENSUAIS

A etapa seguinte ao processo de renovação acerca do que é o acesso à justiça é perceber a necessidade de integração desses novos mecanismos consensuais com a própria jurisdição, que é, por natureza, adversarial.

O que se vê, pelas lentes do jurisdicionado de hoje, é uma profusão de instituições e de ferramentas (centros de mediação e de conciliação, tribunais arbitrais etc.) como vias alternativas àquela oficial da jurisdição.

A essa evidência, o próprio Poder Judiciário enfrenta o desafio de obter essa colaboração dos corpos intermediários (centros privados de resolução de conflitos) para fins de ordenar e reorientar a sua própria atuação, uma vez que a legislação processual consagrou a inserção da mediação e da conciliação como etapa praticamente obrigatória do procedimento.

O método utilizado na jurisdição é o método adversarial, seguindo lógica dos litigantes, denominados como autor e réu, como adversários em um cenário de batalha, em polos opostos na disputa. Assim, como a própria denominação litigantes expressa, o autor é quem busca o direito que diz ter, ou seja, o direito material; já o réu, a seu turno, é a figura da pessoa que resiste à pretensão do autor, defendendo-se como pode, ou, no processo penal, ostentando a qualidade de acusado pelo titular da ação penal em questão. Desta forma, é fácil compreender a polarização do conflito, pois os sujeitos da disputa sempre partem do princípio que precisam vencer e trazem, em si, o sentimento de estarem guerreando; além disso, os envolvidos em causas que são tratadas pela jurisdição por meio de uma sentença judicial, muitas vezes saem insatisfeitos com a decisão determinada pelo juiz, dizendo-se injustiçados por quererem mais do que lhes foi dado, ou por terem perdido a causa de forma indevida, sem a devida compreensão de como tudo aconteceu.

Assim, quando um autor aciona a justiça por meio do mecanismo oficial (jurisdição), os sujeitos (autor e réu) atuam em contraposição: uma parte age sempre com a pretensão de levar vantagem sobre a outra parte, e, nesse meio, atua a figura do terceiro (juiz), analisando fatos do passado que geraram a demanda sob sua análise, sem, no entanto, oportunizar uma ambiência capaz de promover a restauração da comunicação, em respeito aos próprios limites procedimentais da lide processual.

De outro lado, os métodos consensuais funcionam em uma dinâmica diferente desse mecanismo anterior. Ao invés de as partes serem conduzidas a uma postura adversarial, elas são apresentadas a um modo de agir colaborativo, ou seja, há o fomento a uma abertura de diálogo entre elas para se obter o melhor desfecho para o caso.

Além disso, quando um lide é institucionalizada, a interferência dos novos métodos não visa apenas a resolução da demanda presente em si, mas também na busca de promover emancipação e maturidade entre os protagonistas do presente no futuro, razão pela qual a

compreensão e a harmonização do diálogo entre as partes se constitui o objetivo central da decisão construída por suas próprias mãos, por ambos.

A exemplo disso, imagina-se uma situação hipotética de discórdia entre dois vizinhos acerca de algum assunto com repercussões na esfera do direito, em desfavor de qualquer deles. Não seria interessante que um eventual processo judicial legitimasse a vitória de apenas um deles. A considerar o fato de a convivência próxima entre eles vai continuar depois da pendenga judicial, o mais adequado seria que ambos tivessem seus problemas resolvidos pela aplicação de um método verdadeiramente eficaz, para que possam vir a conviver em equilíbrio. É com esse viés que os métodos consensuais trabalham, pensando na prevenção de novos casos e no bem-estar das partes depois do processo judicial.

MÉTODOS CONSENSUAIS: RESOLUÇÃO 125/2010 (CNJ) E TRIBUNAL MULTIPORTAS

Ao longo do tempo, a ideia de que as disputas entre sujeitos com repercussão no catálogo de direitos de parte a parte só seriam satisfatoriamente resolvidas por meio de sentença judicial acabou internalizando, no âmago dos próprios indivíduos, inseridos na sociedade, uma “cultura do litígio” que prima pela judicialização de todo e qualquer conflito de interesses. Em vista dessa situação, com a Resolução 125/2010 CNJ, criou-se, no interior do próprio poder judiciário, a semente do que se convencionou chamar de Tribunal Multiportas, cujo objetivo central foi o de abrir o sistema de justiça para a experimentação desses novos mecanismos, dentro e fora da estrutura do Estado.

O poder judiciário, assim, assumiria o papel de condutor de uma política pública capaz de desmistificar a necessidade de litigar em todo e qualquer caso e oferecer a sociedade outras perspectivas de tratamento desses conflitos.

Os Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos (MCRC's) se integram ao modo de operar do próprio Estado na solução dos conflitos com o intuito de promover à sociedade um caminho diferente do que o percorrido pelo judiciário para resolver litígios. A ideia a ser desenvolvida é a seguinte: para se ter um conflito sanado, não há a necessidade de que se percorram todas as etapas processuais para o alcance da sentença.

A resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) trata da mediação e da conciliação, e coloca que um de seus objetivos é simplificar, desjudicializar os conflitos, conforme o seu artigo 1º, parágrafo único:

Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Como já falado anteriormente, quando a solução é produzida pelo consenso dos interessados, há uma chance muito maior d'ela ser respeitada e cumprida. Além disso, os desgastes de convivência e emocionais frutos da situação desconfortável do próprio conflito não terão o condão de arruinar o relacionamento entre os envolvidos, que se submeteram a um processo de restauração do diálogo e da facilitação da comunicação para a resolução pacífica.

Resgatar o diálogo, desenvolver a escuta, facilitar a comunicação e todo o mais que se explora na ciência dos meios alternativos de solução de conflitos são extremamente proveitosos para preservar ou restabelecer o equilíbrio dos vínculos pessoais e jurídicos (CAHALI, 2018, p. 9).

Existem casos que necessitam ainda mais desses métodos adequados, por se tratarem de conflitos emocionais e de convivência, como nas questões de família, onde os conflitos sobre guarda de filhos, por exemplo, são sensíveis e delicados. Com a utilização do método efetivamente mais adequado, como se revela a mediação, pode-se resolver com certo restabelecimento do vínculo afetivo, afastando-se os sentimentos negativos (como a mágoa e o rancor).

Em algumas situações, tão profícuo é o resultado da mediação quanto ao restabelecimento da comunicação, que a convivência das partes passa a ser sadia o suficiente para dispensar a intervenção jurisdicional, ou até restabelece a relação afetiva (CAHALI, 2018, p. 7).

De perceber o proveitoso legado já deixado pela mediação e conciliação, mesmo em tempos de estruturação insatisfatória desses métodos na legislação de outrora, o novo código de processo civil consagrou-os, destacando o seu papel relevante para os juristas, de modo a ocupar o espaço devido, lado a lado com a jurisdição. Assim, os resultados dessa incorporação ao sistema têm-se revelado muito eficaz, na perspectiva da pré-falada política nacional judiciária de resolução de conflitos, cujos resultados demonstram impacto na produtividade quanto à baixa dos processos distribuídos perante o poder judiciário, nesse cenário de explosão de

litigiosidade que enfrenta, já que a quantidade de demandas tem aumentado e o número de processos que entram (input) é superior ao número de processos que saem (output).

Vale salientar que os mecanismos consensuais geram uma economia ao judiciário, pois o tempo de duração de uma demanda é ínfima comparado a jurisdição, e suas etapas processuais são puladas como já dito antes, desta forma, com a celeridade que esses métodos despontam em resolver a demanda, os custos processuais diminuem.

INCENTIVO AO USO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS AOS OPERADORES DO DIREITO

No ano de 2015, com a sanção da Lei nº 13.140, obteve-se o marco legal da mediação no Brasil. A partir daí, entre tantas outras relevantes modificações e inserções acerca da mediação e da conciliação, a formalização de acordos engendrados nas audiências de mediação, ainda que extrajudiciais, passaram a ostentar força de título executivo com força de sentença judicial.

Como discutido anteriormente, a necessidade de superação do obstáculo epistemológico do acesso à justiça culminou com a inclusão do estudo dos métodos alternativos na escola do ensino jurídico no Brasil. A formação dos estudantes, atualmente, passa necessariamente pela reflexão sobre a destacada importância do uso desses métodos de resolução de conflitos, de modo a reconhecer-se o caráter essencial de seu uso para a justiça brasileira.

O novo Código de Processo Civil, logo no seu início, nos traz no artigo 3º, § 3º “*A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*”. À vista disso, percebe-se que o novel diploma determina expressamente o estímulo desse mecanismo como tarefa destinada aos operadores do direito.

Ademais, os advogados têm no seu código de ética um dispositivo que impõe dever semelhante, a saber, “São deveres do Advogado: estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

MEDIAÇÃO X CONCILIAÇÃO

A conciliação e a mediação são meios autocompositivos de resolução de conflitos, onde as partes devem dialogar em busca de uma solução consensual e pacífica do conflito, onde as partes fiquem num clima amistoso e possa se satisfazer com o resultado final.

A divergência entre mediação e conciliação está no papel do terceiro que conduz a audiência, onde o conciliador pode fazer propostas que sejam viáveis para as partes e o mediador deve apenas controlar o espaço de cada um. A decisão deve ser tomada pelas partes nunca podendo ser imposta pelo terceiro imparcial. Assim nos informa Cahali (2018, p. 3):

[...] A apresentação de propostas e a finalidade de obter o acordo são, pois, duas características fundamentais da conciliação.

[...]

O mediador não julga, não intervém nas decisões, tampouco se intromete nas propostas, oferecendo opções.

Na conciliação, o conciliador somente sugerirá soluções para que o litígio seja sanado, sendo vedado dar soluções parciais; já na mediação, o mediador auxilia os interessados a compreenderem as questões de interesse do conflito, prevalecendo sempre a vontade dos interessados, já que são eles quem devem buscar as soluções.

A mediação tem como foco o conflito, e não a solução, já a conciliação tem como base a solução, e não o conflito, até pela natureza episódica que o caracteriza. Sendo assim, como saber em qual caso usará um ou outro método, ou vice e versa? Essa resposta dependerá do caso concreto, entre esses dois métodos sempre tem uma lacuna, para onde, a depender do caso, será destinado aquele litígio, ou seja, onde melhor couber a solução para aquele caso concreto, será o método a ser utilizado, mas os operadores do direito (juiz, advogado, intermediário) envolvidos, quem devem orientar para a melhor eficiência da demanda, o melhor método a ser escolhido.

As funções do mediador e do conciliador estão dispostas no Novo Código de Processo Civil, em seu Art. 165, §§ 2º e 3º, segue:

§ 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.

Ademais, a solução consensual gera muito menos problemas e de uma forma mais célere, uma vez que a decisão tomada entre as partes, de forma consensual, é respeitada e atendida pela fato d'a "sentença" ter sido construída pelos interessados do conflito, ao contrário da decisão judicial que gera um natural e inevitável descontentamento para uma das partes, quando não para ambas, possibilitando, assim, o manejo de vários recursos até as últimas instâncias. Como salienta Cahali (2018, p. 4):

[...] uma solução consensual geralmente é respeitada e atendida voluntariamente; já uma solução adjudicada pela sua imposição contrária à vontade de uma das partes provoca inúmeros recursos e, ainda, quando estes não mais forem possíveis, leva ao descumprimento do decidido, a exigir execução com seus incidentes, tendo como consequência a "eternização" do litígio.

Como se vê, os métodos adequados desempenham um papel muito relevante na sociedade, uma vez que eles propiciam a resolução de conflitos conjunta entre os interessados, contribuindo, para o alcance do escopo social que, muitas vezes, a própria jurisdição não é capaz de promover: a efetiva pacificação social.

A (IN)EFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Como dito anteriormente, esse novo repertório dos métodos alternativos são céleres, e promovem soluções com maior eficiência e economia. Desta forma, o mais razoável é que, na ocasião que lhes couberem ser usados, que o sejam. E mais: que eles sejam fomentados pelos operadores do direito. O poder judiciário, como se saber, passa por séria crise de legitimação social, tendo em vista a morosidade que assola a condução dos procedimentos pelo mecanismo adversarial. Segundo dados do CNJ, em média, no Brasil, os processos demoram 3 anos e 7 meses no 1º grau e 8 meses no 2º grau para serem resolvidos, ademais, sabe-se que entram mais processos do que saem no judiciário.

Assim, esse lapso de tempo que os processos levam para serem baixados agrava ainda mais a situação de bloqueio de acesso à justiça, compreendido como acesso a uma ordem

jurídica justa, especialmente a se considerar o crescimento populacional, bem como o das disputas daí decorrentes. Torna-se cada vez mais complexo para o poder judiciário acompanhar as novas demandas, ainda mais quando somadas com aquelas mais antigas e ainda pendentes de julgamento.

Segundo Roberto Portugal Bacellar, o Brasil já cometia erros há cerca de 35 anos atrás, pois nesse período já existia algumas incongruências: a) inadequação da estrutura do Poder Judiciário para a solução dos litígios já existentes; b) tratamento legislativo insuficiente, tanto no plano material quanto no processual, dos conflitos de interesse coletivos e difusos; c) tratamento processual inadequado para as causas de reduzido valor econômico e consequente inaptidão do Poder Judiciário para solução barata e rápida das causas, [...] constataram-se notícias que em 1912 Ruy Barbosa já fazia críticas exatamente sobre a demora na prestação jurisdicional e teria afirmado que: ‘justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta’ (BACELLAR, 2012, p. 43).

Segundo o CNJ, no ano de 2018, houve, em nível nacional, uma entrada de 28.052.965 de casos, 32.399.651 de casos julgados, 31.883.392 de casos baixados e 78.691.031 de casos pendentes, ficando a taxa de congestionamento³⁸ em 71% e o índice de conciliação em 12%.

Ao se comparar os dados do justiça em número do 2018, dos Estados da Paraíba e do Ceará (mais próximos da nossa realidade), constata-se que o índice de congestionamento na Paraíba é de 75% no 1º grau e de 63% no 2º grau, enquanto que, no Ceará, é de 75% no 1º grau e de 61% no 2º grau. Com isso vemos que os Estados estão praticamente com o mesmo índice no primeiro grau, ficando a Paraíba atrás por dois pontos percentuais no segundo grau.

Em relação a quantidade total de casos existentes, na Paraíba há um índice de 25,6% de casos pendentes, enquanto no Ceará esse índice é de 25,1%. Podemos ver que mesmo com as tentativas de desafogar o judiciário ainda temos um índice considerado de processos que necessitam de apreciação.

No Estado do Ceará, há 400 unidades judiciárias e 36 Centros Judiciários de Solução de Conflitos; já no Estado da Paraíba, tem-se 247 unidades judiciárias e 29 Centros. Esses números revelam que ainda existe número insuficiente de Centros (mesmo judiciários) de Solução de Conflitos, considerado o número de unidades judiciárias de ambos os Estados, o que poderiam contribuir bastante para a redução de tempo e gastos com os processos.

³⁸ Taxa de Congestionamento é o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparado ao total tramitado no período de um ano.

O índice de conciliação no Ceará é de 16,1% e na Paraíba de 20,7%, números muito baixos em relação à toda preocupação que o judiciário parece querer demonstrar em relação aos casos que podem ser resolvidos pelos meios autocompositivos.

Com base nos dados apresentados, pode-se ver que ainda há muito o que se fazer para implementar satisfatoriamente os mecanismos ditos consensuais que se vocacionam à obtenção de soluções pacíficas para os conflitos interpessoais. Ademais, o poder judiciário e os órgãos que o compõem poderiam incentivar ainda mais os métodos consensuais de resolução de conflitos e difundir a existência de tais métodos de forma que a população considere reavaliar a atuação do judiciário, em crescente descrédito por parte daqueles que se colocam na contingência de buscar a estrutura estatal para solucionar seus conflitos, de modo a restaurar, em favor do próprio poder judiciário, a percepção de eficiência e a legitimidade social sob ameaça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto de crise do Poder Judiciário é de suma importância as ondas renovatórias, pois elas nos mostram obstáculos a serem superados e como superá-los. O 1º obstáculo a ser superado é o econômico, o 2º obstáculo é organizacional, o 3º obstáculo é o do formalismo, o 4º obstáculo é o epistemológico e por último a superação do obstáculo da insuficiência. Logo, priorizamos o último obstáculo que é o da superação da ineficiência do poder judiciário.

Certamente há uma lógica, se os processos de grau de complexidade mais simples estão demorando a serem sanados, por consequência estão acumulados no poder judiciário, sendo que a população aumenta e suas demandas também, acarreta-se uma série de problemas, um deles é o aumento de causas aglomeradas.

Neste sentido, se a insuficiência não for resolvida poderá ferir o princípio da Razoável Duração do Processo, pois em determinados processos, quando o resultado custa muito, e o favorecido (dono do direito material) não puder mais usar seu direito, não haverá real efetividade do caso concreto.

O Código de Processo Civil em seu Artigo 4º expressa, “*as partes tem o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”. Sendo assim, deve haver celeridade no processo, isso não quer dizer que tenha que ter pressa, ao contrário

disso, deve-se ter rapidez nas causas, principalmente nas de menor potencial, o que pode proporcionar essa rapidez e eficácia sem precisar do cumprimento de todas as etapas do processo, são os mecanismos extrajudiciais.

Ao analisarmos os dados do Justiça em Números, conclui-se que os processos que permanecem no litígio são em números maiores dos que são resolvidos, o que gera o congestionamento do poder judiciário e a lentidão no processo de julgar.

A cultura do povo brasileiro sempre esteve ligada no ato de entregar nas mãos do Estado-Juiz o poder de decidir sobre os seus conflitos como sendo o único meio necessário para resolução.

O “Mito da Caverna”, de Platão, é uma metáfora que fala de pessoa que vivem em uma caverna e é apenas aquele local que eles conhecem, tendo assim a necessidade de saírem daquele local para poderem conhecer o mundo e fugir da ignorância mental. Assim também acontece com os MCRC's, em virtude da pouca quantidade dos Centros de Conciliação e da falta de conhecimento por parte da população que seus conflitos de interesses podem ser resolvidos de forma amigável sem a interferência do terceiro, precisamos da divulgação dessas alternativas para que a população possa sair da “caverna” e resolver seus conflitos sem a interferência direta de um terceiro.

Desta forma entende-se que a muito a ser reformado em nossos Códigos para que a resolução dos conflitos se torne mais célere e contribua para que de fato a justiça seja feita e faz-se necessário uma maior disseminação do Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos para que estes surtam os efeitos esperados trazidos pela resolução 125 do CNJ e pelos dispositivos do Código de Processo Civil (2015).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Regulamento Geral da Advocacia e da OAB**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/Content/pdf/regulamento-geral-do-estatuto-da-advocacia-e-da-oab.pdf>. Acesso: 10 out. 2019

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso: 10 out. 2019.

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: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei 8.906**, de 04 de Julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei 13.105**, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei 13.141**, de 26 de Junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. 15 out. 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. – 7 ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Cap. 2 e 3.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; **ACESSO À JUSTIÇA**. Porto Alegre, 1988. Reimpresso/2002.

CREPALDI, Thiago; VALENTE, Fernanda. **Reforma do CPC perdeu oportunidade de melhorar sistema das ações coletivas**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado>. Acesso em: 11 out. 2019.

FERNANDES, Sônia Caetano. O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo código de processo civil – Câmaras de mediação e conciliação. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade>. Acesso em: 11 out. 2019.

GABBAY, Daniela Monteiro. **MEDIAÇÃO & JUDICIÁRIO: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. Tese de Doutorado – USP – São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24042012-141447/pt-br.php>. 15 out. 2019.

JUNIOR, Sidnei de Braga. **O Novo Código de Ética da OAB frente aos Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Disponível em: <http://www.fecema.org.br/arquivos/1772>. Acesso em: 11 out. 2019.

URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2015. Disponível em: <http://www.petropolis.rj.gov.br/petropolisdapaz/artigos/downloads/Como%20chegar%20ao%20sim%20com%20voce%20mes%20-%20William%20Ury.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

**A PRATICIDADE DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO ENQUANTO
INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS DE PACIFICAÇÃO SOCIAL DE LITÍGIOS:
CARACTERÍSTICAS, PROCEDIMENTOS E LEGALIDADE**

Luiz Rosa da Silva Filho¹

Francivaldo Gomes de Moura (orientador)²

RESUMO

O estudo em voga justifica-se por ser a conciliação e a mediação nos dias atuais, em tese, institutos primordiais na solução de conflitos entre as pessoas, isto devido a sua celeridade e praticidade, que oferece aos envolvidos uma tomada de decisão mais rápida com base no diálogo. Assim, o objetivo da pesquisa é levantar reflexões acerca da relevância desses métodos para o judiciário, como também sua eficácia dentro do contexto social como pacificador de litígios e sua utilidade na vida dos cidadãos. A metodologia usada parte do método dedutivo, tendo como técnica de pesquisa a leitura de livros e artigos, que trazem discussão sobre o assunto em cometo, bem como as legislações brasileiras que tratam da temática, para que se possa esclarecer a real importância desses instrumentos de solução de conflitos para a sociedade.

Palavras-chave: Conciliação. Mediação. Pacificação. Solução de conflitos.

ABSTRACT

The study in vogue is justified by to be the conciliation and the mediation in the current day, in thesis, primordial institutes in the solution of conflicts between the people, this, due the its celerity and practicality, which offer to the involved a making of decision more rapid with based on dialogue. Thus, the objective of the research is to raise reflections about the relevance of these methods for the judiciary, as well as their effectiveness within of the social context as pacifier of litigation and their usefulness in the lives of citizens. The methodology used starts from the deductive method, having as technique of research the -reading of books and articles, which bring discussion about the subject at comment, as well as the Brazilian legislations that treat of the thematic, so that we can to clarify the real importance of these instruments of solution of conflict to the society.

Keywords: Conciliation. Mediation. Pacification. Solution of conflicts.

¹Luiz Rosa da Silva Filho, aluno regularmente matriculado no curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Campus de Sousa-PB. E-mail: luizrosa2007@gmail.com

²Francivaldo Gomes de Moura, Professor Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, atualmente, Professor Adjunto II da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Campus de Sousa-PB. E-mail: fgomesmoura@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O ser humano apresenta características diversificadas em virtude de suas crenças, seus costumes, sua cultura, suas ideologias, desenvolvidas em diferentes contextos sociais. Com isso, na vivência em sociedade, acontecem desentendimentos que às vezes é conveniente para sua resolução à presença do Estado que atua por meio das instituições judiciárias. O judiciário se incube de prestar a tutela jurisdicional, no entanto, para que o Estado possa atuar há a necessidade de ser provocado por aquele que se sentir prejudicado com relação ao direito desrespeitado.

Por meio da via judicial, que ao ser chamado para buscar uma solução para uma determinada controvérsia, abre um processo que percorrerá diversas fases e atos procedimentais no intuito de atender a demanda solicitada. Contudo, os trâmites mencionados não ocorrem como os indivíduos sempre desejam, pois, é observável a morosidade de nossa justiça devido a uma cultura desenvolvida em meio social, a judicialização de qualquer contenda, independentemente de seu valor econômico, de seu significado em termo de coletividade social.

Desta forma, os processos judiciais vão se alastrando no dia a dia chegando a números expressivos, fugindo à realidade de cada jurisdição, e na maioria das vezes, é preciso à espera de anos e anos para um posicionamento do órgão, sem contar com as vias recursais, assim o litígio passa uma eternidade sem um pronunciamento concreto e acabado.

Diante desta configuração, nos propusemos a analisar os meios alternativos de solução de conflitos, de acordo com o nosso estudo, a conciliação e a mediação, a fim de construirmos uma imagem adequada sem proselitismo com relação à praticidade destes métodos em sentido geral como coadjuvante do poder judiciário. Além disto, buscamos apontar características que qualifiquem estes meios de solução de conflito como ferramentas que propicie celeridade as demandas e contribuam para desafogar o judiciário. Ainda, caminharemos na perspectiva de demonstrar os procedimentos viáveis na propositura da conciliação e da mediação, como também apresentar as bases legais destes instrumentos.

Nesta expectativa, temos como objetivo geral do estudo, levantar reflexões acerca da relevância destes métodos para a seara judiciária, como também sua eficácia dentro do contexto social como pacificador de litígios e sua utilidade na vida dos cidadãos. É bom esclarecer que a intenção não é e nunca será esgotar o assunto, apenas suscitar e procurar por meio da pesquisa instigar ainda mais a sociedade no conhecimento e na utilização da conciliação e da mediação na resolução de conflitos de maneira efetiva e concreta.

Diante do exposto, ficamos nos perguntando: o que deve ser feito para o desenvolvimento e a construção de uma cultura voltada para o diálogo na resolução de litígios? É possível por meio de instrumentos alternativos como a conciliação e a mediação, sem a presença física do juiz na audiência, já que é coordenado por conciliadores e mediadores, obter praticidade e credibilidade junto aos litigantes?

Estes questionamentos nos motivarão no decorrer do estudo, pois, busca-se encontrar respostas para tais situações, sendo possível, que sirva de estímulos para prosseguirmos na busca incessante para dirimir as dúvidas que nos cercam com relação ao tema abordado.

O estudo será norteado e se baseia nas leituras e análises de doutrinas de autores renomados do Direito Processual Civil, da Resolução Nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Lei 13. 105/2015 Novo Código de Processo Civil (NCPC), Constituição Federal de 1988, doutrinas específicas sobre os métodos de solução de conflitos. Todas estas fontes nomeadas, em menor ou larga escala fazem referências aos instrumentos de solução de conflitos, no caso em voga: conciliação e mediação.

CONCEITOS E DIFERENÇAS QUE NORTEIAM A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO

A conciliação é definida nas lições de BACELLAR (2012, n. p.) da seguinte maneira:

[...] um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções (a partir da lide) que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz à extinção do processo judicial.

Neste sentido, a conciliação é um procedimento em que outra pessoa aquém da lide, que precisa ser imparcial, fica responsável por dirigir uma sessão organizada com o objetivo de solucionar uma controvérsia entre as partes envolvidas em um litígio. O coordenador imparcial ao ouvir as partes tem a possibilidade e a incumbência em decorrência dos fatos apresentados pelos envolvidos, fazer orientações, procurar sondar qual a real intensão das partes, a fim de propor sugestões que seja conveniente para ambas na finalidade de resolver a demanda e pôr fim ao processo judicial.

No processo de conciliação, vale ressaltar que as partes poderão chegar a um acordo a partir de suas próprias intenções, sugestões, pois, o fato do conciliador ter o poder de sugerir

não implica dizer que o acordo só será expresso por meio de uma proposta advinda dele. Haja vista, que mesmo o conciliador apontando uma forma de solucionar o litígio, que no seu entendimento seja a melhor para as partes, sem a anuência destas o acordo não terá êxito. Assim, fica expressa quem tem realmente o poder de fato de pôr fim a propositura seja partindo de propostas sua, ou do conciliador, quem deve determina com a última palavra é as partes. “Esse terceiro não tem a missão de decidir, mas apenas auxiliar as partes na obtenção da solução consensual” (SCAVONE JÚNIOR, 2018, n.p.).

O posicionamento esclarecedor de Scavone Júnior é essencial para o fecho do acordo, que precisa ter consenso entre as partes, não adianta ter uma proposta exitosa na opinião de uma das partes e do conciliador e não tocar a outra. Neste contexto, não se resolve a controvérsia. Deste jeito, a conciliação é uma atividade do conciliador, que fica responsável pela tentativa de solucionar o conflito, que pode até fazer sugestões, dar orientações, opinar sobre determinadas propostas, no entanto, não pode agir de forma autoritária, impondo as partes à aceitação de sua sugestão a qualquer custo. O consenso entre as partes é o princípio norteador deste instrumento de solução de conflito chamada conciliação.

Nesta mesma esteira, Theodoro Júnior (2018) preleciona citando o NCPC, art. 165, parágrafo 2º “Nada obstante a singeleza da conciliação, a lei reconhece ao conciliador a possibilidade de “sugerir soluções para o litígio”, embora lhe seja vedado o uso de “qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes se conciliem”.

É claramente expresso, conforme demonstrado que o conciliador deve atuar dentro de limites impostos, não podendo ultrapassar determinados preceitos legais, como se tudo fosse permitido para consecução da reprimenda, deixando de observar o estado democrático de direito.

Com relação ao instrumento da mediação, a lei 13. 140 de 26 de junho de 2015 no parágrafo único do art. 1º se posiciona de maneira direta sobre a conceituação do método ora mencionado “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.” (Grifo nosso).

Assim sendo, a presença de um terceiro imparcial é uma das premissas da mediação, no entanto, não tem a competência decisória. Além do mais, é importante se atentar que o mediador auxilia e estimula as partes a chegarem por si só a uma decisão que possa solucionar o problema que os atinge. Deste modo, precisa o mediador de uma capacidade de diálogo considerável, a

fim de ditar um ritmo que propicie e incentive a resolução da reprimenda, que precisa haver um consenso entre os participantes do litígio.

Isto porque, o responsável pela mediação não pode atribuir sugestões de resolução da lide, não pode apontar formas para findar o impasse, ficando somente apto a guiar o diálogo entre as partes, e se chagado a um acordo proceder com os encaminhamentos legais para consolidar o acordado dos participantes. É precioso o entendimento que no processo de mediação o terceiro precisa ter a anuência das partes para condução da sessão, caso contrário precisa ser substituído por um terceiro que seja consenso entre os que ali estão como litigantes na demanda.

Bacellar (2012, n. p.) qualifica a mediação de maneira pragmática ao afirmar que:

A mediação é única. Além de outras qualificações, ela representa um método adequado para tratar de situações complexas (emocionais, relação de vários vínculos) e consiste em processo, que como tal tem de ser desenvolvido, passo a passo, com planejamento, com técnica e visão interdisciplinar.

Nesta configuração, é notada a preocupação do autor em situar a participação do instrumento da mediação no caso concreto, declarando que o instituto é primordial naquelas situações litigantes que estejam impregnados pela emoção das partes, podendo ser mencionados os impasses que envolvam familiares, casais, enfim, pessoas com conexões interpessoais, que por inconveniência estão travando uma batalha em busca de respostas para suas desavenças.

Ainda vale salientar que na mediação, por ser um processo mais complexo, o mediador precisa ter em mente como serão desenvolvida as etapas diante do caso concreto, sendo importante um planejamento minucioso em termo de técnicas que irão orientá-lo no passo a passo, ou seja, quais serão as estratégias que poderão surtir efeito na prática, uma vez que, o mediador precisa ter conhecimento com antecedência do tipo de litígio que enfrentará, para poder planejar as suas investidas. Até a escolha do vocabulário, os tipos de questões apresentadas, o controle da situação podem ser fatores determinantes na solução do conflito. “O mediador busca neutralizar a emoção das partes, facilitando a solução da controvérsia sem interferir na substância da decisão dos envolvidos” (SCAVONE JÚNIOR, 2018, n.p.).

Diante da discussão apresentada até aqui a respeito da conciliação e da mediação é mínima a distinção entre elas, pode-se apontar um traço distintivo entre ambos os processos, é que na conciliação o conciliador pode sugerir opções, meios, de como resolver o conflito, na

mediação o mediador precisa incentivar as partes por si só a levantar uma forma de solucionar o atrito. “O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio” (DIDIER JÚNOR, 2014, p. 209).

Na conciliação é limitado o tipo de situação em que deve o conciliador operar, ficando restrito aos casos em que não houver vínculo anterior, redação esta dada por meio da lei 13.105 de 16 de março de 2015, que instituiu o novo código de processo civil (NCPC) em seu art. 165, parágrafo 2º. Assim, a situação em que se encontram os litigantes é apenas circunstancial, ou seja, estão associados por causa apenas do incidente que ocorrerá entre eles. Nunca tiveram um relacionamento anterior, às vezes nem se conhecem.

Já a mediação é voltada para um público mais próximo de contato constante, que favorece as emoções, enquanto na conciliação as partes não estão ligadas por este traço da emoção, pois, não tem um elo proximal. O processo de mediação é indicado para os casos mais específicos que envolvam sentimentos, emoções que estejam ligados por vínculo anterior. Aqui, existiu antes um contato expressivo, as partes conviveram mutuamente, desenvolveram laços sentimentais. Deste modo, o mediador de acordo com a lei supracitada (NCPC) art. 165, parágrafo 3º, tem a função de auxiliar os 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 (grifo nosso).

Neste contexto, subentende-se que os envolvidos no litígio tinham um relacionamento entre si, um liame, que foi afastado devido o conflito formalizado, e que muitas vezes, nem a comunicação havia mais entre eles. Destarte, o mediador só terá cumprido sua missão plenamente se contribuiu para solucionar o conflito, e claro, conseguiu restabelecer o contato dos envolvidos, não precisando para isto, que as partes retornem a situação anteriormente ocupada. Não sendo possível, entende-se que o fim foi atingido diante da resolução do litígio.

No processo de mediação se torna mais sensível as etapas do processo, não que esta característica não possa está presente na conciliação, o que se quer propor é que pelo fato de na mediação envolver o lado emocional, é necessário uma minuciosidade maior no desenrolar da sessão, levando o mediador a adotar posturas diversificadas na condução dos trabalhos em consonância com o caso concreto.

Quando, porém, o que se espera do intermediador é a participação na escolha de opções para a melhor composição de interesses recíprocos, diante de

relações duradoras que se pretende conservar ou modificar, o remédio adequado será a *mediação* (THEODORO JÚNIOR, 2018). (Grifo do autor).

No posicionamento adotado acima, não resta dúvida com relação à necessidade de um planejamento cuidadoso com o intuito de escolher as melhores táticas de atuação, quando se tiver utilizando o instituto da mediação. Além do mais, estará o mediador diante de laços duradouros desenvolvido no decorrer do relacionamento das partes, que na maioria das vezes o rancor está impregnado nos participantes ou mesmo em apenas um, dificultando assim o entendimento entre os indivíduos participantes do processo. Com isso, deve o mediador estar bem preparado para assim tornar-se um facilitador no cumprimento da pacificação e resolução da lide.

Cabe lembrar, que a mediação é um meio alternativo de solução de conflito voluntário, não estando às partes na obrigação de aceitar a participação contra a própria vontade, isto está disciplinado no parágrafo 2º do art. 2º da lei 13.140/2010. “Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. Com relação à conciliação poder ser obrigatória, assim dispõe o art. 334 do Novo Código de Processo Civil:

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. (Grifo nosso).

Nos processos judiciais, quando a petição inicial atende aos requisitos essenciais, é obrigatória a audiência de conciliação ou mediação a depender das especificidades do caso concreto, a ser marcada pelo juiz responsável pelo processo. Mas, existe a possibilidade de a conciliação não acontecer, basta ocorrer uma das hipóteses mencionadas no parágrafo 4º do art. 334, § 4º A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – quando não se admitir a autocomposição.

Vale esclarecer, o citado com relação à mediação que antes com base no parágrafo 2º do art. 2º da lei 13.140/2010, foi admitido a sua voluntariedade para que aconteça, e agora outro dispositivo menciona que o juiz designará para acontecer a mediação. A observação feita no concernente a questão é a seguinte, no caso da conciliação para que ela não aconteça necessita da manifestação de ambas as partes admitindo que não aceitam participar do ato, já com relação a mediação, se uma das partes se negar a participação não haverá a sessão. Nestes moldes é que

se configura a mediação como voluntária e a conciliação podendo ser obrigatória. Com relação ao citado, quando não se admitir a autocomposição, é coerente tanto com a conciliação quanto com a mediação.

PRECEITOS FUNDAMENTAIS QUE INSTIGAM O SUCESSO DOS INSTRUMENTOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

A conciliação e a mediação nascem como pressuposto fundamental na solução de conflitos, contribuindo na diminuição das demandas judiciais e sendo mais uma opção disponível para que os envolvidos em uma lide possam fazer o uso através da manifestação de vontade, que leve a resolução do impasse, a fim de restabelecer a ordem social entre as partes. É importante informar que na prática estes instrumentos estão sendo satisfatório para a finalidade, ao qual foram criados, ou seja, evitar o crescimento em grande proporção dos processos judiciais, como também solucionar de maneira breve as situações de atritos.

Neste sentido, se posicionou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no momento da elaboração da Resolução Nº 125, de 29 de novembro de 2010, quando no espaço dedicado as considerações, atuou de forma concisa e segura, quando se pronunciou da seguinte forma:

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; (Grifo nosso).

É digno de nota, o destaque dado pela Resolução ao enfatizar a redução da judicialização dos conflitos e a quantidade de recursos e de execução de sentenças, posto que, existe um “plus” na afirmação que valoriza os métodos de conciliação e de mediação na consecução do intuito almejado e citado, ou seja, não é apenas a implantação dos instrumentos, carece ser apropriada a disciplina dentro dos programas. Não é apenas criar por criar, necessita de uma atenção e responsabilidade no seu exercício, pois assim não sendo, não se tem a garantia da eficácia dos métodos conciliativos.

Assim, a função de conciliador e de mediador por mais que se pareça simples, entende-se que não é bem neste caminho, uma vez que, fica transparente a grande responsabilidade que assume àquele candidato, logo que decide pela atuação na área descrita, além do mais, faz jus

que recebam orientações contundentes, efetivas e continuadas para o bom desempenho da posição.

Scavone Júnior (2018, n.p) em sua obra Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação, preconiza os mínimos requisitos para a atuação no posto de conciliador e mediador, vejamos:

Para a livre distribuição, o art. 167 do Código de Processo Civil exige, tanto para os conciliadores quanto para os mediadores judiciais, capacitação mínima para registro profissional, consistente em curso promovido por entidades credenciadas pelos tribunais, que respeitem o currículo definido pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça.

A fala de Scavone Júnior é esclarecedora no que concerne legalmente à atuação dos que almejam percorrer esta árdua função de conciliador. Eles precisam participar de curso de capacitação, não podendo ser qualquer um, precisa ser uma capacitação nos moldes dos órgãos responsáveis, além das entidades serem credenciadas pelos tribunais, e fazerem adesão ao currículo desenvolvido pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça. É notável uma preocupação por partes dos órgãos competentes em colocar na função pessoas que realmente atendam ao objetivo da causa e não apenas a obtenção do título de conciliador e mediador.

A Resolução 125/2010 em seu art. 12 e parágrafos, também deixa bem claro os mecanismos indispensáveis para a admissão dos conciliadores e dos mediadores, a fim de atuarem como pacificadores sociais de litígios. Descrevemos na íntegra o caput do art. 12:

Nos Centros, bem como em todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias. (Grifo nosso).

Vale salientar a força expressiva do vocábulo “somente” utilizado no caput do art. 12, que tira qualquer possibilidade de atuação na função de conciliador e de mediador sem a capacitação exigida. Torna-se impossível no dizer do artigo ser pacificador de litígios sem a frequência e participação no curso de formação.

Ainda, é merecedor de aplauso a dicção deste artigo supracitado, que faz uma generalização relacionada à prática dos instrumentos de solução de conflitos, que não importa

aonde funcione, seja dentro dos órgãos judiciais seja em qualquer Centro, fica obrigado à realização do curso de capacitação.

O empenho se observa perante os setores encarregados pela implementação destes métodos conciliatórios, como também a responsabilidade em tranquilizar o indivíduo que precisa se submeter a uma sessão de conciliação ou mediação para tentar resolver um litígio, que irão encontrar profissionais capacitados e que possuem a formação adequada para exercer a denominada missão.

A CELERIDADE DOS PROCESSOS COM A ADOÇÃO DOS INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

O crescente aumento de provocação recebida pelo judiciário por meio de ações contribuem desenfreadamente para a sobrecarga das instituições jurisdicionais, que acumulam no decorrer do tempo números altíssimos de processos, não sendo suficiente a atenção dada pelos órgãos judiciais para dar uma resposta célere àqueles que buscam uma resolução para suas demandas sociais.

Nesta situação, carece que as instituições competentes e responsáveis pela justiça do país possam criar mecanismos que venham a viabilizar a conclusão das demandas e atribua uma solução nos casos que são chamados a atuar. Para isto não falta legalidade, basta observar o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que preleciona dentro dos direitos fundamentais a duração razoável do processo e do emprego de meios que assegurem a celeridade de sua tramitação.

O preceito constitucional desde 1988 enfatiza a necessidade da celeridade de conclusão do processo, além de liberar os entes legitimados a criarem outros meios de que venha dar rapidez ao processo, isto, pensando no aperfeiçoamento do sistema judiciário e na sua eficiência junto à tutela jurisdicional, que é evocada pelos que precisam de resposta diante de determinados casos conflitantes. Com isso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio da Resolução Nº 125/2010 assegurou aos órgãos judiciários o dever de desenvolverem outras formas alternativas de resolver controvérsias, nomeando, inclusive a sua natureza e a sua maneira de atuação. Esta orientação consta no art. 1º parágrafo único da citada resolução, vejamos:

Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (Grifo nosso).

Cabe esclarecer, que esta determinação não pretende acabar com a maneira tradicional de resolver o litígio, ou seja, com a decisão através de uma sentença, o que objetiva é que antes de dar prosseguimento ao processo que seja dado à oportunidade aos envolvidos na lide de alternativas possíveis de colocar fim ao litígio, e o mais fundamental de forma dialogada, buscando o consenso das partes e a decisão de maneira rápida.

No dispositivo citado acima, é clara a preocupação de destacar a natureza dos instrumentos, que devem ser meios consensuais, sendo mencionados os que apresentam esta característica, dentre os quais se enfatiza a conciliação e a mediação. Estes devem ser instrumentalizado a fazer parte do sistema judiciário do país, conjugando esforço, somando forças com os que já existem, com a seguinte finalidade, propor uma aceleração nos pronunciamentos das demandas, como também diminuir o número de processos existentes nos poderes judiciários e frear a solicitação constante e exacerbada de outras.

Dentro ainda deste contexto, se faz conveniente citar o Código de Processo Civil, com ênfase o seu art. 139, inciso II e V, que ao discorrer a respeito da condução do processo o juiz precisa levar em conta estas determinações. “II - velar pela duração razoável do processo; V- promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

É categórico o dispositivo, que tem função mandamental e não discricionária, que deixa ao desejo do juiz a opção de seguir ou não. Ele tem que observar o preceito de forma vinculada. E o mais instigante é que com isso a visibilidade é dar celeridade ao processo e evitar a acumulação dos processos.

Outro detalhe fundamental exposto na norma, é que não importa a fase do processo, podendo ser a qualquer tempo e com o auxílio de conciliadores e mediadores. Com isso, a relevância dada aos instrumentos alternativos de solução de conflitos é considerável, demonstrado a sua real utilidade como meios de pacificação social. Ainda, tem-se que concordar que a função de mediador e de conciliador faz uma diferença, talvez por afastar um pouco a figura do juiz, que pode na maioria das vezes ficarem as partes constrangidas com a sua presença.

Desta forma, a conciliação e a mediação através de seus responsáveis podem deixar os envolvidos no litígio mais a vontade, para que possam auto decidir a suas diferenças. “Ninguém melhor do que as próprias partes para alcançar soluções mais satisfatórias para suas contendas, chegando à autocomposição, por meio da *alternative dispute resolution* (ADR), na linguagem do direito norte americano” (THEODORO JÚNIOR, 2018). (Grifo do autor).

Entende-se por meio do citado que a responsabilidade de resolver os atritos é das próprias partes, estas precisam assumir o protagonismo. É como se dissessem vocês se desentenderam, agora procurem uma maneira de se acertarem, e que seja um acerto benéfico para ambas, que em tese, a satisfação seja plena. Deste jeito, tem-se a sensatez e a segurança de que a decisão se firmará de maneira mais adequada e rápida.

Neste sentido, discursou Wambier e Talamini (2013, p. 101), que destacou a essência das técnicas alternativas, “Tais métodos, em especial a conciliação, a mediação e a arbitragem, possuem como vantagens, segundo alguns: possibilitar uma verdadeira composição da lide, de forma menos custosa, tanto emocional quanto financeiramente, e mais célere”.

Apesar de entender que os instrumentos alternativos de solução de conflitos podem contribuir de maneira satisfatória na pacificação social e na resolução de litígios, configurando um verdadeiro ganho, tanto de tempo, quanto emocional e financeiramente, percebe-se na voz dos renomados autores, que esta é a compreensão de alguns, tendo outros que não vêm desta forma. E isto é bem-vindo dentro de um estado democrático de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos diante da discussão apresentada, que os instrumentos alternativos de solução de conflito, a mediação e a conciliação, podem fazer parte do judiciário como meios auxiliares que sendo bem dirigidos podem ocasionar benefícios fundamentais na seara judiciária, como: celeridade na resolução dos litígios, simplicidade e informalidade na forma de condução, resolução de conflitos baseado no consenso e no diálogo, diminuição dos processos judiciais.

Tudo isto será possível, no entanto, é oportuno que os que se encontram na condição de conciliadores e mediadores, cumpram alguns procedimentos essenciais para o desempenho da função. Dentre eles aparece o curso de formação, bem como as constantes capacitações que precisam acontecer, isto, porque a sociedade é mutável, e para acompanhar o seu ritmo, é exigível o conhecimento dos motivos que ocasionam determinados fenômenos, para que na

hora da prática os conciliadores e mediadores possam ter base suficiente para adentrar nos assuntos.

É preciso ter em mente que os métodos de conciliação e mediação não representam uma ideia de acabar com o processo jurisdicional nem menos diminuir os poderes do juiz, o que se observa é uma tentativa de desafogar o judiciário, a fim de que ele possa sobreviver e seja eficiente, transferindo para a sociedade a praticidade de um órgão criado para servir aos cidadãos de forma célere, concedendo respostas em tempo razoável.

Contudo, é importante cautela e compromisso, além de responsabilidade e profissionalismo dos ocupantes da função de conciliador e mediador, para que possa desenvolver com brilhantismo e produtividade o compromisso assumido diante da sociedade, contribuir com a resolução de desavenças. Ainda, são apropriadas as parcerias que os órgãos judicantes devem firmar com instituições especializadas das diversas áreas, propícias à disseminação desses instrumentos conciliadores, a fim de levar ao conhecimento da sociedade este jeito alternativo de resolver conflitos. Não apenas para atingir os que desejam atuar como mediadores e conciliadores, mas também a população em geral, para que possamos construir em tempos de tempestades uma cultura que possa nos permitir a resolução dos atritos por meio do diálogo, do consenso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://asdfiles.com/2Mjw8>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 125 de 2010**. Disponível em: http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf. Acesso em: 21 out. 2019.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. Salvador: Editora Jus Podivn, 2014. v. 1.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro:Forense, 2018. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1664-Manual-de-Arbitragem-Luiz-Antonio-Scavone-Junior-2018.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

SENADO FEDERAL. **Lei 13. 105 de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 out. 2019.

SENADOR FEDERAL. **Lei 13. 140/2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1721-Curso-de-Direito-Processual-Civil-Volume-1-Humberto-Theodoro-Jnior-2018.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

ACESSO À JUSTIÇA E MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

João Ferreira de Lima Neto

Pedro Henrique Rolim Barreto

José Antônio de Albuquerque Filho (ORIENTADOR)

RESUMO

O presente artigo traz uma análise a respeito dos obstáculos ao Acesso à Justiça e como estes afetam o Direito brasileiro, assim como a forma com que o Multiportas e suas novas ferramentas na elucidação de litígios podem contribuir para uma maior celeridade nos processos judiciais. A metodologia utilizada neste artigo foi o método dedutivo, fundamentado em pesquisas bibliográficas, se apoiando em artigos, livros e autores que escreveram acerca do Acesso à Justiça e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos. Tem como objetivo mostrar como o Sistema multiportas pode cooperar para a realização de processos menos custosos, morosos e cansativos, e conseqüentemente, mais satisfatórios para as partes e demonstrar de que forma a morosidade processual e o forte formalismo afetam a busca por um efetivo Acesso à Justiça, e como os meios apropriados de resolução de conflitos podem contribuir para uma maior democratização do Direito no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Tribunal Multiportas. Métodos de Resolução de Conflitos.

ABSTRACT

This article provides an analysis of the obstacles to access to justice and how they affect Brazilian law, as well as the way in which the Multi-door Courthouse and its new tools for litigation can contribute to speeding up judicial proceedings. Through the methodology used in this article, which was the deductive method, based on bibliographical research, relying on articles, books and authors who wrote about Access to Justice and Alternative Methods of Conflict Resolution, the serious problem that is the lack of greater attention to those who are unable to adequately meet their legal needs by the judiciary, and also how the system can cooperate in carrying out less costly, time consuming and tiring processes and thus more satisfactory to parts.

KEYWORDS: Access to Justice. Multi-door Courthouse. Conflict Resolution Methods.

¹ Discente do IV período do Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC

¹ Discente do IV período do Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC

¹ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Professor de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras - FAFIC

INTRODUÇÃO

Desde as primeiras manifestações de resolução de litígios até hoje, as formas de punição, como o réu é julgado, quem aplica as leis e várias outras mudanças ocorreram no decorrer de centenas de anos. O Direito teve uma considerável evolução, tanto em sua forma material quanto na processual. A medida em que as relações e, conseqüentemente os conflitos entre os indivíduos foram ficando mais complexos, fez-se necessário um amplo desenvolvimento no âmbito jurídico, de forma que atualmente o Direito atingiu um patamar que o torna teoricamente mais completo e estruturado que o de outrora. Entretanto, essas melhorias evolutivas do Direito não se fazem tão aplicáveis ao pô-las em prática, não apagando o anseio do ser humano por justiça e o ímpeto de buscar sempre seu direito, ainda permanecem os mesmos.

Atualmente, as ciências jurídicas buscam mais do que nunca a justiça, mas não apenas em suas decisões e julgamentos, e sim em garantias, oportunidades e em tudo que envolve a complexidade que é o Direito contemporâneo. De fato, a igualdade é a base do mundo legal, e devido a isso é tão importante um estudo detalhado acerca do Acesso à Justiça, que trata exatamente sobre como pessoas são tratadas pelo sistema jurídico vigente e de que forma podemos melhorar nesse quesito.

Este artigo tem por finalidade demonstrar como algumas das deficiências do Acesso à Justiça estão visivelmente presentes no cotidiano do Poder Judiciário brasileiro, de forma direta ou não, influenciando na tomada de decisões e no desfecho de processos, e de fato, a questão de como propiciar Acesso à Justiça para todos sem preconceitos ou barreiras de qualquer gênero, sendo o grande questionamento do Direito moderno.

ACESSO À JUSTIÇA E ELEMENTOS QUE OBSTACULIZAM A SUA CONCRETIZAÇÃO

De uma série de garantias na Constituição Federal que asseguram a proteção dos direitos dos cidadãos, está a do acesso à justiça, que garante a não exclusão da apreciação do judiciário a lesão ou grave ameaça (BRASIL, 1988).

Qualquer pessoa tem direito subjetivo de provocar o poder judiciário fazendo com que haja a solução de conflitos através da aplicação da lei ao caso concreto apresentado por uma das partes, criando uma norma específica. Vale salientar que pela falta de instrumentos que facilitem a concretização desses direitos de forma adequada, a população acaba por ter a sua

garantia ferida, fazendo com que se crie uma imagem de ineficiência e de injustiça para o Poder Judiciário.

Na obra "Acesso à Justiça", de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os autores se aprofundam bastante em um dos principais problemas do mundo jurídico: a falta de aproximação de uma boa parte da população mundial não apenas com a jurisdição, mas com a justiça em geral. É interessante observar como vários desses problemas são facilmente notados no poder judiciário brasileiro, e talvez um dos principais exemplos seja o obstáculo econômico, que já provou ser um desafio que vai além do mundo jurídico.

Inúmeros são os casos de pessoas no nosso país que deixam de buscar seus direitos e garantias por conta da falta de renda, é uma realidade que ainda é fortemente presente no Direito nacional e que apesar das tentativas, programas e incentivos do Judiciário, o problema da não busca do direito continua presente, visto claro, o quão dispendioso é para os envolvidos a assistência jurídica.

Não é errado dizer que em um processo quem tem mais recursos está mais próximo da razão, isso por que por mais que a parte menos favorecida esteja lutando e tentando defender seu ponto de vista legalmente, a parte com maior acúmulo de riquezas pode contratar os serviços de um advogado mais preparado, fazendo assim com que o mesmo leve uma vantagem sobre seu oponente mais desfavorecido.

Houve uma evolução do nosso Direito no âmbito de acessibilidade judicial dos necessitados, com a criação da defensoria pública, que garante assistência jurídica gratuita àqueles que necessitam, criando a ideia de um Direito mais acessível à todas as classes sociais, que possa assegurar igualdade de tratamento entre as partes, independente da disparidade econômica apresentada, e que assim possa garantir a busca e a realização de qualquer indivíduo por seus direitos.

Outro problema bastante significativo é o formalismo exacerbado muito presente nas cortes do mundo inteiro e facilmente identificável nos tribunais brasileiros, ao nível de atrapalhar algumas pessoas em sua procura por paridade de tratamento sob à luz do Direito.

O fato é que o formalismo sempre esteve presente nas disputas judiciais e em outras searas do vasto poder judiciário brasileiro; como se vestir, se portar, como falar perante tribunal, correndo risco ter seus anseios jurídicos descartados simplesmente por não se encaixarem num padrão estabelecido há muito tempo. É comum ouvir casos de pessoas que foram impedidas de apresentar seus interesses da apreciação devidos à falta de uma vestimenta formal. O resultado

é um grande número de indivíduos que se sentem intimidados frente à tamanha muralha de normas formalistas do mundo jurídico

Nota-se estranhamento ao linguajar altamente rebuscado presente em especial nas disputas judiciais causa a um indivíduo simples, humilde, que apenas busca reivindicar o que é seu nos termos da lei.

É bastante comum que o cidadão, intimidado por tamanho formalismo, acabe por desistir de seu anseio por se sentir desconfortável ou estranho àquele ambiente.

Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho (CAPPELLETTI; GARTH, 1988 p. 17).

Para entender melhor sobre o motivo de o formalismo agir como elemento obstruidor do acesso à Justiça, basta imaginar o quão estranho é para, por exemplo, um simples agricultor da zona rural, habituado ao trabalho duro e esforço extenuante, quando decide procurar o Poder Judiciário para resolver um conflito acerca da demarcação de limites em sua propriedade, e seu vizinho, um rico agropecuarista estaria supostamente invadindo suas terras, e em seu primeiro contato com o universo do jurídico acaba por estranhá-lo, pela percepção de não pertencimento por arte do agricultor, concluindo que é uma melhor opção abdicar do que é seu à tentar continuar num processo que seria duradouro e cansativo, e além disso, poderia causar um atrito ainda maior com seu vizinho.

Podemos considerar essa uma situação típica, o que leva a pensar como essa atrito poderia ser resolvida de uma forma mais rápida, menos formal à realidade do agricultor e que não terminasse em conflito com o agropecuarista, e é aí que entram os métodos alternativos de resolução de conflitos: a arbitragem, a conciliação e a mediação são formas de se resolver litígios sem a judicialização, sendo mais ágil e muitas vezes menos custosa economicamente, se mostrando uma ótima alternativa para essas pessoas que abortam sua busca por justiça por conta da morosidade jurisprudencial.

O Direito mais do que nunca busca ser de acesso de todos, não um privilégio de alguns ou uma ferramenta para subjugar o mais fraco em detrimento do mais poderoso, e sim algo presente para todos e comuns a todos, acessível a quem dele precisa.

É de conhecimento geral que o problema da deficiência no Acesso à Justiça afetam boa parte da população deve ser resolvido, ou pelo menos minimizado o mais rápido possível, tendo em vista que a cada dia que passa as pessoas vão se sentindo mais desamparadas com relação ao Estado por não os proporcionar as ferramentas possíveis que os façam terem mais conhecimento sobre o vasto mundo jurídico ou pelo menos mais conhecimentos sobre seus próprios direitos e deveres como um cidadão.

Uma reforma interna no âmbito processual para que a prestação jurisdicional seja melhor aproveitada e mais efetiva se faz necessária, tendo em vista a deficiência do acesso à justiça em sua apresentação a boa parte dos cidadãos, existindo vários âmbitos socioculturais que necessitam do amparo do Estado e do Poder Judiciário, por ser um sistema de extrema complexidade de se apresentar a todo e qualquer cidadão.

É importante que haja uma redução na burocracia processual através da contratação de novos profissionais que auxiliem neste processo, já que é muita demanda processual para pouco profissional do direito, tendo em vista que um processo leva em média 10 anos para chegar ao fim, fazendo com que, além de uma maior efetividade processual, a intimidação causada pelo âmbito jurídico diminua, e as pessoas se sintam mais confortáveis para conhecer sobre esta grande esfera que é o sistema judicial.

O SISTEMA MULTIPORTAS

Ressalta-se que a jurisdição é a principal forma de resolução de conflitos do nosso país, isso se deve a uma cultura jurídica enraizada e apresentada como única ao público, ou seja, é, quando o juiz é visto como autoridade máxima e responsável pela resolução do processo.

Apesar da demora, estresse emocional e outras dificuldades que um litígio julgado nos tribunais pode causar, a presença de alguém com conhecimento e autoridade para decidir qual das partes teve seu direito real efetivamente ferido traz uma certa segurança e confortabilidade ao cidadão comum, que não pensa duas vezes em apresentar seu anseio jurídico ao juiz, muitas vezes sem nem mesmo tentar solucionar tal problema de forma alternativa.

É nesse contexto que surgem os meios independentes de resolução de conflitos e o sistema multiportas. Frank Sander, professor e reitor da Harvard Law School foi o pioneiro nesse estudo, inclusive cunhando a expressão "Tribunal Multiportas" para tratar da ideia de

que existem outras formas de se tratar da resolução dos litígios, cada uma mais adequada a determinado litígio, logo, nem todos os processos deveriam ser postos diretamente à jurisdição, o que acarretaria no esvaziamento do grande volume de demandas judiciais pela qual o Estado fica responsável por julgar, economizando assim tanto patrimônio quanto tempo das partes envolvidas e do Judiciário. Sobre o inovador sistema de resolução de litígios, as professoras Elaine Harzheim Macedo e Marina Damasceno trazem um entendimento muito conciso sobre o assunto.

Está-se falando do sistema de justiça multiportas, no qual os agentes não necessariamente públicos atuam com o mesmo mister, isto é, objetivando o fim do conflito de interesses e a pacificação social, apresentando-se como uma alternativa ao exercício do poder público, representando uma retomada desse poder pelos próprios titulares da soberania popular: os cidadãos. Este movimento de descentralização do poder jurisdicional é também uma das formas de maior controle sobre o seu exercício, além de atender com mais eficiência as exigências da sociedade contemporânea, que, certamente, se qualificaram, daí porque sua complexidade denunciada por Nicola Picardi (HARZHEIM; DAMASCENO, 2018, p.106).

O Sistema Multiportas tem como principal aspecto a não limitação da resolução da lide exclusiva ao judiciário, ou seja, à jurisdição. Tem-se noção, a partir do que foi exposto, que a falta do acesso à informação do cidadão ao mundo jurídico, causado pela falta de democratização do direito, no tocante à linguagem e a falta de explanação do Estado à população, acaba por prejudicá-lo, pois isso envolve um desconhecimento dos direitos inerentes a este, além da incompreensão do funcionamento do processo. Isso acaba por dificultar mais ainda o acesso ao Sistema Multiportas, além de confundir o público geral sobre os mecanismos, a diferença e as vantagens desse sistema.

MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Dentro do contexto de resolução dos conflitos temos técnicas que serão aplicadas para que se alcance um dos fins da justiça, que é justamente a entrega assegurada, de forma isonômica e satisfatória para ambas as partes, do que é garantido à estes pela Constituição e pelo Código de Processo Civil de 2015.

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

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

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

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

A autocomposição é um meio de solucionar o conflito com maior celeridade processual, pois, busca-se através da promoção do diálogo das partes o ajustamento da lide, para que se possa chegar à solução do conflito de maneira facilitada e assegurando pacificação do conflito.

São inseridas no campo autocompositivo, a mediação e a conciliação, que apesar de serem parecidas, não devem ser confundidas, pois existem algumas mudanças no papel do terceiro que atua sobre o caso.

Como principal exigência para a ocorrência desse processo, se destaca a vontade das partes, pois há um ajustamento de vontade entre elas, tratando-se de um método consensual, que não deve ser visto apenas como um elemento desobstruidor das altas demandas impostas ao judiciário e do engarrafamento processual, mas também como elemento resguardador das futuras relações entre as partes.

A heterocomposição é o meio pela qual há, pelas partes, a escolha de um terceiro para que, de acordo com as prerrogativas da lei e do judiciário, haja o desenlace do conflito.

Outro mecanismo que se insere no meio heterocompositivo é a arbitragem, que será posta em discussão posteriormente neste artigo.

MEDIAÇÃO

A mediação é uma técnica de resolução de conflitos em que, de forma voluntária, o acordo entre as partes é realizado por um terceiro imparcial que busca a aproximação das partes, propondo alternativas para resolução dos conflitos, mas sem conduzir as partes. É nisso que ela difere dos meios heterocompositivos, apesar da incidência de uma terceira pessoa, esta não estará com o poder de decisão centrado em suas mãos. Este mecanismo pode ser entendido como uma junção entre a negociação, na qual as partes tentam solucionar os conflitos entre elas. A função do mediador passa ser a de procurar auxiliar as partes no entendimento do embate em que estão inseridos, assim sendo, o mediador busca o reestabelecimento do canal de comunicação, para que as partes cheguem a um acordo.

A não obrigatoriedade da utilização da mediação, é posta como princípio de construção desse mecanismo, pois tratando-se de um meio consensual, tem que se haver a observância da vontade das partes, na sua escolha perante à outros meios de solução do litígio que forem apresentados às partes, nada lhe impede de requerer-lhe também. Nesse sentido entram em discussão o princípio da voluntariedade.

O uso do método de mediação, por vezes, é necessário quando o canal de comunicação entre as partes é rompido, devido a alguma desavença. Isso denota um histórico relacional entre os indivíduos, geralmente esses casos tendem a ter a pessoalidade das partes como principal meio elevador da incidência do conflito no âmbito judicial. Devido à falha na comunicação, e acrescentando o fator emotivo ao processo todo o princípio da confidencialidade, entra em contexto, garantindo que as partes não sofram represálias externas durante o processo de mediação.

CONCILIAÇÃO

Assim como a mediação, o mecanismo de conciliação também é autocompositivo, buscando a solução do conflito através do acordo entre as partes para que se possa chegar a uma resolução amigável da disputa em questão, através do auxílio do conciliador, que também atuará como um uma terceira parte imparcial, que terá um papel creditado nesse processo em relação ao conciliador, pois este poderá sugerir soluções, apresentar contra propostas, não vinculadas ao que significa que a escolha de acatá-las é inteiramente das partes. Vale salientar que o conciliador só apresentará a proposta de acordo por ele criado caso seja solicitado pelas partes.

Assim como na mediação, a vontade das partes é elemento imprescindível para a aplicação da conciliação, esse processo preza ainda mais pela autonomia das partes, visto que sua flexibilidade garante às partes o poder de determinação de duração e teor da lide, isso somado à ligeireza do processo, fazem com que o custo deste seja menor do que seguimento no trâmite jurisdicional.

ARBITRAGEM

É um método heterocompositivo de solução do conflito, pois baseia-se na escolha do terceiro, o árbitro, como centro do poder de decisão do enlace, dando a sentença judicial, que não aceitará recursos, ou seja, a decisão arbitral possui caráter definitivo. Apesar disso, o processo de arbitragem pode ser considerado consensual, pois a vontade das partes é necessária para que se haja a escolha desse tipo de método. Assim se insere o elemento de voluntariedade na arbitragem.

O árbitro será imparcial, elucidará às partes todos os seus direitos de acordo com a lei. Ele poderá ser escolhido observado o seu conhecimento perante o assunto discutido. A especialidade do árbitro facilita muito o desenrolar do processo, pois ele tratará do embate de forma a procurar a melhor solução perante seus conhecimentos específicos do assunto do conflito. O caso geralmente se apresentará ao processo de arbitragem quando a conciliação e a arbitragem se mostram ineficazes ou incompatíveis à complexidade do caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo constata que a falha do Acesso à Justiça é uma das grandes problemáticas do Direito contemporâneo. A escassez de informações e políticas auxiliaadoras para pessoas que tem anseios jurídicos, mas não sabem como ou por onde buscarem seus direitos torna a tarefa de abranger as pretensões jurídicas de todos ainda mais difícil.

Assim, fica evidente que o primeiro passo para a equalização do Acesso à Justiça passa por uma maior conscientização da população em geral, de forma que a compreensão de suas garantias e deveres se torne lúcida para indivíduos de toda e qualquer classe social.

Em relação ao sistema multiportas e seus inovadores métodos de resolução de conflitos, é interessante analisar o estudo trazido no presente artigo, foi abordada a origem, a valorização e a positivação da conciliação, mediação e arbitragem, além de como os mesmos estão renovando o sistema judiciário brasileiro com decisões geralmente céleres e acertadas, e também, acabam por auxiliar com a diminuição de lides que recaem sobre a jurisdição

Também é interessante observar que esses equivalentes jurisdicionais não são apenas uma forma de substituição da jurisdição e sim meios próprios, com normas e objetivos propriamente seus, essas formas de resolver litígios conseguem trazer inclusive vantagens em relação ao tradicional processo jurisdicional, como a velocidade na qual eles se dão, custos

muitas vezes menos elevados e a conciliação das partes em prol de um acordo, em vez da decisão de um magistrado, o que deixa perceptível o fato de que esses meios alternativos de resolução de conflitos, são uma luz no fim do túnel para o sistema jurídico do nosso país, que há muito se encontrava dependente apenas do juízo dos magistrados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça** : Trad. Ellen GrancieNorthfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. **Sistema Multiportas e Métodos Integrados de Resolução de Conflitos.** 4.ed. Porto Alegre. Edipucrs, 2018.

ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DO CONCEITO DOUTRINÁRIO DE MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH APLICADO AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Carla Cristine de Souza Pires
Carlos Eduardo Silva Lins

RESUMO

Este artigo se propõe a examinar o direito fundamental, a tutela jurisdicional e as variáveis possíveis para facilitar ou limitar esse acesso aos cidadãos. Compreensão que se coloca para se alcançar o tema nuclear, do processo judicial enquanto instrumento de proteção e efetivação dos direitos substanciais previstos no ordenamento jurídico. Propõe-se uma leitura do acesso à justiça especialmente do estudo realizado pelo professor Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Objetiva-se, portanto, refletir acerca dos conceitos de acesso à justiça e efetividade, bem como, dialogar com o pensamento de Cappelletti, de forma que fique visível que o acesso a uma ordem jurídica justa, na forma como concebida, ainda é, apesar de todos os esforços, inferior à teoria. Baseado no método bibliográfico e, quanto à abordagem, dedutivo, o artigo está dividido em duas seções.

Palavras-chave: Ordem jurídica justa. Acesso à Justiça. Direitos humanos fundamentais.

INTRODUÇÃO

Durante a segunda metade do século XX, houve um amplo movimento de expansão e desenvolvimento dos modelos jurídico assistenciais, especialmente nas principais democracias industrializadas do ocidente, que introduziram reformas constitucionais e adotaram o *welfare state* (estado de bem-estar) após a Segunda Guerra Mundial. Continente após continente, nação após nação, a década de 1970 testemunhou avanços teóricos e práticos enternecedores no âmbito da assistência jurídica aos carentes e necessitados. E nessa época surgiu a crescente conscientização de que a classe média e as formas não tradicionais de litígio também acabavam sendo frequentes barradas pelo sistema jurídico.

Diante do vertiginoso desenvolvimento dos sistemas de assistência jurídica no mundo e do interesse despertado na temática do acesso à justiça, o professor Mauro Cappelletti desencadeou, juntamente com os professores Bryant Garth e Earl Johnson Jr, a maior e mais significativa pesquisa mundial sobre o acesso à justiça já realizada. O Projeto Florença (Florence Access-to-Justice Project) reunindo uma grande equipe multidisciplinar de

advogados, sociólogos, antropólogos, economistas e formuladores de políticas, originários de quase trinta países diferentes. O resultado final dessa pesquisa comparativa foi condensado em um tratado de cinco volumes intitulado “*Access to Justice*” (1978-81), entre os três autores resultou na publicação do livro “*Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies* (Em direção à justiça igual: um estudo comparativo da assistência jurídica nas sociedades modernas), considerado um marco epistemológico no estudo comparativo dos modelos jurídico assistenciais, destinada a documentar e explicar o que claramente vinha se tornando um fenômeno internacional e generalizado: um acelerado movimento para tornar o sistema de justiça acessível a todos, independentemente da condição de fortuna.

Entendeu-se que só existe acesso a justiça quando o ordenamento possui duas características: 1º - Assegura a todos de forma igualitária o recurso ao sistema de justiça; 2º - Quando por meio do sistema de justiça for possível alcançar resultados individual e socialmente justos, ou seja, a garantia do meio e do fim.

Por meio do projeto de Florença no qual após um amplo estudo do direito comparado, com questionários enviados para doutrinadores em vários países, pode-se através de um relatório final, verificar os três principais obstáculos ou barreiras a consecução do acesso a justiça, sendo estes: Custas Judiciais, Possibilidade das Partes e Interesse Difuso.

No que se refere ao obstáculo das Custas Judiciais, além do prejuízo causado a pequenas causas, ou seja, as pessoas que possuem um direito, mas este direito não tem uma magnitude suficiente para justificar os custos em que as partes vão incidir ao levar aquela causa a juízo, mas também de custos relacionados a demora do processo, pois quando o processo demora, também impõe um custo na realização do direito, pois a plenitude do direito humano fundamental à tutela jurisdicional depende também diretamente da garantia da duração razoável do processo judicial, igualmente considerado direito humano fundamental.

Quanto ao obstáculo da Possibilidade das Partes, determinados litigantes possuem certas vantagens ou desvantagens em razão dos recursos financeiros em que eles dispõem, da sua aptidão para reconhecer a existência de um direito, para postular este direito em juízo, da habitabilidade com que eles tem litígios, então, determinadas características das partes fazem com que umas sejam mais fortes do que as outras em juízo, e isso leve a um desequilíbrio ao sistema de justiça, fazendo com que este sistema não alcance resultados considerados justos.

No que se refere ao obstáculo do Interesse Difuso, trata-se de problemas especiais dos interesses difusos, pois a falta de tutela jurídica a determinados interesses, falta de alguém que

seja legitimado pelo sistema jurídico para buscar a proteção desses interesses, ou pelo fato de que o prêmio para aqueles que vão à juízo litigar em favor daquele direito é pequeno demais para dar um incentivo para que estas partes procurem o sistema de justiça, (diferentemente dos interesses sociais indisponíveis tutelados pelo Ministério Público), bem como, pela dificuldade de coordenar todas as pessoas interessadas na satisfação dos interesses difusos genéricos.

Após determinar os principais obstáculos, Mauro Cappelletti e Bryant Garth dividiram em três ondas os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça como medidas para mitigar estas barreiras. A primeira onda de acesso à justiça é a denominada: Assistência Judiciária Gratuita aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. A segunda onda: Tutela dos Interesses Difusos, que compreende os direitos coletivos *lato sensu*. E a terceira onda: Novo Enfoque do Acesso à Justiça, que seriam uma concepção mais ampla de reformas no sistema judiciário, incluindo alterações nos procedimentos, mudança na estrutura dos tribunais, criação de novos tribunais, mudanças no próprio direito material para evitar litígios e facilitar a solução de litígios, e também a utilização de mecanismos privados ou informais para resolução de controversas, com foco maior nos meios alternativos de solução de controversas.

No ordenamento jurídico Brasileiro, o princípio do Acesso à Justiça que tem previsão constitucional no art. 5º inciso XXXV³⁹ da Constituição da República Federal Brasileira/88 e previsão infraconstitucional no artigo 3º⁴⁰ do Novo Código de Processo Civil, se entende da face de conhecimento até a face satisfação do provimento jurisdicional, não se tratando de uma mera garantia de provocação do judiciário (direito de petição), mais sim, contempla um princípio de acesso a ordem jurídica justa, tendo o sistema jurídico que garantir por meio de suas instituições a efetiva correção de ilegalidades com a adequada aplicação do direito. Não bastando apenas a parte está em juízo, é preciso que este processo conceda a parte a aplicação do direito material a situação fática que ela está trazendo em juízo de uma forma correta e justa.

A primeira onda renovatória do acesso à justiça ganhou consistência jurídica com a entrada em vigor da Lei Brasileira 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 e, mais de quarenta anos

³⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁴⁰ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

após, com a instituição da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, por meio da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994. Hoje, com a Constituição Federal de 1988, a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos está inserida no catálogo dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no inciso LXXIV⁴¹ do artigo 5.º, sendo a Defensoria Pública consagrada no artigo 134⁴² como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado” e, por ser uma garantia institucional, não pode ser suprimida do ordenamento jurídico.

Quarenta anos se passaram desde a publicação do resultado final do Projeto Florença, e muitos avanços (mas também alguns retrocessos) foram feitos no campo do acesso à justiça. No entanto, esse amplo processo de desenvolvimento ainda não foi devidamente estudado e compreendido, dificultando a busca por soluções promissoras que possam estimular discussões e contribuir para futuras reformas. Como exemplo a terceira onda: Novo Enfoque do Acesso à Justiça, foco maior nos meios alternativos de solução de controversas, este instituto sofreu alterações apenas com o advento da lei 13.129/15, do mesmo exercício do novo Código de Processo Civil, visando modernizar o instituto, que aumentou significativamente sua utilização.

Curiosamente, o mundo hoje parece atravessar novamente por outro ciclo de expansão e contração dos modelos de assistência jurídica. O movimento atual, entretanto, não provém apenas de países com elevado nível de desenvolvimento econômico, sendo identificadas experiências e perspectivas inovadoras em muitas nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, criando novas ondas, e até mesmo contra-ondas, no movimento mundial de acesso à justiça. As filosofias, modelos e técnicas que evoluem em vários países são hoje extremamente diversificados e, por vezes, contraditórios; todavia, temas comuns estão começando a emergir e novas tendências podem ser discernidas no horizonte.

Com o lançamento do *Global Access to Justice Project* (Projeto Acesso Global à Justiça) e o surgimento de uma nova pesquisa mundial sobre acesso à Justiça torna-se

⁴¹ **Art. 5º LXXIV** - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

⁴² **Art. 134º.** A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

importante revisitar algumas premissas do Projeto Florença conduzido pelos professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, este último também coordenador da nova pesquisa.

MATERIAL E MÉTODOS

O método de abordagem adotado na presente pesquisa foi o dedutivo, e quanto aos métodos de procedimento, pode-se afirmar que foram utilizados o descritivo e o analítico. Enquanto a técnica do trabalho pode ser caracterizada como uma pesquisa bibliográfica, a pesquisa é desenvolvida a partir de material já elaborado, para tanto, foram utilizados livros, artigos e o meio eletrônico com a intenção de abordar a temática em questão.

De acordo com Gil (2002, p. 45) “[...] a pesquisa documental vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa”. Os artigos são resultado de análise de dados, mas recorrendo a segunda afirmativa, seus conteúdos foram reelaborados em função do objetivo do presente estudo, assumindo assim caráter documental.

Pelo exposto, vale frisar que o tema esclarecido no presente estudo é de essencial significância para o direito contemporâneo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Uma verdadeira democracia possui suas bases fundamentais fortemente fincadas no Estado de Direito, e acaba se tornando uma ilusão se a justiça não se revela acessível para todos. Como o reconhecimento formal de direitos pelo ordenamento jurídico não implica automaticamente em sua efetivação prática, aqueles que se veem impedidos de acessar o sistema de justiça acabam sendo colocados sob o risco de terem seus direitos ignorados ou violados. Justamente por isso, o acesso à justiça constitui um dos direitos cívicos mais básicos de um Estado Democrático que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.

A Comissão das Nações Unidas sobre o Empoderamento Legal dos Pobres (United Nations Commission on Legal Empowerment of the Poor) estima que atualmente mais da metade da população mundial se encontra fora da proteção efetiva da lei. Em números atuais, isso significa que cerca de 3,8 bilhões de pessoas se encontram impedidas de reivindicar seus direitos mais básicos através do sistema de justiça, o que frequentemente resulta na exclusão

social e política, ou na marginalização, tanto em aspectos legais quanto cívicos, especialmente dos membros mais pobres e vulneráveis da sociedade.

Na atualidade, existe basicamente três sistemas de assistência judiciária aos necessitados: o primeiro sistema é denominado de *judicare*, que são advogados particulares que atuam na defesa dos necessitados e são remunerados pelo Estado. O segundo sistema é a contratação de advogados pelo regime público, como servidores públicos, para criar uma carreira ou estrutura dentro do próprio governo destinada a satisfação dos interesses dos mais vulneráveis. O terceiro sistema combina tanto o *Judicare*, quando a existência de uma estrutura dentro do governo destinada a proteção dos hipossuficientes.

No Brasil hoje o sistema *judicare*, ainda é encontrado por meio da iniciativa de advogados particulares que, imbuídos do espírito de solidariedade, prestam atendimento às pessoas carentes de recursos, inclusive com amparo na legislação de regência da advocacia Lei 8.906/1994 e Código de Ética da Advocacia.

No que diz respeito a primeira onda renovatória: Assistência Judiciária Gratuita, denominado *pro bono*, esta tem precedente histórico em uma lei escocesa de 1.424, que previa a isenção de taxas judiciais em casos cíveis, e a designação de advogados a pessoas pobres, era caracterizado pela atuação de profissionais sem qualquer relação com o Estado, ausente qualquer fonte de custeio, cujo desempenho da assistência pautava-se em aspectos caritativos. Explica Cappelletti⁴³ sobre a atuação *pro bono*:

Até muito recentemente, no entanto, os esquemas de assistência judiciária da maior parte dos países eram inadequados. Baseavam-se, em sua maior parte, em serviços prestados pelos advogados particulares, sem contraprestação (*munus honorificum*). O direito ao acesso foi, assim, reconhecido e se lhe deu algum suporte, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo. De forma previsível, o resultado é que tais sistemas de assistência judiciária eram ineficientes.

Reconhecendo que o direito à assistência jurídica compreenderia uma prestação estatal, Cappelletti catalogou sistemas jurídicos que estabeleciam serviços de assistência jurídica custeados direta ou indiretamente pelo Estado.

⁴³ GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 199.)

No sistema *judicare*, a prestação da assistência jurídica é feita por profissionais ou organizações da iniciativa privada que são remunerados pelo Estado conforme a respectiva atuação nos processos individuais das pessoas carentes de recursos, figura equivalente à advocacia dativa do Direito brasileiro:

Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. (GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 199.).

Esse sistema ainda é identificado na Justiça Federal brasileira e nos estados em que o serviço de Defensoria Pública não é integral. Interessante considerar também que as universidades públicas ou privadas que promovem ensino jurídico tradicionalmente prestam o serviço de assistência jurídica, tendo como exemplo o Serviço de Apoio Jurídico (Saju).

A remuneração do sistema dativo brasileiro é regada pelos diversos tribunais estaduais, cujo pagamento é feito a partir de tabelas previamente estabelecidas que atribuem valores aos atos processuais praticados, dentro da rubrica orçamentária destinada a esse fim.

No plano federal, a matéria é tratada pela Resolução 305, de 7 de outubro de 2014⁴⁴, editada pelo Conselho da Justiça Federal. Esse ato normativo determina a formação de um cadastro no Sistema Eletrônico de Assistência Judiciária Gratuita da Jurisdição Federal artigo 11, por meio do qual os juízes selecionarão profissionais que prestarão atendimento às partes artigo 22, quando não houver órgão da Defensoria Pública para prestar atendimento artigo 7º, parágrafo 2º.

As críticas à advocacia dativa não são uma novidade do Direito brasileiro, pois já ocorrem em escala mundial há décadas. A baixa remuneração dos advogados é a principal fragilidade desse sistema de assistência jurídica.

Quanto ao segundo sistema é a contratação de advogados pelo regime público, Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Greco já advertiam a necessidade de a assistência jurídica prestada pelo Estado ser efetivada a partir de um modelo sólido, em que as pessoas

⁴⁴ <https://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/47984>

carentes de recursos pudessem litigar em igualdade de condições aos mais afortunados. Na mesma linha, Mayer Goldman acrescenta⁴⁵:

Ocasionalmente, o acusado tem a sorte de ter um advogado experiente e capaz designado a ele. Os advogados ocupados não têm nem tempo nem inclinação para negligenciar sua prática mais lucrativa pelo privilégio de se aquecer na atmosfera do tribunal criminal. Portanto, o tribunal geralmente atribui um advogado entre os advogados presentes no momento ou que estão presentes com a finalidade de serem designados. Frequentemente advogados jovens e inexperientes são designados. Eles geralmente são honestos e meticulosos e dedicam muito tempo à preparação de seus casos. Embora se sintam contentes em aceitar tarefas não pagas, o benefício obtido com a experiência é provavelmente maior do que o que seus clientes recebem. (tradução livre)

Nessa perspectiva, há sistemas jurídicos em que a assistência jurídica é prestada por um corpo assalariado de profissionais, modelo conhecido como *salaried staff*, conforme apontam os professores Cappelletti e Garth:

O modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos tem um objetivo diverso do sistema *judicare*, o que reflete sua origem moderna no Programa de Serviços Jurídicos do Office of Economic Opportunity, de 1965 — a vanguarda de uma “guerra contra a pobreza”. Os serviços jurídicos deveriam ser prestados por “escritórios de vizinhança”, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe.

A Constituição Brasileira de 1988 adotou este sistema, por meio do qual o governo brasileiro e suas entidades federativas possuem uma estrutura própria de defensores públicos que vão cuidar da defesa dos necessitados, ou seja, daqueles que comprovarem a insuficiência de recursos, conforme artigo 134 e artigo 5º LXXIV.

Quanto aos necessitados citado no texto do artigo 134 da CF, o Superior Tribunal de Justiça tem uma noção ampla que contempla não apenas os necessitados econômicos, mas também os necessitados jurídicos, que são aqueles que não são propriamente vulneráveis financeiramente, mais que são excluídos na sociedade em razão de um defeito conjuntural, compondo certas minorias, com certas vulnerabilidades intrínsecas que demandam uma atuação do Estado para corrigir este problema de desigualdade.

⁴⁵ GOLDMAN, Mayer C. The public defender: a necessary factor in the administration of justice. New York: G. P. Putnam's Sons, 1917, p. 20.

Como é cediço, a primeira onda de reforma do processo civil não foi suficiente para resolver todos os problemas de acesso à justiça. Tampouco a instituição dos Juizados Especiais – os quais fazem parte da terceira onda do acesso à justiça, inicialmente pela Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, e, mais recentemente, por meio das Leis 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001, em que se chegou a permitir o acesso à tutela jurisdicional em primeiro grau sem a exigência de participação de advogado em causas de até 20 salários mínimos, conseguiu solucionar o referido problema. Isso porque o maior obstáculo de acesso à justiça não é meramente econômico, e sim psicológico e cultural.

Infelizmente, a pesquisa desenvolvida por Mauro Cappelletti, James Gordley e Earl Johnson não alcançou nosso sistema. Justificam os pesquisadores⁴⁶:

Infelizmente, o sistema político vigente no Brasil não tem sido conducente a uma implementação adequada dos direitos à assistência jurídica. A maioria dos estados brasileiros ficou satisfeita em estabelecer equipes muito pequenas. Consequentemente, os observadores relatam que, apesar das garantias constitucionais e estatutárias, o sistema financiado pelo governo só atende a uma pequena fração da necessidade. Uma pequena parte dessa lacuna é preenchida por sindicatos que são obrigados por lei a prestar assessoria jurídica e representação a seus membros em questões trabalhistas, e por alguns esforços modestos de organizações privadas de assistência social, especialmente em casos de direito de família. (tradução livre)

É interessante destacar que o modelo do antigo estado da Guanabara (atual estado do Rio de Janeiro), inspiração das outras Defensorias Públicas, nasceu do Ministério Público desse mesmo estado. A atividade de assistência jurídica era prestada no âmbito do órgão de promoção da ordem jurídica e persecução penal sempre pelos ocupantes iniciais da carreira, realidade que perdurou até meados da década de 1970, quando houve a fusão do estado da Guanabara com o estado do Rio de Janeiro e o conseqüente desmembramento paulatino das carreiras da assistência judiciária e do Ministério Público.

A ideia central que predominava no ordenamento jurídico era a de que um único órgão estatal poderia receber encargos para o exercício de posições processuais antagônicas. Assim, até o advento da Constituição da República hoje vigente, o Ministério Público, no plano federal, exercia a função de representação e defesa processual das pessoas jurídicas de direito público interno, no caso, a União Federal. Em alguns estados, o Ministério Público, além de exercer a

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro; JOHNSON, Earl, Jr.; GORDLEY, James. *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*. Milano: Giuffrè, 1975. p. 649).

função de titular da ação penal, também teria a missão de exercer a defesa, inclusive criminal, das pessoas carentes de recursos, como outrora ocorreu no estado do Rio de Janeiro.

Outro exemplo interessante do modelo público de assistência jurídica, já com estruturação diversa, foi identificado no estado de São Paulo, em que a assistência foi prestada por muitos anos pela sua Procuradoria-Geral, órgão de representação da pessoa jurídica de direito público. No ano de 2006, depois de intenso movimento de pressão popular, houve a criação da Defensoria Pública naquele estado.

A criação da Defensoria Pública derivava, em grande parte, da desconfiança com o modelo paulista, especialmente nas causas aforadas em face das pessoas jurídicas de direito público (estado de São Paulo, por exemplo), como o usuário dos serviços poderia confiar no profissional encarregado de sua defesa se ele estaria administrativamente vinculado à parte contrária do processo.

Era necessária a construção de um modelo de assistência jurídica estatal que ostentasse plena autonomia funcional, administrativa e financeira, tal como proposto pela Constituição de 1988, posteriormente emendada em 2004, 2012, 2013 e 2014, nas matérias afetas à Defensoria Pública.

Nesse cenário é que nasce a Defensoria Pública, instituição pública composta de agentes políticos que ingressam por meio de concurso público de provas e títulos, prevendo a Constituição e a Lei Complementar 80/1994 uma série de funções institucionais, princípios, garantias e prerrogativas que evitam qualquer potencial limitação à sua atuação.

A importância da pesquisa realizada no seio do *Global Access to Justice Project* é modernizar a percepção que se tem sobre o acesso à Justiça e como os novos institutos jurídicos e novas tecnologias podem servir de instrumento de facilitação dos mais carentes à tutela adequada de direitos.

Dados estatísticos indicam que os brasileiros menos favorecidos economicamente, mesmo quando creem ter direito a algo, mostram-se arredios e desconfiados. Em decorrência disso, não procuram assistência jurídica gratuita, não buscam a solução do conflito por meio de juizados especiais e muito menos promovem a cabível ação legal.

No que diz respeito a segunda onda renovatória: Tutela dos Interesses Difusos, a necessidade da atuação do sistema processual para garantir que determinados interesses que pertencem a coletividade não sejam vulneráveis pela inexistência de instrumentos processuais que coordenem a atuação desse grupo e que garanta uma representatividade adequada na

prestação jurisdicional, para a tutela jurisdicional desse direito. Como exemplo no Brasil, recentemente o Supremo Tribunal Federal admitiu o cabimento de *Habeas Corpus* coletivo sem previsão legal com base no princípio do acesso a Justiça, porque entendeu que o *Habeas Corpus* coletivo seria o meio processual mais adequado para a tutela dos interesses dessas coletividades no que diz respeito as presas preventivas gestantes ou mães. *in verbis*:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Matéria criminal. Imputação aos pacientes da prática do delito de exercício ilegal de profissão. “Flanelinhas”. Constrangimento ilegal evidenciado pelas instâncias de origem. Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Máxima efetividade e interpretação extensiva dos remédios constitucionais. Acesso à justiça por grupos mais vulneráveis. Tratamento mais isonômico na entrega da prestação jurisdicional. Regimental ao qual se nega provimento.1. A Segunda Turma do STF, no julgamento do HC nº 143.641/SP, (julgado em 20/2/18), admitiu o primeiro habeas corpus coletivo e determinou a conversão, em todo o território nacional, da prisão preventiva de gestantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiência em prisão domiciliar, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. 2. A Constituição da República prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, inciso XXXV), sobretudo dos mais vulneráveis, cujo tratamento coletivo desempenhará a relevantíssima função de promoção efetiva de acesso à justiça, sem a necessidade do ajuizamento de inúmeras ações individuais, nem sempre acessíveis a uma gama de cidadãos mais necessitados.3. O cabimento de habeas corpus coletivo, inquestionavelmente, desborda em tratamento mais isonômico na entrega da prestação jurisdicional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 855810 AGR / RJ 28/08/2018 SEGUNDA TURMA, MINISTRO DIAS TOFFOLI).

No que tange a terceira onda renovatória: Novo Enfoque do Acesso à Justiça, esta centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas, que diz respeito às reformas no judiciário e o fomento a meios privados de resolução de litígios, os parágrafos do art. 3º do Novo Código de Processo Civil, prestigiam a alto composição e também a heterocomposição privada.

De forma geral, parte-se da premissa de que o mínimo que o cidadão pode esperar, num Estado de Direito, é o respeito à confiança gerada pelos atos e decisões do Poder Público.

A principal dificuldade para uma nova realidade do acesso à justiça é torna-lo efetivo. Através da construção de um sistema apto a efetivar a prestação jurisdicional, mais do que só permitir que o jurisdicionado tenha acesso ao processo e ao profissional com capacidade

postulatória, mas que possa, de fato, ter em seu proveito um sistema jurídico bem estruturado e ágil na solução dos conflitos.

Mais do que o acesso à justiça propriamente dito, é necessário que haja a efetividade do procedimento utilizado para resolução dos conflitos, pois pensar o acesso ao Judiciário como uma simples extensão dos direitos fundamentais e não como uma forma original de atendimento e proteção, é acreditar na sua evolução, constituindo uma nova forma de compreendê-lo.

Assim, pode se compreender que acesso à justiça não se restringe ao acesso ao processo, acesso à pessoa com capacidade postulatória e conhecimento jurídico, apto a desembaraçar qualquer emaranhado de problemas. Mais do que isso, o acesso à justiça só atinge seu fim quando há prestação jurisdicional de qualidade e que cumpra com sua função originária: dissolver satisfatoriamente as contendas que lhe são submetidas.

O ideal, por óbvio, é que a justiça seja sempre e inteiramente gratuita, que os profissionais do Direito sejam dotados de notório saber jurídico e, principalmente, seja todo o procedimento célere e efetivo. Tudo isso aliado à celeridade. Uma utopia? Não. Uma realidade distante, porém, alcançável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção Tradicional de acesso à justiça, refere-se ao acesso ao sistema de justiça, com assistência judiciária gratuita, mais a obtenção de uma solução, prestação jurisdicional justa, e acesso na face satisfativa (execução e cumprimento de sentença).

Quando a noção moderna não haveria sempre um dever de aplicação do acesso à justiça pois o sistema de justiça é compreendido como um instrumento que a sociedade possui, que pode ser bom para a sociedade, quanto os custos da máquina da administração da justiça forem inferiores ao benefício que a prestação jurisdicional pode gerar, como pode ser ruim para a sociedade.

O tema é bastante amplo, interligado a todas as circunstâncias de uma comunidade. Existe uma crescente demanda de cidadãos a procura de um serviço de qualidade, reconhecido e respeitado.

Tentou-se costurar os pensamentos, procurar nos códigos e leis que regem todas as esferas de vida de todos nós. Buscou-se demonstrar os desafios a serem enfrentados e as perspectivas de melhoramento, não se esquecendo das conquistas já alcançadas; além do que,

como dito, o tema ultrapassa as bordas do Poder Judiciário e atinge todos os segmentos da sociedade.

Como observado, existem barreiras que impedem o acesso do cidadão à justiça; no aspecto social, o distanciamento dos operadores do direito com os cidadãos comuns aumentam aquela litigiosidade contida; no campo político, o despreparo do legislador e sua má vontade em editar leis claras e objetivas atrapalham o reconhecimento de direitos e privilegia injustiças através de brechas na legislação; no plano educacional, as escolas legalistas e dogmáticas perpetuam o sistema jurídico burocrático e extremamente formalista.

Mauro Cappelletti apresenta possíveis soluções para as dificuldades no acesso à justiça, entre elas estão a assistência judiciária gratuita para os pobres, mediante disposição de serviços gratuitos, como a consulta gratuita a advogados privados e defensores públicos, bem como demais serviços de aconselhamento e assistência judiciária, principalmente nas universidades, através dos núcleos de práticas jurídicas.

Diz-se que não basta serem todos iguais perante a lei, é primordial que a lei seja igual perante todos. A figura da justiça com os olhos vendados nos faz questionar se a sociedade conta com um Sistema Jurídico historicamente atuante e determinante no rumo da sociedade.

Assim, é no âmbito jurídico que a temática ganha consistência e no qual discutem-se os principais entraves ao acesso à justiça, lembrando que o Estado tem se mostrado insuficiente para solucionar os litígios de forma efetiva, por isso, atualmente, os chamados "meios alternativos de pacificação social", dentre eles a conciliação e arbitragem, vêm sendo estimulados.

Frente ao exposto, tem-se que o amplo e efetivo acesso à Justiça representa um enorme desafio a ser encarado por toda a sociedade, não só pelo Poder Judiciário e seus operadores, a fim de que seja possível concretizar os direitos fundamentais proclamados na Constituição Federal do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Monis de. **O estado de Direito e o direito de ação (a extensão de seu exercício)**. Rev. Bras. de Dir. processual, Rio de Janeiro, Forense, IV(16):69-91, a. tim. 1978.

BARBOSA, Júlio César Tadeu. **O que é justiça**. São Paulo, SP: Abril Cultural, Brasiliense, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Res publica: ensaios constitucionais**. Coimbra: Almedina, 1998.

GRECO, Rogério. **Introdução ao direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1. p. 434).

GOLDMAN, Mayer C. **The public defender: a necessary factor in the administration of justice**. New York: G. P. Putnam's Sons, 1917, p. 20.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. P. 202

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Par uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 50.

WICE, Paul. **Public defenders and the american Justice System**. Connecticut: Praeger Publishers, 2005. P. 12.

MOROSIDADE PROCESSUAL: COMO A JUSTIÇA PODE FAZER USO DOS INSTRUMENTOS DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PARA REDUZIR O ACÚMULO DE PROCESSOS NO ÂMBITO JURÍDICO

ANDRADE, Guilherme Moreira de Jesus

RESUMO

Considerando o atual momento do Estado brasileiro, no qual o sistema judiciário está cada vez mais sobrecarregado e em que a resposta aos anseios da sociedade de forma rápida e eficiente se torna cada vez mais rara, os instrumentos da mediação e da conciliação aparecem como uma maneira rápida e eficiente de resolver, pelo menos em parte, a morosidade a qual se tornou normal no dia a dia do judiciário brasileiro. A dificuldade de se obter uma resposta definitiva por parte do poder judiciário se dá por diversos fatores, que passam desde a falta de servidores até mesmo a questão da segurança jurídica a qual estão vinculadas todas as demandas processuais. O presente trabalho tem por objetivo avaliar como as práticas que levam a uma rápida resolução processual estão sendo utilizadas dentro do âmbito do judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Morosidade processual. Segurança jurídica. Resolução de conflitos.

ABSTRACT

Considering the current state of the Brazilian state, in which the judiciary system is increasingly overloaded and the response to society's wishes quickly and efficiently becomes increasingly rare, the instruments of mediation and conciliation appear as a way quick and efficient to resolve, at least in part, the delays which became normal in the daily life of the Brazilian judiciary. The difficulty of obtaining a definitive answer from the judiciary is due to several factors, which go beyond the lack of servants even to the issue of legal certainty to which all procedural demands are bound. This paper aims to evaluate how the practices that lead to a quick procedural resolution are being used within the Brazilian judiciary.

Keywords: Procedural delay; Legal certainty; Conflict resolution

INTRODUÇÃO

A partir do momento em que o homem resolveu deixar a autotutela de lado, saindo de seu estado primitivo e passando a viver dentro de uma sociedade, os conflitos começaram a surgir e a necessidade por uma resolução justa e imparcial, fez-se necessária, nascendo assim a ideia de um órgão que se encarregasse de oferecer a resolução para eventuais disputas, já que a força privada individual não era mais uma forma civilizada e responsável de se resolver os conflitos rotineiros.

*Estudante de Direito da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC. gj.moreira@hotmail.com

Com toda a evolução histórica do acesso à justiça fornecida pelo Estado, a demanda sobre o poder judiciário ao longo do tempo vem fazendo com que a esfera judicial esteja cada vez mais sobrecarregada, processos simples duram facilmente 5 anos até obterem uma resolução definitiva. O princípio da celeridade processual fundamentado na Constituição Federal em seu Art. 5º, LXXVIII diz que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O princípio é claro ao estabelecer que o processo tem que ter um andamento constante e razoável, garantindo as partes, respostas pertinentes a suas demandas.

O judiciário brasileiro de acordo com o relatório Justiça em Números de 2018 tem cerca de 80,1 milhões de processos em tramitação. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou que se não entrasse mais nenhum processo no âmbito do poder judiciário, seriam ainda necessários dois anos e seis meses para zerar as demandas existentes até então. O principal fator da morosidade do judiciário de acordo com levantamento feito em 2017 pelo CNJ são as causas de execuções fiscais que representam 39% dos casos pendentes com um congestionamento de 92%. A morosidade que enfrenta o poder judiciário está longe de ser resolvida, porém, são discutidas diversas formas de como amenizar a situação do judiciário e principalmente de quem precisa dele.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe como regra no andamento do processo a audiência prévia de conciliação ou mediação, um enorme avanço para a resolução de conflitos, já que é dada a oportunidade das partes se encontrarem e dialogarem em busca de uma solução ágil para a demanda e sem deixar a segurança jurídica de lado, uma coisa teoricamente simples, mas que pode resolver um processo que se fosse passar por todas as etapas de tramitação dentro do judiciário, poderia levar anos.

Diante da constante evolução da sociedade, é fato que o Direito também precisa se atualizar e buscar métodos de resolução de conflitos que provejam uma resposta rápida e eficaz as partes interessadas. O judiciário não pode deixar de lado a celeridade processual, se ela não existir, o processo como um todo, corre o risco de falhar com sua finalidade de promover a justiça e resolver conflitos.

MATERIAL E MÉTODOS

A proposta enunciada surgiu com base em um exame do atual momento que vive o judiciário brasileiro, cujas decisões tomadas por esse afeta todo o conjunto social, devido a isso e tendo por foco a morosidade processual, foi levantada a hipótese de compreender e expor maneiras práticas e instrumentos que já existem dentro do âmbito processual para aliviar a esfera judicial, assim como o modo que se organiza e atua o judiciário brasileiro, órgão de fundamental importância para a democracia e desenvolvimento do Estado de Direito.

A apreciação de documentos foi imprescindível para alcançar as conclusões e os resultados, por meio de artigos, livros de doutrinadores e renomados nomes do Direito Processual Civil, tendo como principais: Ademir Buitoni, Mauro Cappelletti e André Gomma de Azevedo, paralelamente utilizados junto ao ordenamento processual civil nacional e a seus instrumentos específicos.

Junto a tais informações, foi observado que o judiciário constitui um complexo meio organizacional, necessitando de diversos funcionários com numerosas atribuições para manter todo o rito processual de maneira a garantir a segurança jurídica envolvida no rito, além da grande responsabilidade implícita ao poder jurisdicional de estar sempre tomando decisões que afetam a vida das partes e devem prezar sempre pela eficiência e isonomia para chegar a decisões justas.

Através de debates, comparações de doutrinas e análise de informações básicas acerca do judiciário, foi pensado em discorrer em relação ao assunto apresentando-o de maneira geral, abordando a seus dados e seguindo até aprofundar o tema na organização e na forma de atuação, observando principalmente a necessidade de se instituir a justiça com celeridade, diante de tantos casos em que se encontram em poder do judiciário nacional, levando em consideração ainda seu quadro de funcionários que diante da demanda populacional é vastamente desproporcional.

Deve ser levado em consideração principalmente a importância da justiça que preza por solução de conflitos de maneira rápida e eficiente, dando soluções e respostas sem causar constrangimento as partes interessadas, além do zelo pela máquina pública, que gasta muito para sustentar o longo rito processual que muitas vezes poderia ser resolvido com um simples diálogo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O ACESSO A JUSTIÇA E SUA FUNÇÃO:

O acesso à justiça é garantido para todos os cidadãos que venham a ter seus direitos violados, tendo respaldo na Constituição Federal de 88, Art 5º- XXXV – “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O fato é que apesar de todos terem direito a pedir o auxílio da justiça, muitas vezes essa ajuda é utilizada de maneira inadequada, com processos de mínima insignificância que poderiam ser resolvidos com uma simples conversa, que não ocorre e move toda a máquina judiciária para trazer uma solução depois de um longo tempo.

Já existem há algum tempo mecanismos que dificultam o particular de mover a estrutura judiciária de maneira inadequada, um deles é o critério da justiça gratuita. O antigo Código de Processo Civil de 1973 não fazia menção ao tema da justiça gratuita, essa matéria ainda era regulada pela lei 1.060 de 05 de fevereiro de 1950, que continua em vigor apenas para casos mais específicos. Com ao advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, o tema da justiça gratuita ganhou sua devida importância no art.98 com a seguinte estrutura:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à

efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

Além da vasta regulamentação imposta pelo art. 98 do NCPC, a justiça gratuita ainda tem respaldo também na Constituição Federal de 88 em seu: art. 5º, LXXIV, no qual diz que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Como pode ser observado pelo disposto no Novo Código de Processo Civil, o acesso a justiça gratuita é restrito para a pessoa física ou jurídica com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, ou seja, pessoas com um padrão de vida mais elevado, estão propícios a pagar as custas do processo.

O acesso à justiça, de acordo com Didier Jr. *apud* Marinoni (2016, p. 19) remete ingresso a um processo justo, com a garantia de obtenção a uma justiça imparcial, que visa não só possibilitar a participação efetiva das partes no processo, mas que chega a alcançar a efetividade do direito para em consequência alcançar a tutela jurisdicional desejada, considerada as diferentes posições sociais e outras situações específicas de direito substancial.

MÉTODOS SIMPLES QUE PODEM AJUDAR NO ACÚMULO DO JUDICIÁRIO

O acesso à justiça é essencial para o funcionamento de uma democracia, o que não pode ocorrer é a banalização de uma estrutura tão importante, nascendo assim a necessidade de métodos mais rápidos e precisos dentro da própria estrutura processo e até mesmo alternativas extrajudiciais, a citar a exemplo a arbitragem.

O avanço que o Novo código de processo civil de 2015 traz em seu capítulo V, instituindo a audiência de conciliação ou de mediação como parte do rito processual é de extrema significância, principalmente para os processos menos complexos, nos quais as partes interessadas na maioria das vezes estão tomadas por fortes emoções e só precisam de uma ajuda para intermediar uma solução de maneira passiva, rápida e justa. Essa regulamentação instituto da mediação e conciliação é um dos grandes avanços dentro do âmbito processual, uma vez que processos, por mais simples que sejam, perduram por anos na esfera judicial, a possibilidade de uma resolução que não movimente toda a estrutura do judiciário e que forneça segurança para as partes se torna muito atrativa para quem realmente deseja resolver suas demandas.

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no levantamento “Justiça em números” feito em 2018 mostrou que a justiça brasileira teve 3,7 Milhões de acordos homologados por mediação ou conciliação em 2017, número esse que representa 12,1% de todas as sentenças proferidas no ano de 2017. Em 2015, de acordo com dados do mesmo levantamento do CNJ, esse percentual representava 11,1% e em 2016 representava 11,9%. Como pode ser avaliado, os números de tratados que derivam de acordos de conciliação ou mediação só vem crescendo e a tendência é continuar assim, uma vez que quando a justiça é provocada, o que se espera dela é uma resposta eficiente e rápida, o que não acontece quando se toma a decisão de percorrer todo o caminho do processo formal.

A convenção europeia para proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais em seu Art 6º, parágrafo 1º, diz que “[...] a Justiça que não cumpre suas funções de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”. O que influencia também em uma pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV em 2016, apresentando que apenas 29% da população brasileira tem confiança no Poder Judiciário.

O poder judiciário é sem dúvida de grande importância para a manutenção da ordem e da democracia, diante de sua relevância para fornecer segurança à sociedade se faz necessário também sua adaptação ao momento conturbado que passa não só o Brasil, mas o mundo todo e isso passa pelo incentivo e a utilização cada vez mais constante de métodos rápidos e sobretudo eficientes de resolução de conflitos como a conciliação e a mediação. Os acordos que são feitos no início dos procedimentos são de fundamental importância para a máquina pública, uma vez que não vai ser necessário o seu movimento de maneira geral, causando, assim um impacto constante na eficácia do funcionamento do poder judiciário.

DIFERENÇA ENTRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

À primeira vista no Código de Processo Civil, os instrumentos da mediação e conciliação parecem funcionar de uma mesma maneira, porém, apesar de buscarem uma solução rápida e justa, eles se utilizam de metodologias diferentes para se alcançar tais resultados. A mediação tem por metodologia o auxílio de um terceiro treinado e especialmente neutro que não vai tomar decisão alguma, ele irá apenas auxiliar as partes a buscarem por elas mesmas, uma solução para sua demanda.

A mediação tem sentido de uma espécie de autocomposição dos conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, que nada decide, mas apenas auxilia as partes na busca de uma solução (Buitoni, 2006.)

O que difere a mediação do procedimento de arbitragem é essencialmente a função do terceiro que vai ser envolvido na demanda, arbitragem ele vai ter o poder de decidir a demanda, enquanto na mediação ele apenas vai auxiliar as partes a eles por si, tomarem uma decisão (WARAT, 2004).

Na conciliação, que também se aproxima muito do processo de mediação, as partes vão tentar chegar a um acordo, porém, a figura do terceiro deverá trazer sugestões quando se fizer necessário para uma justa resolução do conflito. O procedimento de conciliação segundo Nazareth (2006, p. 130), é mais eficaz em conflitos que chamamos de pontuais e novos, isto é, de pouca idade. A relação entre as partes é transitória e sem maiores que as unam. Acidentes de trânsito e algumas relações de consumo seriam alguns exemplos. O art. 165 do NCPC também é de extrema importância pelo seu conteúdo regulamentado:

Art.165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

§ 1o A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2o O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litúgio, 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.

A criação dos centros judiciais de solução consensual de conflitos a qual se refere o artigo é de fundamental importância para fomentar a prática da criação de acordos, a partir desses centros e de seus profissionais, se bem qualificada, o caminho para uma justiça mais célere se mostra muito promissor. O Código de Processo Civil de 2015 também teve a iniciativa de mostrar um rumo sobre o qual esses procedimentos devem ser pautados, como é fundamentado no seguinte:

Art.166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1o A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2o Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3o Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4o A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

A preocupação demonstrada no Código de processo civil com a estrutura da mediação e da conciliação mostra que muito se espera dela, é plausível que dentro de um curto espaço de tempo ela se torne uma das principais saídas para a morosidade a qual se encontra o poder judiciário, sua simplicidade, rapidez e segurança faz com que ela se torne muito atrativa aos olhos de quem busca uma resolução de problema.

AS VIRTUDES NECESSÁRIAS PARA O ACORDO

Para fazer um bom uso da mediação e da conciliação, é necessário que a justiça e o encarregado levem o ato a sério, tendo como vista que um simples debate pode resolver uma demanda que levaria anos dentro do âmbito judiciário. De acordo com Warat (2004), o mediador deve se fazer compreender a distinção entre interferir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve prestar auxílio as partes, fazer com que enxerguem a si mesmas e não ao conflito, como se este fosse um acontecimento absolutamente exterior a elas mesmas.

A busca por um acordo se faz por detalhes, o menor olhar fora do caminho certo pode complicar ainda mais o conflito. As partes envolvidas já chegam aquele ponto muitas vezes fragilizadas, buscando a apenas o fim daquela “tortura” na qual se encontram emocionalmente. O papel do conciliador ou do mediador se mostra eficiente quando este consegue enxergar as partes como humanos, precisa conquistar a empatia das partes e ter sensibilidade para tocar nos pontos certos. O condutor do procedimento deve desempenhar o controle do procedimento fundamentando seu domínio em dois pilares: postura firme e continente ao sofrimento e uma valorização dos recursos das partes (WARAT, 2004).

A responsabilidade que a justiça tem que adquirir diante dos instrumentos da mediação e da conciliação é o que vai definir se as partes vão ou não se interessar por esse estilo de resolução de demandas, as práticas adotadas dentro do procedimento deve valorizar ao máximo essa etapa processual, além de claro, deixar explícito a importância e as vantagens que podem ser obtidas de maneira célere e segura. Mauro Cappelletti já trazia em suas obras a tamanha importância desta responsabilidade.

Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente (CAPPELLETTI, 1994, p. 97).

O ambiente a qual as partes estão inseridas também se faz de fundamental relevância, elas já chegam aquele ponto, muitas vezes extremamente esgotadas por toda a situação que estão passando e buscam apenas sair daquela conjuntura, fazendo-se necessário a presença do judiciário e que este, através de seus representantes, tenham e demonstrem sentimentos de humanidade e principalmente empatia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito é derivado da relação do homem enquanto este vive em sociedade, as diferentes experiências de vida levam a cada um possa uma resposta diferente para um mesmo assunto. A justiça como um órgão sólido, deverá fornecer uma resposta a sociedade sempre que for requerida, sua ação se faz necessária para fornecer paz e tranquilidade a todo o sistema.

A celeridade dos processos em um país como o Brasil é de extrema complexidade, o número reduzido de servidores afeta e muito o rito do processo e seu respectivo prazo de resposta. O NCPC de 2015, observando esse problema de tamanha magnitude, trouxe em sua estrutura uma atenção especial aos instrumentos que poderiam resolver demandas de maneira rápida e eficaz, sem ter que movimentar toda a máquina pública, facilitando assim que as partes realmente interessadas em resolver suas contrariedades tivessem um suporte dentro do âmbito judiciário.

O NCPC de 2015, traz em seu conteúdo todas as etapas para se fazer uso dos instrumentos da mediação e da conciliação, desde a preparação até mesmo as características que o encarregado deve ter para conduzir as partes em um ambiente de respeito e favorecendo sempre a resolução rápida e eficaz da demanda.

O Conselho nacional de justiça, produz anualmente o relatório denominado justiça em números, sendo esse uma fonte de informações importantíssima, através deste a justiça pode observar de uma maneira objetiva como escolher o melhor caminho para melhorar o funcionamento do órgão judiciário e atender com mais celeridade as demandas.

Em um mundo cada vez mais repleto de conflitos, faz-se necessário que a busca por meios de rápida resolução sejam priorizados, esses se mostram a maneira mais eficaz de se fazer uso do poder judiciário e resolver eventuais conflitos, principalmente os de menor complexidade que são os que mais impactam nos números do poder judiciário.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Jonatas Miranda de. **A EFICÁCIA DA MEDIAÇÃO COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62798/a-eficacia-da-mediacao-como-meio-de-resolucao-de-conflitos>. Acesso em: 16 out. 2019.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013.

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

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

BUITONI, Ademir. **A ilusão do normativismo e a mediação**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 87, p.109 114, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de Acesso à Justiça**. Revista do Processo. São Paulo: RT, nº. 74, ano 19, p. 82-97, abril-junho/1994.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **Introdução aos Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias MESC s. 2. ed.** Brasília: CACB/SEBRAE/BID, 2004.

NAZARETH, E.R. **Mediação: algumas considerações**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 87, p. 129 133, 2006.

PACHECO, Rodrigo da Paixão. **DESJUDICIALIZAÇÃO: CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Disponível

em:<https://jus.com.br/artigos/67536/desjudicializacao-conciliacao-e-mediacao-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 11 out. 2019.

PORTAL FGV. **Índice de Confiança no Judiciário aponta que apenas 29% da população confia na Justiça**. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/indice-confianca-judiciario-aponta-apenas-29-populacao-confia-justica>. Acesso em: 17 out. 2019.

RODRIGUES, Marcus Vinícius. **MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10394/Conciliacao-e-mediacao>. Acesso em: 11 out. 2019.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA: UMA DISCUSSÃO ACERCA DE TEMAS CONTEMPORÂNEOS

Jéssica Nascimento Oliveira¹

Valeska Cavalcanti de Lima²

Orientadora: Ana Heloisa Cavalcanti da Silva³

RESUMO

O presente artigo visa demonstrar a importância da prestação de alimentos diante da constante modificação da concepção de família perante o direito civil brasileiro. Os métodos utilizados consistem em análise bibliográfica e documental, aplicada à leitura especializada e à legislação acerca do tema. Vale ressaltar, que o trabalho dá enfoque aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, bem como busca compreender os limites temporais para o recebimento da prestação alimentar diante do binômio necessidade-possibilidade, além de analisar o percebimento de pensão alimentícia pelos idosos. O objetivo é analisar as nuances da aplicação da prestação alimentícia, bem como sua evolução e normatização. Conclui-se que, quando da fixação da prestação alimentar, faz-se necessário analisar todos os sujeitos que compõe a relação familiar, de modo a extrair as necessidades do(s) requerente(s) e a possibilidade do(s) requerido(s), só assim possibilitando a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chaves: Pensão Alimentícia. Solidariedade. Constituição Federal. Código Civil.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the importance of providing alimony before the constant modification of the conception of family towards the Brazilian Civil Law. The used methods consist in documental and bibliographic analysis, applied to the specialized literature and to the legislation about the theme. It is noteworthy that this work focus on Human Dignity and Solidarity Principles, as well as seek understanding the time limits for the perception of the alimony before the “need-possibility” binomial, besides the review of the alimony perception by the elderlies. The purpose is to analyze the nuances of the application of alimony, as well as your evolution and standardization. The conclusion is that about the alimony setting is essential to analyze all of the subjects that make up the family relation, in order to extract all the needs from the petitioner and all the possibilities from the defendant, only thus enabling the achievement of the Human Dignity Principle.

Keywords: Alimony. Solidarity. Federal Constitution. Civil Code.

¹ Estudante de Direito da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC.

E-mail: jess.n.oliveira@gmail.com

² Estudante de Direito da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC.

E-mail: valeskalima17@hotmail.com

³ Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC; Advogada; Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário. E-mail: anaheloisaadv@gmail.com

INTRODUÇÃO

A prestação de alimentos é assegurada pelo ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988, sendo considerado um direito essencial que encontra fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana.

A pensão alimentícia tem sido cada vez mais debatida, principalmente no âmbito jurídico, tendo em vista que há no meio social muitas mudanças consideráveis do que se conceitua como família e sua formação. Os novos arranjos familiares afetam as relações discutidas juridicamente e obrigam os magistrados, enquanto interpretadores e aplicadores do direito, a serem inovadores em suas decisões, já que por muitas vezes a própria legislação não consegue ser atualizada na mesma velocidade em que as mudanças sociais acontecem, baseando-se na teoria tridimensional do direito.

Há critérios objetivos que não podem deixar de ser analisados no momento em que se discute a necessidade/possibilidade da prestação alimentícia, sendo que esta análise não se prende apenas a tais critérios, impondo uma visão ampliada em alguns casos. Como exemplo disso, tem-se a aplicação do dever de prestação de alimentos aos dependentes maiores de 18 (dezoito) anos.

A escolha do tema em questão, inserido no direito de família, deu-se em virtude dos novos parâmetros das relações familiares e a aplicação das normas frente a essas inovações, sendo a prestação de alimentos considerada como a realização do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente.

A pesquisa foi efetivada com base no objetivo geral de analisar as nuances da aplicação da prestação alimentícias bem como seu delineamento histórico e normatização.

Em relação aos objetivos específicos, tem-se a perspectiva de debater sobre o dever de prestar alimentos, analisando historicamente o tema e aprofundando o debate a partir de discussões sobre os critérios de fixação, limite temporal e as várias formas em que a pensão alimentícia se vislumbra.

MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia utilizada tem caráter bibliográfico e documental, sendo que o processo de construção da pesquisa deu-se pela análise detalhada da literatura especializada e da

legislação acerca do tema, ora tratado. O método empregado constitui-se a partir de uma abordagem dedutiva, tendo embasamento em uma premissa maior, com posições doutrinárias e legais existentes, correlacionando com o dever de prestar alimentos a partir da ótica constitucional, buscando-se chegar a uma conclusão lógica acerca do tema de pesquisa.

A abordagem do tema constituiu-se pela técnica qualitativa de maneira a analisar desde a origem do dever de prestação alimentícia até a sua aplicação atual.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

PENSÃO ALIMENTÍCIA: SURGIMENTO E CONCEITO

Nas sociedades primitivas, a prestação alimentar advinha da relação de parentesco e convivência, já que os alimentos são indispensáveis para manutenção da vida humana, sendo que esta prestação não tinha caráter impositivo.

Os romanos denominavam a prestação alimentar como *officium pietatis*, pois o fornecimento alimentar estava intimamente ligado à moral e não ao dever positivado em leis como temos atualmente. Para eles, o chefe da família, que em geral era a figura paterna, chamado de *pater familias*, era o responsável pela manutenção alimentar, pela habitação e vestuário, não havendo ligação patrimonial, tendo em vista que os dependentes não possuíam qualquer patrimônio.

Somente após o surgimento das leis, o direito de perceber alimentos tornou-se obrigacional e deixou de ser baseado apenas na moral, embora as primeiras leis excluíssem os filhos obtidos fora do matrimônio.

Preleciona Cahali *apud* Venosa (2007, p. 338) que:

A própria estrutura da família romana, sob a direção do pater familias, que tinha sobre seu manto e condução todos os demais membros, os ALIENI JURIS, não permitia o reconhecimento dessa obrigação. Não há precisão histórica para definir quando a noção alimentícia passou a ser conhecida. Na época de Justiniano, já era conhecida uma obrigação recíproca entre ascendentes e descendentes em linha reta, que pode ser vista como ponto de partida.

Os gregos também tinham a figura paterna como membro superior que tinha o dever de alimentar e proteger seus descendentes, sendo retribuídos na forma de respeito e obediência.

A solidariedade utilizada em moldes rústicos pelos gregos continuou a fundamentar a prestação alimentar mesmo após tantos realces e prova inequívoca disto é a presença da solidariedade na própria Constituição Federal de 1988.

Tomando como base estes conhecimentos, o Estado foi evoluindo e criou-se o dever solidário de garantir a assistência social e tomar medidas adequadas para prover a subsistência dos impossibilitados. Porém, mesmo estando positivado o dever do Estado de prestar assistência, vislumbra-se que há um *déficit* quando na sua aplicação e eficácia.

O fato do Poder Estatal se obrigar a prestar assistência não exclui, por si só, o dever dos parentes do necessitado ou de indivíduos que estejam ligados a ele, seja pelo meio civil ou de fato, de prestar condições mínimas para uma vida digna, no pressuposto de obrigação judicial exigível.

Neste sentido, preleciona Maria Helena Diniz (2005, p. 536):

Há uma tendência moderna de impor ao Estado o dever de socorrer os necessitados, através de sua política assistencial e previdenciária, mas com o objetivo de aliviar-se desse encargo, o Estado o transfere, mediante lei, aos parentes, daqueles que precisam de meios materiais para sobreviver, pois os laços que unem membros de uma mesma família impõem esse dever moral e jurídico.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, prevê o direito à alimentação para crianças e adolescentes e impõe este como sendo um dever da sociedade, da família e do Estado. Partindo desta premissa, não só a Constituição resguarda esse direito, mas também a Lei de alimentos (Lei nº 5.478/68), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), Estatuto do idoso (Lei nº 10.741/03), e o Código Civil.

A pensão alimentícia possui um capítulo específico no Código Civil Brasileiro, mais precisamente entre os artigos 1.694 e 1.710, regulando a fixação da pensão alimentícia e suas nuances. Porém, apesar de possuir capítulo próprio, o Código Civil não traz uma conceituação específica sobre os alimentos, podendo esta ser encontrada na doutrina e jurisprudência de forma bem contundente.

Segundo o dicionário jurídico de Washington dos Santos (2001, p. 33), alimentos são conceituados como:

ALIMENTO - (Lat. alimentu.) S.m. No sentido jurídico, no Brasil, compreende importância em dinheiro ou qualquer prestação in natura que o alimentante se obriga por força de lei a prestar ao alimentando. Além da subsistência material, os alimentos compreendem despesas ordinárias e especiais à formação intelectual e educação (CF., art.5.o LXVII; CC art. 396 e segs.).

Flávio Tartuce (2011, p. 1.147) preleciona que:

O conceito de alimentos engloba as necessidades vitais da pessoa como alimentação, saúde, moradia, lazer, educação e tem como principal objetivo a garantia e manutenção da dignidade. Ainda, assegura que o pagamento de alimentos tem como fim a pacificação social, por estar amparado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

Como se pode perceber, para a terminologia jurídica, o conceito de alimentos é bem mais amplo do que expõe a simples acepção da palavra, pois engloba não só o provimento da alimentação em si, mas também lazer, habitação, tratamento médico, vestuário, entre outros. Sendo assim, resta nítido que essa terminologia, quando utilizada juridicamente, abrange tanto as questões alimentares naturais quanto as questões cíveis.

Portanto, é importante destacar que os alimentos são elementos essenciais para uma vida digna, pois é um meio de garantir as necessidades sociais e vitais do indivíduo que não possui capacidade para o seu próprio sustento.

Faz-se necessário observar, preliminarmente, que a obrigação de prestar alimentos está resguardada no princípio da solidariedade familiar e preservação da dignidade da pessoa humana.

A solidariedade, prevista como princípio constitucional, pode ser definida na relação de âmbito familiar como sendo o dever de apoio e consideração mútua para com os componentes da entidade familiar. Vale ressaltar que essa solidariedade não diz respeito apenas a questões patrimoniais, mas também a questões psicológicas e afetivas.

Portanto, o dever de prestar assistência recíproca tem caráter personalíssimo, tendo em vista que este dever advém da relação de parentesco ou de proximidade através de composições familiares.

Assim destaca Maria Helena Diniz (2007, p. 534):

O fundamento desta obrigação de prestar alimentos é o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e o da solidariedade social e familiar (CF, art. 3º), pois vem a ser um dever personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão de parentesco, vínculo personalíssimo, devido pelo alimentante, em razão de parentesco, vínculo conjugal ou convivencial que o liga ao alimentando [...].

Neste viés, a fixação da prestação alimentar tem fundamento em um panorama solidário, além de ser diretamente ligado com o princípio da cooperação, sendo este conjunto indispensável para realização da dignidade humana.

CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DE ALIMENTOS: BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE

Nas ações de família, para que seja o requerido obrigado através de sentença judicial a prestar alimentos, é necessário que sejam analisados dois critérios principais: necessidade do(a) requerente e possibilidade do(a) requerido.

Os artigos 1.694 e 1.695 confirmam isso, *in verbis*:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.695. **São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.** (BRASIL, 2002, Grifo Nosso)

Em obediência ao Princípio da Dignidade Humana, por necessidade, não se entende apenas a subsistência do alimentando, mas também todo o necessário para que este tenha uma vida digna, ou seja, os alimentos devem suprir as necessidades vitais (alimentação, educação, saúde, vestuário, moradia, etc.) e sociais (lazer).

Nesse sentido, preleciona Clóvis Beviláqua (1958, p. 283): “A palavra alimento tem, em direito, uma acepção técnica, de mais larga extensão do que a da linguagem comum, pois que compreende tudo que é necessário à vida: sustento, habitação, roupa, educação e tratamento de moléstias”.

Cabe ressaltar que, em se tratando de fixação de alimentos motivado pela separação conjugal dos genitores, faz-se necessário que, além da análise da necessidade e possibilidade, seja levado em consideração o padrão de vida do alimentando, devendo haver a busca da manutenção deste padrão.

Já em relação a possibilidade do alimentante, é importante que no momento da fixação dos alimentos sejam analisadas as condições fáticas do devedor desta obrigação. Analisa-se as condições do alimentante, posto que, por uma questão lógica, não seria viável arcar com uma parcela para qual o obrigado não tem verbas suficientes para adimpli-la.

Nessa linha de pensamento, explica Paulo Nader (2010, p. 449) que “seria um contrassenso a imposição do dever de alimentos a quem não dispusesse de recursos, além dos estritamente necessários a subsistência pessoal e da família.”

Faz-se mister, assim, ressaltar que, mesmo tendo as condições para arcar com as prestações, não se pode fixar uma obrigação que será excessivamente onerosa para o devedor. Ao alimentante, é conferido o mesmo direito que é conferido ao alimentando, sendo este o de manter a sua condição social e de ter atendidas as suas necessidades vitais.

É nesse diapasão que Paulo Nader (2010) explica que só se consolida o dever jurídico de prestar alimentos quando esta prestação não gere uma diminuição significativa da capacidade financeira do alimentante de prover a sua sobrevivência e a de seus dependentes.

Sobre o assunto, é importante, ainda, mencionar os ensinamentos de Rolf Madaleno (2019), diante dos quais explica o doutrinador que não fica obrigado o alimentante a alienar os seus bens para manter as prestações alimentícias, desde que tais alimentos sejam devidos aos seus parentes maiores e capazes, cônjuge ou convivente, devendo, assim, as prestações serem fixadas com base nos vencimentos do devedor. Porém, se a prestação alimentar estiver direcionada aos filhos incapazes e o alimentante não percebe recursos de maneira continuada, este poderá ser compelido a alienar o seu patrimônio para que consiga adimplir com a obrigação.

Em se tratando da fixação dos valores a serem prestados a título de alimentos, não há uma predisposição legal que determine e quantifique essa prestação de maneira específica, sendo que a fixação decorrerá de um trabalho interpretativo do juiz. Neste ponto há que se falar no princípio da proporcionalidade que deverá nortear o posicionamento do julgador, como explica Maria Berenice Dias (2015, p. 605):

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das

ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a ele nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, segue de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Os Tribunais brasileiros têm entendido pela aplicação do princípio da proporcionalidade no tocando a discussão do binômio necessidade e possibilidade, conforme demonstra a seguir.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS AVOENGOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O QUANTUM ALIMENTAR DEVE LEVAR EM CONTA A PROPORCIONALIDADE ENTRE A NECESSIDADE DO ALIMENTANDO E A CAPACIDADE DO ALIMENTANTE, CONFORME PRECEITUAM OS ARTS. 1.694, § 1º E 1.695, DO CÓDIGO CIVIL. RECORRENTE, QUE NÃO COMPROVA A POSSIBILIDADE DE SEUS AVÓS ARCAREM COM O VALOR DE ALIMENTOS SUPERIOR AO, FIXADO PELA SENTENÇA. PRECEDENTES DESTA CORTE. DESPROVIMENTO DO APELO.

(TJ - RJ – Apelação nº 0258314-59.2014.8.19.0001. Relator(a): DES. CLAUDIA PIRES - Julgamento: 02/12/2015 - SEXTA CAMARA CIVEL) (Grifo Nosso).

Modernamente, os doutrinadores defendem haver não um binômio, mas sim um trinômio, composto por necessidade, possibilidade e proporcionalidade.

LIMITES TEMPORAIS PARA RECEBIMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

É necessário destacar que a continuidade é uma das características da pensão alimentícia, porém isso não a torna perpétua, tendo em vista a ligação direta ao binômio necessidade-possibilidade. Portanto, havendo alteração de um destes fatores, a prestação alimentar poderá ser revisada ou até mesmo exonerada.

O primeiro tema que merece destaque quando se fala em limite temporal para o recebimento/fornecimento da prestação alimentar diz respeito ao que concerne aos alimentados civilmente capazes.

A prestação de alimentos só é obrigatória aos filhos de até 18 (dezoito) anos, sendo que esta concepção é baseada na construção social e na cultura de que, ao completar a maioridade civil, o indivíduo já é capaz por si só de se manter. No entanto, na prática não é bem isso que acontece, pois o que se vê na sociedade atual é que o indivíduo com 18 (dezoito) anos, em geral,

tem acabado de ingressar no ensino superior, não sendo, assim, autossuficiente para manter seu sustento e ter acesso a uma educação de qualidade, necessitando, quase sempre, do auxílio dos pais ou responsáveis legais.

É adotando este fundamento que os tribunais de todo o Brasil consolidou jurisprudência pacífica de que tal obrigação não deve cessar pelo simples fato de se ter atingido a maioridade civil, devendo esta obrigação perdurar enquanto existir a necessidade do percebimento pelo alimentando. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça editou súmula nesse sentido, cuja redação diz que "o cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos."

Corroborando com este raciocínio, tem-se o entendimento de Rolf Madaleno (2019):

Seguirá sendo da tradição da jurisprudência brasileira prorrogar a dependência econômica do filho civilmente capaz, mas financeiramente dependente dos genitores, não desfrutando de meios próprios para fazer frente à sua subsistência pessoal, especialmente por estar investindo na sua formação profissional em curso técnico, ou a caminho da faculdade.

Porém, para que isso não se torne excessivamente oneroso para o alimentante, é estabelecido que esta pensão de cunho familiar perdure até os 24 anos, tempo estimado em que o alimentando terá se formado profissionalmente.

Ademais, o alimentante tem a possibilidade de solicitar judicialmente a exoneração da obrigação de prestar alimentos aos filhos que atingirem o marco da maioridade, restando o ônus da prova para o alimentando, que deverá comprovar a continuidade da necessidade de ser custeado, tendo em vista sua formação educacional.

Em se tratando de alimentos que são prestados para parentes maiores e capazes e aos ex-cônjuges, vale ressaltar que não há presunção da necessidade, diferentemente do que ocorre com os filhos incapazes. Portanto, aos parentes maiores, capazes e ex-cônjuges não existe predisposição legal de cunho obrigacional à prestação alimentar, exceto em caso de decisão judicial.

Como já mencionado anteriormente, o dever jurídico em questão está diretamente atrelado à necessidade do alimentando e à possibilidade econômica do alimentante. Diante disso, e tendo em vista que estes fatores são suscetíveis de modificação no transcorrer do tempo, fica subentendido que esta obrigação deve durar apenas o tempo necessário para que seja

suprida a deficiência econômica do ex-cônjuge ou parente necessitado, evitando assim que haja enriquecimento ilícito por parte dos credores da obrigação alimentícia.

A título de exemplo, temos os alimentos compensatórios que, de acordo com sua natureza, deve essencialmente ter caráter transitório, pois presume-se que o ex-cônjuge beneficiado, com o auxílio da pensão alimentícia, conseguirá recuperar a sua condição financeira e social.

Vale ressaltar que, em se falando de temporariedade da obrigação alimentar, não implica dizer que é um direito prescritível, pois, atendidos os preceitos objetivos previstos em lei, poderá o indivíduo necessitado postular este direito a qualquer tempo. Vale dizer que mesmo sendo o direito de pleitear alimentos imprescritível, após fixados, a dívida alimentar não se eterniza, estando sujeita à prescrição.

Por fim, no que concerne a temporariedade do dever jurídico alimentar, vale ressaltar que este não se extingue com o falecimento do devedor de tal obrigação, devendo assim ser transmitida aos herdeiros no limite do espólio. Isso se dá por conta das necessidades de o alimentando subsistirem ao falecimento do alimentante e de que os bens do alimentante respondem pela obrigação alimentar.

A PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA SOB ÓTICA DO ESTATUTO DO IDOSO

O direito à percepção de alimentos também é previsto para pessoas idosas e é resguardado pelo Estatuto do Idoso, Código Civil e a Constituição Federal.

O Código Civil, em seu artigo 1.696, prevê que “[...] o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos”. Ao passo que a Constituição Federal traz explícito no seu artigo 229, que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), dispõe que “[...] a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores”. Ou seja, com o advento desta Lei, o idoso poderá escolher apenas um dos filhos, na hipótese de existirem vários, para figurar como requerido, sendo este o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A ministra Nancy Andrichi, por meio do recurso especial de nº 775.565 – SP (2005/0138767-9), descreveu em seu voto que, apesar dos alimentos que advém de relações de parentesco terem natureza conjunta, em se tratando de idosos, a Lei especial prevalece sobre a

Lei geral ao atribuir a solidariedade entre os devedores. Ela ainda aponta que o objetivo é a celeridade processual, tendo em vista que não sendo o litisconsórcio passivo obrigatório, pode figurar um só filho como demandado, diminuindo as possíveis e numerosas intervenções processuais que ocorre quando há mais de um polo passivo.

Levando em consideração o princípio da solidariedade e na hipótese de os filhos do idoso necessitado comprovarem que não possuem condições necessárias para o pagamento da prestação, o poder público deverá tomar as providências. Neste sentido, aponta Paulo Nader (2010, p.65) que: “[...] quando a obrigação não puder ser cumprida pelos familiares, o provimento caberá ao poder público, à vista do disposto no art. 14 da legislação especial”.

A prestação alimentar deve sempre buscar a garantia da dignidade da pessoa humana, levando em consideração todos os sujeitos desta relação, seja ele o alimentando ou alimentante. Sendo primordial que a solidariedade também sirva de norte nesta relação, posto que a hipótese de não haver familiares que possam arcar com os custos alimentares, o Estado deverá intervir para cobrir esta obrigação alimentar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do tema, pode-se notar que a prestação de alimentos tem caráter obrigacional por imposição legislativa, impondo que os familiares forneçam alimentos para prover a subsistência dos impossibilitados, como também, através do princípio da solidariedade, tem-se como dever do Estado a garantia da assistência social.

Dessa forma, essa prestação alimentar é considerada como a efetivação do direito fundamental da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, previstos na Constituição Federal, razão pela qual é importante frisar que os alimentos são elementos essenciais para garantir uma vida digna daqueles indivíduos que não são capazes de produzir o seu próprio sustento.

O artigo apresentado aborda os critérios para fixação de alimentos, tendo em vista o caráter de necessidade, cuja análise é realizada pelo ponto de vista do alimentando, e da possibilidade, analisado pelas condições que dispõe o alimentante. Esse binômio faz-se essencial para a fixação do *quantum* que será prestado a título de pensão alimentícia.

Vale ressaltar que, além de visar garantir uma subsistência digna dos alimentandos, deve-se levar em consideração a situação financeira do alimentante, ou seja, tem que observar

o equilíbrio entre o poder aquisitivo daquele que o presta e a real necessidade daquele que recebe.

Neste ensejo, são apontados os limites temporais para o recebimento da pensão alimentícia, que é obrigatória até os 18 (dezoito) anos, mas que os tribunais e a própria construção social remontam posicionamentos distintos. Isso se dá em razão de que, ao completar 18 (dezoito) anos, o indivíduo tem acabado de entrar no ensino superior, portanto, não possui condições de manter o seu próprio sustento, tornando necessária a continuação da prestação alimentar.

Em relação as nuances que envolvem a prestação alimentar pelos filhos aos pais, fica explícito que é um direito assegurado pela Constituição Federal, Código Civil e Estatuto do idoso. Esse dever dos filhos para com os pais advém diretamente do princípio da solidariedade e também repousa sobre a moral social, sendo que nos casos em que os filhos do idoso necessitado não possam cumprir esta prestação, o poder público deverá tomar providências e prestar assistência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

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/2002/110406.htm. Acesso em: 22 out. 2019.

BELIVAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1958.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Washington. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2001.

CELERIDADE DOS PROCESSOS CÍVEIS E OS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ALTERNATIVOS

Gabrielly Pereira Rolim¹
Vinicius Gabriel da Silva Lacerda²

RESUMO

O presente artigo versa sobre a celeridade das causas cíveis no sistema jurídico brasileiro, trazendo luz à realidade vivenciada por aqueles que buscam o acesso à justiça, observando de forma qualitativa o tempo levado nos diferentes tipos de ações e os meios utilizados na consecução do direito. Por outro lado, analisamos os diversos métodos alternativos para solução de conflitos de interesses, expondo suas definições e o seu funcionamento e exemplificando seu uso através de lugares que fazem uso de tais métodos na busca pela justiça, em seguida selecionando aqueles que mais se encaixariam na realidade brasileira, e por fim, a utilidade que estes métodos alternativos poderiam trazer na eficácia dos processos.

Palavras-chave: Acesso. Processo. Direito. Interesse.

ABSTRACT

This article deals with the speed of civil cases in the Brazilian legal system, bringing light to the reality experienced by those who seek access to justice, qualitatively observing the time taken in the different types of actions and the means used to achieve the law. On the other hand, we analyze the various alternative methods for resolving conflicts of interest, exposing their definitions and their operation and exemplifying their use through places that make use of such methods in the pursuit of justice, then selecting those that would most fit the Brazilian reality, and finally, the usefulness that these alternative methods could bring in the effectiveness of the processes.

Key words: Access. Process. Right. Interest.

INTRODUÇÃO

A morosidade na prestação jurisdicional no ordenamento Jurídico Brasileiro tem gerado inúmeras polêmicas e discussões nas últimas décadas frente às demandas processuais existentes, que se perpetuam ao longo dos anos, criando uma descrença popular vertiginosa, em que no inciso LXXVII, que assegura a todos, seja judicialmente ou administrativamente, a razoabilidade na duração dos processos e os meios que garantem a celeridade na tramitação.

Gabrielly Pereira Rolim - Graduanda em bacharelado em ciências jurídicas e sociais (direito) faculdade filosofia ciências e letras de Cajazeiras PB – FAFIC, endereço eletrônico: gabrielly283@outlook.com.

* Vinicius Gabriel da Silva Lacerda* - Graduando em bacharelado em ciências jurídicas e sociais (direito) faculdade filosofia ciências e letras de Cajazeiras PB – FAFIC, endereço eletrônico: vinicius_m10@hotmail.com.

É comum no sistema judiciário lides que se arrastam por anos e mais anos, gerando gastos e mais gastos na tentativa de solucionar um conflito. A inflamação do poder judiciário com processos demorados e sem fim, se dá pelo fato de que a provocação do estado-juiz por meio das partes de forma primeira, sem buscar outras alternativas para saciar seus desejos, já faz parte da cultura do nosso povo e acaba gerando pilhas e mais pilhas de processos, que movimenta todo o aparato jurídico, quando haviam maneiras mais baratas e mais eficazes que poderiam ter sido utilizadas antes de uma lide perante a autoridade competente. Tal morosidade nos processos acaba gerando a desconfiança popular na utilização desse tipo de solução. Muitos conflitos que realmente necessitavam dos olhos estatais, acabam sem ele, justamente pela descrença que o Estado possa efetivar algum direito, nas situações que este se encontra, tumultuado de lides que em grande parte não necessitariam do braço estatal.

O princípio da celeridade processual, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, objetiva solucionar a problemática que envolve o excesso de processos no judiciário, que se arrastam por anos à espera de julgamento, inclusive, pelo excesso de recursos protelatórios ostensivos que retardam e dificultam a tramitação processual por demasiado lapso de tempo. Tal princípio ganhou força e aperfeiçoamento através da Proposta de Emenda Constitucional 324/2009, que criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), confirmando, outrossim, uma das metas do II Pacto Republicano, que é um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, atentando, inclusive para reduzir as desigualdades entre os diversos segmentos do Judiciário (LIMA).

Podemos perceber que este impasse já é tido com muita importância por aqueles que podem mudar o rumo desse problema e já há tentativas para agilizar os processos e acabar com tal insatisfação jurídica, tanto pelas partes quanto por parte do sistema de justiça que acaba fazendo com que o governo gaste muito com essa demora na consecução dos direitos privados.

MATERIAIS E MÉTODOS

O presente artigo discorrerá sobre a morosidade dos processos cíveis no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os meios alternativos na solução de conflitos, no qual seja feito com menos custos e mais eficaz que o tramite judicial. De forma primeira, apresenta-se a conceituação de acesso à justiça e suas concepções acerca do tema, mostrando todo o arcabouço da garantia do direito circunscrito no Art. 5º da Constituição Federal de 1988. Logo após,

discorrerá sobre métodos utilizados em outros países e também no Brasil, métodos que garantam a celeridade buscada no acesso à justiça, sendo assim, mostrará os ditos métodos, suas definições e acepções, bem como seu funcionamento na solução de uma lide. Em seguida, na conclusão estará a comparação dos métodos apresentados com o processo judicial que é largamente o mais utilizado, evidenciando os benefícios e malefícios que há.

ACESSO À JUSTIÇA

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, sem dúvida, assegura a inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à Justiça, definindo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, na Parte Geral, Livro I Das Normas Processuais Civil, Título único das Normas Fundamentais e da aplicação das Normas Processuais, Capítulo Das Normas Fundamentais do Processo Civil, no art. 3º,⁴⁶ caputs, também reproduziu norma idêntica.

Tem-se aí o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou, ainda, o princípio do acesso à justiça. Numa leitura rápida, pode-se afirmar que se trata ao acesso ao Poder Judiciário ou o acesso à justiça por meio do processo estatal.

A temática do “Acesso à Justiça” não é de hoje que vem sendo analisada e pesquisada pelos estudiosos. Mauro Cappelletti debruçou sobre o tema, de forma acentuadamente exaustiva. Segundo ele:

A expressão “acesso à Justiça” [...] serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos [...] (CAPPELLETTI, Mauro).

Na busca de mecanismos que possam promover ruptura com o formalismo do processo, as partes buscam soluções por intermédio de meios alternativos a jurisdição estatal, como é o caso da conciliação, mediação e da arbitragem. São os métodos de resolução dos conflitos de interesses como alternativas a jurisdição, como mais uma via de acesso à justiça. Nesses casos, fala-se, aliás, em desconformidade das controvérsias, observando-se uma verdadeira

descentralização dos serviços jurisdicionais, com aproximação das pessoas (cidadãos) na administração da justiça.

O acesso à Justiça pela via do Poder Judiciário é incondicional, não estando sujeito a quaisquer condições, embora como também já afirmado, no plano do processo, o direito de invocar a jurisdição estatal é condicional. Mas essas condições são condições naturais que não maculam o acesso à justiça. Todavia, o que não pode se admitir são obstáculos que tornam inviável o acesso à justiça, como o que ocorre com o custo do processo, o tempo, a grande quantidade de processo, a multiplicação de leis, o ensino jurídico e a má formação dos operadores do Direito, dentre outros. O legislador, diante desse fato, por mais de uma vez, já enfrentou o problema do Acesso à Justiça, principalmente no contexto da via jurisdicional.

Quem busca o Estado, através de sua função jurisdicional, para solucionar algum impasse resultante de conflitos de interesses, espera encontrar um efetivo acesso à justiça. Esse acesso à justiça, que se caracteriza como direito humano fundamental, deve ser apto a trazer uma solução justa, rápida e concreta ao caso em análise, sem deixar de observar demais direitos fundamentais relacionados com princípio do devido processo legal (MACHADO; SILVA; THIBAU, 2015, p. 189).

Para os autores, o acesso à justiça deve ser fundamentado em uma resposta rápida, segura e eficiente, dessa maneira compreendendo como um direito humano fundamental e quando o sujeito busca justiça, está procurando o Estado e uma resposta deste.

MÉTODOS ALTERNATIVOS NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Meios de soluções não judiciais podem ser alternativas viáveis para diminuição da crise da administração da Justiça, já que estes são mais baratos, céleres e informais, em comparação ao processo judicial.

Uma das formas que surgiu foi a de o Estado possibilitar aos tutelados que estes mesmo buscassem solucionar seus conflitos, não se tratando de autotutela, na qual a vontade do mais forte seria imposta, mas sim com formas, pacíficas ou até mesmo adversárias, com respaldo legal e que respeitasse, acima de tudo, a real vontade e interesse dos envolvidos. Sem esquecer que para esses métodos, existirão sempre requisitos mínimos para a utilização dos métodos a serem abordados, e desta forma não poderão os envolvidos deixar que abusos e injustiças existam e maculem todo o procedimento.

NEGOCIAÇÃO DIRETA

Negociar é uma conduta própria da natureza humana, sendo uma realidade da vida. Na negociação as partes podem estar sozinhas a negociar. As próprias partes em conflito podem utilizar as técnicas da negociação, sem intervenção exterior (CAVALLI; QUINTEROS; AVELLANEDA).

Na Negociação Direta, temos que as próprias partes, estando presente a possibilidade de se manter a calma, o diálogo e o respeito, buscam a solução de seus conflitos, o que seria a forma ideal, pois estaria aí presente a mais pura e manifesta vontade das partes, buscando uma solução viável a ambos.

Não é necessário que haja a intervenção de um terceiro, mas nada impede que um seja eleito para auxiliar as partes na busca de uma solução para o problema instalado, o que neste caso é chamada Negociação Assistida.

Inegável o fato de que a negociação, junto das formas consensuais de solução de todo e qualquer conflito se mostra mais eficaz e plena, uma vez que emana das partes obrigações e concessões, as quais uma vez obedecidas colocarão fim à disputa. É plena, uma vez que emana das partes obrigações e concessões, as quais uma vez obedecidas colocarão fim à disputa. Por isso, há quem diga que a negociação seria apenas um componente dos meios de resolução de litígios, destinados à obtenção de autocomposição, não sendo um meio autônomo de solução de disputas.

CONCILIAÇÃO

Por este método, busca-se uma solução por acordo entre as partes, tendo o conciliador o papel de propor ou sugerir soluções, embora sua função não permita nenhuma imposição compulsória de medidas ou decisão, ficando esta última inteiramente a critério das partes envolvidas na controvérsia.

Assim, temos que, na Conciliação, uma característica importante é a atuação de um terceiro que participa de forma a incentivar as partes à busca da solução consensual, analisando apenas aspectos objetivos do conflito, se limitando a manter e auxiliar no diálogo entre os indivíduos, sem forçar a vontade destes, mas sempre supervisionando e estimulando a busca de um denominador comum entre os sujeitos.

Embasados nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade – livres do excesso de rigor formal da justiça comum, estes Juizados Especiais acata e integra os serviços de voluntários, estagiários, mediadores e conciliadores, sejam eles bacharelados ou bacharelados, auxiliando de forma efetiva nas demandas sociais, o que representa um avanço para o inteiro sistema judicial do país. O processo, entretanto, segue o rito dos atos processuais – embora revestido dos princípios acima citados, o que dá maior velocidade na conclusão do mesmo.

Não obtida a conciliação, conforme art. 24, “[...] as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral”, escolhido dentre os juízes leigos, o qual conduzirá o processo, podendo decidir por equidade, sendo sua decisão, então, homologada por Juiz togado, sendo a mesma irrecurável. Ainda que no processo de conciliação haja referências e uma passagem obrigatória pela análise dos fatos conflituosos entre as partes, o seu foco principal está na solução do problema e sua meta clara é a de alcançar um acordo satisfatório entre as partes do litígio.

A conciliação é um método que guarda íntima relação com o Judiciário, uma vez que as partes iniciaram um processo judicial, intervindo, então, o próprio magistrado, numa tentativa de minimizar os efeitos e consequências de um longo processo judicial, buscando, então, a conciliação das partes, como meio alternativo de solução extrajudicial das controvérsias. Em sua intervenção, o conciliador busca, de modo imparcial e criando um ambiente apropriado à superação das animosidades, mostrar às partes as vantagens de uma composição e acordo equilibrado. Dentre os exemplos mais comuns de aplicação do instrumento da conciliação estão os acidentes de trânsito (CAHALI; BUTTONI).

MEDIAÇÃO

A Mediação é bem-conceituada na Lei 13140/15, no seu art. 1º, parágrafo único, pelo qual: Art.1º: “[...]Parágrafo único: Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

O instrumento da mediação geralmente aplica-se aos conflitos de longa duração, frutos de relações mais estreitas, intensas e prolongadas. Em sua solução, busca-se a restauração da convivência, da harmonia, devendo o mediador, para tal, aprofundar-se no conhecimento das causas e origens do conflito entre as partes, analisando cuidadosamente as questões, os

sentimentos, o contexto e buscando-se obter o restabelecimento de uma convivência harmoniosa entre as partes. Seu foco não é, por fim, o conflito em si mesmo, mas a solução baseada nos princípios da compreensão, do perdão, do amor e da ternura entre as partes.

Para tanto, o mediador atua mais como um amigo, um terapeuta, que escuta as partes, que busca entender os motivos sem fazer julgamento, buscando não intervir diretamente nas decisões, mas criando o ambiente favorável à reflexão, à expressão desapaixonada dos fatos e sentimentos, dentro dos limites da confiança, da moderação e cortesia, buscando-se harmonizar as partes no âmbito do coração e da razão. O mediador, portanto, tem seu olhar e atuação para além da busca do exercício formal do direito, lamentavelmente regido pela adjudicação dos casos, pela pressão e domínio da lei; mas na busca do empoderamento das partes para que possam entender o conflito, decidirem-se pela mudança de posturas ou pelo encaminhamento de ações restauradoras da confiança mútua e solução eficiente dos conflitos.

A Lei de mediação inova com os princípios da isonomia entre as partes, vedando discriminação entre elas; pela busca do consenso, as partes devem consentir em participar e ninguém será obrigado a fazer acordo. Por fim, o princípio da boa-fé que deve estar presente em todas as relações humanas.

Os princípios norteadores da mediação devem guiar toda a sessão, mas cabe salientar, que há uma estratégia de atuação do mediador, que sem ela, dificilmente, se chegará a uma solução satisfatória – O Rapport, estabelecimento de uma relação de confiança. O manual de mediação judicial, elaborado pelo ministério da justiça, destaca algumas técnicas para o estabelecimento do Rapport, das quais podemos citar: 1 – ouvir as partes ativamente; 2 – concentração na resolução da disputa; 3 – imparcialidade e receptividade; 4 – sensibilidade do mediador; 5 – despolarização do conflito; 6 – reconhecimento e validação dos sentimentos, entre outros.

A mediação por ser um processo voluntário, tem mais chance de ser bem sucedida. As partes, ao se concentrarem nos problemas reais, participam ativamente para a criação da solução do conflito, criando soluções ótimas para todos.

ARBITRAGEM

A arbitragem como meio privado e alternativo de solução judicial de conflitos, aplica-se a casos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis, tornando obrigatória ou

coercitiva sua decisão (do árbitro), conforme prevê a Lei 9.307/1996. Assim, segundo a Lei da Arbitragem, nem todo conflito ou litígio pode ser resolvido pelo método da arbitragem, mas apenas os direitos patrimoniais (que podem ser avaliados monetariamente) e os direitos disponíveis, aqueles dos quais as partes podem dispor livremente e que podem ser objeto de transação, renúncia ou cessão. Matérias envolvendo direitos indisponíveis, tal como questões de direito penal, direito tributário e pessoal de família, não são tratados no âmbito da arbitragem.

As vantagens do processo de arbitragem são muitíssimas maiores que num processo judicial, ao permitir se alcançar uma decisão com maior velocidade, gerando o mesmo efeito da sentença judicial. “Enquanto na Justiça uma sentença definitiva pode demorar mais de dez anos para ser proferida, causando com isso vultosos prejuízos para as empresas, na arbitragem um litígio costuma ser decidido, em média, em até seis meses”.

Outra vantagem são os procedimentos mais simples e flexíveis e adaptados a cada caso, enquanto os tribunais são obrigados a seguir a intrincada e rigorosa sistemática de prazos e ritos do Código de Processo Civil. Uma outra vantagem adicional está no fato de que na arbitragem, os árbitros indicados pelas partes, o que gera maior autonomia da vontade das partes. Conforme Scavone Jr., os árbitros “[...] não precisam ter formação jurídica, sendo, na maioria das vezes, escolhidos em razão de sua experiência profissional, de sua reputação no mercado e da confiança de que gozam entre os litigantes.”

Uma vantagem adicional é acrescentada por Muniz, ao falar da informalidade, já que “o procedimento arbitral não é formal como o judicial e pode ser, nos limites da Lei 9.307/1996, estabelecido pelas partes no que se refere à escolha dos árbitros e do direito material e processual que serão utilizados no conflito”.

Destaque ainda para o aspecto da confidencialidade: o procedimento arbitral é, em geral, sigiloso, ao contrário do processo judicial, que costuma ser público. Assim, na arbitragem as partes têm a opção de evitar a publicidade negativa que geralmente advém de disputas ou litígios.

CONCLUSÃO

Ao conceituar acesso à justiça, observando os ditames constitucionais, conceituar também os principais meios alternativos na solução de conflitos, podemos chegar a seguinte conclusão: Percebe-se que o processo judicial, mostra-se muitas vezes burocrático e moroso,

impedindo a efetividade do acesso ao cidadão na busca pelo acesso à justiça. Embora as partes exercendo seu direito constitucional de provocar a jurisdição, muitas vezes elas não compreendem os procedimentos e conseqüentemente, o direito a resposta jurisdicional não é completamente garantido. São vários os fatores que contribuem para a demora dos processos judiciais, como: Fatores econômicos que interferem no custo do Processo e outros custos periciais para levantamento de provas. Fatores sociais que contribuem para a duração excessiva do Processo, a falta de advogados, juízes e promotores, dificultando o acesso aos fóruns devido à pobreza e a desigualdade social. Fatores culturais que levam ao desconhecimento do direito, ao analfabetismo e a ausência política na disseminação do direito. Fatores psicológicos que motivam a recusa do envolvimento com a justiça, que leva ao temor do Poder Judiciário e a solução de conflitos por conta própria. Fatores Legais que conduzem a uma legislação com excesso de recursos e lentidão na outorga da prestação jurisdicional.

Atualmente, a Conciliação demonstra ser um recurso indispensável, visto que é uma maneira prática de encerrar o conflito, excluindo as excessivas demandas do Poder Judiciário, como também salienta que o conflito sendo resolvido mediante um diálogo racional e positivo entre as partes, proporciona maneiras construtivas e harmônicas entre as pessoas.

Por outro lado, entende-se que o instituto da Mediação vem ganhando destaque, por se tratar de uma forma precisa e célere na composição da lide. Diferente da Conciliação em que o conciliador age ativamente, propondo soluções para o conflito, na Mediação, o mediador auxilia as partes a perquirir e buscar a melhor forma para encerrar o problema.

Outrossim, juntamente com os demais métodos de resolução de conflitos citados anteriormente, a Arbitragem não constitui uma forma recente. Percebe-se que desde a antiguidade, com a negociação comercial realizada constantemente pelas antigas comunidades políticas e sociais, a busca por métodos e alternativas que não fossem morosas, eram indispensáveis, e em virtude disto, era necessário a tomada de medidas céleres na resolução de eventuais conflitos para que o capital se expandisse.

Decerto, os métodos de resolução de conflitos nem sempre constituirão meios adequados na solução de conflitos. Em algumas situações graves ou que envolvam questões exclusivas e únicas do Estado, este deverá realizar sua função jurisdicional, todavia, a Conciliação, a Mediação e a Arbitragem são instrumentos de grande ajuda na busca da pacificação social, pois garante às partes a liberdade de se posicionarem ao conflito, objetivando

um resultado benéfico e recompensador a todos os envolvidos. Com esta prática, anseia-se não excluir a atuação do Estado, mas sim promover uma participação ativa dos litigantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico. Biênio 2017/2018 p10 - 11.

CAPPELLETTI, M, GARTH, B. **ACESSO A JUSTIÇA**. Tradução de Ellen Gracie Nortfeett. Porto Alegre, Fabris. 1988. P1- 163.

FARACO, Marcelo. **As formas alternativas de solução dos conflitos: A Arbitragem**. Disponível em: <https://marcelafaraco.jusbrasil.com.br/artigos/151178374/as-formas-alternativas-de-solucao-dos-conflitos-a-arbitragem>. Acesso em: 15 out. 2019.

FILHO, Antonio Gabriel Marques. **Métodos extrajudiciais efetivos na resolução de conflitos**. Disponível em: <https://marq4.jusbrasil.com.br/artigos/363749107/arbitragem-conciliacao-e-mediacao-metodos-extrajudiciais-efetivos-de-resolucao-de-conflitos>. Acesso em: 15 out. 2019.

PINHATE, Andrea. **Métodos alternativos na solução de conflitos**. Disponível em: <https://andreapinhate.jusbrasil.com.br/artigos/328185141/metodos-alternativos-de-solucao-de-conflito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 15 out. 2019.

SILVA, Pedro Antonio. **Métodos alternativos para solução de conflitos**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65703/metodos-alternativos-para-a-solucao-dos-conflitos-judiciais/1>. Acesso em: 15 out. 2019.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) E O ACESSO À JUSTIÇA

PINHEIRO, Marcus Vinicius Abrantes¹
QUEIROGA, Higor Augusto Gonçalves²
(Orientador) PINHEIRO, Agapito Fernandes³

RESUMO

O presente trabalho se consubstancia no sentido de analisar todo contexto produzido no espaço e no tempo com relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com seus benefícios e o acesso à justiça que é almejada pelos jurisdicionados diante das dificuldades que serão apontadas, e as mudanças ocorridas com o advento Constituição Federal de 1988, com as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 e o Novo Código de Processo Civil 2015, os novos remédios jurídicos modernos que possibilitaram a aproximação das pessoas com o judiciário e a maneira com que o Judiciário decide os processos com os mesmos objetos postulados, considerados decisão de massa com o objetivo da resolução de demandas repetitivas, levando na seara judiciária a decidir a natureza jurídica de processos com os mesmos objetos. O método de pesquisa faz-se qualitativa, realizadas pesquisas de caráter bibliográfico e documental, com coleta de dados pautada em artigos científicos, doutrina, livros e fontes eletrônicas relacionadas ao tema.

Palavras-chaves: IRDR. Acesso à Justiça. Jurisprudência. Decisões.

ABSTRACT

The present work is substantiated in order to analyze all the context produced in space and time in relation to the Repetitive Demand Resolution Incident with its benefits and the access to justice that is desired by the jurisdictional parties in view of the difficulties that will be pointed out and the changes that have occurred with them. the advent of the Federal Constitution of 1988, with the innovations brought by the Civil Code of 2002 and the New Code of Civil Procedure 2015, the new modern legal remedies that made it possible to bring people closer to the judiciary and the way in which the judiciary decides the proceedings. the same postulated objects, considered mass decision with the objective of solving repetitive demands leading in the judicial area to decide the legal nature of proceedings with the same objects. The research method is qualitative, conducted bibliographic and documentary research, with data collection based on scientific articles, doctrine, books and electronic sources related to the theme.

Keywords: IRDR. Access to Justice. Jurisprudence. Decisions.

¹Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, ciências e Letras de Cajazeiras PB. Viniciuspineiro00@gmail.com.

²Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, ciências e Letras de Cajazeiras PB. Higorlastro1@gmail.com

³Licenciado em História pela Universidade Federal de Campina Grande – Campus Cajazeiras PB. Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais Pela faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras PB. Pós-graduado em Direito e Processo Penal (FAFIC); Pós-graduado e Direito de família e Sucessões (LFG). agapitopinheiro@bol.com.br.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem escopo de chamar a atenção do leitor no sentido de ampliar os conhecimentos em relação às mudanças que aconteceram durante a época em que o acesso à justiça tinha características diferentes das atuais, com o surgimento das novas técnicas de procedimentos e a garantia de um rumo moderno e estrutural com o decorrer dos tempos com as novas transformações conforme bem conceitua Mauro Capelleti na sua grandiosíssima obra “Acesso à Justiça”, alegando que o direito percorre um sentido diverso, e o acesso a todos apresenta os moldes dos novos nortes para o jurisdicionados reclamarem seu direito e se aproximar cada vez mais dos Magistrados com suas demandas e sentir que o resultado também seria de mera igualdade de postulação sem a discrepância do poder econômico em relação aos que naquela época já tinham o direito garantido para uma leva de pessoas por serem abastarda economicamente havendo outrossim um elo numa balança, que de um lado pesava de forma desigual com relação a busca de direito porque a realidade da sociedade era outra objetivando uma ansiedade da justiça que deixava a desejar olhando para uma realidade econômica e social e até cultural, que não seria justa e equânime nos interesses almejados mesmo aos menos favorecidos.

Por outro lado, adiciona-se o surgimento da resolução de demandas repetitivas do mesmo objeto e valores iguais, que não deixa de ser compreendido como um requisito de acesso à justiça pela sua celeridade e repercussão geral, envolvem todos os processos que demandam a mesma finalidade ressalvando que os novos processos adentrados com mesma matéria serão julgados na linha de entendimento acordada pelos Tribunais, não sabemos se isso traz um clivo positivo ou negativo na questão da instrução processual e no contraditório com a cessação de oportunidade na apresentação das provas pelas partes, instrução processual poderá ser modificada e a ação julgada antecipadamente assim entenda o Magistrado, haja vista da desnecessidade de entendimento diverso por tratar de objeto com decisão sumulada e discussão encerrada, devendo o Magistrado se limitar as determinações das Cortes Superiores e resolver de uma forma não instrutória mais antecipatória o direito pleiteado.

MATERIAL E MÉTODO

Para obter os resultados e respostas acerca da problematização apresentada neste trabalho, foi explorada pelo método de abordagem como qualitativa com fins exploratórios. O

método de pesquisa será o empírico-social, realizando pesquisas de caráter bibliográfico e documental, com coleta de dados pautada em artigos científicos, doutrina, livros e fontes eletrônicas, relacionados ao tema.

Portanto, em um primeiro momento, far-se-á uma pesquisa bibliográfica no fito de elaborar um esboço acerca das Resoluções de Demandas Repetitivas em convergência com o Acesso à Justiça. Em um segundo momento, a pesquisa foi focada no sentido de ampliar o conhecimento em relação a aplicação das técnicas modernas de decisões, bem como demonstrar a importância das mudanças relativas ao acesso à justiça.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

INCIDENTE DE RESOLUÇÕES DE DEMANDAS REPETITIVAS NA VISÃO LESGILATIVA

A Lei n.º 13.105/2015 reconheceu pela Comissão reformador que o IRDR foi inspirado e sistematizado no direito alemão, pelos seus traços comuns, apesar daquele ter sido implantado em caráter experimental, aplicados somente no campo do mercado de capitais, e estabeleceu um prazo de cinco anos para o seu exaurimento, restringindo somente as causas de acionistas de mercado de ações, desde que houvesse a propositura de pelo menos dez causas para que fosse deslocado para o tribunal, diferentemente do que ocorre pela legislação brasileira que não há necessidade de dez ações judiciais sobre o mesmo tema reconhecendo os benefícios trazidos pelo modelo Americano que definiu com mais precisão as linhas traçadas para o novo modelo de decisão em massa de demandas repetitivas, principalmente na discussão dos direitos fundamentais.

O Modelo Alemão trouxe pouca contribuição para o NCPC no tocante ao IRDR, que se concretizou pelo regime trazido pela Emenda Constitucional n.º 45, que surgiu a necessidade da relevante matéria de recursos extraordinários como a súmula vinculante. O presente Instituto de IRDR traz a essência e a praticidade de postulação no tocante a pluralidade de demandas repetidas para a tramitação judicial adequada e eficiente que utiliza de um sistema considerado “artesanal” com soluções padronizadas e uniformes para julgamento de causas similares.

Sistema de Acesso à Justiça e o Ativismo Judicial

O objetivo sistemático do acesso à justiça e do ativismo judicial são de resolver conflitos e a busca da pacificação social e na possibilidade de as partes concretizarem direitos pleiteados, por tratar de direitos humanos com compleição da hipossuficiência na promoção da igualdade econômica, jurídica e social.

O ativismo judicial leva em consideração a presente realidade do Estado brasileiro, na tripartição dos Poderes na fecundação do desenvolvimento do direito de acesso à justiça na evolução da história e cultura dos povos com a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, o nosso ordenamento jurídico assegura que todos tem amplo direito de acesso à justiça, a Assistência Judicial gratuita e a inafastabilidade da jurisdição, perfazendo os meios singelos para o alcance da ordem jurídica justa para todos, sem nenhuma distinção, a garantia de direito formais quando requerido por ações.

Dentro de uma perspectiva moderna do ativismo judicial no espectro contemporâneo do acesso à justiça, na ciência jurídica o enfoque deve ser de alargamento dos objetivos com técnicas e métodos inovadores, porque o poder judiciário deve operar além dos limites da sua competência com as devidas observâncias constitucionais, com avaliação do comportamento das decisões judiciais ativistas para não macular o próprio judiciário e nem ferir atribuições destinadas aos demais poderes Legislativo e Executivo, considerado como um fenômeno jurídico, costuma ser designado como uma postura proativa do Poder Judiciário na interferência de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes.

Senão vejamos o que diz Elival da Silva Ramos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com inclusão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.

Relação do Acesso à Justiça e o Incidente de Coletivização das Demandas Repetitivas

O intuito do processo é cumprir a função social, política-jurídica para atender a plenitude de seus escopos institucionais e é preciso o propósito de desburocratização do procedimento para acelerar o convencimento de uma prestação jurisdicional com eficácia, no ordenamento jurídico brasileiro, herdado por uma visão liberal do século XIX trouxe uma preocupação dominante excessivamente individualista e pouco atento ao resultado na prática da resposta aos jurisdicionados diferentemente do individualismo marcado pelo Estado Liberal.

Diante de tais aspectos particulares da natureza da ação pela proteção principalmente socioambiental, garantia da sociodiversidade e da biodiversidade, a proteção dos direitos de grupos específicos como consumidores, idosos, homossexuais, são direitos resgatados por interesses de grupos para a proteção coletiva que transforma as demandas comuns em repetitivas.

Podemos associar o pensamento de acesso à justiça com o de celeridade processual, tomando como parâmetro basilar toda a tramitação do processo até a decisão final, desde a simplicidade da linguagem processual e a efetividade do resultado da ação bem como a inovação e modernização do procedimento garantindo o respeito ao devido processo legal.

Desta forma, não se pode falar de acesso à justiça sem falar em Cappelletti e Garth, quando citamos demandas de interesse difusos tornando um acesso mais igualitário assegurados as ações coletivas preceituadas pelo Código de Processo Civil, como bem preconiza:

É sem dúvida uma verdadeira “revolução” que está se desenvolvendo dentro do processo civil,[...] A concepção tradicional do processo civil não deixa espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre estas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um grupo, ao público em geral [...] (CAPPELLETTI; GARTH; NORTHFLEET, 2008, p. 49).

Diante de tal permissa, podemos considerar como ponto de equilíbrio positivo a conexão entre o acesso à justiça e o IRDR quando pontuamos que a possibilidade de ingressar em juízo com ações mesmo de modo esporádico, com condições e finalidade de diminuir custos processuais na individualização de processos que geralmente são dispendiosos.

Consideram também um maior equilíbrio no ônus processual entre as partes, colocando em situação que não sejam lesadas, a participação de grupos envolvidos com o interesse do

direito discutido, como o *Amicus Curie*, não causando aumento de custos, dentro desses aspectos julgamos justo e necessário à forma instituída do modelo de julgamento em massa dos processos com objetos iguais, considerando econômico em vários aspectos, tais como, economia processual, de custos e o tempo relativo pra decidir cada demanda judicial sem levar em conta o tempo e a ação da máquina judiciária.

No Brasil, baseado nos costumes americanos, e percebendo o volume de razoáveis conflitos sociais sem resoluções nos processos individuais clássicos, passou a defender o modelo atual de resolução coletiva de conflitos e o legislativo passou a editar normas para adequar à tutela nos direitos transindividuais com a criação de Leis que tratava do meio ambiente, consumidor entre outras de suma importância integrando a conferir as tutelas aos direitos transindividuais, preventiva, reparatória com provimentos jurisdicionais de condenação, atos constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais e declaratórios.

Dentre todos os citados o Código de Defesa do Consumidor, foi previsto como direitos coletivos e necessitava da tutela dos direitos individuais homogêneos para dinamizar os conflitos como reclamados pela sociedade de massa, apresentando um rompimento com a visão individualista concatenado no processo civil brasileiro com visão voltada para uma análise na reformulação de uma nova realidade imposta pelo sistema moderno impondo aos Magistrados um novo modelo na forma de conduzir os processos acrescentando-se que uma ação coletiva substitui várias ações individuais e concretiza substancialmente a tutela do cidadão que não teria acesso à justiça.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Competência e Jurisdição do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

As partes provocam o judiciário de primeiro grau com a postulação da competente ação, na esfera judicial respectiva, seja na Justiça Estadual, seja na Justiça Federal ou na Justiça do Trabalho, e independentemente do objeto pleiteado, havendo os requisitos necessários, tais como: as questões repetitivas devem ser apenas de direito, deve haver o risco à igualdade e à segurança jurídica, sendo o IRDR classificado como um procedimento judicial de competência originária dos Tribunais de Justiça, Regionais Federais e do Trabalho, que são exclusivos para julgar tais incidentes.

Conforme descreve o art. 976 do novo Código, senão vejamos:

É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. [...] § 4º É incabível 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 (BRASIL, 2015).

O IRDR é um instituto de processos que versa sobre a mesma matéria de direito em um determinado Estado ou Região, cujo incidente será suscitado perante o Presidente do Tribunal do respectivo Estado ou Região quando se tratar de processos de competência do âmbito Federal também serão julgados por Órgãos Superiores competentes, devendo os processos em que se encontrem, ficarem suspensos pelo prazo de 01(um) ano, prazo esse deferido para que o Tribunal julgue o incidente, que será fixada a tese jurídica aplicada em todos os processos, presentes e futuros com vinculação independente da fase em que se encontrem.

Portanto, haja vista o disposto no artigo 976, I e II, § 4º do NCPC, são requisitos para o cabimento dos IRDR, os seguintes: A) Repetição efetiva de processos que possuem controvérsia sobre questão unicamente de direito; B) Risco de ofensa à isonomia e à segurança; C) Ausência de afetação de recurso repetitivo em tribunal superior.

Ademais, encontramos alguns requisitos cumulativos nos IRDR, como a questão que diz respeito a direito material ou processual, nacional ou ainda, a direito constitucional ou infraconstitucional, não havendo um número mínimo de causas, desde que a quantidade de processos coloque em risco a isonomia e a segurança jurídica, não restringindo com relação de instauração de incidente a ser suscitado somente por única vez que poderá ser suscitado novamente desde que não sejam os mesmos requisitos ou objetos já julgado.

Natureza Jurídica do Incidente e Legitimidade

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, não tem natureza de recurso, já que não trata de taxatividade, por que a tese a ser julgada pelo tribunal são teses jurídicas, o que difere dos recursos que são julgados em causas concretas no processo ao contrário senso não tem natureza de ação, somente com os pressupostos sobre uma mesma matéria, não se trata de ação coletiva, mas de incidente de resolução.

Podemos destacar como legitimados para suscitar o IRDR, o Juiz relator, que poderá suscitar de ofício, as partes, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Presidente do Tribunal, o Presidente do Colegiado e os demais integrantes, todos terão que receber o tratamento no âmbito da competência do tribunal que irão decidir o incidente.

A presença do Ministério Público é obrigatória até mesmo quando ele não é o requerente. Esses legitimados para o pedido de instauração do IRDR possuem o dever de quando verificada a possível multiplicação de ações fundadas na mesma tese jurídica, é preciso solicitar o presidente do tribunal o qual se processa a demanda.

Com a distribuição do requerimento, o relator requisitará informações, com o prazo de até quinze dias, ao órgão em que está tramitando o processo originário. Se ultrapassado esse prazo, será designada data para admissão do incidente e o Ministério Público será sempre intimado.

Visão Geral do Acesso à Justiça

Historicamente falando, o surgimento da expressão acesso à justiça, como um direito, se deu muitos anos da promulgação da nossa Carta Magna de 1988. Estudos revelam que o acesso à justiça sempre foi defendido, mas sua aplicabilidade teve longas transformações ao longo do tempo.

Mauro Cappelletti e Garth (1988, p. 09) explicam que, nos séculos XVIII E XIX, o acesso à justiça era tratado como um direito natural, sendo que a intervenção do Estado acontecia de forma mínima, sua atenção se limitava apenas em preservar ao indivíduo agravado, a oportunidade de ação ou de contestação. Dessa forma, não cabia ao Estado mitigar possíveis diferenças econômicas que pudessem beneficiar o acesso ao sistema jurídico por algumas das partes, sendo seu papel simplesmente formal e dogmático.

Portanto, para o cidadão pobre, recorrer à tutela jurisdicional que representava uma grande perda, pois os recursos que tinham eram em muitas vezes, totalmente escassos e inerentes ao que era exigido em tutela, isso que tornava o acesso à justiça através da jurisdição inacessível, simplesmente por questões econômicas, justamente porque sua condição financeira apresentava-se como um empecilho, por não poder arcar com as custas processuais ao longo de todo processo e muito menos ter a assistência de um profissional com capacidade postulatória.

O Estado em suas apreciações judiciais da lide, nunca proporcionava ao hipossuficiente uma igualdade, pois sempre estavam em desvantagem para os desassistidos de advogado e restringia a dimensão do direito.

Diante desse empasse, foi necessário repensar sobre acesso à justiça com a finalidade de minimizar os efeitos negativos do atual modelo. Então, surgiram novos pensamentos e posicionamentos que aparentemente solucionariam as desproporções apresentadas e colocariam as partes em uma posição isonômica.

Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça

Cappelletti e Garth (1988, p. 31) relatam ainda que a partir do ano 1965, os países do Ocidente apresentaram três posições básicas como alternativas de soluções de problemas relacionados ao acesso à justiça, que foram denominados como “ondas”, surgindo em sequências cronológicas. As ondas eram movimentos articulados na tentativa de minimizar as diferenças entre as partes e tornar a justiça acessível a todos que a ela recorressem.

Dessa forma, a “primeira onda” foi posicionada na década de 1960, coincidentemente com a preocupação de assistência jurídica aos pobres. No Brasil a Lei 1.060/50; que trata da assistência gratuita e a dispensa das despesas processual, em modos comparativos podemos dizer que estaríamos dez anos à frente da “primeira onda renovatória”. E hoje esse assunto é especialmente tratado no Art. 5º, LXXIV da nossa Constituição Federal, bem como no Art. 134 do mesmo Diploma Legal, que trata da especialmente dos assuntos relacionados a Defensoria Pública com as assistências necessárias.

A “segunda onda” foi localizada na década de 1980, que diz respeito aos direitos difusos e coletivos em juízo. Sobre o Direito coletivo, destacamos o Direito do Consumidor os direitos difusos encontrados na defesa do direito ao meio ambiente. Esses direitos difusos e coletivos fazem parte da terceira geração ou dimensão de direitos fundamentais.

Esses direitos não têm a mesma estrutura de direito individual, ou seja, precisam de um representante ideológico em juízo, resguardando seus interesses. No Brasil, o Ministério Público e as Associações em defesa do Direito do Consumidor e do meio ambiente são os órgãos necessários e legítimos para representar judicialmente nas ações que porventura sejam necessárias à postulação. Seria necessário que houvesse técnicas processuais diferentes para atender aos direitos difusos e coletivos.

No que diz respeito à “terceira onda”, a reforma interna do processo trouxe uma reestruturação como um todo com a finalidade de uma prestação jurisdicional mais célere e mais efetiva. Houve de fato, reformas internas no processo para que fosse permitida maior rapidez e efetividade nas demandas.

Com essa previsão da antecipação de tutela no procedimento ordinário como se adotado anteriormente, depois da alteração legislativa de 1994, liminares em procedimentos especiais, só podiam ocorrer apenas para aqueles que estivessem suficientemente explícitos na lei, para atender determinados direitos, o direito atendia na sua especificidade, principalmente nas Ações Possessórias, a exemplo dos Mandados de Segurança que é advindo da reforma legislativa já mencionada, a antecipação de tutela tornou uma realidade para todos ou em qualquer processo, ampliando o direito de requerer tutelas antecipatórias em vários processos, e não unicamente nos restritos pela Lei.

Com o advento da Lei n.º 9.099/95 (Juizados Especiais), que objetivou a tramitação de processos com o rito sumaríssimo tonando o procedimento mais célere e efetivo, contextualizando a terceira onda renovatória.

Da Advocacia Pública e Privada como meio facilitador ao acesso

É consabido que a Constituição Federal nos ditames do art. 133, afirma que a prestação jurisdicional é obrigatória através da advocatícia, exceto em alguns casos, como podemos citar, nas causas Cíveis com valor de até vinte salários mínimos no Juizado Especial Cível na Justiça Estadual, ademais, todas outras ações serão indispensáveis a presença do Advogado ou Defensor Público como função essencial à representação das partes nas causas interpostas no Poder Judiciário, vejamos: NO Art. 133 da CF, o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da Lei.

Devemos reconhecer o papel fundamental do advogado na atividade profissional, no interesse de representar a parte em todos os atos processuais constituídos, já que a capacidade postulatória é própria deles, definido por Lei e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, que defendem os interesses de cada cidadão, respeitando os princípios jurídicos bem como Estatuto e a ética profissional, zelando pelo profissionalismo com o cumprimento eficaz e a prestação jurisdicional.

Diante de tal premissa, é relativamente necessária para o ajuizamento das ações, a constituição de um advogado ou nomeação de um Defensor Público, para representar em Juízo as partes constituídas durante toda tramitação do processo seja na seara de primeira quanto na de segunda instância, ou mesmo, quando tratar dos recursos necessários ao STJ e STF, a sua representação no judiciário é de suma importância ao acesso à justiça devido as suas prerrogativas e formalidades e os requisitos processuais para o necessário andamento do feito.

No tocante a Assistência Judiciária Gratuita, disposto pela Lei n.º 1.060/50, veio trazer acompanhamento gratuito e a dispensa de despesas, exceto as impostas em Lei, as pessoas pobres no sentido peculiar da palavra, quando dos seus ganhos a sobrevivência da parte e sua família, diminui dos valores essenciais para a manutenção na vida, ou seja, aos cidadãos que não possuem poucas condições econômicas de arcar com as despesas com advogado e com as custas processuais e honorários advocatícios e outros despesas.

A garantia do Defensor Público é uma mera obrigação do Estado, e direito do cidadão de ampliar o acesso à justiça a todos, um direito constitucional, por ser todos iguais perante a Lei como prestação de serviços público ideal para a realidade brasileira e essencial. Desta forma, preconiza a Constituição Federal em seu Art. 134, vejamos:

Art. 134. A defensoria pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Direito de Igualdade e a Realidade Atual

É do conhecimento de todos que nosso sistema de acesso à justiça, diante de alguns aspectos positivos ainda é deficiente em proporcionar uma satisfação integral ao jurisdicionado brasileiro que lhe traga resultado positivo imediato diante da fragilidade no conhecimento jurídico do demandante com o próprio desconhecimento da Lei.

Vivemos hoje uma realidade totalmente diferente dos nossos antepassados, uma realidade jurídica moderna, com uma sociedade distorcida de problemas provocando um inchaço de demandas no Poder Judiciário, a fragilidade das pessoas diante dos problemas sociais com as transformações e evolução de conceito de uma sociedade moderna de costumes

diferenciados que trouxe uma mudança na vivência e na realidade estrutural, buscam a justiça como meio de resolução de qualquer conflito sem antes tentar conciliação ou minimizar na maioria das vezes sem precisar acionar o Poder Judiciário.

O acesso à justiça é obrigatoriamente permitido a todos os cidadãos brasileiros, todos tem direito a judicializar seus conflitos, as dificuldades sempre estão presentes na realidade e sempre irão existir, apesar do suporte funcional do Estado para aqueles menos favorecidos economicamente, ainda se esbarra numa justiça abarrotada de demandas judiciais, morosa, prejudicando de certa forma o direito requerido dentro de perspectivas de alcance da resolução do problema e a satisfação que parte busca na realização de seus objetivos.

Percebemos visivelmente algo vago, longe ainda de termos um acesso à justiça inerente às exigências da nossa realidade, conforme explica Cappelletti e Garth (1988, p. 15) vejamos: “Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago”.

O acesso à justiça contraria um pouco quando se fala da dignidade da pessoa humana e suas garantias constitucionais, pois a real intenção da dignidade humana é proteger o cidadão com todas suas garantias constitucionais e o acesso à justiça é uma garantia constitucional do Estado a todos independente das condições econômicas e sociais, ela deve ter alcance a todas as classes, basta que se crie o conflito para que se busque a pretensão postulatória.

Entretanto, precisamos colocar cada expressão em seu tempo determinado, o acesso à justiça ainda impera consequentes anseios para atingir a realidade esperada quando falamos em dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da explanação do presente trabalho, concluímos que na realidade tanto o IRDR quando o Acesso à Justiça é uma realidade entrelaçada, apesar de serem dois institutos particulares na sua essência, mais demonstram comum objetivo, com esse intuito tentamos demonstrar que o IRDR faz parte do acesso à justiça pela determinação e celeridade no julgamento de demandas com o mesmo objeto, ao invés de julgar cada processo de forma individualizada, levando em consideração as peculiaridades da Lei, por isso, observamos como aspecto positivo no tocante a celeridade e economia processual.

Por outro lado, denotamos que processos ainda em fase de instrução e antes da prolação da sentença em série de Juízo de primeiro grau, em tese, há de certa forma um prejuízo pra partes, devido esse instituto suspender o feito em qualquer fase do processo quando a demanda faz parte do objeto de incidente de resolução de demandas repetitivas, cessa a juntada de provas materiais ou testemunhais que teriam talvez um julgamento de forma diferente dos decididos pelos Tribunais Superiores, apesar de ser válido tal instituto quando se trata de economia processual e despesas com máquina pública no sentido do tempo a ser julgado várias demandas com o mesmo objetivo.

Com relação ao Acesso à Justiça, colocamos como um dos requisitos essenciais ao andamento dos feitos o IRDR, como parte do perfil que submete as demandas com objetos possíveis a julgamento único que serve de base para outras demandas com matérias idênticas, levando em consideração os necessários cuidados em relação às competências processuais no âmbito da esfera judiciária para o julgamento como forma de alcance dos objetivos dos jurisdicionados.

Particularmente, quando apresentamos os pontos relacionados ao Acesso à Justiça, traçamos de forma os requisitos fundamentais de acesso em toda sua amplitude e oportunidades de cada cidadão quando do ajuizamento das demandas no Poder Judiciário.

São legítimos os Advogado, Defensores Públicos ou Ministério Público, para requererem as ações, dependendo do tipo conflito, atribuindo a representação como dependência e as condições legais na busca da justiça ou equilíbrio social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de processo civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsáveis pela elaboração de anteprojeto código de processo civil.** Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B.; NORTHFLEET, E. G. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 49.

CNJ JUS. **Demandas repetitivas relativas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucpr_edital1_2009.pdf. Acesso em: 25 jun. 2019.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 330. IN. AMARAL, G. R. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente

de resolução de demandas repetitivas. *Revista do Processo*, v. 196, p. 237-275, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, jun. 2011.

HOLANDA, S. B. **Raízes do Brasil**. Companhia das Letras, 2002. p. 31. IN. LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de Demandas repetitivas.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROMOÇÃO DE JUSTIÇA

BEZERRA, Sibely Alves*
COSTA, Thalyta Oliveira *
Me. SILVA JR, Francisco Paulino *

RESUMO

Este artigo tem como foco apresentar, analisar e problematizar as particularidades a respeito das formas alternativas de resolução de conflitos sociais, a exemplo da mediação e da conciliação, suas características, sua importância e seu desenvolvimento dentro da sociedade atual, de modo a compreendê-los como ferramentas efetivas na solução de controvérsias. Para tanto, este ensaio utiliza-se de método de abordagem dedutivo e técnicas concernentes à pesquisa doutrinária e documental. Destarte, este artigo problematiza a maneira como se dão essas resoluções de conflitos, sua eficácia, a atuação dos conciliadores e mediadores, a autonomia da vontade das partes e a confidencialidade exigida, a informalidade e a celeridade destes dois procedimentos utilizados hodiernamente pelo poder judiciário. Fornece o resultado de que a criação e utilização dessas alternativas colaboram com a promoção da justiça, na medida em que pacificam litígios e desafogam demandas judiciais.

Palavras-chave: Conflito. Solução. Mediação. Conciliação.

ABSTRACT

This article focuses on presenting, analyzing and problematizing the particularities about alternative forms of social conflict resolution, such as mediation and conciliation, their characteristics, their importance and their development within today's society, in order to understand them. As effective tools in dispute settlement. To this end, this essay uses a method of deductive approach and techniques concerning doctrinal and documentary research. Thus, this article discusses the way in which conflict resolution, its effectiveness, the actions of the conciliators and mediators, the autonomy of the will of the parties and the required confidentiality, the informality and speed of these two procedures used today by the judiciary.

Keywords: Conflict. Solution. Mediation. Conciliation.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda, de forma crítica, a importância e eficácia das audiências de mediação e conciliação para resolução dos conflitos sociais. Objetiva-se, de modo geral, analisar de que modo as partes envolvidas podem quebrar a cultura do litígio, optando pelas

audiências já citadas, se derem uma chance ao diálogo e abrindo-se para acordos pacíficos. Destarte, de forma específica, pretende-se analisar os conceitos relativos à conciliação e mediação, observando sua historicidade, bem como o papel dos atores envolvidos.

A mediação e a conciliação se moldam com a finalidade de promover a justiça e a paz, sem que a demanda necessite chegar ao judiciário. Afastadas da jurisdição, audiências de mediação e conciliação, permitem que as demandas sejam resolvidas pelas próprias partes, que atuam como “juízes” nesse momento, amparados por um terceiro imparcial, que de forma hábil, procura reestabelecer a o diálogo, para melhor solucionar o litígio existente.

A presente pesquisa justifica-se pela importância da abertura desse diálogo academicamente, agregando um pouco de conhecimento sobre os procedimentos, as diferenças que os regem e a validade destes dois institutos, que reverberaram transformações dentro do mundo jurídico.

MATERIAIS E MÉTODOS

O presente trabalho foi desenvolvido mediante as técnicas disponíveis do modo de pesquisa dedutivo, por meio de informações e do uso da racionalidade. Abordando e analisando os métodos alternativos para a resolução de conflitos, especificamente a mediação e conciliação. A pesquisa foi construída a partir de técnicas bibliográficas e documentais, visto que, tem-se a presença de bibliografias, artigos científicos, legislação brasileira e outros. Portanto, ao decorrer deste trabalho, observaremos posicionamentos a partir de raciocínios lógicos e dedutivos, de acordo com a linha de pensamento de diversos autores, partindo de uma premissa maior até chegar-se a uma conclusão sobre o tema em questão.

SOCIEDADE E A TUTELA JURÍDICA DE SEUS CONFLITOS

A palavra conflito, deriva do latim, *conflictus*⁴⁷, que pode ser entendido neste contexto como um embate que surge do choque de opiniões ou pretensões.

Paulo Nader faz um paralelo entre direito e sociedade, que nos permite compreender a ligação e a importância de ambos:

⁴⁷ Palavra de origem latina, *conflictus*. Falta de entendimento grave ou oposição violenta entre duas ou mais partes. – Michaelis, Moderno Dicionário de Língua Portuguesa.

Direito e sociedade são entidades congênicas que se pressupõe. O direito não tem existência em si próprio ele existe na sociedade a sua causa material está nas relações de vida e nos acontecimentos mais importantes para a vida social. A sociedade ao mesmo tempo é fonte criadora e área de ação do direito seu foco de convergência existem em função da sociedade o direito deve ser estabelecida a sua imagem conforme as peculiaridades refletindo os fatos sociais (NADER, 2014, p. 26).

A tutela jurídica é a atividade jurisdicional, de regulação das relações dos indivíduos de uma sociedade, exercida pelo Estado, a fim de defender os direitos que não podem ser individualmente defendidos pelos mesmos. Cientificamente, pode-se dizer que não há sociedade sem direito, partindo do pressuposto que o direito exerce na sociedade uma função de ordenar e coordenar os interesses das pessoas que formam a sociedade, organizando-a e buscando soluções para os conflitos que surgem entre seus membros.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 41):

A tarefa da ordem jurídica consiste exatamente em harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com os valores prevalentes em determinado momento e lugar.

Nesta perspectiva, podemos dizer que o direito é um importante e eficaz instrumento de controle social para a civilização, por meio do qual a sociedade impõe ideais e valores coletivos e supera as tensões e conflitos, que são características próprias da vida em sociedade.

De acordo com, Fernanda Tartuce:

Conflito é sinônimo de embate, oposição, pendência, pleito; no vocabulário jurídico, prevalece o sentido entre choque de ideias ou interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas. Por haver diversas nomenclaturas para este recorrente fenômeno as relações pessoais, a expressão “conflito” costuma ser usada como sinônimo de “controvérsia”, “disputa”, “lide” e “litígio” (2018, p. 21).

Todos os indivíduos membros de uma sociedade possuem interesses e direitos individuais e/ou coletivos, que ao longo de seu desenvolver em sociedade carecem de satisfação ou efetivação. Partindo desse pressuposto, os interesses humanos são ilimitados, porém os bens disponíveis são limitados. Assim, observa-se, com frequência, duas ou mais pessoas com seus

interesses voltados para o mesmo bem, que por ser limitado, só poderá atender as necessidades de um dos lados envolvidos, resultando em um conflito de interesses; também os direitos quando são lesionados ou estão sob ameaça de lesão resultam em conflitos.

A sociedade atual é culturalmente litigiosa, litiga-se por questões familiares, trabalhistas, empresariais, domésticas, enfim, na atualidade temos variadas formas de conflitos, que por sua vez geram litígios que chegam ao poder judiciário, e chegam em grande escala, as pessoas se acostumaram a litigar, e o mais interessante é que muitas das pretensões são de complexidade mínima e podem facilmente ser resolvidas, sem apreciação do judiciário, utilizando apenas meios alternativos de resolução de conflitos sociais, como a mediação e a conciliação.

CONCEITO E HISTORICIDADE DA MEDIAÇÃO

O termo mediação advém do latim “*mediare*”⁴⁸, que significa medir, dividir ao meio, intervir ou colocar-se no meio. Nesta perspectiva, levamos em consideração a sua efetiva significação, visto que o mediador irá colocar-se entre o suposto conflito das partes, e realizar o auxílio para que ocorra um diálogo amigável. Os meios de pacificação social remontam desde os primórdios do Direito, o que faz a mediação ser um instituto de pacificação bastante antigo.

A mediação é um instituto bastante antigo: sua existência remonta aos idos de 3000 a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia nos casos entre as cidades-estados. Os romanos formaram cultura jurídica que influi, ainda hoje, em nossa legislação (CACHAPUZ, 2003, p. 24).

É interessante frisar que houve um tempo que a mediação para Roma era tratada como regra de mera cortesia, e é notório que esse tratamento tem amplo sentido, visto que a mediação tem o intuito de gentileza, pacificação.

Tratando-se deste instituto é inevitável citar a presença do grande filósofo Aristóteles, como um grande contribuinte da mediação, em seu livro *Ética a Nicômaco*⁴⁹ realiza um estudo acerca do que seria justiça, precisamente, justiça corretiva, que em seu entendimento “a justiça corretiva seria o intermediário entre a perda e o ganho” (1991, p. 200).

⁴⁸ Palavra de origem latina, *mediare*. Intervenção por meio da qual se procura chegar a um acordo. – Michaelis, *Moderno Dicionário de Língua Portuguesa*.

⁴⁹ *Ética a Nicômaco*, tradução de Leonel Valladro e Gerd Bornheim, 1991).

Nesta perspectiva, para Aristóteles, a justiça corretiva necessita da presença de uma terceira pessoa, que possa agir de forma imparcial, ela responsável por estabelecer uma boa conversação entre as relações interpessoais. Na época do desenvolvimento desse estudo, ele discorre que a justiça corretiva compreendia que o juiz é considerado a personificação da justiça, pois, o juiz era o meio de chegar a uma resolução justa para os problemas sociais.

Neste caso, seguindo a linha de raciocínio aristotélica, a mediação deveria ter o juiz como o terceiro imparcial. A justiça corretiva, de Aristóteles, atualmente possui a terminologia mediação, no ordenamento jurídico brasileiro. Contendo algumas atualizações e amadurecimentos dessa ideia, como por exemplo, o fato dos mediadores não necessariamente serem juízes de Direito. Porém, mesmo com algumas alterações, a mediação da atualidade ainda é um reflexo da utilizada em tempos mais remotos.

Em se tratando da perspectiva conceitual da mediação, inicialmente, observa-se que esta é uma das formas de solução de conflitos, que rompe com o formalismo e a burocracia do processo judicial e reduz as custas processuais. Segundo Luis Bolzan (1999, p. 147.):

Em contrapartida aos processos judiciais que, lentos, mostram-se custosos, os litígios levados à discussão através do Instituto da Mediação tendem a ser resolvidos em tempo muito inferior ao que levariam se fossem debatidos em Corte tradicional, o que acaba por acarretar uma diminuição do custo indireto, eis que, quanto mais de alongar a pendência, maiores serão os gastos com a sua resolução.

É, pois, um procedimento extrajudicial, em que um terceiro imparcial, atua como facilitador do diálogo e da interação entre as partes, visa promover a pacificação social, evitando uma disputa judicial. A escolha do profissional-mediador, especializado em dissolução de impasses em tempo hábil, fica a cargo das partes. Deste modo, este instituto além de romper com o formalismo, prima pelo fator celeridade.

Há um entendimento entre doutrinadores a respeito do mediador, de que é imprescindível não possua vínculos ou interesses relacionados ao conflito ou as partes, que seja imparcial e neutro, atendendo aos padrões éticos necessários, para alcançar a consequência esperada, que é o acordo

Quando o procedimento já está em andamento, há uma condução por parte do mediador para que as partes alcancem a compreensão mútua sobre suas posições e interesses, por meio

de escuta e diálogo, de modo que venham a acordar de forma cooperativa, soluções que satisfaçam as necessidades e interesses de ambos.

PAPEL DO MEDIADOR

O papel do mediador está previsto Art. 165, do novo Código de Processo Civil, §3º, que diz o seguinte: 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 reestabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Fernanda Tartuce (2018, p. 30) diz:

As dificuldades inerentes à abordagem do conflito são inúmeras por haver diversos fatores aptos a impedir a eficácia da atuação engendrada para eliminar a controvérsia. Assim, em vez de conceber tal eliminação de forma pura, simples e peremptória, pode ser preconizada uma abordagem mais adequada e completa do complexo tema.

Nesta perspectiva, mediador precisa ser criativo e imparcial, uma vez que sua missão é ajudar a resolver o conflito, prevenir a aparição de novos conflitos, facilitar o diálogo entre as partes e promover a paz social, porém sem interferências diretas e/ou imposições. Estabelecer ou reestabelecer o diálogo entre as partes, muitas vezes pode ser um desafio, partindo do pressuposto que a sociedade atual, está menos interessada em ouvir e mais interessada em ser ouvida. Mesmo em situações amistosas, podem haver obstáculos na construção de um diálogo produtivo. Nestes casos, cabe ao mediador fazer uso de suas técnicas e conhecimentos, para otimizar o tempo e reduzir os desentendimentos existentes e de possível existência.

Quando o mediador ajuda as partes a encontrar seus reais interesses, bem como preservá-los dentro de um acordo criativo e favorável para ambas as partes, o conflito está solucionado, então promove-se a paz social, logo, percebe-se que todos os objetivos estão diretamente ligados, e que só podem ser atingidos uns através dos outros, como uma perfeita simetria.

CONCEITO E HISTORICIDADE DA CONCILIAÇÃO

A conciliação é uma das formas de resolução de conflitos utilizada há muito tempo, de acordo com De Plácido e Silva (1978, p. 381), define a palavra conciliação da seguinte maneira: “Conciliação derivado do latim conciliatio⁵⁰, de conciliare (atrair, harmonizar, juntar), entende-se o ato pelo qual duas pessoas ou mais divergem a respeito de certo negócio, ponham fim as divergências de forma amigável”.

A partir da História de diferentes povos é observada a presença desta modalidade, assim, torna-se complexa uma definição exata do seu surgimento e origem. Contudo, tratando-se deste instituto é importante ressaltar que ela remonta a textos históricos que foram registrados na Bíblia Sagrada. A exemplo, do livro bíblico de Mateus capítulo 5 e versículo 25, aconselha-se: “Entra em acordo sem demora com o teu adversário, enquanto estás em caminho com ele, para que suceda, que te entregue ao juiz, e o juiz te entregue ao seu ministro e sejas posto em prisão”. (Bíblia Sagrada⁵¹, 2014).

Tinha-se o entendimento de que era preferível uma conciliação sem a necessidade de envolver um juiz, pois seria até mais vantajoso para as partes conflitantes. Ainda dentro dessa conjuntura histórica, a conciliação no âmbito bíblico sempre buscará o que é “justo”, de forma que não haja perdedores e vencedores e sim que haja um consenso. Essa linha de raciocínio nos leva a atualidade, pois, a conciliação busca sempre a satisfação de ambas as partes, uma resolução que seja satisfatória, justamente para a modalidade tornar-se eficaz, afinal, se uma das partes continua insatisfeita ainda há a existência de uma pretensão e conseqüentemente uma lide, que segundo Carnelutti “[...] lide é o conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita” (CARNELUTTI, 1944, p. 11).

A partir desse conceito, surge o ponto de partida do objeto em questão, pois, para a existência de formas de resolução de conflitos, primordialmente houve a existência de situações conflitantes em sociedade, que também podemos chamar de controvérsias, dando sentido ao surgimento, por exemplo, da conciliação.

A conciliação é dotada de vantagens tanto para as partes, como também, para o sistema jurídico, pois a destinação precípua deste instituto é a redução da sobrecarga do judiciário,

⁵⁰ Palavra de origem latina, conciliatio. Acordo entre demandantes para encerrar uma demanda legal. Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa.

⁵¹ Versão e edição claretiana, 2014.

sobrecarga esta que ocasiona a falta de celeridade nos procedimentos judiciais, sendo assim, a conciliação serve de remédio para tais circunstâncias, e vale salientar a nítida eficiência em sua missão, pois é possível visualizar notórios resultados, não se limitando aos problemas do judiciário, mas também é extremamente útil para resolver demandas entre relações interpessoais.

E é nesse contexto de resolução entre relações interpessoais que se dá o enfoque do estudo em questão, a conciliação, técnica de auto composição, com a presença de um terceiro imparcial, que irá auxiliar na conversa entre as partes, bem como informá-las sobre as vantagens e desvantagens do acordo a ser feito, indicando as melhores opções para a solução da controvérsia em questão, ou seja, é um meio alternativo para chegar-se a uma possível solução dos conflitos sociais.

FORMAS DE CONCILIAÇÃO E SEUS OBJETIVOS

Após um breve entendimento geral do que seria conciliação, bem como sua significação, finalidades precípuas, dentre outras informações já citadas, é interessante adentrar em especificidades desta modalidade. Iniciaremos esse aprofundamento falando sobre as modalidades que norteiam o instituto conciliação. A conciliação informal, esta que é uma das mais utilizadas neste ramo e caracteriza-se por sua simples compreensão, ocorre em momento anterior à instauração de uma lide, através de acordo impulsionado pelas próprias partes, não há a presença do Estado, nem muito menos a burocracia litigiosa, existe o auxílio de juízes leigos (juiz não togado) e conciliadores.

A conciliação pré-processual é um método de prevenção de litígios, funciona como uma opção de não precisar ir em busca de uma resolução nas vias judiciais, justamente pelo fato da falta de celeridade, bem como altos custos processuais, dentre outros quesitos. Uma diferenciação entre esta modalidade e a falada anteriormente, é que a informal ocorre por interesse inicial das partes, já neste caso, as partes são orientadas a não optarem por a provocação ao judiciário, sendo a conciliação mais vantajosa para os casos em que a mesma se encaixa na solução.

De acordo com o projeto movimento pela conciliação:

A principal característica dessa modalidade de conciliação é a promoção de encontros entre os interessados, nos quais um conciliador buscará obter o

entendimento e a solução das divergências por meio da composição não adversarial e, pois, ainda, antes de deflagrada a ação (MENDES; NYKSON, 2006).

A partir deste posicionamento, é possível vislumbrar que nesta modalidade há um maior engajamento de um terceiro, neste caso, é comum a presença da Defensoria pública e do Ministério Público, para seguir adiante com a conciliação das partes, neste sentido as partes estão como polos passivos, e não como impulsionadores da resolução. A mediação e a conciliação de conflitos proporcionam aos terceiros a análise criteriosa dos problemas das partes, objetivando, de forma maleável, um novo olhar sobre eles, com a finalidade de descobrir sua verdadeira raiz, para chegar a tão querida pacificação.

Há algumas faculdades que realizam este trabalho, a exemplo da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras-FAFIC, com o intuito de trazer benefícios para a população, bem como, contribuir para a formação moral e ética dos futuros profissionais do direito, e ainda gerar uma carga valorativa de experiência acadêmica para os estudantes. A FAFIC firmou um importante convênio com o Tribunal de Justiça da Paraíba para a instalação do CENTRO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO, o que autoriza o núcleo de Prática Jurídica-NPJ a realizar audiências de Mediação e Conciliação, nas áreas do Direito Civil, Família e Consumidor, de forma que beneficia os interessados na resolução do conflito e auxilia no aprendizado dos estudantes.

A conciliação processual ou endoprocessual, de acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco, acontece após instauração judicial, é uma das últimas hipóteses a ser consideradas, pelo fato de ter a envolvimento direta do judiciário e conseqüentemente ser um meio mais burocrático, só que se tratando desta modalidade em questão, também é um instrumento célere e hábil, que em relação a resultados têm sido muito útil, em muitos casos resolve o litígio. Encontra-se amparado por alguns dispositivos legais, como: a Lei 9099/95 e o artigo 125, inciso IV, do Código de Processo Civil. Nesta modalidade, após a conciliação das partes o juiz homologará o ato celebrado entre estas e o processo extingue-se com julgamento de mérito.

É objetivo da conciliação, eliminar o conflito através da conciliação das partes, que será formalizada por um acordo judicial, devidamente homologado pelo juiz, por fim, originando um título executivo judicial.

Um dos principais objetivos da Conciliação é a propagação de formas amigáveis para resolver as desavenças que surgem entre os membros da sociedade. Sendo uma forma de manter

a paz entre os cidadãos, bem como priorizar o diálogo como meio saudável para ambas as partes, evitando constrangimentos, e possíveis descontentamentos que eventualmente podem surgir com uma resolução litigiosa.

É uma forma bem vista e muito indicada por todos os conhecedores do assunto, o próprio Conselho Nacional de Justiça promove campanhas para o incentivo do uso deste instituto, desde 2006, de acordo com consulta ao respectivo site. Vale ressaltar que a Conciliação não é benéfica apenas para as partes, mas também auxilia em evitar o aumento do congestionamento do judiciário, como já abordado em momento anterior.

É perceptível que ao implementar uma cultura conciliatória há melhorias em todos os âmbitos, se levarmos em consideração, ser uma forma célere, simplória, de baixo custo e que não necessita de provocar a máquina estatal. Com tudo isto, ainda é possível almejar o alcance da tão sonhada cultura da pacificação social, prevista no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Assim evitando desgastes entre os envolvidos, como amenizando interposições desnecessárias de ações, e via de regra, as partes saem satisfeitas com os acordos celebrados.

PAPEL DO CONCILIADOR

O conciliador é um auxiliar da justiça, no sentido em que o trabalho por ele desenvolvido ajuda a resolver conflitos, evitando uma possível busca as vias judiciais mediante processos. Justamente pelo fato de que, havendo um conflito que tenha envolvimento com direitos disponíveis, é claramente possível que a questão seja resolvida sem a interferência direta do juiz. Não há requisitos para tornar-se um conciliador, porém, há preferências para estudantes de Direito e outras áreas afins. Mas, de forma geral, não há pré-requisitos para exercer essa atividade conciliatória.

Ao falar sobre o papel ou até mesmo a responsabilidade do conciliador, é interessante saber o que dispõe o artigo 165 do Código de Processo Civil, parágrafo 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”.

Este dispositivo, dispõe sobre como o conciliador deve proceder em sua atuação, quando fala sobre a preferência de não haver um vínculo anterior entre as partes, é justamente para

manter a imparcialidade e a neutralidade, pois o conciliador não deve interferir no resultado do trabalho ou aceitar qualquer tipo de favor ou presente, e deve atribuir valores iguais a cada uma das partes, respeitando sempre os seus respectivos pontos de vista. Também podemos observar que, sendo vedado qualquer tipo de intimidação, entende-se que há uma ausência de obrigação de resultado, pois, não se deve forçar um acordo, podendo no muito criar opções, ficando a critério das partes acolhê-las ou não.

Em resumo, a atividade conciliatória desenvolvida pelo conciliador é basicamente a busca pela resolução dos conflitos através do acordo entre as partes, diminuindo o número de demandas que necessitam da decisão de um juiz. Respeitando a vontade das partes, bem como agindo segundo os princípios necessários a nortear essa atuação.

É de suma importância que toda a coletividade contribua na promoção para a paz social, e convenhamos que, a busca das vias judiciais para a resolução de conflitos na grande maioria das vezes acaba com desavenças entre as partes. Não por culpa do judiciário, mas geralmente por falta de acordo entre os interessados na lide. Sendo assim, temos uma grande importância da conciliação para as partes, pois, além da economia pelo baixo custo da modalidade, tem-se também celeridade, e um dos pontos principais é que dificilmente após um acordo satisfatório às partes irão ter desavenças, pois uma vez que o problema foi solucionado, não há margem para discórdia.

Outro ponto importante para ressaltar é o fato de que as partes devem conscientemente escolher o acordo que irá satisfazer-se, visto que, após o acordo ser celebrado, não haverá como revogar o que foi acordado, salientando que esta modalidade de resolução não comporta recurso. Sem mais delongas, afirmamos, é conciliando que as pessoas se entendem e todos saem ganhando, afinal, conforme o próprio slogan pregado pela Conciliação “Para tudo existe uma saída”, uma saída de forma pacífica e promovendo a paz social.

A DIFERENÇA ENTRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E SUA EFETIVAÇÃO COMO ALTERNATIVAS PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Por fim, faremos um paralelo, apresentando semelhanças e uma sutil diferença que há entre a mediação e a conciliação.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 32):

A primeira característica dessas vertentes alternativas é a ruptura com o formalismo processual. A desformalização é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também à gratuidade constitui característica marcante dessa tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. Por outro lado, como nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a delegalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais (juízos de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional).

Ambos são regidos pelos seguintes princípios: independência; imparcialidade; autonomia da vontade; confidencialidade; oralidade; informalidade e decisão informada.

Apesar das inúmeras semelhanças entre os dois procedimentos, e que ambos contam com o suporte de uma terceira pessoa, por muitas vezes são confundidos, entretanto pode-se dizer que há uma pontual diferença, que ajuda a compreensão e a distinção entre eles. Esta diferença encontra-se no papel do terceiro, na possibilidade ou não, de interferência por parte daquele que ajudará a resolver o conflito, o mediador ou conciliador.

A mediação assemelha-se a conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação do seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação trabalha com conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo. (CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, 2015, p. 50).

Em se tratando de mediação, não há interferência por parte da terceira pessoa, busca-se uma solução para o conflito por meio do diálogo entre as partes, e elas são as únicas a ofertar sugestões, o mediador não influencia para que entrem em acordo, o acordo é a consequência desejada.

Já no caso da conciliação, o conciliador pode dar sugestões, interferir, aconselhar, tudo para alcançar o objetivo central, que é o acordo, para que o conflito seja solucionado sem a necessidade de ser levado ao conhecimento de um juiz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o exposto, fica bem claro que o uso da mediação e conciliação são institutos notáveis de pacificação social, além disso, proporciona não só benefícios para as partes, como também para o judiciário. Além de modalidades pacificadoras, possuem acessibilidade em relação ao baixo custo, a celeridade na resolução do conflito, bem como, ainda promove a paz social. Assim, é possível constatar que a mediação e conciliação são formas seguras, eficientes e eficazes enquanto modelos alternativos para propiciar soluções as controvérsias sociais.

Portanto, fica evidente a necessidade destas formas alternativas para a resolução de conflitos sociais, com base nos institutos da mediação e da conciliação e que é uma tendência dentro da conjuntura da atual sociedade.

Mediadores e conciliadores são de grande valia nas resoluções de conflitos, desde que capacitados, são os responsáveis por ouvir as partes e cada um de forma peculiar contribui para que acordos sejam firmados.

Vale ressaltar que estes institutos são passíveis de atuação em relação a direitos disponíveis, que não estejam diretamente relacionados ao modo de ser das partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico. Biênio 2017/2018.

BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015.

CACHAPUZ, Rozane. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **ACESSO A JUSTIÇA**. Tradução de Ellen Gracie Nortfeett. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; PELLEGRINI, Ada Grinover e DINAMARCO, Candido Rangel, **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. São Paulo. 31. ed., 2015.

LEONEL, Valladro e Gerd Bornheim, tradução de **Ética a Nicômaco**, Editora Nova cultural, Ltda., São Paulo, 4. ed. 1991.

MENDES, Nykson Lacerda Cavalcante. **Justiça & Cidadania**. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-conciliacao-como-instrumento-de-pacificacao-social-na-resolucao-de-conflitos/>. Acesso em: 25 out. 2019.

MICHAELIS. Moderno **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em:
<<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>. Acesso em: 25 out. 2019.

MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2.
ed. Porto Alegre, 2008.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, falta editora, revista ou anais e lugar 4.
ed. 2018.

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E A ARBITRAGEM COMO EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

Emanuelly Aparecida Cavalcante¹
Maria Emlay Estrela Mendes²
José Antônio de Albuquerque Filho³

RESUMO

Ao longo da leitura deste artigo, ver-se que seu maior objetivo é mostrar como os meios alternativos de resolução de conflitos são eficazes e podem sim, serem uma opção como método de solução de controvérsias, caracterizando e diferenciando cada um como, mediação, conciliação e arbitragem. Os meios apresentados disponibilizam uma aplicação positiva e benéfica a ambas as partes envolvidas e estabelecendo uma harmonia precisa para que se atinja tal objetivo. Mas para que isso aconteça, ou seja, para que se tenha uma procura maior por esses métodos de solução de conflitos, é necessário que se tenha uma facilidade de acesso a estes meios de resolução de conflitos, havendo menos restrições. Assim, haveria uma confiança e conhecimento maior neste âmbito e conseqüentemente teria uma diminuição dos processos da justiça comum, o que seria uma mudança positiva e significava para o campo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução de conflitos. Mediação. Conciliação. Arbitragem. Harmonia.

ABSTRACT

Throughout the reading of this article, you will see that your main goal is to show how alternative means of conflict resolution are effective and may indeed be an option as a method of dispute settlement, characterizing and differentiating each as mediation, conciliation, and arbitration. The media presented make a positive and beneficial application available to both parties and establishing a precise harmony to achieve this goal. But for this to happen, that is, to have a greater demand for these methods of conflict resolution, it is necessary to have easy access to these means of conflict resolution, with fewer restrictions. Thus there would be a greater confidence and knowledge in this area and consequently there would be a decrease in common justice processes, which would be a positive change and meant for the judicial field.

KEYWORDS: Conflict Resolution. Mediation. Conciliation. Arbitration. Harmony.

¹ Discente do IV período do Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC³

² Discente do IV período do Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC.

³ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Professor de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras - FAFIC

INTRODUÇÃO

Historicamente falando, a partir do século XX houve uma conscientização social em torno da cidadania. Os cidadãos perceberam a existência e importância dos direitos subjetivos, e que em casos de ofensa ou ameaça poderiam recorrer ao judiciário, isso causou um grande acúmulo de queixas e processos transitando na justiça comum, contudo, os cidadãos ficaram insatisfeitos com a morosidade dos serviços jurisdicionais, porque já estava havendo uma superlotação de processos no judiciário. Assim Carppelletti e Garth trazem esse fato com o seguinte questionamento, como a que preço em benefício de quem, esses sistemas de fato funcionam”, contudo, faz-se estudos e indagações para entender o porquê os processos judiciais demoram tanto para terminarem, o por_quê são tão caros e quem paga esse preço. A esse ver, a partir dessa ideia introduzida por Cappelletti, o Estado passou a legitimar vias alternativas para solução de controvérsias.

É de suma importância retratar um pouco sobre o acesso à justiça, levando em consideração que desde o início dos tempos que o homem tem dificuldade em reconhecer os seus direitos e deveres. Já que é inevitável a estruturação de mecanismos que aproximem o homem do âmbito jurídico, pois em um sistema judiciário tão abarrotado quanto o brasileiro, tais iniciativas não serão suficientes, por si só, para debelar o grave problema do litigante habitual, pois o atacam em seus efeitos, e não nas suas causas.

A população passou a introduzir-se e a conhecer mais seus direitos e as leis passaram de meros enunciados normativos para ter aplicação efetivas das normas. Isso ocorreu a partir do momento em que os jurisdicionados passaram a exigir do Estado providências para que a norma vigente fosse aplicada, ou seja saísse da parte teórica para a prática.

Frente a impossibilidade de prestar serviços jurídicos a todos os cidadãos, causando revoltas à população, o Estado, preocupado com a situação da grande demanda de processos no âmbito jurídico, começou a procurar novos meios para soluções de conflitos.

Voltando a ideia introduzida por Cappelletti, percebe-se a necessidade complementar do uso de vias alternativas para soluções de conflitos, com intuito de alcançar quanto antes a resolução de variadas controvérsias, devido a demanda judicial aumentar cada dia que passa. É nesta visão que se mostra o intuito de como são importantes as vias alternativas de solução de conflitos.

CONCEITOS PREELIMINARES E CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

MEDIAÇÃO

A mediação é regulamentada por uma legislação, com o objetivo de disciplinar a mediação de conflitos em 1998 a Deputada Federal Zulaiê Cobra, propôs o projeto de lei nº 4827/98. Mas em 2003, Ada Pellegrini apresentou um anteprojeto de lei de autoria, do instituto de Direito Processual. No ano de 2006 uma versão denominada fusão, do projeto de lei nº 4827/98 com o anteprojeto apresentado por ela.

Mediação, portanto, é um método criado para resolver acordos com interferência de um mediador a resolução deve ser imparcial as partes interessadas não podem ter vínculo com mediador. Configura objeto de mediação todo negócio jurídico, contanto que não esteja incluindo em sanções penais e que não atente contra a moral e a ética.

Assim que os acordos ficam prontos é preciso a homologação do juiz que será enviada ao MP onde irão avaliar se no contrato de fato está de acordo com o interesse das partes ou de sua prole, caso tais requisitos não estejam introduzidos no contrato não será aceita e ocorre uma nova mediação ou volta a continuação do processo. Portanto, a mesma é fruto de um consenso entre as pessoas que à utilizarão, com relação aos temas que vão desenvolver ao longo do processo.

A mediação ocorre em vários campos conflitos empresariais familiares civis trabalhistas internacionais ambientais de consumo entre outros antes era utilizada apenas em conflitos entre pessoas, mas com a mediação se mostrou um método eficiente usada na área empresarial e trabalhista.

CONCILIAÇÃO

Quanto à conciliação, diferentemente da mediação é definida no ordenamento jurídico brasileiro. O código de Processo Civil de 1973 e a consolidação das leis do trabalho (decreto lei nº 5452/43) já reconheceram a conciliação como melhor meio para apaziguar conflitos levando em conta que a conciliação pode ser utilizada a qualquer momento pelo magistrado.

O processualista, Cândido Dinamarco qualifica a conciliação como extraprocessual quando ocorre antes do processo e com o intuito de evitá-lo, e caracteriza-se como endoprocessual, quando promovida ao longo ou posteriormente do processo. Retomando ao

assunto mediação, no qual se vê que a mesma é a própria conciliação, quando conduzida mediante concretas propostas de solução a serem apreciadas pelos litigantes.

O papel do juiz na conciliação é tão importante quanto no processo tradicional afinal ainda é necessário a pacificação entre as partes.

Assim, ao longo das lições do ilustre Dinamarco, o maestro Vitor Lenza, expõe que existe várias diferenças nos institutos, em relação ao âmbito da Mediação e Conciliação. Como exemplo, na mediação mesmo que as partes não cheguem a um consenso após a interferência de um terceiro conciliador, a mesma ainda é considerada realizada.

ARBITRAGEM

Desde a constituição de 1824 havia uma visão constitucional sobre o assunto por isso Cappelletti (1998) mostra que a arbitragem é uma instituição antiga e definida por etapas relativamente informais sendo assim, existe uma série de recursos que qualificam as relações de arbitragem que são:

1. Caráter voluntario;
2. Imparcialidade do mediador e do arbitro;
3. Habilitação técnica do mediador e do arbitro adequada a cada caso;
4. Segurança jurídica, pois a sentença arbitral no ordenamento jurídico pátrio é um título executivo judicial;
5. Sigilo procedimental;
6. Transparência e;
7. Agilidade e a rapidez na solução dos conflitos;

Uma forma importante sobre arbitragem caracteriza-se do momento que as partes elegem um juízo arbitral ao invés da justiça comum. Essa escolha pode ser feita em duas ocasiões ao oficializar o negócio jurídico a parte interessada interpõe uma cláusula compromissória nos contratos que trate sobre os Direitos disponíveis uma vez feita e aceita a cláusula compromissória, as partes ficam subordinadas a todo e qualquer litígio derivado daquele contrato de arbitragem a outra parte é por meio de compromisso arbitral o qual ao contrário da cláusula compromissória, que é feita antes de um conflito o compromisso arbitral é lançado após o surgimento do mesmo, portanto existe essa diferença.

ACORDOS EXTRAJUDICIAIS – O RELEVANTE PAPEL DOS CENTROS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E A DEFENSORIA PÚBLICA

Os acordos extrajudiciais mais conhecidos como uma ação para acelerar o processo de tempo de recebimento dos direitos garantidos, substancialmente, o acordo extrajudicial acontece quando as partes (na presença de um advogado) fazem acordo para o benefício de ambas, não apenas de uma.

Sendo assim, existe uma grande demanda de processos na Defensoria Pública, sem contar que o valor para se lidar com esses processos é baixíssimo, por este motivo é uma das formas de solução de controvérsia mais procuradas.

Há um consenso entre os especialistas de que falta uma maturidade técnica, que começa na formação dos advogados nas universidades, passa pela falta de fiscalização de órgãos como o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, e se estende até a sabatina dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Senado.

PROCESSO JUDICIAL

Todo e qualquer processo judicial começa pelo protocolo da petição inicial ao juiz de primeira instância com a exposição documentada dos fatos que levaram o autor a entrar com a ação acompanhada da descrição dos direitos que este julga terem sido violados. com a citação.

É senso comum bem aceito e fundamentado pelo mestre Rui Barbosa, cujo o mesmo expõe sua opinião com a seguinte frase “Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada”. Assim chega-se à conclusão de que um processo longo, exaustivo, perdido em seus próprios fins, causa mais prejuízos que benefícios para as partes.

De fato, houve evolução na metodologia de estudo do processo, partindo do sincretismo, passando pela fase autonomista e chegando na instrumentalidade.

Na fase sincretista do processo ele era considerado como mero apêndice do direito material. A ação era vista como o próprio direito subjetivo material, do qual decorreria o direito de obter em juízo a reparação da lesão sofrida.

O sistema judiciário brasileiro é considerado por muitos como um sistema moroso, ou seja, uma estrutura que não consegue atender às demandas da justiça dentro do ritmo necessário. Os fatores para esse cenário são muitos e a insatisfação está presente em boa parte dos setores

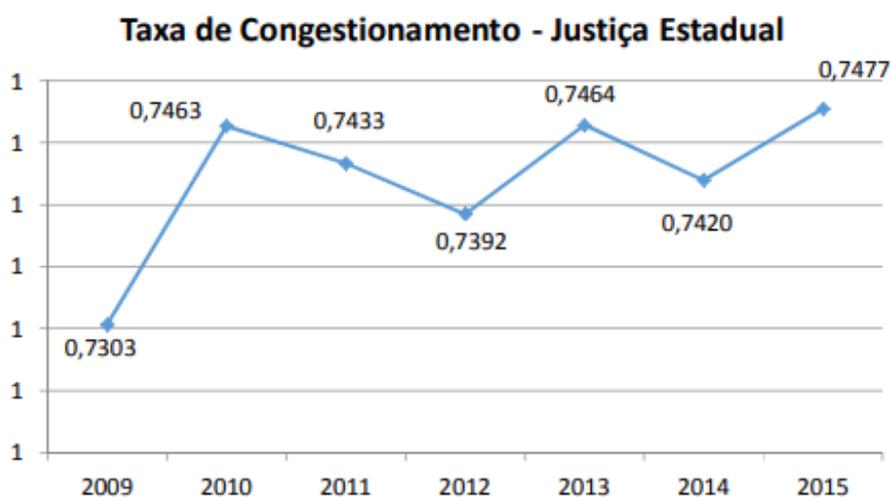
sociais. Do mais simples cidadão a grandes empresários, a sociedade se sente prejudicada pelas dificuldades do nosso processo legal.

A preocupação com a morosidade do sistema judicial não existe apenas do Brasil. Diversos outros países no mundo enfrentam o mesmo problema e têm procurado soluções para resolver ou ao menos atenuar a situação. Ainda assim, o cenário no Brasil é bastante crítico.

De acordo com dados expostos pelo CNJ, o custo do Poder Judiciário em 2015 chegou a R\$ 79,2 bilhões, 4,7% a mais que no ano anterior e um valor maior que o Produto Interno Bruto (PIB) de 14 dos estados brasileiros. O crescimento dos gastos desde 2011 é de cerca de 3,8% por ano. Em 2015, esses gastos foram equivalentes a 1,3% do PIB brasileiro.

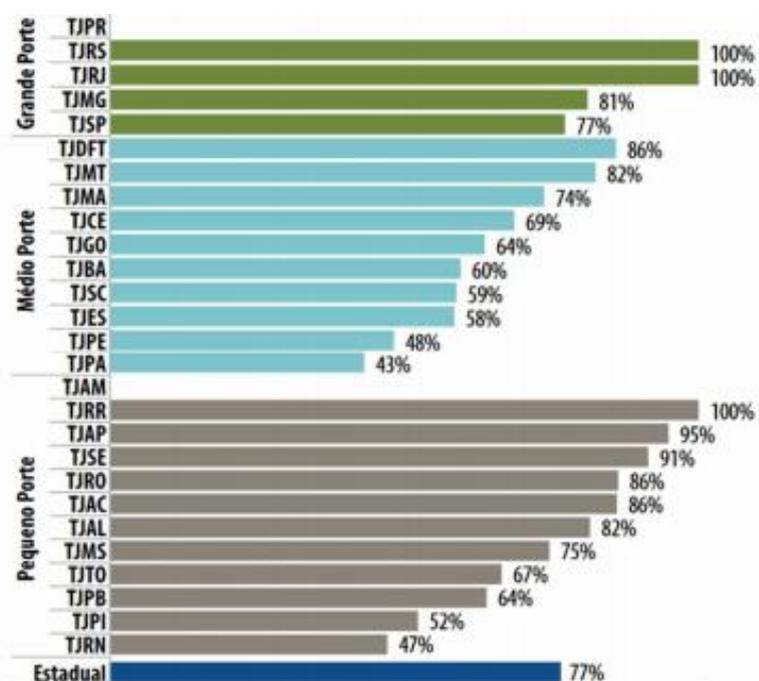
Para se ter uma ideia, o valor é bastante superior ao de outros países. Na Espanha, por exemplo, o custo do sistema judiciário em 2012 foi de cerca de 0,12% do PIB do país. Já nos Estados Unidos, chega a 0,14% do PIB, na Alemanha a 0,32% e na Venezuela a 0,34% do PIB.

A seguir, estarão postos alguns gráficos disponibilizados baseados em pesquisas feitas pelo Conselho Nacional de Justiça, os mesmos ressaltam esse grande problema que o sistema judiciário brasileiro vem enfrentando:



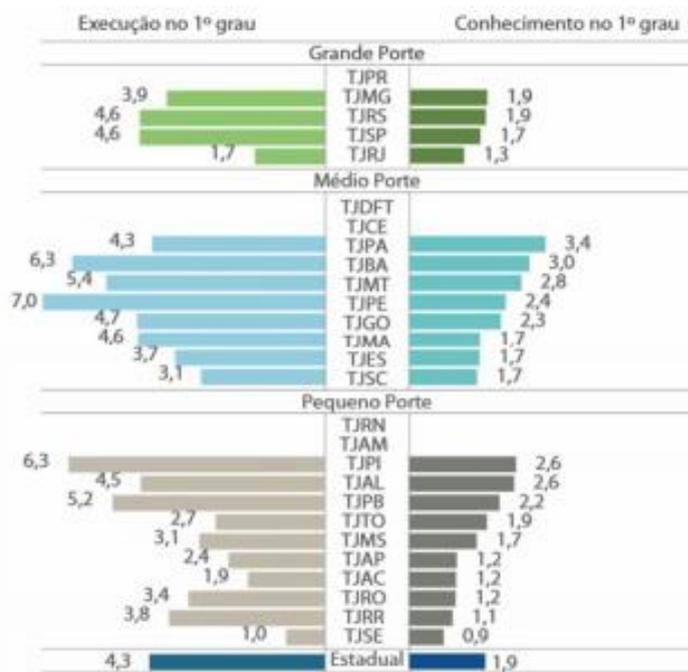
Fonte: Base de dados do CNJ

Resultado do IPC-Jus na Justiça Estadual, por tribunal, em 2016 (ano base 2015)



Fonte: Justiça em Números 2016 – CNJ

Tempo médio da sentença nas varas: execução x conhecimento



Fonte: Justiça em Números 2016 - CNJ

OBJETIVOS GERAIS E ESPECÍFICOS

O objetivo geral desse artigo é fazer com que as pessoas conheçam mais os métodos de resolução de controvérsias, fazendo com que elas procurem por estes métodos para resolverem seus conflitos, e assim diminuindo a demanda de processos no judiciário. Já o específico, é ter menos morosidade nos processos, diminuir o acúmulo melhorando tanto o trabalho de quem executa, tanto quanto de quem os espera.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, vale se articular que os meios descritos anteriormente para solução de conflitos, deve ser uma das principais escolhas para a solução de conflitos. O intuito deste trabalho foi mostrar que não é necessário recorrer métodos tão tradicionais demorados e caros pois isso acarreta o aumento dos números de ações ajuizadas no Brasil, como já dizia Rui Barbosa “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”

Neste artigo, descrevem-se os meios alternativos para solução de conflitos para que vejam que existe meios menos desgastantes e rápidos para se fazer justiça e beneficiar os particulares.

Contudo, o que se percebeu ao longo deste trabalho, foi que existem muitos processos que hoje sobrecarregam o poder judiciário, o que poderia ser evitado se as pessoas procurassem pelos meios alternativos para diminuir suas controvérsias.

É preciso entender que enquanto magistrados, membros da Defensoria Pública encontra-se em pilhas de ações judiciais para, respectivamente julgar, chega-se à conclusão que muitos destes processos (que acabam demorando) poderiam se valer da arbitragem, por exemplo, mas infelizmente ainda existe uma grande ignorância das pessoas em relação a estes meios alternativos.

Lastimavelmente, aqui no Brasil a arbitragem vá ter competência jurídica para resolver litígios envolvendo relações de consumo, e mesmo que a arbitragem venha se ampliado não se sabe até que ponto as interações legais podem ser benéficas para o desenvolvimento positivo e eficaz da arbitragem no Brasil.

Conclui-se assim, que a arbitragem é um meio extrajudicial de resolução de capaz de amenizar entre as partes. A arbitragem brasileira tem suas definições próprias, para que haja

igualdade entre os particulares e para que haja eficácia no trabalho do árbitro responsável pelo processo.

REFERÊNCIAS

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo; *Panóptica*, ano 1, n. 6.

CAPLAN, Luciana. **Pequena história da magistratura trabalhista brasileira no período colonial** = A little history of the brazilian labor judiciary in the colonial age. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 33, p. 133-151, jul./dez. 2008.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1988.

CNJ. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8016&Itemid=988&numtab=3. Acesso em: 13 out. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Intervenção de Terceiros*. 3. ed. Ed. Malheiros, 2000.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Teoria geral do processo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LENZA, Vitor, in *Cortes Arbitrais*. Goiânia: AB, 1999.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo. Ed. Paulisanajur. 2004.

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO: PACIFICANDO E PREVENINDO A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

ABREU, Ana Luiza Gomes de*;
MEDEIROS, Salderlania Melinda de**;
SILVA, Cristiana Russo Lima da***.

RESUMO

A violência doméstica e familiar é uma realidade vivenciada por diversas mulheres, e é nesse cenário familiar que originam-se os conflitos, visto que, as relações sobrecarregadas de valores afetivos emocionais desgastados, decorrente de uma cultura patriarcal fruto da ideologia de gênero, proporcionam a violência, e como consequência o desequilíbrio familiar. É nesse contexto que o artigo analisa a aplicação do instituto da mediação nos casos de envolvimento de mulheres vítimas de violência doméstica, como uma opção de pacificação e prevenção de novos episódios de violência. Para isso, compreende-se a necessidade de explorar políticas de assistência aos agressores fornecendo um espaço adequado de escuta aos envolvidos no conflito, aplicando o instituto de mediação que se adequa a esses conflitos carecedores de um diálogo que possa promover uma solução capaz de resolver o conflito.

PALAVRAS-CHAVES: Mediação. Violência doméstica. Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

Domestic and family violence is a reality experienced by several women, it is in this family scenario that conflicts arise, since the overcharged relationships of worn emotional affective values, resulting from a culture Patriarchal fruit of gender ideology, provide violence and as a consequence the family imbalance. It is in this context that the article analyzes the application of the Mediation Institute in cases of involvement of women victims of domestic violence, as an option of pacification and prevention of new episodes of violence. To this be understood the need to explore policies of assistance to aggressors providing an adequate space of listening to those involved in the conflict, applying the Institute of measurement that fits those conflicts that are in need of a dialogue that can Promote a solution capable of resolving the conflict.

KEY WORDS: Mediation. domestic violence. Maria da Penha law.

*Ana Luiza Gomes de Abreu, FAFIC; 7º período; e-mail: analuiza_gomes11@hotmail.com;

**Salderlania Melinda de Medeiros, FAFIC; 7º período; e-mail: melindamedeiros@gmail.com;

***Cristiana Russo Lima da Silva, bacharelada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFCG; pós-graduação em Direito Penal e Criminologia pela URCA-CE, pós-graduação em Mediação e Arbitragem pelo UNIPÊ, docente do curso de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras, mestranda em Sistemas agroindustriais pela UFCG.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal preceitua no caput do artigo 226 que a família por ser base de uma sociedade deve por intermédio do Estado a proteção da lei, e se assim sendo, faz-se entender que deve-se eliminar qualquer forma de violência que encontradas em seu meio, tanto que o inciso VIII ressalta a assistência a família criando mecanismo para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Percebe-se que a norma propende ao princípio da proteção que o Estado deve direcionar a entidade familiar, visto que, é nas relações familiares que se nota a preponderância de ideologia que retrata as desigualdades sexuais de gêneros decorrentes de concepções culturais geradas ao longo da história, provocando no seio familiar valores emocionais desgastados, violência de várias formas, ocasionando vulnerabilidade na relação.

Vide as dificuldades que o Estado vem demonstrando que não tem como atender todas as necessidades e as aspirações de uma sociedade, e por outro lado o poder judiciário abarcado por uma cultura de judicialização exacerbada, tende-se a caminhar para uma mudança da cultura do litígio e de dependência do judiciário.

Dessa forma, o artigo analisa a eficácia do instituto da mediação como uma opção de pacificação e prevenção de novos episódios de violência. Para isso, compreende-se a necessidade de explorar políticas de assistência aos envolvidos no conflito. Logo, objetiva o artigo demonstrar que a criação/implementação de um projeto social fornecendo um espaço adequado de escuta aos envolvidos no conflito, aplicando o Instituto de mediação que se adequa a esses conflitos carecedores de um diálogo, venha promover uma solução capaz de resolver o conflito.

Portanto, os chamados meios de resolução de conflitos, entre eles a mediação, instituto de estudo do artigo, proporciona mecanismo que venha estabelecer uma cultura da paz e um desenvolvimento saudável nas relações doméstica e familiar, prevenindo novos episódios de violência.

MATERIAL E MÉTODOS

Assim sendo, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, documental, além da consulta de artigos científicos. Bem como do método o hipotético-dedutivo e exegético jurídico, já que

foram analisados os dispositivos legais, com o objetivo de propor um projeto social que utiliza métodos alternativos de resolução de conflitos.

OS AVANÇOS NA LUTA PELOS DIREITOS DAS MULHERES

Descendente de uma hierarquia patriarcal, as mulheres eram vistas como propriedades dos seus senhores na medida em que delimitava sua posição no grupo social, restringia a sua liberdade e suprimia seus direitos. Percebendo tamanha submissão e desigualdades ao longo da história, verificou-se que os modos ideológicos praticada contra as mulheres eram baseados na violência de gênero relacionada nas diferenças entre os sexos e na relação de poder posta do homem em detrimento a mulher.

Muitos foram os avanços conquistados ao longo das últimas décadas, no que concernem aos direitos das mulheres, principalmente quando se trata do combate a violência contra elas. No campo normativo, as leis vêm tentando se adequar e atender exigências antigas dos movimentos feministas. Contudo, estas mudanças ainda ocorrem de forma lenta. Esta luta pela igualdade de direitos civis, sociais, políticos e culturais, além do fim da violência, ainda está longe de ser alcançada.

É difícil identificar o começo dessa caminhada. Entre os pontos marcantes, que merecem ser frisados, destacam-se as articulações dos movimentos de mulheres e feministas a partir da década de 1970. O ano de 1975 foi declarado pela Organização das Nações Unidas como o ano internacional da mulher, abrindo o período que passaria a ser conhecido como a “Década da Mulher” (1975-1985), um grande passo que trouxe visibilidade para as lutas feminina (GOMES, 2012).

No Brasil, entre meados dos anos 70, a violência contra as mulheres era entendida como um problema particular, que só importaria aos familiares envolvidos. Foi através desses movimentos feministas que começou a se discutir esse tipo de violência, não mais como um problema particular, mas também como um problema social. Desde o princípio, as mulheres enfatizavam a luta pelos direitos sociais e pelo estado democrático.

Em 1985, o presidente da República em exercício, José Sarney, fundou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), que contribuiu na ampliação das discussões de política para as mulheres. Além disso, merece ser mencionado o movimento, popularmente

conhecido como “Lobby do batom”, que por meio de sua representação contribuiu para inclusão de necessidades feministas fossem inclusas na Nova Constituição de 1988 (GOMES, 2012).

A abertura da primeira Delegacia de Defesa da Mulher (DDM), em São Paulo, no Governo Franco Montoro, em 1985 contribuiu dando maior visibilidade ao problema da violência doméstica e evidenciou a violência contra as mulheres como um crime, essa nova conjectura foi a primeira política pública de combate a violência doméstica contra a mulher.

Objetivando ter o apoio da sociedade para reprimir a violência contra as mulheres, em 1993 foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da resolução 48/104 a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra Mulher.

Esse compromisso foi fundamental para avançar na repressão da violência e desenvolver mecanismos de proteção e ressocialização, tanto que na Convenção do Belém do Pará ocorrida em 1994 tinha como preceito normativo punir, prevenir e erradicar a violência contra mulher, conforme o Decreto de nº 1973 de agosto de 1996.

Dentre tantas violências contra as mulheres, é essencial reportar-se ao caso Maria da Penha ocorrido em 1983, a biofarmacêutica cearense vítima de violência doméstica ficou conhecida após sucessivas lutas na justiça para reconhecimento da agressão sofrida pelo marido e o cumprimento da sua pena.

Foi a partir da sua persistente luta que o Brasil foi condenado pela ONU e como forma de punição criou-se uma legislação adequada que atendesse as mulheres vítimas de violência doméstica, dessa forma surgiu a Lei Maria da Penha.

A Lei 11.340/06 foi sancionada em 22 de setembro de 2006, visando coibir à violência doméstica e familiar contra a mulher, assegurando à proteção as vítimas, a punição aos agressores, bem como a oportunidade de ressocialização deles.

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO

A vida em sociedade é um processo de convívio entre pessoas que por vezes, possa desenvolver sentimentos de integração, cooperação ou até conflito. Assim sendo, a capacidade de entender e julgar suas atitudes requer a criação de normas capazes de regular as relações humanas, desta forma, o instituto da mediação veio colaborar como meio de resolução de conflitos quando existentes dentro da sociedade.

A mediação é vista como um mecanismo de disseminação do diálogo e a pacificação social, é um meio judicial de solução de conflito que compreende o diálogo intermediado por alguém imparcial que favoreça e organize a comunicação entre os envolvidos no conflito, preferencialmente nos casos em que houver vínculos anterior entre as partes, contribuindo para que os interessados possam por si próprio, por intermédio da comunicação, identificar soluções consensuais que gerem benesse mútua.

Partindo da concepção que temos uma cultura de litígio e um poder judiciário sobrecarregados, é preciso trabalhar o conflito empregando mecanismo de soluções que possa trazer resultados proveitosos para todos, assim sendo, a mediação como instrumento colaborativo nos permite trazer as partes envolvidas no conflito uma economia de tempo, menos desgastes emocionais, reconhecimento do valor humano, economia financeira, entre outros valores.

De acordo com Moraes (2008, p. 136), o instituto da mediação, ao contrário da jurisdição tradicional, busca aproximar as partes, reafirmando a importância do instituto em comento.

Ademais, Moraes (2008, p. 133), descreve que é a “forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos no qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal.”

Trabalhar a existência de atritos nas relações intersubjetivas, interesses contrapostos das mais variadas espécies, seja elas, emocionais, sociais, ideológicas, familiar, afetivas. Vê-se a necessidade de se ter órgão consolidado, utilizando das técnicas de solução de conflitos que sejam capazes de solucionar as contendas mais complexas presentes na teia social.

Dessa forma, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da resolução 125/2010, objetivando fomentar as atividades de mediação e conciliação como instrumentos legítimos de resolução de conflitos tanto pré-operacional como judiciais, delegava ao poder judiciária essa responsabilidade. Esse aparato legal disponibiliza amplas formas de ingressar no poder judiciário, com diferentes maneiras de sair dele, com técnicas melhores para atender às particularidades do conflito, entre elas a mediação.

Nessa premissa, o novo Código de Processo Civil de 2015, veio inserir um referencial importante para a construção da cultura da paz, impondo criação de centros judiciários de solução consensuais de conflitos, bem como, a primeira audiência das partes a de mediação e conciliação, entendendo como uma ferramenta de obtenção de solução consensual rápida, objetivando o estímulo a auto composição.

Outrossim, o Novo Código de Processo Civil no artigo 3º, parágrafos 2º e 3º, indica que sempre que possível o Estado faça uso do instituto de solução consensual do conflito por considerar como melhor e mais adequado os meios de resolução de disputas, concepção esta, adotada pelo NCPC dá ideia de justiça multiportas, pois evitaríamos a judicialização ao optar a resolver os problemas de forma alternativa.

Em 2015 foi sancionada a lei 13.140/2015, vem dispor sobre mediação como meio de solução de querelas e sobre a auto composição de conflitos no âmbito da administração pública. Considerando a mediação uma atividade exercida por um terceiro imparcial, que facilita e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia, conforme parágrafo único da norma legal. Corroborando com o conceito de mediação Fernanda Tartuce trata:

É 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 situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem (TARTUCE, 2015, p. 174).

Logo, compreende-se que o preceito legal tem como premissa o fortalecimento do diálogo com apoio da figura do mediador que esteja revestido de capacidade técnica, conforme elenca nos seus dispositivos.

Assim sendo, pelo preceito legal a mediação seguirá requisitos em que a figura do mediador auxiliará as partes a compreender e chegar a um comum acordo, conduzindo a negociação, sem interferência, pois será o mediador um ouvinte-facilitador da conversa, conforme art. 4º, § 1º, da lei 13.140/15. O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

Ademais, a lei de mediação 13.140/15, elenca princípios norteadores que o mediador deve seguir como, imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Conjunto de fundamentos que a figura do mediador no desempenho da sua função aplica na situação do conflito.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO MECANISMO DE PACIFICAÇÃO E PREVENÇÃO EM CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência presente nas relações afetivo-conjugais é recorrente, fruto de culturas sociais, tornando-se um problema de saúde pública, que não deve ser tolerado, visto que geram violações de direitos humanos, rupturas de laços familiares, valores psicológicos desgastados e outras diversas formas de violência.

É nesse cenário que a Lei Maria da Penha veio para proteger a mulher criando mecanismos para coibir todas as formas de violência. É sabido que a violação aos direitos humanos não deve ser mediada, assim, as diversas violências praticadas contra as mulheres no âmbito doméstico e familiar, também não. Contudo, a própria lei menciona o acolhimento aos agressores que cometeu a violência, uma vez que é notório a falta de assistência aquele que praticou o ato violento no contexto familiar e doméstico.

Percebendo que o acompanhamento deve ser voltado para as pessoas envolvidas na relação e não somente a vítima, a Lei Maria da Penha dispõem de um conjunto de ações preventivas como meio de reabilitação e ressocialização dos agressores.

Com a finalidade de regular as políticas públicas, a lei 11.340/06, apresenta em sua composição disposições que nos permitem o acompanhamento também do agressor. Estabelece o Artigo 3º, parágrafo segundo “Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput”.

A princípio, as Disposições Preliminares constantes no art. 3º, § 2º, permitem a todos a criação de meios que produza bons efeitos no exercício dos direitos que venha a coibir e prevenir todas as formas de violência contra a mulher.

De modo consequente, o Capítulo I, vem a tratar das medidas integradas de prevenção elencadas no art. 8º e seus incisos subsequentes, um conjunto de ações planejadas pelo Estado e a sociedade civil.

Diante disso, a mediação como ferramenta de pacificação social, restabelecimentos de diálogos entre as partes, valorização do ser, discursão e compreensão de valores subjetivos apenas nessas relações, permite ser utilizada não apenas quando o conflito já existe, mas também, para evitá-los.

Contribuindo com a aplicação do instituto de mediação nos casos de violência doméstica, Sales (2007, p. 143), menciona que pode constituir um instrumento de combate a

esse tipo de violência. Esse combate seria a partir da prevenção da má administração de novos conflitos.

Compreendendo que projetos sociais são grandes instrumentos de ação que visa contribuir de alguma forma em mudanças na realidade social, o Estado e a sociedade devem articular ações que possibilitem reprimir quaisquer atos de violência contra as mulheres.

Nesse contexto, o Título V da Lei Maria da Penha, criar equipes multidisciplinares voltadas aos atendimentos de todos os envolvidos na violência doméstica e familiar, como também, centros de educação e de reabilitação para os agressores, conforme artigo 35, inciso V da lei 11.340/2006, também e não menos importante, o artigo 45 da lei 11.340/06 que altera o artigo 152 da Lei de Execução Penal-LEP, passando a vigorar no parágrafo único: “Artigo 152 [...] Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação” (NR).

É nesse cenário que a mediação será apresentada aos envolvidos no conflito, que almeja romper suas relações ou mostrar o lado diferente de uma relação saudável, que possa ser vivenciada sem a violência. A mediação permite a prevenção de violência, pois quando não trabalhado a existência desses atritos, pode surgir um novo conflito e uma grande possibilidade de novos episódios de violência.

Diante da crescente demanda de violência doméstica e familiar na cidade de Cajazeiras e a carência de ações voltadas para uma assistência ao agressor, percebeu-se a importância de um projeto social com foco no atendimento aos homens autores de agressões. Partindo dessa premissa, surgiu a ideia de implantar um projeto social dentro no Núcleo de Prática Jurídica da FAFIC, com apoio de uma equipe multidisciplinar estabelecendo parcerias tanto do setor público como privado, na qual promoverá a realização de encontros educativos e reflexivos, com o objetivo de prevenir novos episódios de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como inserir os autores das agressões de volta ao seu núcleo familiar com uma perspectiva enaltecida de valores éticos e respeito à dignidade da pessoa humana e conseqüentemente a pacificação no âmbito dessas relações.

O projeto pretende formar um grupo composto por homens que respondam a processo judicial provenientes de violência doméstica e familiar contra a mulher, com o propósito de motivá-los a uma reflexão sobre suas atitudes e conseqüentemente inseri-los de volta ao seu núcleo familiar, com a valoração de conceitos éticos e o respeito à dignidade da pessoa humana,

com o apoio de colaboradores que desenvolva iniciativas que foquem em uma vida sem violência doméstica.

O projeto apresenta como objetivos específicos:

- Oferecer um espaço que permita partilhar relatos e troca de experiências;
- Abordar o papel social e a questão de gênero no mundo contemporâneo;
- Proporcionar a reflexão de suas atitudes em detrimento a mulher;
- Debater a lei Maria da Penha no ambiente doméstico e familiar na ascensão de igualdade de gênero, decorrente das realidades vivenciadas;
- Inserir o agressor ao convívio familiar com a percepção de conceitos éticos.

Para execução do projeto, será constituído um grupo de trabalho dirigido pela coordenadora do NPJ, professora Cristiana Russo, com a colaboração das acadêmicas idealizadoras do projeto, juntamente com representantes de outras instituições.

O projeto será definido em etapas, objetivando que a ação se desenvolva da seguinte forma: Conforme preceito legal, nos casos de violência doméstica contra a mulher o juiz determinará o comparecimento obrigatório do agressor aos programas de recuperação e reeducação, dessa forma, entendemos que o projeto social corresponde ao mandamento legal.

Em seguida, o denunciado já com a determinação judicial e a decisão da frequência ao programa, comparecerá ao NPJ, para orientações sobre o programa, sobre encontros individuais e coletivos e sobre atendimentos individuais com Mediadores, a Assistente Social e Psicóloga. Compreendemos que para termos um resultado satisfatório, o grupo será composto por 10 homens em 10 encontros fechados, com encontros semanais, visto tratar de um projeto experimental. No roteiro dos encontros sugerimos que:

- No primeiro encontro, será apresentada toda a equipe que acompanhará o programa, a apresentação do espaço que permitirá os encontros, os esclarecimentos das dúvidas, das regras de convivência, dos horários, das expectativas do grupo, da importância do encontro e alguma dinâmica que permita a interação de todos os envolvidos.

- No segundo encontro, será abordado questões de gênero e o papel social e uma dinâmica de grupo para discutirmos opiniões e atitudes sobre o homem e a mulher no mundo atual;

- No terceiro encontro, trabalhar-se-á com o tema violência, na perspectiva da prevenção, comportamento agressivo, meios de conter a raiva, a importância do diálogo como

solução do conflito e outros questionamentos que possam ser debatidos no grupo com a ajuda do profissional;

- No quarto encontro, será abordada a questão do uso do álcool e outras drogas, alertando sobre dependência química e seus efeitos nefastos, como também, formas de prevenção, identificação e tratamento;

- No quinto encontro, será proposta uma reflexão de suas atitudes em detrimento da mulher, depois de ter sido discutido em encontros anteriores conceito de gênero e o papel social do homem e da mulher, da violência e o uso do álcool e das outras drogas, fatores consideráveis para prática de violência contra a mulher.

- No sexto encontro, debater a lei Maria da Penha no ambiente doméstico e familiar, objetivando ascensão de igualdade de gênero, decorrente das realidades vivenciadas, bem como, tirar dúvidas sobre o preceito legal;

- No sétimo encontro, considerações sobre conceitos éticos e o respeito à dignidade da pessoa humana, para emprego no âmbito dessas relações e inserir o agressor de volta a convivência familiar, pois, entende-se que é possível reverter o contexto atual se trabalhada a conduta do agressor demonstrando ser capaz de transformar suas vidas, como também, a criação e valorização da família;

-No oitavo encontro, verificação da situação familiar, um encontro que permita entender as condições que se encontram os filhos, esposa e qualquer outro componente dessa estrutura familiar, pois entende-se que o direcionamento de um profissional que faça parte do programa seja um assistente social, psicólogo, estudante de direito e qualquer outro colaborador que poderá identificar uma solução para os problemas existentes;

-No nono encontro, avaliação geral da equipe e seus participantes.

-Por fim, o décimo encontro, o fechamento do ciclo com encerramento e momento motivacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação do projeto social, voltado para o objetivo formulado, é decorrente da ausência de programas direcionados ao agressor na cidade de Cajazeiras/PB. A apresentação do esboço propende direcionar ao leitor o que se pretende realizar, bem como, recrutar colaboradores que possam acrescentá-los ao nosso projeto.

Por se tratar de um projeto piloto, os primeiros passos aqui delineados, estão abertos para discussão á aqueles que desejarem aperfeiçoar a metodologia que deverá ser aplicada no programa.

Por acreditar que é possível aplicar dentro de um espaço que já se aborda o Direito e emprega a Justiça por meio de práticas desenvolvidas por acadêmicos, o NPJ da FAFIC é adequado para colocarmos de forma experimental um projeto que até então não tem a atenção da sociedade. Considero que a implantação do projeto social em conjunto com colaboradores governamentais e não governamentais em um espaço democrático, o NPJ, fruto de ideologias que a instituição nos ensina como cidadãos e futuros profissionais do Direito de que ideias como projetos sociais, nascem do desejo de mudar uma realidade, buscando contribuir através de alguma medida um mundo possível.

Apesar de ainda existir um entrave no fortalecimento de formas de resolução de conflitos no âmbito doméstico e familiar, visto termos uma cultura que vise métodos oficiais e tradicionais de distribuição de justiça, a esperança da implantação do instituto da mediação dentro do projeto social, venha a colaborar para trabalharmos as diferenças contextualizadas no decorrer deste artigo e assim possa servir como exemplo para as próximas relações familiares.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a auto composição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL, República Federativa do. **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984,** institui a Lei de Execução Penal.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **DECRETO 1973 DE AGOSTO DE 1996 – CONVENÇÃO BELEM DO PARA.** Acesso disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

DINIZ, C. S. G. **Violência contra a mulher: estratégias e respostas do movimento feminista no Brasil (1980-2005).** In: DINIZ, Simone; MIRIM, Liz; SILVEIRA, Lenira. (Orgs.). Vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher. São Paulo: Ed. Coletivo Feminista, 2006. p15 – 44. v.1.

GOMES, Milton Carvalho. **Avanços e retrocessos no combate à violência contra a mulher: O contexto de surgimento da Lei Maria da Penha** (Lei n. 11.340/2006) Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/32882/avancos-e-retrocessos-no-combate-a-violencia-contr-a-mulher-o-contexto-de-surgimento-da-lei-maria-da-penha-lei-n-11-340-2006>. Acesso em: 20 out. 2019.

RAMOS, Nilce Elaine Byron. **A mediação de conflitos cíveis como instrumento de empoderamento da mulher vítima de violência doméstica**, João Pessoa, 2011. Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/948688fe-3e45-4a79-afde-3a51c9c919c7.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

OFERTA DE ALIMENTOS SOB O CRIVO DA AFETIVIDADE

Maria Simone Oliveira Roseno

Jessica Araujo de Oliveira

Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas

RESUMO

O estudo em síntese busca discutir sobre a oferta de alimentos e a ausência de afetividade por parte dos alimentantes, bem como, apresenta a responsabilidade da mulher em ter que suprir as carências dos filhos, sejam de ordem emocional, psicológica e educacional, dada a ausência do genitor em prestar assistência moral aos seus descendentes. Neste sentido, se vislumbra a possibilidade de elencar as possíveis consequências para o desenvolvimento da criança ou do adolescente quando não há a figura paterna em sua vida, por negligência desse. O despertar para pesquisar sobre a temática em tela se deu em decorrência das experiências vivenciadas em estágio realizado na Defensoria Pública de Cajazeiras – PB e se desenvolveu através de pesquisas em sítios na internet e leituras debruçadas em artigos de autores que discorrem sobre a discussão proposta. Portanto, oferta de alimentos vai muito além que o pagamento de determinada quantia em dinheiro, mas se trata de sentir o que o outro sente, é amar sem que seja necessário alguém pedir ou dizer o que um pai deva sentir por um filho.

Palavras-chave: Alimentos. Filhos. Afetividade.

ABSTRACT

The Study on synthesis search discuss about the offer of foods and the absence of affectivity by part of feeders, as well, present the responsibility of the woman to needs to supply the needs of children, be of emotional order, psychological and educational, given the absence of the parent to give moral assistance to their descendants. In this sense, catch a glimpse the possibility to list the possible consequences to the development of the child or of the teenager when doesn't have the patern figure in their life, by negligence of that. The awakening to search about the thematic in screen was due of the lived experiences in realized stage in Public Defender of Cajazeiras-PB and it developed by searches in site on internet and fringed readings in articles by authors that run about the proposed discussion. Therefore, aliment offer go far beyond that payment of determined money quantity, but it comes to feel what the another feels, is love without be necessary to someone ask or tell what one dad needs to feel for a son.

Keywords: Foods. Children. Affectivity.

Assistente Social, Pós-Graduada em Gestão Pública, Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC, E-mail: simonecno2011@hotmail.com;

¹ Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC, E-mail: jessicaaraujo6206@gmail.com;

¹ Professor da FAFIC, Mestre em Recursos Naturais, Advogado, Professor da FASP; Palestrante e Professor de Cursos Preparatórios para o Exame de Ordem; E-mail: josephragner@gmail.com.

INTRODUÇÃO

É sabido que a oferta de alimentos não é condicionada a relação de afetividade entre alimentante e alimentando. Entretanto, o presente estudo visa discutir as questões relacionais entre pais e filhos quando da possibilidade do pagamento da verba alimentar e se nesse patamar também existe a afetividade.

O despertar para o estudo sobre a presente temática deu-se devido as valiosas experiências vivenciadas no campo de estágio na Defensoria Pública do Estado da Paraíba, Núcleo de Cajazeiras – PB, nos meses de abril a outubro de 2019, assim como, dos inúmeros relatos das pessoas com quem estes pesquisadores convivem, por ser tratar de vivências recorrentes na sociedade, independente da classe social dos sujeitos. Contudo, a pesquisa se debruça em entendimentos de autores divergentes sobre a possibilidade de oferta de afetividade por parte do alimentante.

Neste sentido, dada as inúmeras ações de alimentos que tramitam no Poder Judiciário, que no ano de 2018 já contabilizavam em torno de cem mil processos (dados do Jornal o Globo)⁵², é salutar traçar discussões em torno desse fato social ligado a “obrigação afetiva”.

O autor Nadir Silveira Dias (2000), discute sobre obrigação alimentar e obrigação afetiva. Para o referido estudioso, deve haver obrigações recíprocas entre alimentante e alimentando, para que de fato, possa coexistir a obrigação alimentar, decorrente da convivência e afetividade entre filhos e pais.

Para Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2014), quando da obrigação de prestar alimentos, é irrelevante a afetividade que existe entre os parentes, haja vista que é presumido esses laços afetivos, por tratar-se de aspectos familiares.

Segundo Clarissa Pais e Clara Ferreira (2018), a responsabilidade de cuidar dos filhos é incumbida quase que sempre a mulher, em razão da cultura patriarcal, quando o homem dá o dinheiro da pensão alimentícia, já está isento de qualquer responsabilidade para com os filhos.

Assim, a pesquisa em tela, busca compreender as consequências que a ausência de afetividade ocasiona ao alimentando, quando o alimentante oferta tão somente o valor dos alimentos, bem como, tratar do papel da mulher nesse cenário de alimentação, sustento e

⁵² Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ao-menos-cem-mil-processos-de-cobranca-de-pensao-alimenticia-tramitam-hoje-no-pais-22522436>. Acesso em: 28 set. 2019.

proporcionar afeto aos filhos, quando o genitor não cumpre também com a sua obrigação de cuidar e acompanhar o desenvolvimento dos seus descendentes.

Portanto, o papel dos pais na vida de uma criança/filho, vai muito além de um valor estabelecido em uma decisão judicial ou extrajudicial, trata-se do querer cuidar, amar, acompanhar o crescimento e desenvoltura, como uma necessidade humana de ser acolhido e aceito em todas as situações por aqueles que lhes geraram a vida.

MATERIAL E MÉTODOS

Trata-se de uma pesquisa de natureza exploratória e explicativa, com uma abordagem qualitativa, voltada para a problemática do pagamento da pensão alimentícia e a ausência ou deficiência na oferta de afetividade pelo alimentante. Desdobra-se ainda, em uma análise crítica e dialética sobre a temática proposta e das experiências vivenciadas no campo de estágio.

Na realização do estudo em tela, foram realizadas consultas em sítios na internet, através da leitura analítica de autores que discorrem sobre a temática proposta. Bem como, com supedâneo no Código Civil de 2002 comentado, se debruçando sobre os dispositivos que tratam da verba alimentar.

De posse da leitura dos referenciais teóricos supramencionado, se busca compreender como e o porquê os alimentantes se utilizam do numerário pago a título de alimentos, como sua única obrigação para com o alimentando, como também, visa analisar as interfaces na ausência de afetividade, quando da obrigação da verba alimentar e suas consequências para a vida do que recebe os alimentos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A prestação de alimentos é devida aqueles que necessitam de assistência, seja em decorrência da dissolução de um arranjo familiar, seja por necessidade dos ascendentes que se encontra em impossibilitado de prover o próprio sustento, haja vista que o pagamento de verba alimentar não é uma obrigação tão somente devida pelos genitores aos filhos, mas também, desses para com aqueles, bem como, de outros parentes, senão vejamos o que estabelece o art. 1.694 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Sobre a obrigação da família prestar assistência aos filhos, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, aduz que:

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

O próprio texto constitucional pugna pela convivência familiar e comunitária, além de outros direitos devidos à criança e ao adolescente. Portanto, não é só o dever material dos pais para com os filhos, mas promover a presença com esses, como sendo ações essenciais para um desenvolvimento completo e saudável.

Corroborando com a mesma redação, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 3º, parágrafo único, estabelecendo os mesmos tipos de proteção à criança e ao adolescente. É ampla a proteção estabelecida pelos diplomas legais aos filhos, pela família (instituição essa na qual o estudo se debruça) e não somente a oferta de um valor monetário para suprir todas as necessidades de um filho(a).

Se torna salutar apresentar a discussão sobre pagamento da pensão alimentícia e quando da ausência de oferta de afetividade pelos alimentantes, os possíveis danos emocionais que os alimentandos poderão sofrer, em razão do número crescente de divórcios de casais que constituíram filhos, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, vejamos:

Os estados analisados no levantamento foram Alagoas, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. Neles, ao todo, 37.648 novos processos foram abertos em 2016; e 30.491 no ano passado. De acordo com os últimos registros disponíveis do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2016 surgiram em todo o país 146 mil novos processos deste tipo. O CNJ compila dados nacionais, mas o repasse de cada TJ para o órgão é, em geral, lento. Por isso, especialistas estimam que o número de novas cobranças de pagamento de pensão, sob o nome técnico de “execução de alimentos”, seja ainda maior do que a indicação do Conselho. De todo modo, o dado representa cerca de 40% do número de divórcios no país, que, segundo o IBGE, totalizou 344 mil em 2016. No Rio, o que chama a atenção é o leve salto no número de prisões decretadas de 2016 para 2017, passando de 5.856 para 6.256. (PAINS; FERREIRA, 2018).

São números expressivos de processos que tratam sobre pensão alimentícia. Necessária apresentar o que leva adentrar o Judiciário, tantas demandas sobre a prestação de alimentos aos filhos, advogados especialistas em Direito de Família explicam que são por dois fatores: “[...] a falta de diálogo entre os pais da criança na hora de determinar uma pensão ou de rever o valor dela e a tendência de muitos homens verem como uma espécie de “trunfo” o não pagamento de pensão à ex-mulher — ainda que esta seja para gastos com o filho” (PAINS; FERREIRA, 2018).

Muitas vezes, os processos de divórcios ocorrem por desentendimentos entre os cônjuges ou companheiros, o que acaba se resvalando no cuidado e na proteção aos filhos. Porém, há discussões sobre a obrigatoriedade ou não em ofertar também afetividade. Para o doutrinador Ricardo Ferraz de Campos Monaco,

A obrigação de prestar alimentos pode surgir em razão do parentesco. Para tanto, o Código estabelece regras de vocação e distribuição do encargo em virtude da proximidade das relações familiares, baseando-se, claramente, nos laços de consanguinidade existentes. É irrelevante, nestes casos, a afetividade que existe entre os parentes, posto que a lei a presume, enquanto decorrente do aspecto familiar que os une (MONACO, 2014, p. 1443).

O referido autor discorre sobre a visão presumida da lei e do que deveria ser na prática, posto que é ideal que haja entre membros da família, laços de afetividade, independentemente da situação que venha ocorrer entre esses. Entretanto, na vida cotidiana não ocorre como a lei presume, mas são situações bem conflitantes e carentes de sentimentos esperados entre pais e filhos.

Nesse cenário de negativa de responsabilidades, por parte de alguns pais, as obrigações recaem sobre a mulher, deixando-a sobrecarregada, conforme pesquisa do IBGE:

Uma pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (...) revelou que as mulheres brasileiras dedicam, em média, 73% mais tempo que os homens aos afazeres domésticos e cuidados com outras pessoas, como idosos e crianças. Na prática, isso significa que, enquanto os homens gastam 10,5 horas por semana com esse tipo de atividade, as mulheres empregam 18,1 horas nisso ao longo de sete dias. A diferença é ainda maior entre a população preta ou parda e em locais mais pobres (PAINS; FERREIRA, 2018).

Ademais, a responsabilidade do genitor em pagar tão somente o valor da pensão, é uma prática legitimidade pela própria sociedade, pois, “[...] A sociedade coloca como se os filhos fossem responsabilidade única da mulher. Ela pariu, então tem que sustentar. A sociedade concorda com essa cultura patriarcal na qual o homem dá o dinheiro e já é suficiente. Mas os filhos precisam de muito mais que isso [...]”.

Vale ressaltar que, a falta de oferta de afetividade, embora seja uma prática recorrente por parte do genitor, mas também, ocorre que as genitoras deixam de exercerem seu dever de mãe, ao tempo que deixam de se fazerem presentes nas vidas dos filhos. Deve se levar em consideração os novos arranjos familiares, mas preponderantemente o modelo de família mosaico.

Neste sentido, há uma violação indireta aos direitos dos filhos em terem a convivência com os pais, a referência de alguém que é seu ascendente não só consanguíneo, mas de afeto, de carinho, de cuidado, de companheirismo, de poder dividir momentos e saber que além da mãe, tem um pai com quem possa contar, quando precisar.

Nas palavras de Nadir Silveira Dias,

[...] a relação parental não subsiste sem a efetividade de recíprocas obrigações entre alimentante e alimentando, ainda que estrita e legalmente caracterizada a relação jurídica parental pela relação jurídica registral, pois esta só não basta, não é suficiente para formar o substrato fático-jurídico a ensejar o pedido de alimentos por parte daquele que não cumpre com a sua obrigação de convivência e de afetividade para com o pretense alimentante (DIAS, 2000).

Para o referido autor, deve haver uma relação recíproca entre alimentante e alimentando, caso não exista, não há o que se falar em obrigação alimentar. No entanto, na prática, o que ocorre é a ausência da afetividade por parte do alimentante, uma vez que, aquele que paga alimentos, acredita ser essa sua única e suficiente obrigação para com o(s) filho(s). Deixando de buscar um contato presencial, de acompanhamento do desenvolvimento pessoal e social de seus descendentes, o que acaba acarretando o desencadeamento de sentimento de rejeição naqueles e de insatisfação perante as relações familiares entre pais e filhos.

Esse contexto, se configura o chamado abandono afetivo. Em que consiste no abandono moral e afetivo, por parte de um dos genitores ou de ambos. Assim,

O Abandono Afetivo ocorre quando um ou ambos os genitores passam a não prestar o dever de dar assistência moral e afetiva aos seus filhos, podendo

acontecer em famílias em que os pais são separados de fato ou divorciados, e o genitor que não possui a guarda do menor passa apenas a contribuir com o apoio material eximindo-se das outras obrigações [...]. (DIAS, 2015 apud SANTOS; ROSA, 2017).

Quando há o abandono afetivo, ocorrem consequências nefastas de natureza jurídica e psicológica (o estudo se dá em torno desse último). Pois, o abandono parental, viola dois princípios previstos na legislação do Brasil, quais sejam: o princípio da afetividade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A obrigação da família cuidar dos filhos, se dá desde a infância até a fase da jovialidade e quando não há a afetividade por parte de um dos genitores, esse poderá desenvolver problemas de ordem emocional e psicológica, a saber:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. [...] A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação (DIAS, 2015 apud SANTOS; ROSA, 2017).

A oferta de alimentos é uma das obrigações do alimentante, assim, o exercício do poder familiar não se trata tão somente de atender as necessidades materiais da criança e/ou adolescente, mas de atender as suas carências intelectuais e psicológicas, como sendo um pressuposto para o seu desenvolvimento físico e psicológico saudável.

Os pais exercem uma função muito importante na vida dos filhos, como a referência de caráter, valores, princípios e de base familiar. Por isso, quando há essa possibilidade de realização em sua plenitude, poderão surgir problemas na vida dos filhos, como por exemplo, o sentimento de rejeição pelo pai, a falta que esse faz na vida daquele, bem como, a necessidade da presença e da reafirmação de ter mais alguém com quem contar.

Neste contexto é importante destacar a relevância da presença do pai para o desenvolvimento geral da criança, seja ele emocional, físico, escolar, no dia a dia, ou até mesmo no desenvolvimento espiritual, pois é como uma referência de segurança para a criança (DIAS, 2010 apud SANTOS; ROSA, 2017).

Portanto, a convivência familiar é essencial para o desenvolvimento saudável dos filhos, principalmente na fase da infância, dada a necessidade de se estabelecerem laços familiares e de afetividade. Devendo essa ser uma regra para todos os arranjos familiares, pois:

O rompimento da relação conjugal, portanto, não deve constituir para a criança uma reserva ao seu direito à convivência familiar. Neste contexto, analisa-se que os filhos necessitam dessa relação de proximidade com os pais. Isso porque o divórcio acarreta mudanças nas estruturas e dinâmicas familiar. Porém, ele não acaba com a família, mas traz novas configurações no relacionamento da família devido ao rompimento da vida conjugal, entretanto, a família se mantém, mas com uma nova dinâmica, pois a separação traz novas experiência onde ocorre perdas que geram sofrimento (SANTOS; ROSA, 2017).

A oferta de afeto é fundamental para o bem-estar da criança e do adolescente, não bastando que os pais proporcionem apenas condições de subsistências para sua família, mas a atenção e o carinho são de grande importância para o desenvolvimento moral, psíquico, comportamental e educacional dos filhos.

A infância e a adolescência são a base para que o ser humano se torne um adulto bem desenvolvido, através do experimento de vivências marcantes e que servirão de espelho para as vindouras, pois, quando se oferece aos filhos todo o apoio necessário, esses crescem com mais vivacidade e fortalecidos para enfrentar as intempéries da vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os arranjos familiares atualmente são calcados pela afetividade e não somente os laços de consanguinidade como ocorrera outrora. Assim, o afeto, o carinho e o amor passou passaram a ser sentimentos basilares das famílias contemporâneas, quiçá na educação dos filhos.

Nesse interregno, quando os arranjos familiares são desfeitos, há uma discrepância na prestação de assistência aos filhos, advindos dessas relações familiares. Pois, em alguns casos, o genitor se esquia do seu dever de assistir as crianças e/ou adolescentes, bem como, quando só presta tão somente alimentos, deixando de ser presente na vida daquele que necessita de atenção, do apoio moral, psicológico e intelectual.

Como as famílias contemporâneas têm o afeto como base de suas relações, a falta desse gera efeitos nefastos de naturezas diversas, tais como: sentimento de rejeição, transtornos,

dificuldades de se relacionar, depressão, mágoas e muitos sentimentos de não aceitação da própria personalidade.

Portanto, os genitores precisam sentir mais, exteriorizar o amor e compreender que um filho é muito além de um valor monetário que se oferta mensalmente, mas é a medida da própria vida daquele que paga verba alimentar. Não devendo deixar a obrigação de prestar afetividade tão somente para a mãe, que já exerce uma função muito essencial na vida do filho, desde a sua concepção.

A proposta do estudo apresentado não tem escopo forçar os pais a amarem, mas “Não está em discussão o amor. Não se pode obrigar a amar, porém é controvertida a imposição biológica e jurídica de cuidar que é dever intrínseco e personalíssimo dos pais”. (SANTOS; ROSA, 2017).

REFERÊNCIAS

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 03 out.2019.

DIAS, Nadir Silveira. Obrigação Alimentar versus Obrigação Afetiva. **In: Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 22/01/2000. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2000-jan-21/obrigacao_alimentar_obrigacao_afetiva. Acesso em: 01 out. 2019.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Dos Alimentos. **In: Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Costa Machado, organizador; Silmara Juny Chinellato, coordenadora. 7. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2014.

PAIS, Clarice; FERREIRA, Paula. Ao menos cem mil processos de cobrança de pensão alimentícia tramitam hoje no país. **In: O GLOBO**, publicado em 25/03/2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ao-menos-cem-mil-processos-de-cobranca-de-pensao-alimenticia-tramitam-hoje-no-pais-22522436>. Acesso em: 02 out. 2019.

SANTOS, Saruzze Pereira; ROSA, Andréia Ayres Gabarda. Consequências psicológicas e jurídicas do abono afetivo. **In: Contéudo Jurídico**. Publicado em 17 nov. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51067/consequencias-psicologicas-e-juridicas-do-abandono-afetivo>. Acesso em: 03 out. 2019.

OS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E SUA EFICÁCIA EM RELAÇÃO AOS MÉTODOS JUDICIAIS

MACIEL, Milenne Emilly Bezerra
SOUSA, Valécia Kilmmer Tavares de

RESUMO

O presente artigo possui a finalidade de realizar uma análise acerca dos métodos extrajudiciais consensuais de resolução de conflitos, como sendo um direito fundamental do cidadão brasileiro, assim como a autonomia privada, buscando ainda compreender a influência do tema na luta pela superação do obstáculo “ineficiência”, presente na quinta onda de acesso à justiça destacado pelos sucessores dos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, evidenciando suas diferenças, características e benefícios em relação aos métodos judiciais. O obstáculo citado tem ganhado proporções alarmantes no país, fazendo-se necessário o estabelecimento dos métodos extrajudiciais para facilitar tanto a diminuição do elevado número de processos nos tribunais quanto a resolução mais rápida e benéfica do litígio para ambas as partes do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Ineficiência. Métodos Extrajudiciais. Resolução de Conflitos.

ABSTRACT

This article has the possibility to analyze the consensual extrajudicial methods of conflict resolution, as a fundamental right of the Brazilian citizen, as a private autonomy, seeking to understand the influence of the theme in the fight to overcome the obstacle "inefficiency, present in the fifth wave of access to justice, highlighted by the successors of authors Mauro Cappelletti and Bryant Garth, highlighting their differences, characteristics and benefits in relation to judicial methods. The aforementioned obstacle has alarming proportions in the country, making it necessary to establish extrajudicial methods to facilitate both the maximum number of court cases and the faster and more beneficial settlement of litigation for companies as parties to the case.

KEYWORDS: Inefficiency. Extrajudicial Methods. Conflict Resolution.

Milenne Emilly Bezerra Maciel é aluna da instituição FESC-FAFIC, bacharelanda do curso de Ciências Jurídicas e Sociais, quarto período, matutino. Endereço eletrônico: milennemaciel2018@hotmail.com.

¹ Valécia Kilmmer Tavares de Sousa é aluna da instituição FESC-FAFIC, bacharelanda do curso de Ciências Jurídicas e Sociais, quarto período, matutino. Endereço eletrônico: valeciakilmmer2@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, o Poder Judiciário tem vivenciado uma crise em seu sistema, decorrente do elevado número de processos que entram e do reduzido número de sentenças que são homologadas, contudo, com o intuito de desafogar essa tribulação, surgem os métodos consensuais de resolução de conflitos, métodos estes que possuem o intuito de resolver os litígios em uma duração de tempo muito inferior à dos métodos judiciais, conseguir ainda um acordo que beneficie as duas partes do processo e obter menos custos tanto financeiros como emocionais, diferentemente dos métodos adversariais adotados pelo judiciário, conhecidos como jurisdição e arbitragem, onde apenas uma das partes do processo consegue sair com o benefício. Schnitman afirma que:

Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona como uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos para resolver diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina ‘ganhadora’, e outra, ‘perdedora’. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais (SCHNITMAN, 1999, p. 17).

Sabendo que o entendimento entre as partes é a melhor maneira de resolver conflitos, a mediação e a conciliação são os métodos mais conhecidos extrajudicialmente para tal resolução, sendo a primeira um método pelo qual uma terceira pessoa chamada de mediador influencia o diálogo entre os indivíduos, não estabelecendo possíveis acordos, mas sim, deixando que as próprias partes cheguem a um consenso; e a segunda, por sua vez, que conta com a presença de um terceiro chamado de conciliador, pessoa capacitada que tanto estabelece o diálogo entre as partes quanto propõe soluções que sejam benéficas para ambos. Calmon estabelece que:

A principal distinção entre os dois mecanismos não reside em seus dirigentes, mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, dirigindo o ‘procedimento’, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo (CALMON, 2007, p. 144).

MATERIAL E MÉTODOS

Neste trabalho será utilizado o método dedutivo, além da pesquisa documental quanto ao conteúdo para tratar de informações fundamentadas acerca dos métodos extrajudiciais utilizados nas resoluções de conflitos, de maneira a explicar a sua eficácia quanto aos métodos judiciais.

AUTONOMIA DA VONTADE / AUTONOMIA PRIVADA

As expressões Autonomia da Vontade e Autonomia Privada, são de importante relevância para a evolução das relações de negócios jurídicos, entretanto, ambas possuem distinções entre seus significados que influenciam diretamente na criação dos contratos na sociedade contemporânea, sendo importante citar a transição da autonomia da vontade para autonomia privada, marcando, na segunda, a valoração da dignidade da pessoa humana.

O Princípio da Autonomia da Vontade possui suas bases fixadas na sociedade liberal, mais especificamente caracterizadas no século XVIII e XIX, sendo marcado por uma ideologia individualista, ou seja, o homem era o centro do Direito, sua vontade era respeitada pelo Estado, portanto, a intervenção estatal era mínima na esfera privada, pois o homem tinha liberdade para celebrar contratos, fixar seu conteúdo e escolher quem quer contratar, além de possuir a plena liberdade contratual, cabendo ao Estado assegurar apenas a execução das vontades. Contudo, tanta liberdade impedia a valoração da dignidade da pessoa humana, liberdade e justiça, pois a única preocupação existente no Princípio da Autonomia da Vontade era sobre a relação jurídica e com o conteúdo contratual, sem se preocupar com impacto social. Desse modo, Mariana Pargendler estabelece a seguinte afirmação:

O princípio da autonomia da vontade, desenvolvido no século XIX, sob influência da doutrina econômica liberal, funda-se sobre uma análise filosófica individualista dos direitos subjetivos. Partindo-se da premissa de que os indivíduos, em sua essência abstrata (Estado de Natureza), são livres e iguais, conclui-se que nada os pode obrigar, salvo o seu consentimento. Assim, a origem única das normas jurídicas, por definição obrigatórias, é o acordo de vontades (PARGENDLER, 2004, p. 03).

À medida em que a sociedade foi evoluindo, tal princípio se relativizou, principalmente após a 1ª Guerra Mundial, quando o Estado assumiu uma posição com mais rigor em se tratando

de relações privadas, assim a autonomia acaba sofrendo limitações, mas não se desaparece por completo. Por conseguinte, a autonomia da vontade foi evoluindo, passando para autonomia privada, tendo em vista que, o contrato deixou de ser o acordo livre entre as partes e passou a representar um valor de atividade social. Assim, a relação negocial apontou a combinação de três elementos: ordem, justiça e liberdade. Desse modo, na Autonomia Privada as partes podem compactuar de acordo com suas vontades, porém, nos limites juridicamente impostos para assegurar o propósito de utilidade social.

A limitação da autonomia visa a prevalência do coletivo sobre o individual, fruto de uma nova postura e proposta estatal, vinda da Autonomia Privada, assim, o estado passou a intervir nos contratos, isso decorre devido à mudança ocorrida pelo Direito Civil, a chamada constitucionalização do Direito, logo, a Autonomia da Vontade e a força obrigatória dos contratos tiveram sua abrangência reduzida pela boa fé, pela função social do contrato e pela equidade entre as partes, respeitando as normas citadas no Código Civil, e as pessoas passaram a ter autonomia dentro dos limites impostos juridicamente, caracterizando o fenômeno da constitucionalização. Em referência à distinção entre as duas autonomias, a Autonomia da Vontade, se relaciona com a liberdade e a autodeterminação (manifestação da vontade livre), já a Autonomia Privada é caracterizada pelo poder de auto-regulamentação, através de normas estabelecidas dentro dos interesses individuais.

A priori, no Brasil, a Autonomia da Vontade foi estabelecida no Código Civil de 1916 e em todas as constituições anteriores à de 1988, essa realidade foi mudada a partir do lançamento do novo Código Civil e da Carta Magna de 1988, ocorrendo assim, a transição da Autonomia da Vontade para a Autonomia Privada, tendo a finalidade de promover interesses para a coletividade, se adequando aos fundamentos presentes na constituição.

Portanto, mediante os argumentos apresentados, nota-se que versa de princípios opostos, levando em consideração que a primeira enfatiza na base do liberalismo, enquanto a segunda é mais atual, representa as decisões e perspectivas da sociedade no âmbito contratual, suprimindo as expectativas dos indivíduos em sua coletividade.

MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A mediação refere-se a um determinado procedimento informal de resolução de conflitos, com o intuito de resolver controvérsias de forma mais pacífica possível entre as partes,

trata-se de procedimento voluntário e confidencial, na qual pode ser encerrada a qualquer momento, ou seja, fica a critério dos envolvidos continuar ou não o procedimento de mediação. Vale ressaltar que, as partes buscam a resolução do problema de forma mais rápida e menos burocrática, evitando a consulta ao poder judiciário. Fabiana Spengler menciona que:

Destarte, tem-se que a mediação funciona como um processo democrático, pois, rompe/dissolve os marcos de conflitos, acolhendo a desordem e buscando a sua resolução pelo diálogo e compreensão entre as partes no intuito de garantir a democracia e a cidadania, principalmente na fundamentação da relação um com o outro (SPENGLER, 2008, p. 74).

As decisões tomadas durante um processo de mediação não possuem a interferência do mediador, permanecendo-se neutro, no entanto, ele expõe um determinado acordo que melhor convém as duas partes, logo, fica a critério dos envolvidos aceitar ou não determinado enredo proposto pelo mediador. Em meio aos processos, vale destacar o princípio da confidencialidade, no qual indica que todas as decisões tomadas não podem ser consideradas além do processo, sendo resguardadas todas as informações disponíveis e divulgadas pelas partes.

A Mediação auxilia em diferentes conflitos, podendo incluir interesses financeiros, comerciais e pessoais, estabelecendo critérios de acordo com o que a lei descreve, para que assim garanta a melhor satisfação entre os envolvidos. Portanto, o papel fundamental do mediador é auxiliar para que as partes cheguem a um acordo negocial, favorecendo todos os indivíduos, não se valendo o poder de tomar decisões. À vista disso, a mediação pode ser aplicada a vários tipos de disputas, sendo considerado um processo flexível, podendo se adequar ao que cada indivíduo busca na resolução do processo, valendo destacar que não é um método adequado para vinganças judiciais e processos legais onde as partes possuem opiniões divergentes e imparciais, as quais não conseguem obter a resolução do conflito sem o intermédio do poder judiciário. Segundo Bacellar:

A conversa desenvolvida no processo consensual de mediação servirá para esclarecer situações, recuperar comunicação direta, eliminar resíduos e falhas verificadas na comunicação anterior e pode até melhorar o relacionamento entre os interessados nas suas relações posteriores (BACELLAR, 2012).

Existem quatro escolas clássicas na mediação que servem para orientação do mediador no processo, para que com isso ele possa auxiliar de forma mais eficaz as partes envolvidas,

sendo essas orientadas por uma gama de princípios, entre os quais destacam-se o Princípio da Independência, da Imparcialidade, da Autonomia da Vontade, da Confidencialidade, da Oralidade, da Informalidade e da Decisão Informada, podendo-se apresentar: O Modelo Transformativo de Bush e Folger, o Modelo de Tradicional Linear de Harvard, o Método Narrativo-Circular de Sara Cobb e a Escola da Mediação Avaliativa.

O Modelo Transformativo de Bush e Folger, tem como objetivo centralizar a autonomia dos mediados, pois neste caso, o mediador possui a função específica de fazer com que as partes se relacionem entre si dentro do processo, promovendo a autodeterminação e incentivando suas autonomias na busca da resolução do litígio, com o intuito de promover a completa satisfação mútua entre os interessados, já que ambas as partes mostram seus posicionamentos no processo.

O Modelo de Tradicional Linear de Harvard, trata-se de uma “oitiva alternada”, na qual uma das partes escuta o que a outra diz silenciosamente até chegar a sua vez, repetindo o processo novamente com a outra parte. O mediador possui a função de auxiliar expondo o melhor método de alternativas de conflito para cada caso em específico, para que assim chegue um acordo em que todos fiquem satisfeitos.

O Método Narrativo-Circular, tem o intuito de privilegiar a discussão entre as partes do processo, sempre evidenciando o diálogo e a narrativa, sendo esse o principal elemento que caracteriza determinado método. O objetivo principal é analisar os fatos anteriores ocorridos antes do deslinde conflitivo, para que assim, cheguem a um consenso.

A Mediação Avaliativa, é caracterizada pela figura imparcial de um mediador, influenciando de forma direta dentro do processo, no qual tem direito de expor sua opinião. O mediador tem o papel de analisar todas as informações presentes no processo e indicar a orientação correta de que as partes necessitam, já a Modalidade Facilitadora, é uma grande aliada na mediação, pois evidencia o diálogo entre as partes, onde incentiva a alcançar um acordo que seja bom para os dois lados. Vale ressaltar que, no Brasil, a Modalidade Facilitadora, é umas das que mais se destacam, pelo fato de ser mais eficaz em casos rápidos, geralmente, isso acontece quando as partes procuram solucionar de uma vez só o conflito.

CONCILIAÇÃO COMO MÉTODO EFICAZ PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

A Conciliação é uma forma de resolução de conflito que está disponível nos tribunais todos os dias. Neste caso, é marcada uma conversa entre as partes, onde terá um profissional de

forma neutra e imparcial que favorecerá o diálogo, chamado de conciliador, apresentando algumas ideias para que se chegue a um acordo, tendo como vantagem evitar o desgaste de todo um processo judicial. Fernando Horta Tavares estabelece que:

A conciliação ocorre a partir de um terceiro interventor atuando como elo de ligação entre as partes, com a finalidade de levar a um entendimento, identificando a causa e uma possível solução. Apaziguando as questões, interferindo se necessários nos conceitos e interpretações dos fatos, para a redação de um acordo possível e exequível (TAVARES, 2002, p. 43).

A intervenção de um profissional especializado que participa de forma indireta nesse método, serve para que sempre seja mostrado aos interessados dos processos, a melhor forma de acabar com tal conflito, expor pontos positivos e negativos compostos dentro da relação negociável, e conseqüentemente, atender aos interesses de ambas as partes. Tudo isso tem como principal objetivo causar uma reflexão e um estímulo entre as partes, para que assim, consigam elaborar soluções próprias.

Vale destacar que, o Código de Processo Civil, em seu artigo 165, proíbe a intimidação e o constrangimento para convencer uma das partes de concordar no processo, pois ninguém é obrigado a conciliar se não estiver de acordo, por outro lado, se todos concordarem, o juiz homologa a decisão e já entra na fase da execução, seguindo o curso normal do processo.

RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O acesso à justiça vem se modificando cada vez mais ao longo do tempo, e, por conseguinte, acarretando em muitas mudanças benéficas para o processo civil e para o direito como um todo. De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (CAPPELLETTI; GARTH, 1993, p.11-12).

O homem recorre à justiça em seu próprio extinto a partir do surgimento dos conflitos sociais, sendo uma forma natural para sua própria proteção, tendo o intuito de resguardar seus

direitos assegurados pela Constituição Federal, no entanto, tais direitos alcançados só foram possíveis em decorrência do desenvolvimento das resoluções de conflitos ao longo do tempo. Dessa forma, surge ao Estado o desafio de garantir direitos a todas as pessoas presentes no seio social, de forma ampla, rápida e efetiva para todos. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental e o mais básico dos direitos humanos, sendo um essencial instrumento de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Surgem, assim, diferentes ondas renovatórias de acesso à justiça, apresentadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth em sua obra “Acesso à Justiça” e por seus sucessores, entre as quais, destaca-se a primeira onda, da qual tinha o intuito de garantir e proteger a assistência jurídica aos pobres, direitos são assegurados no artigo 5º, inciso LXXIV e no artigo 134 da Constituição Federal. Vale ressaltar que a solução encontrada no Brasil para a superação do obstáculo econômico referente à primeira onda foi a Lei Complementar nº 80/1994, que instituiu a Defensoria Pública da União.

A segunda onda, tratou-se dos direitos difusos e transindividuais, sendo aquilo que ultrapassa da pessoa interessada no processo, ou seja, para buscar os seus direitos no judiciário é necessário que tenha efetivamente um representante legal. Pode-se destacar, por exemplo, os direitos dos consumidores, e os referentes ao meio ambiente, sendo caracterizados como direitos difusos. Vale salientar que, eles não possuem as mesmas particularidades de um direito individual e conseqüentemente não podem ser representados judicialmente como tal, pela falta do titular do direito para postular em juízo. Tal onda, possui como objetivo primordial a superação do obstáculo organizacional.

A terceira onda trata-se da reestruturação necessária no processo jurisdicional, indicando a grande importância da real efetividade do poder judiciário, através de determinadas mudanças, garantindo, assim, a maior rapidez no processo. É importante evidenciar que o conceito de “efetividade” se torna um pouco vago nos dias atuais, pela razão da demora no poder judiciário. Pode-se dizer ainda que a terceira onda possui uma grande influência sobre os direitos fundamentais e à tutela jurisdicional efetiva, além da razoável duração do processo no judiciário, cuja finalidade consiste na superação do obstáculo formalista do processo.

A quarta onda de acesso à justiça pretendia expor as dimensões éticas dos profissionais (operadores do Direito), e redimensionar o ensino jurídico, tendo como objetivo, a superação

do obstáculo epistemológico, questionando ainda, a formação do profissional, suas habilidades e a formação de uma cultura jurídica renovada.

É importante estabelecer que, a maioria dos conflitos existentes na sociedade acabam por desembocar no poder judiciário, pois a maior parte das discussões originadas no seio social não se resolvem de forma amigável, dessa forma, ocasionando uma enorme sobrecarga no judiciário, apresentada pela quinta onda de acesso à justiça, causando um acúmulo de processos e um menor número de sentenças, sendo, uma das características que mais se destacam negativamente na atualidade, tornando-se uma verdadeira crise no judiciário.

Pode-se observar que, a evolução dos direitos através das ondas renovatórias foi satisfatória e que trouxe benefícios à população em geral, contribuindo ainda mais para a evolução do sistema processual brasileiro, que outrora, as decisões judiciais e o direito de forma ampla deixavam muito a desejar à população que a requeria. No entanto, com tais avanços podemos ter um sistema que mais tarde, se tornou mais justo diante de suas decisões através de pensamentos inovadores, modernizando o poder judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, foi possível observar no presente trabalho que os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos têm se tornado os mais acessíveis e adequados para tal assunto, por se tratarem de instrumentos que produzem uma justiça efetiva, com uma duração que favoreça às partes, além de serem métodos que evitam gastos e que ainda estabelece a paz social e extingue a ideia de vencedor e perdedor.

Outrossim, esses métodos são destacados no Código de Processo Civil como sendo os meios necessários para resolver da melhor maneira possível as desavenças criadas pela sociedade, reestabelecendo o diálogo e a pacificação, assim como está escrito nos artigos 275, incisos I e II e 331, §1º.

Além do Código de Processo Civil, a Lei 9.099/95 que trata dos Juizados Especiais Cíveis também apresenta uma previsão acerca da utilização desses métodos, preferencialmente a conciliação, especialmente em seus artigos 1º, 2º, 3º:

Art.1º: Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

Art.2º: O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Art.3º: O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;

IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

§ 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução:

I - dos seus julgados;

II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

§ 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

§ 3º A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Adriano. **Você sabe o que é conciliação e o que é mediação?** Jus brasil, 2016. Disponível em: <https://alvesaraujoadv.jusbrasil.com.br/artigos/445723984/voce-sabe-o-que-e-conciliacao-e-o-que-e-mediacao>. Acesso em: 22 out. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

GALVÃO, Camilla. **Qual é a diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade?** Jus brasil, 2015. Disponível em: <https://galvaocamilla.jusbrasil.com.br/artigos/186333535/qual-e-a-diferenca-entre-autonomia-privada-e-autonomia-da-vontade>. Acesso em: 23 out. 2019.

GASTALDI, Suzana. **As ondas renovatórias de acesso à justiça sob enfoque dos interesses metaindividuais**. Jus brasil, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26143/as-ondas-renovatorias-de-acesso-a-justica-sob-enfoque-dos-interesses-metaindividuais>. Acesso em: 23 out. 2019.

MISORELLI, Heloisa. **Escolas clássicas de mediação**. Jus brasil, 2017. Disponível em: <https://heloisamisorelli.jusbrasil.com.br/artigos/461154508/escolas-classicas-de-mediacao>. Acesso em: 22 out. 2019.

PARGENDLER, Mariana Souza. **“A Ressignificação do Princípio da Autonomia Privada: O Abandono do Voluntarismo e a Ascensão do Valor de Autodeterminação da**

Pessoa". Disponível em: http://www.ufrgs.br/propeq/livro2/artigo_mariana.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

SCHNITMAN, Dora Fried. **Novos paradigmas na resolução de conflitos**. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Tradução de Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: ArtMed, 1999. p.17.

SOARES, Enmanuely. **Resolução de conflitos. Quais as alternativas?** Jus brasil, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63506/resolucao-de-conflitos-quais-as-alternativas>. Acesso em: 22 out. 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 74.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e conciliação**, Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p.43.

A ARBITRAGEM, A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS MUNICÍPIOS DA PARAÍBA QUE TIVERAM SUAS COMARCAS DESINSTALADAS

Bruno Barbosa Gaudêncio¹

Manassés Almeida Ferreira²

Lindovon Dias Pessoa (orientador)³

RESUMO

Recentemente o Tribunal de Justiça da Paraíba desinstalou quinze comarcas em todo o Estado, justificando tal atitude como necessária para a melhoria e economia na prestação do serviço jurisdicional. O presente estudo tem como escopo apontar saídas objetivas para alguns dos problemas surgidos após as desinstalações das comarcas. Com tal intuito, será realizada a revisão da bibliografia acerca do tema mediação, conciliação e arbitragem, e através do método dedutivo, utilizando-se da dialética para melhor compreensão do assunto, a fim de que sejam explanadas algumas formas de resolução de conflitos alternativas ao poder judiciário, que poderão ser utilizadas a partir de então pelos jurisdicionados das comarcas afetadas. Tem como público alvo toda comunidade jurídica. Compreende-se que mesmo que alguns prejuízos sejam irreversíveis, parte deles podem ser solucionados através da conciliação, intermediada pela mediação ou em futuras lides pela arbitragem.

Palavras-chave: Desinstalação. Comarcas. Mediação. Conciliação. Arbitragem.

ABSTRACT

The Paraíba Court of Justice recently uninstalled fifteen counties throughout the state, justifying such an attitude as necessary for the improvement and economy in the provision of the judicial service. This study aims to point out objective outputs for some of the problems arising after the uninstallation of the counties. To this end, a review of the bibliography on mediation, conciliation and arbitration will be conducted, and through the deductive method, using dialectics to better understand the subject, so that some forms of conflict resolution alternative to the judiciary can be explained, which may thereafter be used by the jurisdictions of the affected counties. Its target audience is the entire legal community. It is understood that even if some damages are irreversible, some of them can be solved through conciliation, mediated or in future arbitration.

Keywords: Uninstallation. Counties. Mediation. Conciliation. Arbitration.

¹ Acadêmico do curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras (FAFIC) e voluntário do Tribunal de Justiça da Paraíba no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) de São João do Rio do Peixe-PB. E-mail: bruno.xerox@hotmail.com

² Acadêmico do curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras (FAFIC). E-mail: manassesaf82@gmail.com

³ Assistente Social e Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Santa Maria (FSM); Acadêmico do curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), e integrante do Projeto de Pesquisa: Direitos Humanos e Sociais e sua Efetivação pelo Poder Judiciário da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras (FAFIC). E-mail: lindovon@hotmail.com

INTRODUÇÃO

No dia 16 de outubro de 2019, o Tribunal de Justiça da Paraíba desinstalou quinze comarcas em todo o Estado, justificando tal atitude como necessária para a melhoria na prestação jurisdicional, no entanto, ficou claro que o principal objetivo das desinstalações é a economia gerada para os cofres do Tribunal, que aplicará o valor economizado em investimentos, em tecnologia e assim tentará aumentar a produtividade da Justiça em todo o Estado da Paraíba.

Muito se questionou a respeito dos prejuízos que tal medida traria para a sociedade, em especial para os jurisdicionados de menor poder aquisitivo que terão dificuldade em obter acesso à justiça, uma vez que terão além dos gastos com o custeio de advogados, gastos para se deslocar para outras localidades, gastos com alimentação, o que pode vir a impedir o acesso à justiça, descaracterizando o ideal do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, no entanto, deve primar pela realização de políticas públicas que visem a materializar as aspirações e expectativas de direitos de todos aqueles que são excluídos do espaço público. Cabe ao Estado assegurar e garantir a efetivação das necessidades básicas reconhecidas pela Constituição Brasileira (OLIVESKI, 2013, p. 38).

O acesso à justiça está entre as necessidades do cidadão que o Estado Democrático de Direito deve garantir, dessa forma, é inconcebível que pensem apenas no caráter econômico da medida tomada pelo Poder Judiciário da Paraíba.

No entanto, mesmo com todos os protestos e pedidos formulados, inclusive pela Ordem dos Advogados do Brasil, seção da Paraíba, tais pleitos não foram atendidos e assim, o que prevaleceu foi a vontade do Pleno do Tribunal de Justiça da Paraíba que aprovou a desinstalação das comarcas de Arara, Araçagi, Barra de Santa Rosa, Bonito de Santa Fé, Cacimba de Dentro, Cabaceiras, Caiçara, Malta, Paulista, Pilões, Prata, Santana dos Garrotes, São Mamede, São João do Cariri, Serraria e Brejo do Cruz.

Mas, estas ações vêm ocorrendo em outros Tribunais do país, a exemplo São Paulo e Bahia, ou seja, não é só uma atitude isolada do Tribunal de Justiça da Paraíba, na verdade, faz parte de uma conjuntura muito maior, consequência da política de Estado mínimo adotada por gestores em todo país.

No Estado dito “liberal” o Estado é limitado, estando seus limites estabelecidos em dois níveis: limites quanto aos poderes e limites quanto às funções. O Estado de direito é a noção que corresponde à limitação dos poderes. O Estado mínimo, segundo Bobbio, é a noção corrente para representar o limite das funções do Estado dentro da perspectiva da doutrina liberal. (BOBBIO, 1998).

Tendo em vista que o prejuízo já se concretizou, e que muitas questões precisam ser resolvidas, faz-se necessário buscar saídas para o caos instalado. E a mediação, conciliação e arbitragem podem vir a minimizar o problema, nos casos que podem ser submetidos a estas formas alternativas de resolução de conflitos.

O presente estudo não tem o condão de corroborar com a atitude do poder judiciário estadual, nem tampouco menosprezar os prejuízos trazidos para a sociedade, para os jurisdicionados, servidores e para comunidade jurídica em geral, por que parte destes são irreversíveis.

O objetivo deste trabalho consiste em realizar um estudo abrangente sobre a viabilidade de se aplicar a conciliação, mediação e arbitragem nos municípios que tiveram suas comarcas desinstaladas recentemente pelo Tribunal de Justiça da Paraíba, a fim de minimizar os prejuízos advindos para a sociedade.

MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia que foi utilizada no desenvolvimento do tema foi o método dedutivo, tendo em vista que, “[...] a dedução consiste em construir estruturas lógicas partindo da relação entre antecedentes e consequentes, entre hipótese e tese, entre premissas e conclusão.” (CIRIBELLI, 2003, p. 42).

Utilizou-se a compreensão mais ampliada do tema mediação e arbitragem e sua aplicação no Brasil e no mundo para se chegar a utilização prática nas comarcas afetadas pela desinstalação e agregação a outras. Em conformidade com o pensamento de Ciribelli (2003, p.43): “[...] na dedução partimos do geral para o particular. A dedução pode ser definida como a argumentação que torna explícitas verdades particulares contidas em verdades universais”.

A presente pesquisa foi classificada como descritiva, pois, examinou-se para a construção do referencial teórico explorar o tema a partir de uma pesquisa bibliográfica, instrumento que possibilitou a investigação mais apurada sobre o tema, do mesmo modo que,

empenhou-se em produzir uma pesquisa de campo com o propósito de compilar e registrar os dados que fundamentassem com mais precisão a problemática tratadas.

Vale salientar que, “[...] na pesquisa descritiva os fatos são observados, registrados, analisados, classificados e interpretados sem que o pesquisador interfira neles.” (CIRIBELLI, 2003, p. 54). Convém esclarecer que no levantamento bibliográfico realizado, foram consultados materiais publicados em livros, entrevistas, dissertações e web sites, todos devidamente apostos nos referenciais.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

DESINSTALAÇÃO DAS COMARCAS E AGREGAÇÃO A OUTRAS DE MAIOR PORTE

A proposta de desinstalação das comarcas na Paraíba já havia sido debatida pelo anterior presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba, Joás de Brito Pereira Filho. No dia 08 de agosto de 2018, foi colocado em pauta para votação um projeto visando agregar comarcas a outras de maior porte, no entanto, em sessão realizada pelo Pleno do Tribunal de Justiça da Paraíba, o então presidente do TJ – Joás de Brito determinou a retirada de pauta e o arquivamento do Processo nº 2017198780, que tratava da elaboração de resolução para a desinstalação das comarcas. Ao propor o arquivamento, o presidente defendeu a necessidade de estudos mais profundos a respeito do assunto.

Neste ano de 2019, os estudos se aprofundaram e o projeto de desinstalação das comarcas foi reelaborado. O novo presidente do Tribunal, o desembargador, Márcio Murilo da Cunha Ramos foi seu maior defensor. Na defesa do projeto, buscou apoio dentro da categoria procurando mostrar que a desinstalação das comarcas do Estado, só atingiriam as que não preenchiam os requisitos de funcionamento nos termos da Lei Complementar nº 96, de 03 de dezembro de 2010, Lei de Organização e Divisão Judiciárias (Loje) da Paraíba. Tal argumento foi aceito e o Pleno do Tribunal de Justiça da Paraíba aprovou, por 14 votos a 2, o projeto proposto pelo presidente, no dia 16 de outubro de 2019.

Como divulgado pelo próprio Tribunal, o objetivo da medida seria estruturar melhor as unidades, agregando comarcas a outras com melhor estrutura. Segundo o Presidente Márcio Murilo da Cunha Ramos *apud* Modesto (2019, on-line) “[...] tal medida irá gerar uma economia que será revertida em tecnologia e força de trabalho, a fim de aumentar a produtividade e garantir eficiência e celeridade”.

Conforme matéria vinculada no site do TJPB foi realizado um estudo anterior a desinstalação das comarcas que “mostrou a situação de cada unidade a ser agregada: número de processos, distribuição por ano, número de servidores, estrutura do fórum, distância entre comarcas agregadas e agregadoras, entre outras características” (MODESTO, 2019, on-line). Outro ponto relevante destacado foi com relação às Comarcas que apresentavam decréscimo na quantidade de processos distribuídos, tendo em vista, que tal aspecto reflete diretamente na produtividade.

Além desses elementos, foram levados em conta também outros aspectos, tais como: comarcas que “estão sem juízes titulares e que possuem menos da metade da média paraibana em termos de casos novos, conforme dados técnicos disponibilizados pela ferramenta de BI (*business intelligence*) do TJPB” (MODESTO, 2019, on-line). Este aspecto contribuiu para que a comarca de Cacimba de Dentro, menor do Estado, com 222 feitos novos por ano, entrasse na lista da agregação a outra de maior porte.

O DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO À INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

O direito de acesso à justiça é um dos principais instrumentos garantidores da concretização de muitos outros direitos. Mas, é preciso que não exista apenas como norma, mas efetivamente como tutela jurisdicional adequada a ser prestada pelo Estado. A partir do momento que o Estado deixa de prestá-la adequadamente, já não se concretiza o fundamento primordial garantido na Constituição Federal.

A má prestação jurisdicional, inviabiliza o acesso à justiça, à medida que passa a ser necessário deslocar-se de uma cidade para outra, pelo fato de não se ter poder aquisitivo suficiente para participar de audiências em outras localidades, tudo isso é levado em consideração para ingresso perante o Poder Judiciário.

A verdade é que a efetividade dos direitos fundamentais é instrumentalizada pelo reconhecimento e garantia ao acesso à justiça e de sua correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como do direito à inafastabilidade do controle jurisdicional. Segundo Santana (2012, p. 4):

Conforme disposto no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do

Judiciário. Trata-se do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que também pode ser chamado de princípio da ação (ou do direito de ação) e não se confunde com o direito de petição, previsto no inc. XXXIV, do mesmo art. 5.º, da CF.

Com isso a crise de efetividade da jurisdição, ocasionada neste caso pelo distanciamento da justiça nas localidades com menor poder econômico tornou-se uma realidade fática do Judiciário Estadual da Paraíba.

Numa análise superficial, parece que tais direitos não seriam afetado pela agregação de comarcas, no entanto, é preciso focar no jurisdicionado, que por muitas vezes, litiga através da Defensoria Pública, que não possui as condições mínimas para custear deslocamentos e demais gastos advindos da ida a uma audiência em outra localidade.

Apesar de todos os aspectos e justificativas apresentadas para tal, a verdade é que a desinstalação destas comarcas implica diretamente no acesso à justiça, impedindo assim que tal direito seja garantido na sua totalidade.

Uma vez que grande e crescente número de indivíduos, grupos e interesses, antes não representados, agora tem acesso aos tribunais e a mecanismos semelhantes, através das reformas que apresentamos [...], a pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos, cresce dramaticamente. Não se pode permitir que essa pressão, que já é sentida, venha subverter os fundamentos de um procedimento justo (CAPPELLETTI, 1998, p. 164).

Como se vê, é preciso que o sistema judiciário não se renda às pressões advindas dos diversos setores da sociedade (econômico, político, entre outros), mas que foque no objetivo primordial que é favorecer o acesso à justiça a todos os jurisdicionados. A pessoa humana é fonte fundamental do direito. “O reconhecimento deste fundamento consagra a primazia da pessoa humana sobre o Estado. A pessoa humana é o fim a que se destina a legislação e a Constituição e não o Estado” (SARMENTO, 2004, p. 267).

Nesse sentido, é imperioso destacar que a comunidade jurídica tem que reagir a estas transformações e estimar os prejuízos advindos destas mudanças antes mesmo que elas aconteçam. Só assim se poderia, através de meios legais, evitar que direitos sociais essenciais já garantidos sejam prejudicados sobremaneira.

O tribunal foi bastante criterioso no sentido de não infringir, na elaboração das resoluções de desinstalação das comarcas, os preceitos legais necessários para tal fim, no

entanto, não impede que isso seja questionado em outras instância, desta forma, não se pode descartar a hipótese de uma futura anulação à decisão do pleno, não sendo a análise legal do presente estudo.

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Diante do exposto, percebendo que parte dos prejuízos são irreversíveis, pois as pessoas terão que se deslocarem para as comarcas agregadoras, os servidores terão que se adaptar ao novo ambiente de trabalho, os prazos estão suspensos até que regularize toda a mudança, enfim, é preciso pensar nas novas ações, nos novos pleitos. Será que não valeria a pena pensar em novas formas de solução de conflitos?

Cabe, portanto, aos operadores do direito buscar alternativas para solucionar os conflitos sociais que tratem sobre direitos disponíveis. Neste cenário surge a arbitragem, a mediação e a conciliação como alternativas plausíveis, mas ainda pouco conhecidas e utilizadas.

Pode-se conceituar a arbitragem como sendo método de resolução de conflitos, no qual as partes consensualmente recorrem a uma pessoa ou uma câmara privada para solucionar o problema envolvendo as partes, sem que para isso recorram ao Poder Judiciário.

A arbitragem (método heterocompositivo regulado pela Lei nº 9.307/1996) é considerada uma via adequada quando: pessoas capazes, por livre manifestação de vontade, mediante realização de convenção privada [...] decidirem atribuir a um terceiro particular ou Câmara Arbitral privada a responsabilidade pela condução e resolução de uma controvérsia que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis (GORETTI, 2016, p. 118).

A Lei 9.307/96 que foi alterada pelas Leis 13.129/2015 e 13.140/2015 trazem consigo todas as normas instituídas sobre a arbitragem e mediação, suas regras e limitações, descreve sobre o compromisso arbitral, sobre a responsabilidade dos árbitros, enfim, delineiam a estrutura necessária para a existência das câmaras de arbitragem, bem como da mediação. No nosso Estado da Paraíba já temos câmaras de arbitragem consolidadas, a exemplo da Câmara Arbitral da Paraíba (CAPB) e da Câmara de Mediação e Arbitragem da Paraíba (CMAPB).

Tais câmaras de arbitragem estão em pleno funcionamento, apesar de que a cultura ainda não permite sua popularização, impedindo assim um maior conhecimento a respeito destas formas alternativas de resolução de conflitos. No entanto, é preciso ultrapassar as barreiras

culturais que restringe o fluxo de funcionamento delas. Só assim, poderíamos ter verdadeiramente alternativas ao sistema judiciário. Segundo Gonçalves (2018, p. 589):

Arbitragem é o acordo de vontades por meio do qual as partes, preferindo não se submeterem à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de seus conflitos de interesses. É uma espécie de complemento da transação. Nesta, porém, os próprios interessados, mediante concessões mútuas, dirimem suas controvérsias. Na arbitragem, de comum acordo transferem a terceiros a solução, por não se sentirem habilitados a resolvê-las pessoalmente.

A arbitragem, assim como a mediação ainda é pouco explorada no nosso país. Isso se deve ao fato de que o Poder Judiciário traz para a população uma segurança jurídica que as Câmaras de arbitragem ainda não transmite, talvez por todo simbolismo que as togas ainda trazem consigo. É preciso conhecer melhor as técnicas e procedimentos da arbitragem, da mediação e da conciliação para que as pessoas sintam segurança e assim sejam popularizadas, facilitando sua aceitação e procura.

Nas comarcas que foram agregadas a outras, os escritórios de advocacia podem estudar e viabilizar a ligação às câmaras privadas e se mobilizarem para implementar alternativas no sentido de tornar acessível o contato com a conciliação, mediação e arbitragem. Muitos escritórios já possuem a estrutura física necessária para estabelecer sessões de conciliação e mediação extrajudiciais como primeira tentativa de resolução de conflitos. Mas, falta uma compreensão mais apurada sobre os preceitos da conciliação, mediação e arbitragem.

A conciliação é considerada uma via autocompositiva adequada quando: houver possibilidade de diálogo entre as partes envolvidas no conflito; a autocomposição for admitida; o caso demandar a atuação facilitadora de um terceiro imparcial (no caso, um conciliador) que apresente uma postura mais ativa (propositiva); o fluxo comunicacional (a relação de diálogo entre as partes) estiver interrompido, fazendo necessária a intervenção de um terceiro imparcial (um conciliador) facilitador da comunicação; e o conflito estiver inserido no contexto de uma relação circunstancial (GORETTI, 2016, p. 119).

Como já elucidado, só o conhecimento apurado sobre as formas alternativas de resolução de conflitos, podem atrair os jurisdicionados a buscar resolver seus conflitos por outras vias. Gonçalves (2018, p. 601) destaca que: “A mediação pode ocorrer tanto na órbita judicial como na extrajudicial. A Lei n. 13.140/2015, por essa razão, regulamente tanto a

mediação extrajudicial (arts. 21 a 23) como a judicial (arts. 24 a 29), os mediadores extrajudiciais (arts. 9º e 10) e os judiciais (arts. 11 e 13)”.

A mediação extrajudicial é uma saída rápida para os escritórios particulares de advocacia resolverem os conflitos que versem sobre direitos disponíveis. Os próprios advogados podem ser mediadores conforme Art 9º da Lei n. 13.140/2015 em vigor: “[...] poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se”.

Vale salientar, que apenas a mediação no âmbito judicial (aquelas estabelecidas nos CEJUSCs) pode versar sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Afinal, apesar de haver consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado pelo juiz, depois de ouvido o Ministério Público.

Por outro lado, quando se tratar de direitos disponíveis (patrimoniais, contratuais, entre outros) pode ser resolvida de forma extrajudicial, a exemplo dos escritórios, nestes casos os advogados atuam como o terceiro facilitador de um acordo entre as partes. Ao ofertar tal serviço, a Lei 13.140 assegura a remuneração custeada pelas partes que serão beneficiadas com o fim do problema, de forma prática, rápida e eficaz.

Outro exemplo prático que pode ser citado é de uma corretora de imóveis que propõe em seus contratos a cláusula de arbitragem, e assim surgindo algum litígio, primeiramente será tentada a mediação, com mediadores extrajudiciais, que podem ser os próprios corretores, ou aquele eleito pelas partes ou algum escritório de advocacia. Somente quando esta não obtiver êxito, o conflito é encaminhado para a câmara arbitral indicada no contrato, para seguir os trâmites estabelecido na arbitragem.

Vale salientar ainda que o próprio Poder Judiciário já tem buscado na mediação e conciliação evitar e abreviar processos a ele submetidos, através dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), no entanto, mesmo sendo desenvolvidos em parceria com instituições de ensino e apoio diversos, demandam gasto público e estrutura física, o que inviabiliza a sua extensão para todas as Comarcas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se chegar a compreensão geral sobre o tema, foi necessário primeiro realizar uma busca sobre as razões que embasaram medida tão drástica tomada recentemente pelo Pleno do Tribunal de Justiça da Paraíba.

Como forma de buscar alternativas, intensificou-se pesquisas, que pudessem trazer novas possibilidades ao Direito. Com isso, examinou a legislação vigente no país, a fim de encontrar leis que tratavam a respeito do tema, posteriormente fundamentou-se a linha de pesquisa em autores renomados, trazendo para discussão suas posturas e considerações a respeito da arbitragem e mediação.

O trabalho buscou também diferenciar a mediação judicial da mediação extrajudicial. Tal abordagem possibilitou chegar ao resultado de viabilidade de aplicação dos institutos da arbitragem, conciliação e mediação nas comarcas de Arara, Araçagi, Barra de Santa Rosa, Bonito de Santa Fé, Cacimba de Dentro, Cabaceiras, Caiçara, Malta, Paulista, Pilões, Prata, Santa dos Garrotes, São Mamede, São João do Cariri, Serraria e Brejo do Cruz. Tendo em vista, que há nestas localidades pessoas que podem funcionar como mediadores e conciliadores extrajudiciais, bem como estabelecer vínculos com câmaras de arbitragem já consolidadas na Paraíba.

Com base nas leis analisadas que respaldam a aplicação dos institutos da arbitragem, conciliação e mediação no Brasil, bem como no contexto apresentado que demonstra já existirem câmaras privadas de arbitragem na Paraíba, consubstanciado na necessidade evidenciada nas comarcas, o presente estudo conclui ser plenamente viável a inserção de formas alternativas de solução de conflitos a serem implementadas nas localidades que tiveram a função jurisdicional suprimida pelas resoluções que acataram a decisão do pleno em desinstalar comarcas em vários municípios paraibanos.

No entanto, evidenciou-se que nem todos os direitos poderão ser controversia aplicada à mediação, conciliação e arbitragem, tendo vista, a vedação legal relacionada aos direitos intransigíveis. Não podendo assim minimizar os prejuízos advindos neste sentido, pois as demandas deste tipo terão que ser levadas a jurisdição das comarcas agregadoras.

Mesmo a arbitragem, mediação e conciliação evidenciando lacunas em alguns aspectos, compreende-se que será extremamente benéfico experimentar novas formas de solução de conflitos, para que o direito possa se redescobrir em novos aspectos. Contudo, é crucial haver uma mudança cultural na forma de se pensar o direito.

Por fim, vale esclarecer que o presente estudo é apenas uma das possibilidades existentes, podendo ser identificadas outras, inclusive a tentativa de buscar via processual uma possível anulação da decisão do pleno, revertendo a situação, uma vez que o direito de acesso à justiça, previsto expressamente na Constituição Federal, foi severamente atingido, prejudicando assim os jurisdicionados de menor poder econômico, contrariando os preceitos legais do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. – Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1998. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4197102/mod_resource/content/1/BOBBIO.%20Dicion%C3%A1rio%20de%20pol%C3%ADtica..pdf . Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL, Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL, Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris. 1998. Disponível em:

<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>. Acesso em: 20 out. 2019.

CIRIBELLI, Marilda Corrêa. **Como Elaborar uma Dissertação de Mestrado através da Pesquisa Científica**. Rio de Janeiro: Letras, 2003.

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

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

OLIVESKI, Patrícia Marques. **Acesso à justiça**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

SANTANA, Carlos Alberto de. **O princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional e o postulado da razoável duração do processo**. Revista Científica Indexada Linkania Júnior - ISSN: 2236-6660. Ano 2 - Nº 2 - Fevereiro/Março de 2012. Disponível em: [file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/46-136-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/46-136-1-PB%20(1).pdf). Acesso em: 21 out. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. Pleno decide que 15 comarcas serão agregadas a outras unidades judiciárias vizinhas. ASCOM. Disponível em:

<https://www.tjpb.jus.br/noticia/pleno-decide-que-15-comarcas-serao-agregadas-a-outras-unidades-judiciarias-vizinhas>. Acesso em: 21 out. 2019.

GT 02 – Linha 06: Propriedade Intelectual, Direito Autoral e Propriedade Industrial
Coordenador: Prof. José Antônio Albuquerque Filho

TÍTULO	AUTORES/ORIENTADOR
STREAMING E A FALTA DE ESPECIFICIDADE DA LEI	NETO, FRANCISCO ALENCAR DE SOUZA JOSIAS, KRYSOVÃO IGOR DE ALMEIDA MEDEIROS, JUCIÊ FERREIRA DE (Orientador)

STREAMING E A FALTA DE ESPECIFICIDADE DA LEI

Francisco Alencar de Souza Neto¹
Krystovão Igor de Almeida Josias²
Juciê Ferreira de Medeiros³

RESUMO

Objetivo desse trabalho é a princípio informar a lacuna da lei que mesmo abrangendo o tema ainda não se adequou ao mesmo tendo em vista que o artigo 7º lei nº 9.610, trata acerca deste, mas não o especifica. A problemática desse tema é justamente a “brecha” na lei sobre o assunto tendo em vista que também se trata de um tema novo para o direito. Importância do tema é mostrar que o direito ao longo do tempo deve ir se adaptando as mudanças sociais que ocorrem, onde apesar de sua contemporaneidade os mesmos devem se aperfeiçoar para não se tornar obsoleto, portanto pode ocorrer diversas adversidades como por exemplo a insegurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Insegurança jurídica. Mudanças sociais. Lacuna.

METODOLOGIA

O tema surgiu através de uma busca por uma nova problemática não disciplinada pelo direito que vinha causando várias contradições quando o mesmo era debatido, desta forma este trabalho foi feito a partir do método dedutiva e bibliográfico amparado nos artigos, leis e pesquisas em sites na internet e em livros que introduzem ao conhecimento, como exemplo a lei nº 9.610 e as obras literárias de Paulo Nader e Norberto Bobbio.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história podemos perceber que direito tenta de todas as formas acompanhar a evolução da sociedade como retrata Rousseau em sua obra O Contrato Social, haja vista que o direito deve manter a harmonia da social, pois bem, é notável que a sociedade vem passando por isso frequentemente como se pode notar a criação das criptomoedas, aplicativos em geral ou medicamentos e transporte, assim como a criação de conteúdos em *live streaming* (transmissão ao vivo).

Pode-se notar que com o desenvolvimento da sociedade o direito deixa lacunas, e é justamente para o análise dessas lacunas que o trabalho é direcionado.

Percebe-se assim que a legislação trata de forma abrangentes, mas não especifica sobre a problemática, que é justamente um fato novo em que está o foco desse trabalho científico.

DESENVOLVIMENTO

Na atualidade, a onda dos *estraemer* vem tomando conta de quase todos os espaços possíveis na internet, portanto, a pergunta que surge é até onde o direito defende e assegura a produção de seus conteúdos?

De forma a salientar que os mesmos não têm uma profissão registrada para com os órgãos governamentais assim como, por exemplo, os motoristas de *uber*, uma profissão nova que a CLT não abrange, ou seja, não tem direito a aposentadoria ou a qualquer tipo de benefício nem qualquer forma de contribuir com impostos para a sociedade apesar de estar produzindo conteúdos para a mesma assim como a influenciando digitalmente.

Nota-se assim perceber que em relação a criação de conteúdos a lei traz uma proteção para a produção de obras audiovisuais mais em se tratando da questão da produção de conteúdo em live streaming a lei não trata de forma específica, até por ser uma forma de criação de conteúdo nova que acaba por deixar lacunas.

Conforme trata a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 em seu artigo 7º: “ São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como; **VI** - As obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Este trabalho teve o intuito de demonstrar que a lei apesar de toda a sua abrangência não trata de forma específica o tema demonstrado, ficando notório que apesar dos esforços do legislador em regulamentar as mais diversas atividades, as evoluções tecnológicas avançam em um menor espaço de tempo sendo oposta a principal característica atual do poder legislativo brasileiro: a falta de celeridade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. 1909- **O Positivismo Jurídico: Lições De Filosofia Do Direito**/Norberto Bobbio; Compiladas Por Nello Morra; Tradução E Notas Márcio Pugliesi, Edson Bini. Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995

BRASIL. **Lei Dos Direitos Autorais**. lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

NADER, Paulo **Introdução Ao Estudo Do Direito** / Paulo Nader – 36.a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. In: os pensadores. Tradução de Lourdes Santos Machado. Vol. XXIV. São Paulo: Abril cultural, 1973

VADE MECUM. Juspodivm: 2018/ salvador: juspodivm,3. ed. 2018.2432 p.

GT 04 - Linha 01: Dignidade da Pessoa Humana, Arranjos Familiares e Direito Sucessório

Coordenador: Prof. Francisco Paulino da Silva Júnior

TÍTULO	AUTORES/ORIENTADOR
O NASCITURO E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS	NASCIMENTO, MARIA APARECIDA CÂNDIDO DO MENEZES, CAROLAINE DINIZ MORAES, EVERTON GONÇALVES (Orientador)
RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E OS OBSTÁCULOS NO PROCESSO DE ADOÇÃO	VARELA, EMILIANNY MILENA DANTAS SILVA, LAYLA CRISTINA CHAGAS DA QUIRINO, CÍCERO ERNANY ALVES (Orientador)
INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO	NETO, ANTÔNIO SEVERINO RODRIGUES, INGRYD MAYARA JÚNIOR, FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
DISCUSSÕES ACERCA DAS DISCRIMINAÇÕES QUANTO AOS FILHOS ADOTIVOS DE CASAS HOMOAFETIVOS NO NÚCLEO SOCIAL	FIGUEIREDO, MARIA MARIANNY RODRIGUES DE SOUSA, JÉSSYCA MIKAELY EVANGELISTA DE DANTAS, JOSEPH RAGNER ANACLETO FERNANDES (Orientador)
O OBSTÁCULO ANTROPOLÓGICO DO ACESSO À JUSTIÇA	LIRA, LUAN VILLAR ARAÚJO, LUCAS THADEU JÚNIOR FRANCISCO PAULINO DA SILVA (Orientador)
O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA	CARVALHO, ISABELLY BEZERRA DE CARVALHO, MIRELLY COURAS DE MENZES, JÂNIO BEZERRA DE (Orientador)
A USUCAPÇÃO FAMILIAR E O ABANDONO DO LAR	CABRAL, MANUELLA F. FEITOSA ABRANTES, ANA CAROLINA

O NASCITURO E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Maria Aparecida Cândido do Nascimento
Caroline Diniz Menezes
Prof. Everton Gonsalves Moraes

INTRODUÇÃO

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.798, cuida das pessoas legitimadas a suceder, entre elas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Não se trata a questão de orientação nova, pelo contrário, remonta de épocas antigas, mais precisamente ao Direito Romano.

Em tempo, ao dispor a norma pátria que está legitimada a suceder as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão, quis o ordenamento tutelar os direitos do nascituro (que, nessa condição, herdará se nascer com vida).

Logo, a regra geral é que somente as pessoas vivas, assim como as já concebidas ao tempo da abertura da sucessão detém legitimidade para serem herdeiras ou legatárias.

Os direitos do nascituro são um campo de intensa batalha legislativa. Embora o ordenamento jurídico tenha permanecido praticamente inalterado no último século, diversas propostas de lei tramitaram no Congresso Nacional. As de viés mais progressista tentam consolidar a teoria natalista e conferir ao nascituro mera expectativa de direito, de modo que os direitos da pessoa nascida sempre prevaleceriam aos daquele. Já os conservadores fizeram diversas investidas, que se intensificaram na última década, no intuito de equiparar o nascituro ao ser humano já nascido, conferindo-lhe todos os direitos previstos no ordenamento jurídico pátrio.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Observa-se legalmente no que consta os direitos das sucessões junto a grande parte do que o nascituro necessita-se de que ele igualmente tem os seus direitos, a igualdade e dignidade perante a Lei, legalmente mostra que o nascituro assim já dentro do ventre da mãe tem o direito a herança a Lei garante desde a concepção, o que institui o nosso Código Civil em seu art. 1.798, o afirma isto, já se o bebê nasce vivo ainda que alguns minutos ele venha falecer, a parte dele

da herança está garantida, haja vista que isso chama-se de Personalidade Jurídica, de modo que o nascituro venha a óbito o quinhão passa a ser da genitora. Conforme estabelece a nossa Lei, é notório que existe grandes possibilidades e dificuldades nas novas gerações de pais e filhos, é aí onde se encaixa os desafios que o direito enfrenta perante a sociedade, tendo em vista que a vida

é um direito indisponível não se pode dispor dela, por isso existe a tipificação penal, para protegê-lo, onde é chamado de aborto, sendo crime, restando este está mencionado no art. 124 do Código Penal Brasileiro.

Desde a concepção o feto é tratado como um ser humano, ou seja nenhuma maneira que possibilite a falta de herança para com o nascituro, assim como os demais tem, o feto também tem, entende-se que o nascituro tem vida própria, isso extrapolando a grande dificuldade que o direito mostra para ter perante a sociedade é a lei, criando isto expectativa de direito para com a criança e a genitora, o nascituro tem vida própria, e personalidade. Todo aquele que tem personalidade é sujeito de direitos e também de obrigações, o nascituro tem direitos, quer dizer que a criança nascer com vida, sua capacidade se remontará.

OBJETIVOS

Nesse breve texto foi feito uma explicação do que é essa nova lei e como ela impactará nas relações sociais, importante dizer que desde já se apontam críticas de ser essa mais uma resposta fácil, de cunho midiático, que gera ilusão, pois já existiam Leis Penais nesse sentido como será dito adiante. Importa ainda mencionar que essa nova Lei é uma resposta a casos que passageiros de ônibus ejaculando em mulheres, um completo absurdo, mas que não parece que terá fim com a sanção dessa Lei.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a elaboração do presente trabalho foi de raciocínio dedutivo, pesquisas bibliográficas e leis referentes ao tema abordado. E adotado como grandes referências do Direito Civil, que dispõe de grandes metodologias no nosso ordenamento Jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concernente à sucessão não restou dúvida sobre a temática, haja vista os apontamentos valiosos dos doutrinadores a respeito do ato de suceder, de modo que diferenciaram a sucessão *inter vivos* (transferência de direitos de uma pessoa para outra) da *inter mortis* (transmissão do ativo e passivo do *de cujus* aos seus sucessores). Além do mais cumpre salientar os esclarecimentos pertinentes no tocante aos tipos de sucessão: legítima e a testamentária.

Por fim, constatou-se neste estudo por meio das ilações referentes aos artigos 1798, 1799 (I), 1800 (caput e §§ 3º e 4º) a tutela do legislador do Código Civil de 2002 ao nascituro, relativa à sucessão, seja ela legítima (art. 1798) ou testamentária (demais artigos em comento). Assim, deduziu-se a sintonia da referida legislação infraconstitucional à Carta Magna de 1988 que ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, caput, ordenou a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, assegurando de modo implícito a tutela do nascituro. Por todo o exposto, foi possível constatar que a personalidade jurídica é o requisito indispensável para que

qualquer pessoa seja considerada sujeito de direitos e obrigações. Neste sentido, apesar de ilustres doutrinadores defenderem a teoria concepcionista, ou ainda, a teoria da personalidade condicional, que conferem direitos mais amplos ao nascituro, como os direitos da personalidade, o artigo 2º do Código Civil aponta claramente que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a natalista.

REFERÊNCIAS

BOLETIM JURÍDICO. Artigo 3071 – Sucessão, tutela, nascituro à luz do novo Código Civil de 2012. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3071/sucessao-tutela-nascituro-luz-novo-codigo-civil-2002>. Acesso em: 20 out. 2019.

CONJUR. STJ vem reconhecendo nascituros sujeitos de direito. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-01/stj-vem-reconhecendo-nascituros-sujeitos-direito>. Acesso em: 20 out. 2019.

JUSBRASIL. Bebê no útero tem direito a herança. Disponível em: <https://brunetti.jusbrasil.com.br/artigos/385644605/bebe-no-utero-tem-direito-a-heranca>. Acesso em: 20 out. 2019.

NOTARIAL. Nascituro e concepturo no Direito das Sucessões. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/blog/notarial/nascituro-e-concepturo-no-direito-das-sucessoes><https://jus.com.br/artigos/53671/o-inicio-da-personalidade-civil-e-os-direitos-do-nascituro/3>. Acesso em: 12 out. 2019.

RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E OS OBSTÁCULOS NO PROCESSO DE ADOÇÃO

Emilyanne Milena Dantas Varela¹

Layla Cristina Chagas da Silva²

Professor Orientador: Cícero Ernany Alves Quirino³

RESUMO

As relações sociais mudam continuamente, sendo necessário o ordenamento jurídico brasileiro adaptar-se a estas evoluções de forma efetiva. Assim, o principal escopo deste trabalho é analisar e expor as objeções para o processo adotivo por casais homossexuais, bem como mostrar a garantia constitucional para tal, assegurando que a união de pessoas do mesmo sexo ainda que, na prática, dificulte a ação, não pode impossibilitar a adoção.

Palavras-chave: Ordenamento jurídico brasileiro; Processo adotivo por casais homossexuais; Garantia constitucional.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 226, prevê a família como base para a sociedade tendo ela a especial proteção estatal. Logo, é de extrema importância que o Direito esteja acompanhando as transformações cada vez mais rápidas dos modelos de famílias. Não há como contestar que o seu conceito vai muito além do que consta no dicionário. Hoje, família tem um sentido muito mais abrangente, em virtude dos princípios básicos presentes no campo jurídico brasileiro, tais como princípio da dignidade humana, princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, princípio da igualdade, dentre outros.

Diante disso, para suprir as necessidades sociais, as uniões homoafetivas foram reconhecidas como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou terem os casais homossexuais os mesmos direitos dos casais heterossexuais. Todavia, quando o assunto é a adoção por casais do mesmo sexo, ainda se encontram vários obstáculos. Assim, o principal objetivo desse trabalho é especificá-los, esclarecendo que é juridicamente possível ainda que por meio de uma legitimação por analogia.

¹Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC.

²Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC.

³Professor do Curso de Direito da FAFIC

METODOLOGIA

O presente resumo tem caráter bibliográfico. Para tanto, foram feitas pesquisas em livros, artigos científicos que versam sobre o assunto, estando estes disponíveis em periódicos na internet e em dispositivos legais, tais como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de jurisprudências.

RESULTADOS E DISCUSSÃO (DESENVOLVIMENTO)

O padrão de família brasileira, ao longo do contexto histórico e de acordo com a legislação constitucional vigente, é considerado plural e não singular. Desse modo, muito é discutido sobre as novas estruturas e arranjos familiares, uma vez que foram inúmeras as mudanças na sociedade, surgindo assim modificações no Direito de Família caracterizado, doutrinariamente, como:

O Direito de Família constitui ramo do Direito Civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco, bem como os institutos complementares da tutela e curatela, visto que, embora tais institutos de caráter protetivo ou assistencial não advenham de relações familiares, tem, em razão de sua finalidade, nítida conexão com aquele (DINIZ, 2015, p. 3-4).

Nesses aspectos, através de lutas em busca de reconhecimento, casais homoafetivos conquistaram a regulamentação jurídica, na qual o Estado proporcionou os seus direitos e deveres equiparados aos dos casais heterossexuais. Desse modo, há uma procura maior pela adoção, que consiste em “ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”. (GONÇALVES, 2013, p. 379).

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente ressalta a importância destes obterem uma boa convivência familiar, visando sempre o princípio do melhor interesse da criança, definido no art. 100, parágrafo único, do referido dispositivo legal, assim como prevê, em seu artigo 42, a garantia de que podem adotar os maiores de 18 anos, independente do estado civil, ou seja, não existem barreiras que excluam os casais homoafetivos de entrarem com o processo adotivo, pois estão amparados pela legislação de forma análoga.

Todavia, valores preconcebidos permeiam a sociedade, ainda que não seja na sua totalidade, e discriminam o ato de adoção por homossexuais, não “aceitando” essas novas

concepções de família, sob a alegação de que os futuros filhos dessas pessoas adotadas teriam a mesma orientação sexual que os pais adotivos, inobstante se tenha comprovado cientificamente, por meio de estudos de psicólogos e psicanalistas, a exemplo de Zambrano, que os menores não sofrerão danos ou influências no seu desenvolvimento, ao contrário, os tornam mais conscientes e aptos a se adaptarem às diferenças existentes na sociedade.

Ademais, os valores religiosos se tornam grandes protagonistas ao criarem parâmetros para a família ideal como modelo a ser seguido. Tal discussão ocasionou grandes críticas feitas pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) em que os religiosos caracterizaram a família como aquela composta por mãe e pai, de modo que, qualquer forma distinta dessa não seria considerado um núcleo familiar.

Outra razão que dificulta a ação em estudo é o fato da legislação que versa acerca do assunto ser elaborada de maneira análoga, ou seja, a abordagem foi feita genericamente, necessitando-se de um posicionamento dos Ministros do STJ para a resolução da lide, quando prevaleceu o entendimento que casais do mesmo sexo são juridicamente aptos para adotar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que fora discutido, é importante que a ciência jurídica seja eficaz em constatar o progresso social e, em assim sendo, resguardar os direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a segurança jurídica, promovendo o reconhecimento desse grupo social que ainda terá um árduo caminho a percorrer até terem os seus direitos devidamente garantidos e implementados.

Por fim, chega-se à conclusão que todas as pessoas são responsáveis pela educação de uma criança, sem distinção de sexo ou qualquer outra forma de discriminação que se tornam insignificantes comparadas à grandeza do ato de adoção por aqueles que desejam e estão aptos para assim proceder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. STJ – RECURSO ESPECIAL REsp 889852 RS 2006/0209137-4 (STJ)- Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Vademecum. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 5. Direito de Família. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.- Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.html. Acesso em: 19 out. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Direito de Família. – São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ZAMBRANO, Elizabeth. As imposições simbólicas da diferença sexual e suas implicações na adoção por casais homossexuais. *Adoção: legislação, cenários e práticas*. São Paulo: 2015.

INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Neto, Antônio Severino ¹

Rodrigues, Ingryd Mayara ²

Prof. Me. Francisco Paulino da Silva Junior ³

RESUMO

O presente pôster trata-se de um estudo acerca do instituto da indenização por abandono afetivo, evidenciando-se seu conceito, princípios, jurisprudência e previsão legal pela Lei 10.496/2002, o Código Civil Brasileiro. Constitui-se de uma pesquisa de suma importância. Dá-se a partir da legislação aplicável e à luz da doutrina especializada. Contemplará, inicialmente, os conceitos e aspectos relativos sobre a possibilidade de haver indenização por abandono afetivo. Em seguida, debater a respeito das consequências do abandono afetivo, dos danos que são gerados nos envolvidos e da responsabilização por parte dos genitores.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Indenização. Jurisprudência.

ABSTRACT

This poster is a study about the institute of indemnity for emotional abandonment, highlighting its concept, principles, jurisprudence and legal provision by Law 10.496 / 2002, the Brazilian Civil Code. It is a research of the utmost importance. It is based on applicable law and in the light of specialized doctrine. Initially, it will contemplate the concepts and relative aspects about the possibility of indemnity for emotional abandonment. Then discuss about the consequences of emotional abandonment, the damage that is generated in those involved and the responsibility of the parents.

Keywords: Affective abandonment. Indemnity. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

A palavra responsabilidade, vem do verbo latim *respondere*, que tem como significado responsabiliza-se, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou (ROSA, 2003).

¹ Antônio Severino da Silva Neto, Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC;

² Ingryd Mayara Rodrigues da Silva, Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC;

³ Francisco Paulino da Silva Junior, Professor de Direito da FAFIC; Mestre em Direito Civil ;

Apenas com o significado da palavra responsabilidade, já fica claro e evidente que todo e qualquer indivíduo, deverá assumir e se responsabilizar por os seus atos praticados, com isso revela o dever jurídico em que o indivíduo se coloca em razão de fato ou omissão que lhe sejam imputados, a fim de satisfazer a prestação convencionada, ou para suportar as sanções legais que lhe são impostas.

Abandono afetivo não é só quando ocorre a omissão da assistência financeira, mas também quando há a omissão de cuidados, de assistência física, psíquica, de educação, quando há a omissão moral e social, que ambos os pais cometem na criação dos filhos. O abandono afetivo proposital de um genitor ou de ambos, que gerou consequências psíquicas na criança ou adolescente, é considerado ilícito, passível de sanção e de indenização por danos morais. A discussão do abandono afetivo, é uma discussão muito complexa e polêmica, isso se dar por conta que nesse tema não trata apenas de questões de omissão financeira, mas da omissão do afeto paterno/materno.

Uma parte dos doutrinadores defendem a tese de que a negativa de afeto será responsável por gerar danos psicológicos para a criança e ou adolescente, que sofrerá com essa negativa do sentimento. Para eles, a tendência que essa criança que irá crescer sem esse afeto, é que ela tenha mais chances de ser um adulto frustrado, com graves problemas psicológicos. Portanto, caracterizaria um ato contrário ao ordenamento jurídico e, por isso, sancionável no campo da responsabilidade civil. Já uma outra parte que são contrários a essa tese, acreditam que a responsabilização pelo abandono afetivo, apenas irá haver a monetarização do afeto, que para eles não tem como haver a menção do afeto de alguém por outrem, como medir a qualidade e quantidade de um sentimento que por lógica deveria ser dado naturalmente e espontâneo, e não ser uma obrigação jurídica.

METODOLOGIA

Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, técnicas de pesquisas bibliográficas consistindo em artigos, revistas e documental no âmbito do Direito de família e responsabilidade civil, acerca de obter informações que contribuíssem de forma generosa. O estudo, foi desenvolvido na biblioteca da instituição FAFIC (Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras) utilizando-se livros, celulares, notebook, tablet. Com o auxílio do professor orientador, os alunos debateram sobre a temática com intenção de compreensão e familiarização acerca do tema tratado.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Como muito se fala do abandono afetivo e se dever haver a sua reparação, já está havendo uma desconstrução, tendo em vista, em nosso sentir, principalmente, a perspectiva social da responsabilidade civil —, conforme podemos notar da leitura de julgados mais recentes, favoráveis ao amparo indenizatório da vítima:

Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo “Amar é faculdade, cuidar é dever.” Com essa frase, da ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. A decisão é inédita. Em 2005, a Quarta Turma do STJ, que também analisa o tema, havia rejeitado a possibilidade de ocorrência de dano moral por abandono afetivo. No caso mais recente, a autora entrou com ação contra o pai, após ter obtido reconhecimento judicial da paternidade, por ter sofrido abandono material e afetivo durante a infância e adolescência. Na primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, tendo o juiz entendido que o distanciamento se deveu ao comportamento agressivo da mãe em relação ao pai.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que o presente tema é de suma importância para a sociedade, pois é notório que muitos dos genitores não dão assistência aos seus filhos, tanto financeira como afetiva e moral. Os posicionamentos dos juristas são bastante atuais, se utilizam da visão contemporânea do poder criativo do magistrado, pois nota-se no contexto social e na história, que parte dos genitores, não assumem o papel correto, muitas vezes só contribuem com a pensão alimentícia devido a lei obrigar. A assistência ao filho, não deve ser somente financeira, mas também como afetiva e moral, contribuindo para o desenvolvimento, evitando que, futuramente ele desencadeie algum tipo de problema psicológico, comportamental ou até mesmo se tornando um adulto frustrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Elizama, Abandono afetivo paterno-filial e a responsabilidade civil, à luz do entendimento da doutrina, legislação e jurisprudência. 2018. Disponível em: <https://elizamaalvespe.jusbrasil.com.br/artigos/599380922/abandono-afetivo-paterno-filial-e-a-responsabilidade-civil-a-luz-do-entendimento-da-doutrina-legislacao-e-jurisprudencia?ref=serp>. Acesso em: 27 out. 2019.

FAVARETTO, Águeda. A responsabilidade civil por abandono afetivo parental. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72330/a-responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo-parental>. Acesso em: 26 out. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo. 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/392/novosite>. Acesso em: 27 out. 2019.

ROSA, Patrícia Fontanella. Dicionário técnico jurídico e latim forense. 2. ed. rev. Florianópolis: Habitus, 2003.

TARTUCE, Flávio. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>. Acesso em: 26 out. 2019.

DISCUSSÕES ACERCA DAS DISCRIMINAÇÕES QUANTO AOS FILHOS ADOTIVOS DE CASAIS HOMOAFETIVOS NO NÚCLEO SOCIAL

FIGUEIRÊDO, Maria Marianny Rodrigues de ¹.

SOUSA, Jéssyca Mikaely Evangelista de ².

RAGNER, Joseph ³.

RESUMO

Com o desenvolvimento da sociedade e dos novos arranjos familiares, positivados e garantidos pelo Código Civil de 2002, novas demandas aquém das comuns na sociedade. Uma delas foi à discriminação dos filhos de casais homoafetivos. Essas questões aparecem como um reflexo de uma sociedade ainda resistente quanto aos novos laços familiares. Nesse contexto, união estável, obrigações familiares e a adoção são permitidas por casais do mesmo sexo, porém, o problema não está se encontra mais quanto à legalização dessa conduta e sim, na adequação dessa conduta por parte da sociedade. Com isso, é possível visualizar os possíveis danos psicológicos em decorrência desse comportamento social.

Palavras-chave: Discriminação; adoção; homoafetivo.

INTRODUÇÃO

Mesmo diante da não exposição explícita, na Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, do Legislativo quanto à positivação e normatização dos direitos homoafetivos, inúmeras tutelas batem à porta do Judiciário, cabendo a este, assumir o papel hermenêutico, a fim de resguardar os direitos dessas novas entidades familiares. Com o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo Supremo Tribunal de Justiça, devendo seus efeitos se dar análogos aos das uniões heterossexuais, conclui-se que, a adoção por casais homoafetivos não mais encontra impedimento legal que impossibilite seu deferimento.

¹ Graduanda em ciências jurídicas e sociais – FAFIC;

² Graduanda em ciências jurídicas e sociais – FAFIC;

³ Professor de Direito da FAFIC e da FASP, Mestre em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG.

A permissão da adoção por casais homoafetivos foi um grande desenvolvimento no ordenamento jurídico, apesar disso a sociedade ainda reprime essa conduta, por que apesar do casal existir e ter direitos, aqueles ainda negam a sua existência. As próprias assistentes sociais ainda tem receio quando se fala que a criança vai ser adotada por um casal do mesmo sexo, até mesmo nas decisões judiciais de adoção, na maioria das vezes, contém apenas o nome de um dos adotantes e não nos dois, o que é negar a realidade, nas palavras de Maria Berenice Dias (apud CERQUEIRA, 2011) “Acho uma hipocrisia não poder entrar com pedido em nome dos dois. É a Justiça não enxergar a realidade”.

Diante do exposto, pode-se analisar que o preconceito começa desde momento da adoção, até o momento da criança em seu primeiro seio social, que seria o ambiente escolar. Filhos de casais do mesmo sexo sofrem bullying diariamente, principalmente por outras crianças, por estas não terem noção sobre o que é a família e como ela pode ser constituída. A partir da convivência ou então educação familiar e social é que elas poderiam vir a ter conhecimento sobre a situação familiar individual de cada um.

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa, do tipo exploratória, cujas técnicas utilizadas consistiram em revisão bibliográfica (doutrina e artigos da internet), estudo sobre a legislação atual, compreendendo a Constituição Federal, o Código civil de 2002, entre outros, que versa sobre o instituto do conceito de família, adoção, união estável entre pessoas do mesmo sexo, Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e consulta a estatísticas sobre o tema.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Devido o Brasil ser um país ainda muito conservador e ao longo dos anos ter construído uma ideia equivocada de que a família é construída a partir do pai, da mãe e dos filhos, pode localizar um obstáculo para além da inserção e aceitação desses novos laços familiares. É possível visualizar que as crianças adotadas são felizes em seu ambiente familiar, porém, em outros ambientes, como por exemplo, a escola, elas sofrem uma discriminação fazendo com que muitas vezes elas até tentem esconder que são filhas de pessoas do mesmo sexo, causando angústia, constrangimentos, entre outros sentimentos e emoções.

De acordo com a pesquisa feita pela revista digital Correio Braziliense no ano de 2016, os maiores problemas constatados vêm da discriminação por parte da sociedade. Muitos dos pais gays retrataram ter identificado embaraços para conseguir a custódia das crianças (33%) e para adotar (41%). Um terço disse que os filhos haviam sofrido insulto, intimidação ou outras experiências rotuladas por amigos. Um deles constatou que o preconceito não tinha como alvo apenas as crianças: de 20% e 30% explanaram experiências estigmatizantes simplesmente por serem pais. Outro dado averiguado pelo levantamento é que a rejeição vem de pessoas próximas. Os julgamentos negativos são feitos principalmente por familiares, amigos e comunidades religiosas.

Na matéria para O Globo, editora de Marie Claire, Ana Beatriz Lobo deu um depoimento emocionante sobre sua trajetória como filha de um pai gay, tendo afirmado que apesar do preconceito exterior, ser educada em uma família “não” tradicional, ajudou com que ela não desenvolvesse certos tipos de preconceito:

Bia lembra de um episódio em que foi alvo de preconceito. Quando tinha 10 anos e voltava da escola, uma menina que vendia balas na frente de sua casa gritou que Bia era adotada e que seu pai era veado. “Comecei a chorar e entrei correndo no prédio. Não consegui reagir”, afirma. Ela assume que foi mimada pelo pai por não ser sua filha biológica. “Eu quero escolher os namorados do meu pai, por exemplo. Ele gosta de uns caras nada a ver — um deles chegou a roubar brinquedos meus para dar para os parentes, além de passar a perna na família. Eu queria que ele namorasse o [estilista] Marc Jacobs”, diz Bia, autora de um blogue de moda. “Quando leio comentários ofensivos na internet sobre meu pai ser gay, continuo sentindo raiva, mas sei que é coisa de gente atrasada. Ter um pai gay faz com que eu abomine os preconceitos. O importante é ter uma família feliz.

Tendo em vista, o depoimento acima exposto, se pode observar uma evolução de concepção por parte da adolescente que só foi possível por sua vivência pessoal, porém, que será levada para a sociedade em que a mesma convive, assim confrontando o preconceito e de certa forma fomentando a curiosidade, de saber como são constituídos os novos laços familiares, nas pessoas de seu convívio.

Com isso, podemos observar que ao passo que o direito evoluiu, infelizmente, a sociedade ainda não. Ainda é enraizado o preconceito, a “família tradicional”, onde é perceptível a falta de respeito e empatia, que se materializam na discriminação a bebês, crianças e adolescentes adotados por casais homoafetivos. Enquanto no seio familiar essas pessoas são amadas, na rua elas são discriminadas. Precisamos urgentemente de conscientização sobre o que rege o conceito de família, que é a: afetividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto é possível constatar que há uma ofensa direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, ao mesmo ponto que os casais homoafetivos têm subsídios jurídicos à adoção, seus futuros filhos ainda sofrerão as consequências pela orientação sexual daqueles, não combatendo por completo a desigualdade e violando diretamente o princípio da isonomia, estabelecido expressamente no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Desse modo é evidente que se implantassem educação social e apoio psicológico efetivo nos anos iniciais da escola, facilitaria o entendimento das crianças sobre a realidade vivenciada, assim deixando-os com a liberdade de escolha, bem como, entendimento emocional e social sobre o que seria ideal ou não para aqueles. Espera-se que no futuro a adoção por pais do mesmo sexo seja positivada explicitamente e que os indivíduos recepcionem os novos laços familiares com mais naturalidade e livre de preconceitos.

REFERÊNCIAS

- CERQUEIRA, Patrícia. **Adoção por homossexuais: o que diz a lei.** Disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/Revista/Crescer/0,,EMI1395-10521,00.html>. Acesso em: 08 out. 2019.
- MELO, Wyller Hudson Pereira. **Adoção nas relações homoafetivas.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64447/adocao-nas-relacoes-homoafetivas>. Acesso em: 08 out. 2019.
- NEVES, Maria Laura. **Filhos de gays.** Disponível em: <http://revistamarieclaire.globo.com/Revista/Common/0,,ERT214041-17590,00.html>. Acesso em: 08 out. 2019.
- VIEIRA, Thiago Blanco. **Repercussões psicoemocionais para crianças inseridas em contextos homoparentais.** Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/premio2011/especializacao/Especializacao_Thiago_Blanco.pdf. Acesso em: 08 out. 2019.

O OBSTÁCULO ANTROPOLÓGICO DO ACESSO À JUSTIÇA

Luan Villar Lira ¹

Lucas Thadeu Araujo ²

Me. Francisco Paulino da Silva Junior ³

RESUMO

Ao adentrarmos nos fóruns judiciais percebemos que há uma padronização nas vestimentas dos usuários daquele local, e a partir disso se questiona se esse padrão é cultural ou tem alguma normativa que condicione a utilização desses trajes, e até que ponto esse pode ser um obstáculo para que as possam ter acesso a um local onde as pessoas vão na defesa de seus direitos. Com isso surge a necessidade de uma análise crítica sobre o caso. Como Objetivo Geral iremos analisar os impedimentos existentes para o acesso ao tribunal e suas interfaces com questões antropológicas. Nos Objetivos Específicas buscaremos analisar a existência de leis reguladoras do acesso aos tribunais, identificar as normativas internas sobre as questões antropológicas e refletir, de forma crítica, sobre o conceito e efetividade do acesso à justiça no Brasil.

Palavras-chaves: Vestimentas; Legalidade; Cultura;

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito fundamental contido na Constituição Federal da República Federativa Brasil (1988), onde todos tem o direito de peticionar em defesa de seus direitos e o Poder judiciário não pode negar sua apreciação.

Com o passar dos anos o acesso à justiça veio sofrendo várias modificações para permitir ainda mais sua aproximação com a comunidade, porém ainda há muito o que se melhorar, e uma dessas melhorias iremos discutir brevemente nesse trabalho, uma vez que o modo de se trajar, em alguns locais, ainda é uma barreira para que se tenha acesso ao fórum judiciário.

Como Objetivo Geral iremos analisar os impedimentos existentes para o acesso ao tribunal e suas interfaces com questões antropológicas. Nos Objetivos Específicas buscaremos analisar a existência de leis reguladoras do acesso aos tribunais, identificar as normativas internas sobre as questões antropológicas e refletir, de forma crítica, sobre o conceito e efetividade do acesso à justiça no Brasil.

¹ Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC.

² Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC.

³ Professor de Direito da FAFIC; Graduado em Direito pela UFCG; Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB.

METODOLOGIA

Para realização deste trabalho utilizaremos o método dedutivo onde, através do raciocínio lógico, buscaremos chegar a conclusão do tema proposto; e técnicas relacionadas à pesquisa bibliográfica e documental com apontamentos sobre a temática.

Inicialmente iremos fazer a leitura das obras selecionadas. Num segundo momento analisaremos as dificuldades do acesso à justiça em virtude do caráter antropológico e assim faremos nossas análises sobre esse obstáculo de acesso aos locais físicos dos entes judiciários.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

No livro “Acesso à Justiça” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), existem dificuldades a serem superadas para se ter um acesso à justiça ideal, dessa forma, essa obra trata de obstáculos a serem superados para conseguir um acesso de forma justa a justiça. O primeiro obstáculo, é o econômico, em seguida tem-se o obstáculo organizacional e por último o obstáculo do formalismo exacerbado. Assim, se tratando em superação de obstáculos para um acesso à justiça de forma justa, no texto “Um pescador sem acesso à justiça”, o obstáculo a ser superado, é o antropológico.

Portanto, a antropologia está ligada ao estudo das culturas e o antagonismo dos povos, entrelaçando-se com a sociologia. Um dos ramos da antropologia, é a antropologia cultural, que subdivide-se em etnografia e etnologia, a primeira visa fazer pesquisas ou trabalho de campo, a segunda é o prolongamento da pesquisa de campo, ou seja, o segundo passo da pesquisa, desta forma, ambas “ocupa-se do estudo da cultura e da investigação dos problemas teóricos que brotam da análise dos costumes humanos” (ASSIS, 2011, p. 18).

No Brasil, o sistema para acessar a justiça tem se mostrado cada vez mais arcaico, quanto mais a população se desenvolve culturalmente, menos o judiciário deixa de lado seus costumes, seus moldes, mesmo que seja para flexibilizar o acesso da população a justiça. Assim, nos fóruns brasileiros existe muita discriminação quanto aos trajes que devam ser utilizados, qual seria o traje adequado para adentrar em um fórum? Essa pergunta poderia ser melhor respondida, se os representantes do poder judiciário tivessem maior contato com a população, com a cultura de cada lugar, a realidade do povo e saber respeitar as individualidades de cada indivíduo. A falta de consenso da maioria dos magistrados em relação a trajes, faz com que

vários processos sejam adiados, gerando um maior custo para o Estado, fazendo o oposto do que diz o princípio da eficiência e da economia processual.

Na problemática abordada, para melhor viabilizar o acesso à justiça ao cidadão, deveria ter por parte do Estado-Juiz uma maior associação antropológica cultural e social, refletida dentro dos fóruns, que permitisse aos cidadãos uma melhor habituação com seu lugar de identidade, preservando o direito fundamental de cada um, que é o acesso à justiça. Desta forma, ninguém poderia ter um direito cessado por não possuir algum traje específico ou não se adequar com tal traje, no caso do pescador, que teve o acesso negado por estar com os pés descalço.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça é um direito fundamental que deve ser garantido a todos, sem distinção, porém existem casos em que pessoas não puderam adentrar ao fórum por não estar com uma vestimenta, considerada, adequada para aquele ambiente.

Ao revisar os códigos legislativos do nosso Brasil, não se encontra qualquer obstáculo formalista de vestimentas para o ingresso no fórum, ficando isso a cargo Estado-Juiz que rege as normas internas daquele ambiente.

Se os trajes forem mais importantes do que a resolução dos conflitos, a justiça está perdendo sua essência julgadora ao limitar o acesso aos seus locais físicos, além de retirar dos cidadãos o seu direito fundamento de acesso à justiça contido no inciso XXXV, do Artigo 5º, da Constituição Federal. Ademais não se verificaria os motivos de determinadas pessoas ficarem longe desse acesso, o quais podem ser culturais, religiosos ou até mesmo financeiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Olney Queiroz; **Manual de Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 18-24.

BATISTA, Vera; KAFRUNI, Simone. TST revoga regras de vestimenta para acesso ao tribunal. **Correio Braziliense**, 04 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/08/04/interna-brasil,699287/tst-revoga-regras-de-vestimenta-para-acesso-ao-tribunal.shtml>. Acesso em: 10 set. 2019.

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: 10 set. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; **ACESSO À JUSTIÇA**. Porto Alegre, 1988. Reimpresso/2002.

DE SANDÁLIAS DE DEDO A DECOTES, TRIBUNAIS AINDA DECIDEM O QUE É ‘IMORAL’. **Justificando**. 16 de outubro de 2015 – Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/10/16/de-sandalias-de-dedo-a-decotes-tribunais-ainda-decidem-o-que-e-imoral/>. Acesso em: 10 set. 2019.

GUIMARÃES, Stenio Henrique Sousa. **TRAJE ADEQUADO PARA COMPARECER AO JUDICIÁRIO, POR QUE?**. **JUSBRASIL**. Disponível em: <https://steniohenrique.jusbrasil.com.br/artigos/187615509/traje-adequado-para-comparecer-ao-judiciario-por-que>. Acesso em: 10 set. 2019.

PARREIRA, João Cesar. **A OBRIGATORIEDADE DO USO DE TRAJES FORMAIS NO JUDICIÁRIO**. Disponível em: <https://joaoacesarparreira.jusbrasil.com.br/artigos/300870734/a-obrigatoriedade-do-uso-de-trajes-formais-no-judiciario>. Acesso em: 10 set. 2019.

MIGALHAS PORTARIA DISPÕE SOBRE VESTIMENTAS PERMITIDAS NO FÓRUM DE SANTANA.. 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI179858,101048-Portaria+dispoe+sobre+vestimentas+permitidas+no+forum+de+Santana>. Acesso em: 10 set .2019.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Isabelly Bezerra de Carvalho ¹

Mirelly Couras de Carvalho ²

Professor Orientador: Janio Bezerra de Menezes ³

RESUMO

O direito ao esquecimento trata-se de um direito de toda pessoa que por ventura sentir-se prejudicado moralmente, profissionalmente, psicologicamente ou financeiramente por fatos ocorridos no decorrer de sua vida, que venham a ser divulgados pela mídia em decorrência de um lapso de tempo ainda fato esse seja verídico, com o intuito de prejudicar a reputação do ofendido com pré-julgamento de ações passadas. Por meio do estudo do tipo revisão bibliográfica constatou-se que no ordenamento jurídico brasileiro o direito ao esquecimento é tratado no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, onde assegura que a tutela da dignidade da pessoa humana abarca o direito ao esquecimento, objetivando garantir a honra e ressocialização sem qualquer tipo de danos advindos de fatos ocorridos no passado. Em decorrência dos avanços da tecnologia da informação o direito ao esquecimento está em voga, uma vez que as informações lançadas na internet se propagam em um curto espaço de tempo sendo armazenadas em vários servidores do mundo, mediante o qual tornar os mecanismos de defesa do ofendido um pouco mais árduo, vinculando-se a tais circunstâncias, é de extrema importância o estudo do direito ao esquecimento, objetivando garantir o princípio da dignidade humana, como efetivo norteador do direito.

Palavras-chave: Informações Prejudiciais. Fatos Passados. Lapso de Tempo.

¹ **ISABELLY BEZERRA DE CARVALHO**, Bacharelanda em Ciências Jurídicas e Sociais-Direito pela FESC-FAFIC, Conciliadora/Mediadora, 9º Período, E-mail: isabellybcdecarvalho@gmail.com

² **MIRELLY COURAS DE CARVALO**, Bacharelanda em Ciências Jurídicas e Sociais-Direito pela FESC-FAFIC, 6º Período, E-mail: mirellycouras@gmail.com.

³ **JÂNIO BEZERRA DE MENEZES**, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais-Direito pela FESC-FAFIC, Advogado OAB/PB nº 25.120 do Escritório Oliveira Advogados Associados, Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário, Pós-graduando em Docência no Ensino Superior, Assessor Jurídico Municipal, Conciliador/Mediador. E-mail: janiomenezess@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento faz parte dos direitos da personalidade, contudo não há previsão legal, mas sim doutrinária, sendo esta uma fonte do direito utilizada para preencher as lacunas da lei usada pelos tribunais. Com o avanço tecnológico e a insuficiência da legislação para acompanhar o dinamismo da sociedade, a utilização de outras fontes do direito se fazem necessárias como mecanismos de acessibilidade à justiça, vindo a atender os anseios da sociedade, diante disso o direito ao esquecimento deve ser enaltecido, uma vez que, com a tecnologia da informação e o desenvolvimento da internet esse direito torna-se cada vez mais concreto.

METODOLOGIA

O presente estudo consiste em uma pesquisa bibliográfica conforme a proposta inicial, haja vista que se optou neste trabalho pela análise de caráter qualitativo, para tanto se fez necessária à utilização de métodos e ferramentas de pesquisa disponibilizadas na rede mundial de computadores, dos quais foram utilizados artigos científicos, bem como a doutrina e a própria constituição federal. O presente estudo classifica-se como exploratório, com o propósito de alcançar um maior conhecimento acerca da temática, de maneira a torná-la mais explícita a partir do aperfeiçoamento de ideias a seu respeito, de maneira bastante flexível.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A partir disso, observa-se que não existe mais um espaço entre a vida pública e privada, diante da velocidade em informações lançadas na mídia, dificultando assim a vida privada dos cidadãos, em razão de tal afirmação o direito ao esquecimento está em popularidade. Através do exposto conseguimos observar a dificuldade de colocar em prática este direito fundamental a pessoa humana, uma vez que a internet tornou-se instrumento para a propagação e o armazenamento eterno de informações que possam vir a prejudicar a integridade moral e outros direitos de uma pessoa.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu no seu artigo 1º, inciso III, sobre a dignidade da pessoa humana, e têm como origem vários direitos

fundamentais, como o direito à liberdade, a vida, a integridade física, a integridade moral ou psíquica, que engloba o direito ao nome, a privacidade, a honra e a imagem. O real intuito dos princípios citados é o impedimento de atos lesivos a dignidade humana. Nesse contexto o direito ao esquecimento está em pauta nos tribunais, o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil diz que "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento" frente ao exposto o STF já vem aplicando a tese do direito ao esquecimento no que se concerne aos sites da busca na internet a imprensa e outros meios informativos de tecnologia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os avanços tecnológicos surgem conflitos em relação aos direitos fundamentais, sendo eles o direito a personalidade onde se encontra o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão, diante disso, deve haver um equilíbrio no direito que regularmente e proteja melhor ambas os direitos em conflito. A regulamentação do direito ao esquecimento se faz necessária para dar garantia e dar proteção na era digital aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOLDRINI, Fernanda. **O direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro: o conflito entre a liberdade de expressão, de informação e de imprensa versus os direitos de personalidade**. 2016. Disponível em: [www.pucrs.br > uploads > sites > 2017/03 > fernanda_boldrini_2016_2](http://www.pucrs.br/uploads/sites/2017/03/fernanda_boldrini_2016_2). Acesso em: 19. out.2019.

LENZO, Fernanda Andréia. Direitos da Personalidade: direito ao esquecimento. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73637/direitos-da-personalidade-direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 24.out. 2019.

PINHEIRO, Parícia Peck. **Direito Digital**. 6º. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2018.

ROUVER, Tadeu. Direito ao Esquecimento criou obrigações para veículos de comunicação. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-28/direito-esquecimento-criou-obrigacoes-meios-comunicacao>. Acesso em: 24.out. 2019.

A USUCAPIÃO FAMILIAR E O ABANDONO DO LAR

Manuella Fonseca Feitosa Cabral ¹

Ana Carolina Abrantes ²

RESUMO

A Lei nº 12.424 de 16 de junho de 2011, que regulamenta o programa do governo “Minha casa minha vida” trouxe uma nova modalidade de Usucapião, chamada usualmente de Usucapião por abandono de lar. Assim como toda nova lei, esta traz consigo discussões. Um desses dissídios se encontra na determinação de quais condutas o ex-cônjuge deva ter para que se realmente configure abandono do seu lar e assim que respalde a aplicação dessa modalidade de usucapião e seus efeitos, que atingem diretamente as relações e o direito de família, gerando assim certa insegurança jurídica quanto a sua configuração, apesar da lei ser expressa quanto seus requisitos. O objetivo desse trabalho é esclarecer quanto a esta novel modalidade e seus requisitos, focando na problemática do aspecto da conduta que forme o real abandono familiar e os novos entendimentos quanto a esta questão no nosso âmbito jurídico.

Palavras-Chaves: Usucapião Familiar. Requisitos legais. Abandono de lar.

Introdução

A nova categoria de Usucapião, conhecida como usucapião por abandono de lar, porém também doutrinariamente conhecida como Usucapião familiar ou pró-família se configura quando um dos cônjuges exerce a posse direta com exclusividade sobre o imóvel em que dividia a propriedade com ex-cônjuge ou ex-companheiro, que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, por mais de dois (02) anos de forma ininterrupta e sem oposição.

A lei surge como uma forma de proteção para a parte abandonada que ficará com todo ônus que recai sobre o imóvel, que antes era dividido e que agora de forma não planejada terá que prove-lo sozinho. Assim, desde que atenda aos requisitos legais, acaba adquirindo por lei o direito do domínio integral sobre o imóvel.

¹ Administradora de empresas, graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências e Letras-FAFIC, manuellacabral@hotmail.com

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências e Letras-FAFIC, ana.abrantes49@gmail.com

Um desses requisitos expressos estabelece que deve ocorrer acima de tudo o “abandono do lar”, porém, qual espécie de conduta se configuraria abandono? Qual a extensão dos requisitos aquisitivos no que concerne ao real significado de “abandono de lar”? Esses é um dos pontos controversos dessa nova categoria surgida já que seus efeitos refletem diretamente no Direito de família, gerando insegurança jurídica e assim possíveis aumentos de litígios visando separações de corpos ou até mesmo casais que vivem em constantes conflitos, permaneçam juntos, para evitar que se configure o abandono.

Diante disso, a VII Jornada de Direito Civil trouxe fim a essa discussão com o enunciado n°595, o qual revoga o n°499, contribuindo para uma adequada tradução do que seria essa modalidade de usucapião.

O principal objetivo desse trabalho é instruir quanto a modalidade de usucapião familiar, seus princípios e requisitos com o foque na problemática da configuração real do que seria de fato o abandono familiar, para que se fomente essa modalidade aquisitiva de posse, fundamentando com a luz jurídica trazida pelo enunciado n° 595 da VII Jornada de Direito Civil.

METODOLOGIA

Neste trabalho tratou-se de utilizar-se de pesquisa dotada expressamente de cunho bibliográfico, mediante estudo crítico da nova modalidade de Usucapião prevista no Código Civil Brasileiro, o qual for alcançado resultados por intermédio de artigos científicos relacionados à matéria ora analisada. Adotando como ponto inicial o art. 1.240-A do Código Civil Brasileiro diante do novo entendimento trago pelo enunciado n° 595 da VII Jornada de Direito Civil.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Contida no Art 1.240-Ado CC/2015, *in verbis*:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez” (BRASIL, 2015).

Esta nova categoria, como já dito no texto legal contém requisitos característicos para que ela possa ter cabimento. Além dos aspectos semelhantes aos demais tipos de Usucapião, como a posse ininterrupta e sem oposição, possui o requisito de tempo apenas de dois (2) anos. Esse pouco tempo se dá pelo entendimento de que a parte que fora “abandonada” terá que arcar sozinha com todas as despesas provenientes do imóvel, por esse motivo o prazo parece justo para aquisição da posse originária. Outros requisitos se dão quanto ao tipo de imóvel, o mesmo tem que ser urbano e não maior de 250m², que são características dos imóveis do programa Minha Casa Minha Vida. Quanto a forma de ocupação, os requisitos são que o conjugue que ficou no imóvel, deve usa-lo na finalidade única de moradia sua ou de sua família, de forma contínua e pacífica, sem oposição alguma da parte que se foi, além de que não pode adquirir a posse deste se já possuir outro imóvel em seu nome, seja urbano ou rural.

E como último requisito está o exposto na lei, onde diz que é necessário que o ex-cônjuge deva “abandonar” o lar e é nesse aspecto que surge a problemática pauta de dissídios entre os estudiosos do direito. O que seria esse abandono, quais as condutas que o configurariam? Se faz importante lembrar que a Emenda Constitucional nº 66/2010 alterou o Art. 226 da CF/88, em seu parágrafo 6º extinguindo a discussão de quem foi culpa pela causa do fim do relacionamento e adotando o divórcio como forma de dissolução do casamento, com isso as penalidades para o culpado deixaram de existir.

Com isso, a aquisição da meação por usucapião familiar não poderá ser abordada como uma forma de punir aquele que deixou o lar conjugal, mas sim, como uma proteção aos direitos daquele que ficou, já que além de ter que arcar sozinho, de forma não programada, com os dispêndios inerentes ao imóvel, seria quase impossível dispor do imóvel sem essa nova possibilidade aquisitória, assim a lei visa assegurar a plena propriedade do bem em favor do que permaneceu.

Não interessando então de quem foi a culpa a problemática se encontra em definir o que caracterizaria o real abandono, o que não pode ser confundido com uma simples "separação" do casal, onde o parceiro deixa o lar, porém continua a mantendo à família. Para que seja definido então o abandono deve ir além do aspecto físico do imóvel. Aquele que se vai deve ir de forma voluntária e duradoura, ou seja, sem oposição, sem que haja qualquer mantimento deste para com o lar ou sua família, assim como qualquer vínculo familiar, pelo menos pelo prazo mínimo de 2 anos previsto em lei. Disso depreende também que para ser

possível, na época que for proposta a ação de usucapião familiar, nenhuma ação contrária deve estar correndo.

E neste sentido, o enunciado nº 595 da VII Jornada de Direito Civil, vem resolver essas discussões e consolidar os entendimentos acima, conforme consta sua redação, *in verbis*:

O requisito do ‘abandono do lar’ deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel, somando à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável. Revogado o Enunciado 499” (CJF, 2015).

Portanto, segundo Vieira é preciso que o abandono seja familiar, inerente à família e não apenas ao imóvel. Se faz necessário o desamparo total a manutenção e assistência da família que permaneceu no lar, não importando a culpa ou o motivo que resultou na conduta da negligência. Assim, aquele que deixa o ceio familiar pelo fracasso da relação, porém continua a prestar o atendimento assistencial a sua família ou a honrar com as obrigações adquiridas enquanto casal, não deve ser alcançado por esse instituto. Este enunciado além de dirimir a insegurança gerada no direito de família e conseqüentemente os conflitos judiciais nessa área, veem trazer mais segurança aos estudiosos do direito (VIEIRA, 2015)

Com esta pesquisa foi possível definir o sentido dessa nova categoria de Usucapião, que vai além da tutela da função social da propriedade e o abandono físico do imóvel, fundamentando sua existência na negligência da parte que abandona o lar e suas responsabilidades para com ele e sua família. Constatando-se então um avanço significativo para o ordenamento jurídico no que concerne a proteção da instituição familiar.

O instituto da usucapião por abandono de lar ou familiar, visa além da tutela da função social da propriedade promover a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na nossa Carta magna. Ao priorizar o amparo legal e o direito adquirido do imóvel a àquele que além de sofrer com a dissolução do seu relacionamento e sua família terá que arcar com todos os ônus sozinho, provenientes do abandono da outra parte, com quem constituiu relação familiar e obrigações futuras e contínuas. Resultando então em um avanço importante na proteção da família brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

Jornadas de direito civil VII : enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/853>. Acesso em 23 out. 2019;

VIEIRA, Viviane Garcia Vieira. **6 Usucapião Familiar e a Culpa**, 2015. Disponível em: <http://www.mpu-historico.furg.br/congresso-de-iniciacao-cientifica-2015?download=1657:viviane_garcia&start=580>. Acesso em: 23 out. 2019.

GT 05 – Linha 04: Liberdade Econômica, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Trabalhistas

Coordenador: Profs Eduardo Souza Silva e Kyeve Moura Maia

TÍTULO	AUTORES/ORIENTADOR
A VALIDADE DAS CRIPTOMOEDAS COMO MOEDA FIDUCIÁRIA	LIRA, LUAN VILLAR ARAÚJO, LUCAS THADEU
A NOVA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA FRENTE A DESBUROCRATIZAÇÃO DOS ALVARÁS E LICENÇAS	SILVA, KEZIA LIRA BRAGA DA CARVALHO, MIRELLY COISAS DE

A VALIDADE DAS CRIPTOMOEDAS COMO MOEDA FIDUCIÁRIA

Luan Villar Lira ¹
Lucas Thadeu Araujo ²
Josenildo Alves Formiga ³

RESUMO

A partir da evolução dos meios comerciais surgem diversas formas para agilizar os comércio, com isso os meios de pagamento passam por modificações podendo ser utilizados a moeda em papel, os meios de pagamento eletrônico, e a partir disso começam a surgir como alternativa as criptomoedas. Com esse novo surgimento surgem as discussões sobre o valor legal dessas novas moedas. Como Objetivo Geral iremos discutir a possibilidade de legalização das criptomoedas pelo Estado. Nos Objetivos Específicas iremos identificar o modo de operação das criptomoedas e apontar a possibilidade de utilização das criptomoedas no comércio.

Palavras-chaves: Bitcoin. Legalidade. Comércio.

INTRODUÇÃO

No princípio as transações econômicas eram feitas através da troca de mercadorias por não existir uma moeda comum e regulamentada pelo poder estatal para reger o comércio, a partir daí surge a necessidade da implementação da moeda fiduciária.

Com a evolução dos meios tecnológicos passaram a surgir outras formas de circulação de capital, como as transações eletrônicas e o surgimento das criptomoedas. Com isso surge a necessidade de estudarmos esse novo tipo de moeda e dispor se ela tem validade legal para o comércio como a moeda fiduciária.

Como Objetivo Geral iremos discutir a possibilidade de legalização das criptomoedas pelo Estado. Nos Objetivos Específicas iremos identificar o modo de operação das criptomoedas e apontar a possibilidade de utilização das criptomoedas no comércio.

¹Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC.

² Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC.

³ Professor de Direito da FAFIC; Bel. em Direito pela FAFIC; Mestre em Sistemas Agroindustriais pela UFCG.

METODOLOGIA

Para realização deste trabalho utilizaremos o método dedutivo, baseando-se em pesquisa bibliográfica de literatura com apontamentos sobre a temática, a partir da utilização de livro e pesquisas na Internet.

Inicialmente iremos fazer a leitura sobre as criptomoedas para podermos conceituá-las e após esse momento adentrar no mérito da possível legalização dessas moedas digitais, pelo Estado.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Nos primórdios o comércio era regido pelo escambo, ou seja, por meio das trocas, pois não existia moeda fiduciária de valor econômico, transitando apenas a troca de mercadorias. Entretanto, com o passar do tempo o escambo foi perdendo sua eficácia, em virtude da complexibilidade que se tornou o comércio surgindo a preocupação do Estado em viabilizar uma moeda que ele pudesse controlar e que se tornasse plausível para as relações econômicas.

Assim surge o dinheiro de papel, que começou a ser utilizado pelas pessoas que costumavam guardar objetos com um ourives, pessoa responsável pelos objetos e em troca disso, recebiam uma espécie de recibo, e esses recibos passavam de pessoa a pessoa, logo os bancos começam a fabricar o dinheiro com um papel próprio evitando falsificações, e por resultado disso, surge o sistema monetário de cada país.

Na contemporaneidade há vários tipos de meios de pagamentos, hoje não existe tão somente o dinheiro em cédula ou moeda, mas também os cartões e títulos de créditos (Cheque, Promissória, Letra de Câmbio, Duplicata), que funcionam como pagamento, seja a vista ou a prazo.

Segundo Cesares Vivante *apud* CRUZ (2018, p. 540), os títulos de créditos são documentos necessários para o exercício do direito literal e autônomo nele contido. Demais, para o título de crédito atender suas expectativas, tem que estar preenchido de acordo com os requisitos da lei, conforme expressa o Código Civil em seu artigo 887, a exemplo de título de crédito temos o cheque, a duplicata, a promissória a letra de câmbio.

Portanto, para que os títulos de créditos atinjam seu propósito, devem seguir os requisitos ditos como essenciais para sua finalidade, os quais são a certeza, a liquidez e a exigibilidade. A certeza advém do Princípio da Cartularidade, defendendo que o título tem que

ser certo, devendo a cártula (papel) estar com o titular para que a finalidade seja alcançada, a liquidez reforça o Princípio da Literalidade, resguarda que só é válido o que está escrito no título, põe fim à exigibilidade, que diz respeito à autonomia do título, ou seja, o título tem que ser autônomo e exigível, não carecendo de vínculo com a obrigação que o originou.

No Brasil, temos uma moeda fiduciária corrente (Real), mas com a mutação da sociedade e seus avanços tecnológicos abre espaços para vários mercados, o que mais tem crescido nos últimos anos é o comércio eletrônico. Assim, esse novo comércio facilita o desenvolvimento do comércio e o torna mais célere, pois hoje se fazem transações de qualquer lugar com a ajuda de aparelhos eletrônicos.

Portanto, pensando nesse comércio eletrônico surgem as tão famosas criptomoedas que são meios de troca, podendo ser centralização, centralizado ou descentralizado que se utiliza da tecnologia de blockchain e da criptografia para assegurar a validade das transações e a criação de novas unidades da moeda, em outras palavras são moedas virtuais que tem um poder de compra semelhante à moeda corrente, mas que não tem a mesma regulamentação de uma moeda fiduciária, pois estão em um mercado eletrônico criptografado, ou seja, não tem regulamentação do Banco Central, e não se consegue rastreá-las.

No Brasil essas moedas virtuais, como já foi dito, não são regulamentadas pelo BCB, que expressa sua posição na Lei nº 12.865/13 dizendo que a moeda virtual não se confunde com a moeda eletrônica de que trata essa lei.

Existem vários tipos de criptomoedas, a mais conhecida delas é o Bitcoin. Segundo André Santa Cruz (2018, p. 531), *“O Bitcoin é uma moeda digital peer-to-peer (par a par ou, simplesmente, de ponto a ponto), de código aberto, que não depende de uma autoridade central. Entre muitas outras coisas, o que faz o Bitcoin ser único é o fato de ele ser o primeiro sistema de pagamentos global totalmente descentralizado”*, ou seja, o Bitcoin não precisa de uma figura de terceiro para fazer suas transações, a exemplo do Paypal e Mastercard.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As criptomoedas surgiram como uma alternativa para o comércio eletrônico, uma vez que não é necessário a impressão dessa moeda, ela flui de forma mais rápida sem muitas burocracias.

O grande problema dessas moedas é que elas não possuem codificação e não podem ser rastreadas, possibilitando fraudes no processo e não dando qualquer segurança para os seus detentores.

Diante o exposto, dificilmente o Brasil irá propiciar a legalização desse tipo de moeda, pois não como fazer o controle dos usuários, uma vez que o sistema opera através de códigos sem qualquer identificação de pessoa física ou jurídica, o que facilita as fraudes fiscais e o aumento da corrupção administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei 12.865**, de 09 de outubro de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12865.htm. Acesso em: 22 out. 2019.

CANTAI, Augustin; **As criptomoedas como títulos de crédito**. Uma análise comparativa com a legislação europeia e as perspectivas brasileiras. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74772/as-criptomoedas-como-titulos-de-credito>. Acesso: 22 out. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 17. ed. Editora Saraiva, 2006.

CRUZ, André Santa; **Direito Empresarial**. – 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 518-622.

A história do dinheiro – como foi o surgimento na história da humanidade
Disponível em: <https://umtantocurioso.com.br/historia-do-dinheiro/>. Acesso em: 22 out. 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Sinopses Jurídicas - Títulos de Crédito e Contratos Mercantis**. 2ª Edição. Editora Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses Jurídicas - Direito das Obrigações - Parte Especial (contratos)**. 8ª Edição. Editora Saraiva, 2007.

A NOVA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA FRENTE A DESBUROCRATIZAÇÃO DOS ALVARÁS E LICENÇAS

Kézia Lira Braga da Silva¹
Mirelly Couras de Carvalho²
Juciê Ferreira de Medeiros³

RESUMO

O presente trabalho traz um melhor esclarecimento sobre a desburocratização dos alvarás e licenças, tendo em vista que esta foi uma das várias mudanças adotadas com a implantação da Medida Provisória (MP 881) posteriormente convertida na nova lei da Liberdade Econômica (lei nº 13.874/2019) sancionada no ano de 2019, assim como mostrar as melhorias e facilidades que essa nova regra jurídica pode trazer para os trabalhadores e para as empresas. Deve-se salientar ainda que a Medida Provisória abrange diversos meios que visam melhorar a economia e o desenvolvimento nacional para trazer o Brasil a um patamar atualmente utilizado por países com maiores índices de IDH pelo mundo.

PALAVRAS-CHAVE: Mudanças. Regra jurídica. Desenvolvimento nacional.

INTRODUÇÃO

A MP – Medida Provisória 881 posteriormente convertida na nova lei da Liberdade Econômica (lei nº 13.874/2019), é uma nova lei que flexibiliza regras trabalhistas, sendo ela a responsável pela desburocratização e simplificação para as empresas e para os empreendedores, com intuito de promover igualdade e oportunidade para os pequenos e médios dirigentes, com o foco do Estado principalmente nas situações de maior risco e com respeito ao federalismo. A importância dessa inovação legislativa consiste na liberdade que o empreendedor terá para o seu próprio sustento, eliminando, por meio da desburocratização, a necessidade de autorização por parte do Estado para atividades consideradas de baixo risco. Uma das principais mudanças abordadas pela MP foi a desburocratização dos alvarás, ou seja, o fim de autorizações prévias para as atividades econômicas, sendo elas de baixo risco.

Para que seja possível aplicar essa nova lei, é necessário que a atividade realizada seja de baixo risco, o que será, nesse caso, definido pelo ente federativo ou por Decreto do Presidente, caso haja ausência de definição, ou pelo CGSIM (Comitê Gestor de Rede Nacional de Simplificação do Registro e da Legislação de Empresas e Negócios), a atividade deverá ser exercida em propriedades privada própria ou de terceiros de maneira exclusiva, não dispensando a necessidade de cadastro e registros sendo eles tributários e previdenciários. Antes da nova lei de Liberdade Econômica ser aprovada, qualquer atividade econômica requeria

alvarás, licenças e similares prévios, mesmo para aquelas situações que não ofereciam risco. Contudo, após ser sancionada, para as atividades de baixo risco não será mais necessário a liberação previa para que seja gerado um novo emprego e renda. A exemplo dessa mudança, atualmente para que as costureiras trabalhem não será mais necessário que haja o alvará de funcionamento, desde que, a propriedade seja privada. Tal tema, é importante de ser abordado devido à sua importância quantos as modificações positivas que pode trazer ao país, assim como, por ser um assunto novo, muitos desconhecem e o julgam de forma negativa. O objetivo desse trabalho, é trazer aos leitores um melhor esclarecimento e entendimento a respeito do tema abordado, visando dessa forma mostrar as mudanças e facilidades que a nova lei pode realizar.

METODOLOGIA

O trabalho utilizou-se de métodos bibliográficos, optou-se neste projeto pela análise de caráter qualitativo. Nos quais foram discutidas as melhores fontes para pesquisa dentro do material selecionado. A pesquisa contou com discussões que aprimorassem o conhecimento sobre a nova lei, para uma exposição simples e clara diante o tema, com proposta no sentido de selecionar conceitos que trouxessem ao texto um melhor argumento no que se refere significado e importância da liberdade econômica, dando ênfase a desburocratização dos Alvarás de funcionamento e licenças.

RESULTADOS E DISCUSSOES (DESENVOLVIMENTO)

A nova lei proporciona que empresas de pequeno porte possam avançar economicamente por meio da desburocratização e simplificação dos alvarás de funcionamento, porém, é necessário o cumprimento de regras básicas desses setores caso haja uma fiscalização. Permite a realização de atividade aos finais de semana e feriados e cria a versão digital da carteira de trabalho. Foi publicada no Diário Oficial da União uma lista com 287 atividades econômicas que não precisarão de autorizações prévias para funcionar, como alvarás e licenças. Um dos principais objetivos é a igualdade de oportunidade para os pequenos médios. O presidente da Cics, Daniel Bampi comentou sobre o tema: “São vários pontos que precisam ser mudados para as coisas acontecerem, os processos são lentos. Com a MP, empresas de baixo impacto ambiental não vão mais precisar de alvará da prefeitura e do Corpo de Bombeiros”

Vejamos o que diz a nova lei de Liberdade Econômica acerca da dispensa de alvarás e licenças para atividades de baixo risco ambiental:

Artigo 1º, § 6º, Lei nº 13.874/2019: Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

Ademais, recentemente foi publicado a Resolução nº 51/2019 do Ministério da Economia que define atividade de baixo risco para fins de dispensa de alvará de funcionamento. Saliente-se que nos termos da citada Resolução considera-se de baixo risco a atividade exercida na residência do empresário, na hipótese em que a atividade não gere grande circulação de pessoas, bem como nas atividades tipicamente digitais que não exija estabelecimento físico para a sua operação.

O desenvolvimento econômico representa melhorias para toda população, sendo assim a peça principal em discussões feitas pelos parlamentares, essa evolução é percebida em âmbito global do índice de liberdade econômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi exposto e tendo em vista os problemas presentes atualmente, como por exemplo a alta taxa de desemprego, estagnação econômica, tendo umas das piores cargas regulatórias e burocráticas do mundo, dentre outros, com essa nova regra sancionada é possível notar a melhoria que será para as empresas de pequeno porte funcionarem com a desburocratização e regulamentação dos alvarás e licenças, aumentando o procedimento econômico de cada uma delas, visando o crescimento econômico do país e diminuindo o índice de desemprego.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ruan. **EMPRESAS DE BAIXO IMPACTO AMBIENTAL NÃO VÃO MAIS PRECISAR DE ALVARÁ DA PREFEITURA E DOS BOMBEIROS”, DECLARA PRESIDENTE DA CICS SOBRE PALESTRA COM JERÔNIMO GEORGEN.** Disponível em: <http://www.spacofm.com.br/eventos-encontro--empresas-de-baixo-impacto-ambiental-nao-vaio-mais-precisar-de-alvara-da-prefeitura-e-dos-bombeiros,-declara-presidente-da-cics-sobre-palestra-com-jeronimo-georgen-;noticia17622.php>. Acesso em: 20 out. 2019.

BELTRÃO, Hélio. **A CRUCIAL RETOMADA DA DESBUROCRATIZAÇÃO.** Disponível em: <https://mises.org.br/blogpost/3015/a-crucial-retomada-da-desburocratizacao>. Acesso em: 21 out. 2019.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **MP DA LIBERDADE ECONÔMICA.** Disponível em: <https://stacic.poder360.com.br/2019/05/apresentacao-mp-liberdade-economica.pdf>. Acesso em: 19/10/2019.

SENADO. **APROVADO PELO SENADO, MP DA LIBERDADE ECONÔMICO AGORA É LEI.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/23/aprovada-pelo-senado-mp-da-liberdade-economica-agora-e-lei/#conteudoPrincipal>. Acesso em: 21 out. 2019.

GT 06 – Linha 03: Direitos da Personalidade, Autonomia da Vontade e Limites Éticos

Coordenador: Prof. Wesley Rodrigues Dutra

TÍTULO	AUTORES/ORIENTADOR
EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ENSINO REGULAR NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL	ARAÚJO, CARLOS VINICIUS BRASIL NOGUEIRA, JOYCE CARVALHO DANTAS QUIRINO, CÍCERO ERNANY ALVES (Orientador)
DISCUSSÃO ACERCA DA EUTANÁSIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	ARAÚJO, Gabriel Francisco Rodrigues. MELO, Letícia Alves de

EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ENSINO REGULAR NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Carlos Vinicius Brasil Araujo
Joyce Carvalho Dantas Nogueira
Cícero Ernany Alves Quirino

RESUMO

É evidente, no contexto da sociedade brasileira, a carência da concretização de direitos fundamentais e o pouco caso do poder estatal em buscar tal desiderato. Em razão disso, muitos direitos garantidos e vigentes em nossa legislação não são efetivados, principalmente aqueles direcionados às minorias. Diante disso, o trabalho visa a realizar um breve estudo acerca da legislação específica sobre a educação inclusiva no País.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Educação inclusiva. Legislação específica.

INTRODUÇÃO

A busca incessante pelo conhecimento é, indiscutivelmente, um dos principais motivos que move o ser humano a alçar voos maiores. Foi por meio do conhecimento que o homem pôde alcançar não apenas a sobrevivência, mas também o aperfeiçoamento da vida em coletividade, cada vez mais complexa. Algo tão crucial não pode e nem deve ser privado de nenhuma pessoa, ainda mais quando se vive em um Estado Democrático de Direito.

Com essa finalidade, o constituinte originário, no uso de suas prerrogativas, positivou os direitos fundamentais e inerentes a toda pessoa humana, sendo um deles o direito à educação. Quando o legislador se dirigiu a toda pessoa, ele, propositalmente e de forma sensata, incluiu as pessoas com deficiência, que embora possuam alguma dificuldade ou limitação, tem em si a sede e necessidade de conhecimento.

Norteados por esta finalidade e na busca da efetiva concretização do direito fundamental à educação, previsto na Constituição Federal, criaram-se, no Brasil, diversos instrumentos capazes de viabilizar a educação inclusiva no ensino regular.

Para que seja implementado este direito fundamental, é elementar que se tenha ciência de suas especificações e abrangências da mesma maneira que se faz preciso o conhecimento de toda a legislação infraconstitucional que possa servir como meio eficaz para a materialização deste direito.

Com essa ânsia de transformar a sociedade em um lugar cada vez mais isonômico, surge a necessidade de conhecer os instrumentos que nos foram dados para que, por meio destes, seja possível traçar uma educação acessível, satisfatória e eficaz e que respeite os valores fundamentais que regem a República Federativa do Brasil, transformando, assim, as vidas de milhões de brasileiros.

METODOLOGIA

As explanações utilizadas para a elaboração deste trabalho científico foram alicerçadas em pesquisas bibliográficas, documentais e legislativas inerentes ao tema, buscando proporcionar uma melhor compreensão sobre os direitos das pessoas com deficiência e as obrigações de toda a sociedade para a materialização do direito à educação inclusiva.

DESENVOLVIMENTO

Para fins de definição, considera-se pessoa com deficiência, segundo entendimento proferido pela ONU, na Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, como sendo aqueles que possuem impedimentos de longo prazo de caráter físico, intelectual ou sensorial de forma que, diante de diversas barreiras podem comprometer sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Deste modo, estes indivíduos precisam, muitas vezes, de recursos especializados para desenvolver mais plenamente o seu potencial bem como superar ou minimizar suas dificuldades dentro da sala de aula.

A positivação desses direitos ganha mais notoriedade com a Constituição de 1988, visto que esta, além de estabelecer direitos às pessoas com deficiência, ainda orienta e prevê a efetivação e complementação destes direitos pela legislação infraconstitucional. Frise-se que esta mesma legislação constitucional dá força normativa a diversos princípios nela consagrados, os quais vinculam toda a interpretação das leis infraconstitucionais vigentes, buscando sempre priorizar o bem-estar social, o desenvolvimento, a justiça e sobretudo a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Tal como descreve Freitas (2018, p. 95), para que haja concretização da dignidade da pessoa humana é fundamental que a igualdade seja efetiva no meio social. Isto porque quando se trata de uma minoria portadora de características, sejam elas físicas ou psíquicas, não verificadas na maioria dos indivíduos, e ainda lhe retiram ou não providenciam os meios

necessários ao exercício de direitos que, em tese, caberiam a qualquer cidadão, na verdade está se promovendo a discriminação e até mesmo a exclusão social dessas pessoas, o que é frontalmente oposto ao princípio da dignidade humana.

Além dos textos positivados na Carta Magna, há em vigor uma legislação específica para tratar do tema consistente na Lei nº 13.146 de 2015, denominada como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que fora instituída, conforme o seu próprio artigo 1º, com o objetivo de assegurar e a promover em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. E ainda, mais precisamente em seu artigo 3º, o Estatuto determina que as pessoas com deficiência que encontrarem qualquer umas das barreiras descritas no dispositivo que impeçam ou dificultem a participação social da pessoa bem como fruição de seus direitos devem ter a sua disposição meios que a permitam superá-las.

No tocante à educação inclusiva, prevê o inciso VI do artigo 3º do estatuto das pessoas com deficiências, sobre a possibilidade de adaptações razoáveis que não acarretam ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso; o inciso XII que estabelece que é direito inquestionável o profissional de apoio escolar, ou seja, a pessoa que exerce atividade de alimentar, higienizar e locomover o(a) estudante com deficiência e o(a) acompanha em todas as atividades escolares que forem necessárias, em todos os níveis e modalidades de ensino, em instituições públicas ou privadas, salvo as técnicas ou procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas.

O capítulo IV dessa lei, aborda o direito à educação determinando, conforme o artigo 28, que é assegurado à pessoa com deficiência um sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o seu máximo desenvolvimento possível, e ainda atribuindo esta responsabilidade ao Estado, família, comunidade escolar e à sociedade, alertando ainda sobre o dever de respeitar e proteger as pessoas com deficiência de toda a forma de violência, negligência e discriminação.

O artigo seguinte encarrega o poder público de assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar os sistemas educacionais e seu aprimoramento; o projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado; a oferta de educação bilíngue; medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes entre outros.

Esta lei não se aplica apenas às instituições públicas, visto que em conformidade com o art. 28, parágrafo primeiro, as instituições privadas, em qualquer nível, devem obrigatoriamente

seguir todos os preceitos declarados no Estatuto, bem como ficam proibidas de cobrarem valores adicionais em suas mensalidades, anuidades e matrículas, em razão do cumprimento dessas determinações.

O artigo trinta prevê a regulamentação de medidas inclusivas relativas aos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições públicas e privadas de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, sendo algumas delas: provas em formato acessível a necessidade do aluno; dilatação de tempo mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade; campos específicos nos formulários de inscrição de exames para que o candidato informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistida necessários para a sua participação.

Com a explanação destes dispositivos, observa-se que a pessoa com deficiência possui uma legislação que preza pela valorização da pessoa humana e que busca minimizar as dificuldades enfrentadas no dia a dia, porém, embora não seja possível alegar o desconhecimento da lei, é facilmente identificável no cotidiano que muitos, inclusive a própria Administração Pública, desobedecem aos comandos constitucionais e legais em matéria de garantir a acessibilidade. Ou seja, o problema não é a falta de amparo jurídico, mas sim o precário serviço e assistência ofertados que dificultam ou impedem as pessoas com deficiência de exercerem os seus direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos expostos, é evidente que o ensino inclusivo representa sem dúvidas uma necessidade urgente e indispensável a todas as pessoas, que embora tenham sua capacidade física ou psicológica reduzida, sonham e precisam de educação e conhecimento para terem uma vida próspera e, sobretudo, digna, não podendo nenhuma instituição, pública ou privada, dificultar ou impedir a implementação desse direito, já devidamente regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Observou-se, também, que o Estado possui uma obrigação clara e de extrema importância de criar, manter e supervisionar todas as medidas necessárias para que esta inclusão aconteça. Contudo, é oportuno também advertir que toda a sociedade tem o dever de respeitar e propiciar um ambiente social e escolar sem segregação às pessoas com deficiência.

A análise da legislação que versa sobre este tema também alertou para uma realidade cruel: embora haja uma vasta regulamentação jurídica sobre o tema, relativos aos princípios

norteadores de um Estado Democrático de Direito, que valoriza sobretudo a pessoa humana, é observável, no cotidiano, a falha e omissão da Administração Pública em muitos pontos, principalmente no que tange à oferta de profissional de apoio escolar e de ensino bilíngue em libras; planejamento de atendimento educacional especializado e acessibilidade em escolas que funcionam em antigos prédios públicos, sendo este último fato observado não apenas em âmbito escolar mas em várias repartições públicas, a exemplo do que ocorrera neste ano de 2019, no Palácio da Redenção, onde um cidadão com deficiência física não teve a mínima acessibilidade para assistir ao lançamento do Ciclo do Orçamento Democrático, (publicada por Heron Cid, **Flagrante: um Palácio da Redenção “inacessível”**).

Não tão diferente da realidade pública, as instituições particulares que, embora possuam uma melhor infraestrutura que facilite a inclusão escolar, carece também da oferta de profissionais especializados para desenvolver, da melhor forma possível, a capacidade de aprendizado desses alunos.

Ante ao exposto, compreendeu-se que embora essencial, a lei por si só não basta para corporificar o direito basilar à educação inerente a toda pessoa humana, principalmente nos casos em que estas possuem impedimentos a longo prazo, devendo os responsáveis buscarem a aplicação da lei de forma a conscientizar a todos que a inclusão é muito além de uma rampa ou um cuidador. A verdadeira inclusão só acontece quando praticada com o respeito e a empatia necessários, além de exigir a colaboração de todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015: Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Brasília, DF, 2015.

FREITAS, André Vicente Leite de; DINIZ, Fernanda Paula; RIBEIRO, Thiago Helton Miranda. **Direitos da pessoa com deficiência: Estudos em homenagem ao professor Daniel Augusto Reis**. 1º edição. Pará de Minas: Virtual Books, 2018.

CID, Heron; **Flagrante um Palácio da Redenção Inacessível**: heroncid.com.br, 21 de março de 2019.

DISCUSSÃO ACERCA DA EUTANÁSIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Araújo, Gabriel Francisco Rodrigues.
Melo, Letícia Alves de.
MORAES, Éverton Gonçalves de.

INTRODUÇÃO

A eutanásia significa “boa morte”, compreende-se como ato em que como a ação omissiva ou comissiva de terceiro que cessa a vida dos seus pacientes para uma morte digna e sem sofrimentos (BARBOSA; LOSURDO, 2018). Os pacientes que solicitam esse procedimento devem estar cientes que não há mais nenhuma chance e que a doença já chegou a estágio de muita dor e sofrimento. Pacientes com câncer em estágio terminal, por exemplo, sem suportarem mais as dores e não tendo nenhum medicamento mais eficaz para sua amenização, solicitam este ato, pois, os defensores dessa tese, acreditam que estar nesse estágio e não poder realizar a eutanásia é um desrespeito à dignidade da pessoa humana, deixando o paciente morrer em condições degradantes, revelando total falta de humanidade e compreensão.

Essa prática é permitida por outros ordenamentos jurídicos, como por exemplo, na Holanda. No Brasil a eutanásia é proibida, utilizando do princípio supracitado, porém, colocando sob ótica diversa da citada, já que a nosso ordenamento jurídico é baseado na preservação da vida. Analisando pela ótica que a autonomia de vontade também é um direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e apesar de não ser explícito, é norteador na Lei Magna, assim, gerasse um confronto de princípios fundamentais: direito à vida e o direito a liberdade, a autonomia da vontade, entre outros.

Como não se tem hierarquia entre os princípios e o critério de escolha deve ser o princípio que mais se aproxima da dignidade da pessoa humana, não podemos presumir que essa dignidade seja a distanásia, ou seja, o prolongamento da vida, mas sim, aquilo que for de vontade expressa da pessoa que é opta por esse tipo de conduta para seu tratamento.

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa, do tipo exploratória, cujas técnicas utilizadas consistiram em revisão bibliográfica de livros, revistas online e artigos científicos, além de estudo sobre a legislação atual, compreendendo a Constituição Federal e o olhar

doutrinário em face da hierarquia entre os princípios e a respeito da eutanásia, sendo mais abordada pela Bioética e o Biodireito.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Os direitos fundamentais também chamados de direitos humanos se encarregam de garantir direito à vida, liberdade, igualdade, entre outros, porém, ao mesmo passo disponibiliza ao Estado uma parcela de nossas decisões, pela questão principal suscitada que é do protecionismo e, por esses direitos serem: imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis é que se sustenta a ideia que não podemos dispor da nossa vida quando não mais nos proporciona sentindo, mesmo quando nenhum direito é absoluto, ou seja, todos os direitos possuem relatividade, e se o Estado pode decidir a hora em que morremos em determinadas situações, qual o sentido de prolongar a vida quando nós mesmos já não estamos vendo sentido em tê-la?!

O que a eutanásia busca é justamente respeitar os direitos humanos e os princípios estabelecidos em Constituição, que é uma morte sem dor e sofrimento, proporcionando, nos últimos momentos de vida de alguém, a sensação de que tudo que havia e poderia ser feito foi e que sua última vontade está sendo cumprida. Já quem defende a tese contra, aponta que qualquer motivo será uma justificativa para prática da eutanásia e na verdade, essa informação é equivocada. Quando solicitasse esse procedimento, tem uma série de requisitos que devem ser apresentados. De acordo com Campos e Medeiros, apud Tereza Rodrigues Vieira (2003, p. 90), a lei Holandesa, que é uma das que permitem a prática da eutanásia, apresenta:

Tanto o médico quanto o paciente deverão estar convencidos da inexistência de qualquer outra forma alternativa de tratamento, sendo imperioso também a ouvida de um outro especialista. Conforme esta norma, mesmo depois da morte do paciente, uma junta de especialistas será designada para analisar todos os atos realizados pelo médico, e, caso se constate que houve negligência, poderá este ser responsabilizado penalmente por crime de homicídio.

Comprovando que a atitude de solicitação do procedimento é rigorosa, possui requisitos explícitos, inclusive, trazendo punições para comportamento contrário ao que estabelece a lei daquele país.

O direito à vida é uma obrigação protecionista estatal, mas, não é uma imposição, até por que aquele não se escolhe como pontuam ainda Campos e Medeiros, em uma publicação

no ano de 2011 para Revista eletrônica de Direito, Justiça e Cidadania: “É inegável que não se escolhe nascer, a vida é algo externa à vontade humana, ela simplesmente acontece, seja por motivos religiosos ou científicos. Morrer é parte integrante da vida, uma vez que se vive não há que se falar em vida eterna, não pelo menos diante da nossa realidade científica.”. Propondo assim a vertente de que não há uma vida eterna e que a morte sendo uma consequência, pode acontecer uma hora ou outra, assim, propondo de que o paciente sabe o procedimento terapêutico que quer adotar em determinada situação e que isso é proporcionar a maior dignidade e humanidade possível em seu tratamento, seja ele para dar continuidade à vida ou não.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto é possível constatar que há uma ofensa direta ao princípio da dignidade da pessoa humana e que a positivação em lei, traria segurança jurídica para que o procedimento fosse realizado não seria incentivar a morte de pessoas em vez de lutar pela vida das mesmas, seria uma forma de solidariedade com a dor do outro, em permite que esse tenha autonomia sobre sua própria vida e mais precisamente, sobre sua própria dor. Com isso, proporcionaria positivamente sobre as consequências da eutanásia, melhor entendimento sobre esse instituto, levando inclusive conhecimento a rede de ensino básica para que o conhecimento acerca do assunto fosse algo gradativo e tivéssemos conhecimento suficiente para saber em quais situações poderíamos suscitar a eutanásia.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva. LOSURDO, Federico. **Eutanásia no Brasil: entre o código penal e a dignidade da pessoa humana**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000200165. Acesso em: 22 out. 2019.

CAMPOS, Patrícia Barbosa. MEDEIROS, Guilherme Luiz. **A eutanásia e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. http://docs.uninove.br/artefac/publicacoes/pdfs/patricia_drt_20111.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.

FILHO, Francisco Seraphico Ferraz da Nobrega. **Eutanásia e dignidade da pessoa humana: uma abordagem jurídico-penal**. Disponível em:

<http://www.ccj.ufpb.br/pos/contents/pdf/bibliovirtual/dissertacoes-2008/eutanasia-e-dignidade-da-pessoa-humana-uma-abordagem-juridico-penal.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

**GT 07 – Linha 07: Autonomia Privada, Mediação, Conciliação e Resolução
Conflitos****Coordenadora: Prof^a Cristiana Russo Lima da Silva**

TÍTULO	AUTORES/ORIENTADOR
A EUTANÁSIA A LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	GABRIEL VIEIRA CAMILA CONCEIÇÃO
TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	SOUSA, JOSÉ JULIEL RANGEL DE RICARDO, DANIELE TEIXEIRA
A EFICÁCIA DOS SERVIÇOS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA FAFIC, ENQUANTO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA	JOSÉ IRLLEN MENDES DE OLIVEIRA SEGUNDO, KÉZIA LIRA BRAGA DA SILVA

A EUTANÁSIA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Camilla Conceição Alves da Silva¹

Gabriel Vieira da Silva²

Yvna Cordeiro Lopes de Siqueira³

RESUMO

Objetiva este resumo uma análise sobre a prática da eutanásia à luz da dignidade da pessoa humana, trazendo a distinção de outras práticas que são ou não aceitas no país. O princípio da dignidade da pessoa humana é uma base da nossa constituição da República Federativa do Brasil, e da própria declaração universal dos direitos humanos. A dignidade da pessoa humana talvez seja hoje o conceito mais difícil em toda ciência jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Vida. Paciente. Direito.

METODOLOGIA

De natureza bibliográfica, este resumo tem finalidade básica, com uma aplicação de abordagem qualitativa de origem acadêmica, sem ser necessário o uso de dados, apenas descrevendo os confrontos atuais sobre a eutanásia. Com objetivos de pesquisa descritiva, fundamentada na junção de doutrinas, sites acadêmicos e artigos que se tratavam da eutanásia diante da dignidade da pessoa humana.

Fora empregado o método indutivo, sendo utilizado uma ideia mais centralizada para ampliá-la na pesquisa. Dentre os autores utilizados, está Maria Helena Diniz também utilizado um folheto do Ministério Público do Estado de São Paulo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A dignidade da pessoa humana, como conceito é no fundo um valor síntese da condição humana, portanto não é um tributo específico do ser humano, ela é o resultado da soma de todos esses atributos. Definida como uma cláusula geral, permitindo uma releitura da ordem jurídica brasileira em proteção da condição de ser humano que valorizam essas diferentes manifestações do indivíduo.

¹ Graduando(a) em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC;

² Graduando(a) em Ciências Jurídicas e Sociais – FAFIC;

³ Professor de Direito da FAFIC.

Pode-se dizer que é um conceito histórico construído sobre tudo, reforçado a partir do fim das guerras mundiais, quando houve um consenso internacional em torno da ideia que a condição humana deveria ser protegida com primazia por todas as ordens jurídicas, que não deveria existir uma ordem jurídica que não considerasse a condição humana como topo do ordenamento.

A declaração dos direitos humanos de 1948 incorporou a ideia de dignidade da pessoa humana, dizendo que ela era propriamente o fundamento dos direitos, da liberdade, da vida e uma série de outros direitos. Entretanto, a proteção ao ser humano é o valor principal da ordem jurídica, a partir dessas experiências que mostraram necessidade que isso fosse feito e que o ser humano não fosse fragilizado e atacado por meio de diferentes artifícios que foram usados sobretudo pelos regimes totalitários e europeus durante aquele período.

Um tema extremamente polêmico e cheio de aspectos que não é, ainda, conceito jurídico, às vezes por questões religiosas, questões morais e sociais e que acabam influenciando o tratamento desse tema no direito, se trata da Eutanásia.

Como a vida é o motivo, e por onde se perpetua a raça humana, após a Segunda Guerra Mundial, este direito foi analisado a partir de uma perspectiva ímpar, com isso, foi desenvolvida, em 1945, a Organização das Nações Unidas, logo após, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo o intuito de assegurar a vida além das dimensões de cada país.

O direito à vida é um direito fundamental regido pelo ordenamento jurídico, com um tema bastante polêmico. Quando se trata de morte digna – que também se trata de um direito fundamental –, é interligado diretamente à prática da eutanásia que, nada mais é que o desejo do paciente, na maioria dos casos em estado terminal ou vegetativo, que sua vida seja interrompida, mas como não se pode fazer isso sozinho, há um auxílio de terceiros.

No Brasil, a prática da eutanásia é considerada como um ilícito penal, tipificado como homicídio privilegiado, em seu artigo 121, § 1º, além de ser apontado como antiético pelo Código de Ética Médica.

Além da eutanásia, há outras modalidades a serem discutidas, entre elas estão: a ortotanásia – que é permitida no Brasil –, distanásia, suicídio assistido e testamento vital.

Há desavenças entre a ética médica e os direitos humanos, contudo no Brasil, existe um código de ética médica determinado pelo Conselho Federal de Medicina.

O Código de Ética Médica é um documento que demanda os princípios da prática profissional e padroniza uma conexão entre paciente, família e médico. Diante disso, o código

trata de assuntos e características do exercício da medicina e garantindo ao profissional éticas que devem ser respeitadas e pautadas.

Pressupõe que o nascimento da medicina tem uma grande ligação com o sofrimento de uma vida e com uma diligência de aliviar o sofrimento humano. É propensa que um dos motivos que trouxe essa atividade médica foi a satisfação de sanar todas as doenças.

De acordo com a nova resolução N 1.931/09 foi proclamado o seguinte: "XXII Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará sob sua atenção todos os cuidados apropriados". Ou seja, em situações de risco para o paciente o profissional deve evitar procedimento que venha abreviar a vida do paciente oferecendo todas as prudências necessárias.

No artigo 41, parágrafo único se lê:

Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Nessa situação, os Direitos Humanos entram em desentendimento com a ética médica com fundamentos que são direitos necessários para a satisfação das necessidades fundamentais da pessoa. Essas necessidades fundamentais seriam justamente garantidas a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, a segurança e etc. Uma grande universalidade que garante ao indivíduo a sua dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eutanásia, ainda é um tema de bastante repercussão em vários aspectos, sejam eles religiosos, doutrinários, penais, em que inúmeras pessoas ainda não têm um conhecimento necessário sobre o assunto.

Dentre os doutrinadores, há uma enorme divergência sobre serem favoráveis ou não à prática desse meio paliativo tão polêmico. Alguns se declaram contra, e asseguram--se na lei para defender que não deverá haver "perdão" para quem praticar esse crime; já outra parte

defende que sim, deveria ser legalizado e procura lacunas, também na lei, para defenderem suas opiniões.

No Brasil, em 1996, houve um projeto de lei (Projeto 125/1996) que propusera permitir a prática da eutanásia em casos que os tratamentos existentes fossem inúteis para prolongar a vida do paciente, posto que não haveria reversão em seus quadros clínicos. Nos dias de hoje, deveria haver outro projeto nessa linha para descriminalizar a eutanásia sem prejudicar os médicos em face de seu código próprio.

Quando se fala em autonomia da vontade do ser humano, dar-se a entender que se pode escolher seus propósitos a partir do que se é entendido. A partir disso, o indivíduo se torna dono de suas próprias “leis”, dono de seus ideais. Portanto, se a autonomia da vontade for a escolha do indivíduo dos seus próprios desejos, logo, é legal escolher por uma morte tranquila e serena, sendo assim, a maneira mais correta de se aplicar essa teoria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Januzia. **A eutanásia à luz do ordenamento jurídico brasileiro**

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73146/a-eutanasia-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 17 out. 2019 às 14:40h.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 4. ed. Editora Saraiva, 2007.

CADERNO JURÍDICO DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ano 1. Volume 1. Nº 2. julho de 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp> Acesso em: 26 out. 2019 às 16:24h.

GANEM, Beatriz Aparecida Soares. **Dignidade da pessoa humana como direito fundamental**.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52323/a-dignidade-da-pessoa-humana-como-direito-fundamental>. Acesso em: 05 out. 2019 às 23:55h.

GOMES, Luiz Flávio. **Eutanásia e o novo código de ética médica**.

Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1971344/eutanasia-e-o-novo-codigo-de-etica-medica>. Acesso em: 26 out. 2019 às 13:40h.

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: A REPARAÇÃO DO DANO MORAL COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

José Juliel Rangel De Sousa¹

Daniele Teixeira Ricardo²

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Perda de Uma Chance; Responsabilidade Civil; Dignidade da Pessoa Humana.

INTRODUÇÃO

A teoria da perda de uma chance tem origem francesa, surgindo no final do século XIX, com aplicação principal na Itália. No Brasil esta teoria tem aplicação recente. Entretanto, existem inúmeros casos recentes julgados efetivamente pelos tribunais com a aplicação de tal teoria. Diversamente do que ocorria no passado quando a vingança privada era o único meio de defesa existente para a vítima lesada, às vítimas de danos recorrem cada vez mais ao Poder Judiciário com o objetivo de reparar os seus prejuízos.

São inúmeras as situações na vida cotidiana em que, tendo em vista o ato ilícito de uma pessoa, algum indivíduo vê tolhida sua oportunidade de obter alguma vantagem e evitando algum prejuízo, o que muitas vezes pode vir a incitar a aplicação da teoria da perda de uma chance. A perda de uma chance tanto pode causar danos patrimoniais como também danos extrapatrimoniais, a depender do caso concreto em análise. Porém, existem vários critérios para que a aplicação dessa teoria seja viável.

Para que essa chance tenha uma possível indenização, deve ser apresentado muito mais do que uma simples esperança subjetiva por parte da vítima lesada, deve ser uma chance séria e real passível de ganhos futuros. Tem-se como objetivo geral, identificar de que modo e em que medida a aplicabilidade da teoria da perda de uma de uma chance promove a dignidade do indivíduo vítima de um dano em mora, à luz do ordenamento jurídico brasileiro?

¹Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais, FAFIC.

²Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais, FAFIC.

METODOLOGIA

Utilizou-se como método de abordagem o método dedutivo, valendo-se de uma análise geral do tema para se chegar a uma conclusão, para através da teoria da perda de uma chance chegar a uma resposta, tendo como premissa as posições existentes na doutrina e jurisprudência atinente ao tema tratado.

Dessa forma, teve-se como forma de abordagem do tema uma pesquisa qualitativa por não requerer o uso de técnicas estatísticas, sendo assim, foram analisados dados não numéricos que contribuíram para o desenvolvimento deste estudo. Quanto aos procedimentos técnicos foram utilizadas para a produção deste trabalho fontes bibliográficas das Ciências Jurídicas e Sociais, precisamente das áreas do Direito Constitucional e Direito Civil, bem como a consulta a artigos científicos, assim como notícias sobre o tema.

Foram ainda empregadas fontes documentais, assim como a Constituição da República Federativa do Brasil, o Código Civil de 2002 e a jurisprudência. Enfim, conseguiu-se fazer um levantamento sobre os posicionamentos doutrinários, como também os que são adotados por tribunais e legislação específica.

RESULTADOS E DUSCUSSÃO

No que se refere ao sistema de aplicação no ordenamento jurídico pátrio em relação a teoria da perda de uma chance, no caso específico, é necessário que sejam observados requisitos genéricos do instituto da responsabilidade civil, como a conduta humana (culpa), dano e nexo de causalidade, assim como os específicos da própria teoria. A doutrina civilista estabelece alguns critérios de aplicação da perda de uma chance. É oportuno destacar que não são todas e quaisquer oportunidades perdidas que podem ser tratadas pela perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil.

Para que aquele que teve a oportunidade perdida possa requerer o direito de indenização é imprescindível que esta chance perdida seja séria e real. De acordo com Silva (2013, p. 138) a teoria da perda de uma chance encontra limite no caráter de certeza que deve representar o dano, para que um caso seja solucionado com base nesta teoria, a vítima deverá evidenciar muito mais do que uma simples expectativa subjetiva. Da mesma forma, Cavalieri Filho (2012, p. 81) explica que é preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione

ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. Aqui, também, tem plena aplicação o princípio da razoabilidade.

Vislumbra-se que com a crescente judicialização das relações entre os sujeitos, enquanto seres sociais, no tocante as chances perdidas, tem-se a imprescindibilidade de que os magistrados atuem com maior atenção frente as novas demandas referentes ao conteúdo em análise, com o fito de uma reparação jurisdicional de forma equilibrada, conferindo uma nova roupagem aos institutos jurídicos, promovendo segurança jurídica bem como a efetivação da dignidade humana no que concerne a melhor aplicação da teoria da perda uma chance diante de cada caso concreto.

CONCLUSÕES

A perda de uma chance trata-se de um bem jurídico específico que fora violado de forma arbitrária por outrem, ocasionado uma lesão, havendo assim, a partir desse momento, o direito de reparação da pretensão da chance futura obstada, seja esta patrimonial ou extrapatrimonial.

Dito isto, diante da necessidade de resposta aos danos provocados em decorrência dos novos conflitos, bem como visando a reparação integral do dano, o ordenamento jurídico com base na dignidade da pessoa humana deve se utilizar de meios eficazes para que se possa haver a devida reparação, onde, diante da omissão dos institutos jurídicos existentes, busque-se pela inovação destes. Assim sendo, mostra-se possível a reparação do dano moral decorrente da perda de uma chance como instrumento de promoção da dignidade humana, fundamento este, base do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. **Recurso Especial n.º 788459/BA**, Relator: Ministro Fernando Gonçalves. 8 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

A EFICÁCIA DOS SERVIÇOS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA FAFIC, ENQUANTO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

José Irlen Mendes de Oliveira Segundo ¹

Kézia Lira Braga da Silva ²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a eficácia dos serviços de mediação e conciliação oferecidos no Núcleo de Prática Jurídica – NPJ da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC, enquanto garantia de acesso à justiça. O NPJ constitui-se como parte integrante do Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito da FAFIC, tendo por finalidade precípua o atendimento às necessidades dos alunos matriculados nas disciplinas de Prática Jurídica, como eixo complementar de sua formação. Os resultados garimpados por meio desta pesquisa revelaram que os serviços de mediação e conciliação oferecidos pelo NPJ da FAFIC têm se mostrado um benefício para a população cajazeirense e região, o que implica diretamente na redução de casos a serem judicializados. Consideramos também, a gratuidade e agilidade dos atendimentos com vistas à resolução de litígios. Os dados coletados foram fundamentais ao alcance do objetivo proposto.

Palavras-chave: Resolução de conflitos; benefícios; agilidade.

INTRODUÇÃO

De acordo com a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, parágrafo único, a mediação é considerada uma “[...] atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. O tema da mediação e conciliação ganhou força na comunidade jurídica nos últimos anos, em razão do congestionamento das vias judiciais em virtude do excesso de processos em tramitação na justiça brasileira. Por meio do serviço de mediação e de conciliação, o Brasil tem solucionado muitos conflitos de natureza familiar, trabalhista, consumidor, entre tantas outras.

¹ **José Irlen Mendes de Oliveira Segundo**, Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais-Direito pela FESC-FAFI, 6º Período, E-mail: jiconsultoriasjp@gmail.com.

² **Kézia Lira Braga da Silva**, Bacharelada em Ciências Jurídicas e Sociais-Direito pela FESC-FAFIC, 6º Período, E-mail: keziabraga28@gmail.com.

Sobre a distinção entre mediação e conciliação, Calmon (2007, p. 144) demanda que a principal diferença entre os dois mecanismos reside na adoção do método, posto que enquanto o conciliador emite sua opinião sobre a solução mais adequada para o conflito e propõem os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, porém abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo.

Os serviços de Mediação e conciliação são ofertados no Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da FAFIC, desde o ano de 2013, a partir de um importante convênio firmado com o Tribunal de Justiça da Paraíba, por meio do qual se instalou o Centro de Mediação e Conciliação na áreas de Direito Civil, Família e Consumidor. As cláusulas do convênio propõem relevantes destaques para alcançar a efetiva rapidez na solução de conflitos através da via extrajudicial.

Desta forma, este trabalho teve como objetivo analisar a eficácia dos serviços de mediação e conciliação oferecidos no Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC, enquanto garantia de acesso a justiça. Procuramos verificar em termos quantitativos a abrangência do número de atendimentos realizados, bem como os dados relacionados à resolutividade.

METODOLOGIA

Para o alcance do objetivo proposto, que consiste em analisar a eficácia dos serviços de mediação e conciliação oferecidos no Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC, enquanto garantia de acesso a justiça esta pesquisa do tipo quantitativa, se utilizou da Pesquisa Documental, cujas fontes foram constituídas dos documentos que regem o NPJ da FAFIC, bem como relatórios e demais documentos que contemplam registros sobre a atuação do Núcleo no âmbito dos serviços de mediação e conciliação.

Na análise quantitativa, verificamos os números referentes às mediações/conciliações que foram efetivadas no Núcleo de Prática Jurídica da FAFIC, no período temporal definido para a coleta de dados para, no final, serem apresentados os resultados quanto aos serviços destinados à comunidade.

RESULTADOS E DISCUSSÃO (DESENVOLVIMENTO)

No contexto do NPJ-FAFIC podemos destacar o que é essencial, exercer uma função social na comunidade em que se insere oportunizando a população hipossuficiente o acesso à justiça.

No intuito de analisar a extensão desse serviço prestado, apresentamos algumas informações, no que tange aos dados quantitativos, os quais retratam atuação do referido núcleo no exercício de suas funções do ano de implantação, 2013, ao semestre letivo 2019.1

ANO	ATENDIMENTOS	CONCILIAÇÃO/MEDIAÇÃO	JUDICIALIZADOS
2013.1	66	5	22
2013.2	101	30	11
2014.1	112	39	17
2014.2	123	166 (MUTIRÃO)	17
2015.1	104	92 (MUTIRÃO)	12
2015.2	116	48	45
2016.1	152	76	73
2016.2	143	246 (MUTIRÃO)	60
2017.1	143	59 (MUTIRÃO)	31
2017.2	164	286 (MUTIRÃO)	50
2018.1	192	167	83
2018.2	177	332 (MUTIRÃO)	110
2019.1	177	615 (MUTIRÃO E PROCESSUAIS)	36

Quadro 1. Atividades do Centro de Mediação e Conciliação do Núcleo de Prática Jurídica da FAFIC, no período de 2013.1 a 2019.1.

Fonte: Núcleo de Prática Jurídica da FAFIC.

Os dados registram um percentual significativo de mediação/conciliações realizadas demonstrando a importância dessa ação para a população, que por fatores culturais, sociais e logísticos do poder judiciário teriam mais dificuldades de resoluções dos seus conflitos mediante um processo judicial.

Dessa forma, o quadro demonstrativo apresentado poderá se constituir em aporte para uma avaliação institucional, ao comparar o número de atendimentos x conciliação/mediação x judicialização visando o aperfeiçoamento das Práticas Jurídicas do Curso de Direito e a elaboração de instrumentos de melhoria dos seus processos fundamentais: aprendizagem dos alunos, atendimento à população, de acordo como perfil estabelecido em seu Regulamento,

atuação dos profissionais responsáveis pelo serviço, como também reconhecimento do serviço oferecido pela sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela análise realizada, os dados apontam que os serviços de mediação e conciliação oferecidos pelo NPJ da FAFIC tem se mostrado um benefício tanto para os estagiários do Curso de Direito como para a população cajazeirense e região, o que implica diretamente na redução de casos a serem judicializados. Consideramos também a gratuidade e agilidade dos atendimentos com vistas à resolução de litígios.

Como já descrito, tendo o Núcleo de Prática Jurídica da FAFIC, o papel de prestar assistência jurídica à população mais carente, estendendo-se também como objetivo precípua o de aprimorar a formação profissional dos alunos, deve estar constantemente comprometido com a avaliação de seus procedimentos. Daí ser importante analisar se, na prática, os resultados estão sendo alcançados.

Levando em conta o estudo realizado, pode-se sinalizar a oportunidade de uma proposta para o desenvolvimento de pesquisas acerca da atuação do NPJ da FAFIC, com vistas à melhoria dos serviços oferecidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

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

BARRETO, Grace Kelly Almeida, **Das Seções de Conciliação e Mediação no Procedimento Extrajudicial Autocompositivo no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania**. 2018. 69f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras - FAFIC, Cajazeiras, 2018.