

Alex Ribeiro Campagnoli
Cledione Jacinto de Freitas
Sueli da Silva Aquino
(organizadores)

A SOCIEDADE E OS NOVOS PARADIGMAS JURÍDICOS SOB A ÓTICA ACADÊMICA



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária responsável: Aline Grazielle Benitez CRB-1/3129

S662 A sociedade e os novos paradigmas jurídicos sob a ótica
1.ed. acadêmica [recurso eletrônico] / [org.] Alex Ribeiro
 Campagnoli, Cledione Jacinto de Freitas, Sueli da Silva Aquino.
 – 1.ed. – Curitiba, PR: Bagai, 2020.
 Recurso digital.

Formato: e-book

Requisitos do sistema: adobe digital editions

Modo de acesso: world wide web

ISBN: 978-65-87204-85-7

1. Direito. 2. Direito civil. 3. Direito de família.

I. Campagnoli, Alex Ribeiro. II. Freitas, Cledione Jacinto de.

III. Aquino, Sueli da Silva.

CDD 347.01

11-2020/42

CDU 347.6(81)

Índice para catálogo sistemático:
1. Brasil: Direito de família: Direito civil

<https://doi.org/10.37008/978-65-87204-85-7.23.11.20>

Alex Ribeiro Campagnoli
Cledione Jacinto de Freitas
Sueli da Silva Aquino
(organizadores)

A SOCIEDADE E OS NOVOS PARADIGMAS JURÍDICOS SOB A ÓTICA ACADÊMICA



1.^a Edição - Copyright© 2020 dos autores
Direitos de Edição Reservados à Editora Bagai.

O conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) respectivo(s) autor(es). As normas ortográficas, questões gramaticais, sistema de citações e referencial bibliográfico são prerrogativas de cada autor(es).

<i>Editor-Chefe</i>	Cleber Bianchessi
<i>Revisão</i>	Os autores
<i>Projeto Gráfico</i>	Jhonny Alves dos Reis
<i>Conselho Editorial</i>	Dr. Adilson Tadeu Basquerote – UNIDAVI Dr. Ademir A Pinhelli Mendes – UNINTER Dr. Anderson Luiz Tedesco – UNOCHAPECÓ Dra. Andréa Cristina Marques de Araújo - CESUPA Dra. Andréia de Bem Machado - FMP Dr. Antonio Xavier Tomo - UPM - MOÇAMBIQUE Dra. Camila Cunico – UFPP Dr. Cledione Jacinto de Freitas - UFMS Dra. Elnora Maria Gondim Machado Lima - UFPI Dra. Elisângela Rosemeri Martins – UESC Dr. Ernane Rosa Martins - IFG Dr. Helio Rosa Camilo – UFAC Dr. Juan Eligio López García – UCF-CUBA Dra. Larissa Warnavin – UNINTER Dr. Luiz M B Rocha Menezes – IFTM Dr. Marciel Lohmann – UEL Dr. Márcio de Oliveira – UFAM Dr. Marcos A. da Silveira – UFPR Dra. María Caridad Bestard González - UCF-CUBA Dr. Porfirio Pinto – CIDH - PORTUGAL Dr. Rogério Makino – UNEMAT Dr. Reginaldo Peixoto – UEMS Dr. Ronaldo Ferreira Maganhotto – UNICENTRO Dra. Rozane Zaionz - SME/SEED Dra. Sueli da Silva Aquino - FIPAR Dr. Tiago Eurico de Lacerda – UTFPR Dr. Tiago Tendai Chingore - UNILICUNGO - MOÇAMBIQUE Dr. Willian Douglas Guilherme – UFT Dr. Yoissell López Bestard- SEDUCRS

APRESENTAÇÃO

Assim como na vida, o Direito é permeado por marcos históricos. Nas duas hipóteses, o resultado é o avanço social ou a definição de um novo status, uma nova condição que, posta, permeia todo o tecido social.

2020 representa um marco na vida de todos os cidadãos em razão de que os desafios representados pela pandemia alteraram o status de normalidade. Na mesma medida, o mundo jurídico foi desafiado a apresentar respostas e soluções para problemas até então inexistentes ou que desafiam as regras e condições legais estabelecidas.

As respostas para estes desafios exigem tanto a inovação jurídica quanto o olhar para o passado e o debate sobre os diversos temas estabelecidos: Podemos dizer que a visão atual sobre os temas jurídicos estabelecidos, diante da resignificação da vida ocorrida em 2020, é a mesma de antes da pandemia?

É com esta visão que este livro, em forma de coletânea de artigos, é agora apresentado a você, leitor.

O livro aborda, no âmbito do Direito Civil e Direito Processual Civil “O direito à adjudicação nos contratos de promessa de compra e venda”. Apresenta também um estudo sobre as transformações sociojurídicas ocorridas nos códigos civis de 1916 e 2002 nos assuntos relacionados à mulher e ingressa no âmbito do Direito de Família ao discorrer sobre os novos significados de família.

Sobre este último tema é interessante destacar que ainda em 1877, o antropologista Lewis H. Morgan, anotara em seu livro *Ancient Society* que “A família é um princípio ativo. Nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de uma condição inferior para outra superior” e assim têm se mostrado no decorrer dos tempos.

Parte da evolução do conceito de família se deve não só às novas formas de composição e organização familiar, que são tra-

tadas no livro com os temas “Família monoparental feminina no contexto do auxílio emergencial do COVID-19” e “Adoção unilateral e seu alcance na legislação brasileira”, mas também nos temas que gravitam no entorno das relações familiares.

Assim, são tratados temas que impactam diretamente na família, como a questão dos alimentos gravídicos, direitos do nascituro e o abuso de direito decorrente da negativa de paternidade e as questões relacionadas à alienação parental e suas consequências para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, bem como o uso da técnica de constelação familiar na solução desses casos.

O livro ingressa no âmbito dos direitos difusos e coletivos ao discorrer sobre “As garantias reservadas aos idosos por meio do estatuto do idoso” e a questão das “Tutelas provisórias e sua efetividade em face da morosidade da justiça nas ações de medicamentos”, temas que mantêm uma inter relação na medida em que a necessidade e o acesso a medicamentos constitui fator determinante de qualidade de vida à estas pessoas.

Diante do recente debate acerca da proteção ao meio ambiente, com as recentes notícias de incêndios nos biomas Amazônia e Pantanal temos, também no âmbito dos Direitos Difusos e Coletivos, a discussão sobre a legislação ambiental brasileira e a discussão sobre a proteção e a punição frente às ações humanas e também sobre “A viabilidade do uso da área de preservação permanente para complementação da reserva legal mediante o novo Código Florestal”.

Em um ano em que o combate ao racismo e preconceito está em evidência, o livro não poderia deixar de tratar acerca da “Discriminação na relação de emprego em razão da opção sexual” e “A restrição de doação de sangue para homens homossexuais e a ADI nº 5543” em que foi declarada como inconstitucional a proibição de doação de sangue por homens homossexuais. Como disse o relator da ADI 5543, Ministro do STF Edson Fachin: “Orientação sexual não contamina ninguém, o preconceito sim”.

Embora seja possível vislumbrar um avanço nesta importante vitória, cuja proibição durava 20 anos, ainda é recorrente a necessidade de discussão acerca de questão que deveriam estar abolidas no âmbito jurídico brasileiro: o trote universitário, abordado em uma análise sobre “O trote universitário sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro” e, tal qual a situação que trouxe anormalidade para o ano de 2020, o trote é uma doença difícil de erradicar, e, por fim, outro problema grave, que são os homicídios ocasionados por embriagues ao volante, que ferem diariamente o direito fundamental à vida, numa abordagem sobre direitos versus deveres.

Neste ano de aprendizagem e resiliência, em que todas as coisas passaram a ser observadas de outra perspectiva, convidamos para a leitura desta contribuição para o debate jurídico, com a convicção de que a mudança e o avanço social serão resultado dos desafios sociais vigentes, provinda da reflexão e do novo olhar para as situações fáticas e jurídicas existentes.

Boa Leitura!

Prof. Me. Antônio Aparecido Moro Junior

SUMÁRIO

A MULHER NOS CÓDIGOS CIVIS BRASILEIROS DE 1916 E 2002: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TRANSFORMAÇÕES SOCIOJURÍDICAS10

Leilane Silva Brito, Cledione Jacinto de Freitas

ADOÇÃO UNILATERAL E SEU ALCANCE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA..... 25

Carolaine de Souza Firmino, Ana Carla Sanches Lopes Ferraz

FAMÍLIA MONOPARENTAL FEMININA NO CONTEXTO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL DO COVID-19 40

Beatriz Pereira Freitas, Cledione Jacinto de Freitas

A ALIENAÇÃO PARENTAL E OS IMPACTOS CAUSADOS NAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES 57

Bruna Guimarães Ferreira, Marília Rulli Stefanini

CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO RECURSO DE ATUAÇÃO NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL 73

Gabriela Santos Lopes, Cledione Jacinto de Freitas

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: DIREITO DO NASCITURO X ABUSO DE DIREITO DECORRENTE DA NEGATIVA DE PATERNIDADE 89

Ane Caroline Barbosa de Lima, Ana Carla Sanches Lopes Ferraz

OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS QUANDO DO DNA NEGATIVO.....106

Bruno Garuzi Vale, Alex Ribeiro Campagnoli

DAS GARANTIAS RESERVADAS AOS IDOSOS POR MEIO DO ESTATUTO DO IDOSO 118

Giovana Rocha Fernandes, Sueli da Silva Aquino

TUTELAS PROVISÓRIAS E SUA EFETIVIDADE EM FACE DA MOROSIDADE DA JUSTIÇA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS ...133

Maurício Morais Garcia, Alex Ribeiro Campagnoli

O DIREITO À ADJUDICAÇÃO NOS CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA150

João Mateus Silva Leal Furtado, Christiane Lacerda Bejas

O TROTE UNIVERSITÁRIO NA PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO165

Otávio Augusto Cruvinel Borges, Luiz Henrique Alves Rosa

DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL 182

Ellen Cristina Correia de Vasconcelos, Antônio Aparecido Moro Junior

A VIABILIDADE DO USO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE COMO COMPLEMENTAR À RESERVA LEGAL MEDIANTE O NOVO CÓDIGO FLORESTAL.....195

Esleismar de Oliveira Silva, Christiane Lacerda Bejas

LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA: PROTEGE OU PUNE O MEIO AMBIENTE CONTRA AS AÇÕES HUMANAS?212

Caroline Vitória Vieira de Paula, Sueli da Silva Aquino

HOMICÍDIOS OCASIONADOS POR EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: DIREITOS X DEVERES..... 231

Milena Fachini Machado, Luciana Renata Rondina Stefanoni

SOBRE OS ORGANIZADORES 246

SOBRE OS AUTORES.....247

A MULHER NOS CÓDIGOS CIVIS BRASILEIROS DE 1916 E 2002: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TRANSFORMAÇÕES SOCIOJURÍDICAS

Leilane Silva Brito
Cledione Jacinto de Freitas

INTRODUÇÃO

Vários aspectos levam a sociedade a estar sempre em constante mudança, de forma que consiga benefícios para os cidadãos, exercendo assim seus direitos e deveres, relacionados à política, cultura, à liberdade, à igualdade, à família, as transformações sociais, tecnológicas. Desta maneira é essencial se levar em consideração que as leis são partes fundamentais para tal mudança, de modo que atinja diretamente cada cidadão. Em tais transformações está a luta das mulheres por garantias de reconhecimento, igualdade e autonomia e por mudanças nas legislações que não as reconheciam como sujeitos de direitos, utilizando o feminismo com potencializador de lutas. A sociedade contemporânea concorda que a mulher se encontra no mesmo patamar que os homens em todos os direitos civis, fato que não ocorreu no decorrer da história. Mesmo no século XX houveram legislações que outorgavam status diferentes para homens e mulheres. Dentre essas legislações destaca-se o Código Civil de 1916 e a maneira como a mulher era tratada no âmbito familiar e profissional, citando artigos que tiveram destaque sobre a personalidade civil da mulher e o Código Civil de 2002, na busca de igualdade de direitos independente do gênero.

O objetivo desta comparação entre o Código Civil de 1916 e o de 2002 foi apresentar as formas jurídicas no tocante às mulheres, suas transformações e os aspectos sociojurídicos engendrados na contemporaneidade. Objetiva ainda, fazer uma reflexão sobre os direitos que as mulheres conquistaram com as transformações adquiridas no Código Civil Brasileiro, nos artigos que remetem a essas perguntas, fazendo uma comparação entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 e suas alterações.

A proposta foi estacar o direito civil da mulher, especificando quais direitos foram conquistados para exercer sua cidadania. Cabe lembrar que

alguns direitos ainda não existem quando comparado ao do homem, como a jornada de trabalho, pois a mulher, na maioria das vezes, possui dupla jornada: no emprego e em casa. Se não houvesse a mudança da Constituição Federal para que o Código Civil se adequasse a ela, como seria os direitos da mulher nos dias atuais? Será que poderia existir outra forma de intervir neste meio? As mudanças ocorreram somente na lei ou atingiu os lares dessas mulheres?

É importante ainda ressaltar que mesmo com as transformações técnicas, tecnológicas, socioculturais e políticas a mulher continua sofrendo violações constantemente. Estão ainda a mercê de condutas e legislações hierarquizantes, mesmo com a construção do arsenal jurídico para garantir a igualdade da mulher. No entanto, as mudanças socioculturais não seguem a mesma ordem da racionalidade jurídica, assim se torna fundamental entender os processos que permeiam as transformações no que se refere à mulher no Direito.

1. MULHER, GÊNERO E DIREITO

Quando se fala em gênero, trata-se da forma que o ser humano se considera, como feminino ou masculino em sua constituição fisiológica. Aqui trata-se sobre o gênero feminino onde não deve ser considerado apenas o substantivo feminino, mas também suas características de forma mais intensa, como sua maneira de construir a si mesma e conseqüentemente contribuir para que ocorra melhorias para outras mulheres. Não agindo sob a égide do masculino, reforçando argumentos machistas. Afirma o direito brasileiro que independente da questão de gênero, a Constituição Federal assegura o direito a igualdade.

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 a propriedade, nos termos seguintes.

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição (BRASIL, 1988).

Constituição Federal assegura o conceito de igualdade, pois no ano de 1988, ter a consideração da Carta Magna se torna algo significativo para avanços em relação à mulher. Assim, influenciou de forma direta para

as conquistas das mulheres no contemporâneo. A constituição federal também permitiu que houvesse igualdade entre homens e mulheres, em consequência, a Constituição é a principal ferramenta para criação de leis infraconstitucionais que beneficiaram as mulheres como a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

A mulher era analisada em sociedade, e ainda é, pela forma ela poderá contribuir socialmente, não só no sentido do “sexo”, no contexto do estereótipo, onde a mulher era [é] considerada frágil, submissa. Estamos considerando o avanço e a forma que a mulher deve se autoavaliar em relação a esses conceitos impostos pela maioria, podendo descobrir o seu potencial a sua identidade e, não apenas seguir o padrão posto e imposto, sofrendo da colagem sexo-gênero feminino, pois cada mulher nasce com o sexo feminino, mas ao longo de sua vida escolhe e constrói sua identidade, sendo reconhecida independente de suas escolhas de gênero.

Ser livre de forma espontânea e real, não se tornou algo aparentemente normal para a maioria das mulheres e também para toda a população de maneira geral, ainda mais quando nos referimos a população brasileira. Vários são os setores onde ocorrem esse tipo de preconceito em relação à mulher. Temos legislação necessária para usufruir de tais direitos, como exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal (BRASIL,1988) cita-se:

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;

A dignidade da pessoa humana é um direito irrenunciável da mulher e ela não deve se ocultar referente a tal assunto. Assim como o princípio da igualdade, o da dignidade da pessoa humana protege a mulher contra o tratamento de humilhação e discriminação odiosa, assegurando suas condições e modos de vida.

2. A MULHER E O DIREITO CIVIL

No que consiste os direitos civis, preceitua o artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que estabelece os direitos civis básicos e

indispensáveis para cada indivíduo, conhecidos também como liberdades individuais, como o direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, bem como os direitos sociais e políticos que englobam os direitos civis assegurados pela Suprema Carta.

O principal marco para o desenvolvimento dos direitos civis das mulheres em âmbito nacional se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, apontada como Constituição Cidadã. A norma Constituinte estabeleceu diretrizes a serem seguidas por legislações futuras, bem como reconheceu diversos direitos à mulher, dando mais viabilidade à causa e fomentando os anseios revolucionários da parte feminina.

Desta forma, a Carta Magna, estabelece direitos civis básicos a serem seguidos pelas legislações específicas, influenciando diretamente em todas as disposições que envolvem o direito civil das mulheres.

Inobstante, falar sobre a mulher e direito civil e a importância entre esses dois assuntos, se torna ímpar a reflexão, ainda mais nos tempos atuais, onde todos buscam seus direitos. Assim, trazer o debate para as mudanças ocorridas no Código Civil Brasileiro de 1916 para o de 2002 e os benefícios que trouxeram à mulher, torna-se de fundamental importância para buscar garantir condições paritárias entre os sexos e o ganho de autonomia feminina.

Conceição Aparecida Mousnier Teixeira (2008), no texto “A desigualdade de gênero” destaca a diferença de gênero no tratamento legislativo. O próprio legislador ao escrever a lei, exalta a desigualdade de gênero quando diz que “todo homem” possui direitos civis e não acentua que “todas as pessoas” possuem direitos civis. A autora faz uma comparação desde a antiguidade, ressaltando o contexto histórico referente ao gênero feminino; faz uma comparação do poder biológico com o da Supremacia Física; argumenta da repressão à sexualidade, criticando uma frase de Aristóteles que assegura que a mulher é um homem inferior e que deveria nascer somente quando fosse necessário; ela também diz sobre a sexualidade e a virgindade feminina onde o marido poderia fazer a anulação do casamento, autorizado se ele afirmasse que a mesma teria praticado ato sexual antes do casamento; cita a Constituição Federal de 1988 de forma benéfica para as mulheres principalmente no Art. 5º com a garantia de que todos são iguais perante a lei.

Como mencionado, a mulher sempre sofreu discriminações em todos os âmbitos sociais e culturais, desde os primórdios, vista como um ser inferior ao homem, que por muitas vezes nem sequer era considerada necessária para a sociedade. Até tempos mais recentes como nas disposições civis preceituadas no Código Civil de 1916 tais questões ainda eram legitimadas, como exemplo o fato de a mulher não poder exercer sua vida civil sem a autorização de seu marido (BRASIL, 1916).

Ademais, o papel da CF/88 na garantia dos direitos civis as mulheres, graças às incansáveis revoluções realizadas em busca de igualdade de direitos, transcenderam no contexto sociocultural a necessidade de efetivação legislativa conquistada com a respectiva Constituição e mais tarde também positivada na legislação específica.

3. CONTEXTO SOCIOHISTÓRICO DA MULHER NO INÍCIO DO SÉCULO XX

A mulher durante toda a história foi vista como um sexo frágil e indefeso, muitas vezes incapazes de se manterem sozinhas, tendo sua figura sempre atrelada a do marido, como uma espécie de dependência física, moral e econômica. Essa concepção para Gregori (2017); Barbosa e Machado (2012); Rodrigues e Costa (2007) começou a mudar, no final do século XIX com o advento da Revolução Industrial. Tal acontecimento corroborou para que a mulher se inserisse no mercado de trabalho, deixando de lado a figura de um ser incapaz, passando a trabalhar nas indústrias para prover seu sustento, deixando de lado a figura de dependência.

Em consequência, a figura feminina foi se tornando cada vez mais forte no cenário social como apontam Gregori (2017), Barbosa e Machado (2012), Rodrigues e Costa (2007). A ideia do feminismo se espalhava por todo o mundo e, no início do século XX, ganhou ainda mais força com movimentos e protestos por igualdade de direitos, como por exemplo o direito ao voto, adquirido em 1932, uma luta feminina que perdurava desde o fim do século XIX. Aos poucos a mulher começava a ter visibilidade e a ideia de igualdade se enraizava cada vez mais no contexto social.

Todavia, o sexo feminino ainda era rotulado como frágil e a discriminação e o preconceito ainda predominava socialmente, pois embora conse-

guissem direito ao trabalho e ao voto, eram vistas como incapazes de ocupar cargos públicos, de estarem em plena situação de igualdade com os homens.

Apesar de todo o preconceito que rodeava a figura feminina, como descreve Rodrigues e Costa (2007), o movimento feminista ganhava cada vez mais força e se mostrava resistente às repressões, sendo que as mulheres buscavam cada vez mais igualdade, como a igualdade de salário e condições de trabalho, a possibilidade de ter empregos e cargas horárias iguais, além do direito de ocupar cargos públicos. No final da primeira metade do século XX e início da segunda, o movimento feminista ganhou ainda mais representatividade social, uma vez que as mulheres participaram ativamente em marcos importantes da história brasileira, lutando lado a lado no combate à ditadura militar que assolava o país, a figura feminina ganhava cada vez mais força no contexto social e ideia de igualdade entre homens e mulheres se perdurava ao passar dos anos. Na segunda metade do século XX o movimento feminista se consolidava ainda mais através de grupos feministas que eram formados por mulheres com interesses mútuos em adquirir igualdade de direitos.

No Brasil, como destaca Rodrigues e Costa (2007), em 1972 surgiu na cidade de São Paulo um grupo organizado de feministas. Pouco a pouco temas do feminino e do feminismo ocuparam fóruns nacionais de debate, como por exemplo, o realizado em Belo Horizonte em 1975. No mesmo ano, surgiu no Rio de Janeiro o Centro da Mulher Brasileira, e em São Paulo, realizou-se o encontro para Diagnóstico da Mulher Paulista; surgiu o Movimento Feminino pela Anistia e foi lançado o Jornal Brasil Mulher, que circulou de 1975 a março de 1980. Entre 1976 e 1978, circulou o Nós Mulheres, e em março de 1981 é lançado o Mulherio, que foi leitura obrigatória das feministas, por mais de cinco anos.

No final dos anos 1970 as mulheres adquiriram novas tendências para o movimento feminista, passando a pleitear novos direitos como equiparação profissional e descriminalização do aborto, conquistando direitos como a ocupação de cargos públicos e cargos de chefe de família. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a situação de igualdade entre homens e mulheres foi efetivada e positivada, mas ainda carece de complementação, pois mesmo com o Código Civil de 2002, vigente existem vários aspectos que necessitam de melhorias.

4. OS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 QUE TRATA DA MULHER

No que se refere o Art. 2º/CC/1916 (BRASIL,1916), é criticado por ser um artigo machista prevalecendo o homem e não todas as pessoas, incluindo a mulher; Art. 6º II e Art. 36 onde dizia sobre a incapacidade civil das mulheres casadas, incompatíveis com o modo de vida da sociedade contemporânea. Essa incapacidade fazia a mulher ser dependente do marido, todavia a mulher não poderia residir em uma cidade vizinha, mesmo sendo pelo próprio trabalho. Ela tinha que residir dentro da mesma casa e ser dependente do esposo, e o parágrafo ainda destaca, “salvo se estiver desquitada”, cita-se:

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer; [...] II - As **mulheres casadas**, enquanto subsistir a sociedade conjugal; [...] Art. 36. Os incapazes têm por domicílio o dos seus representantes; Parágrafo único. A mulher casada tem por domicílio o do marido, salvo se estiver desquitada (art. 315), ou lhe competir a administração do casal (art. 251). (BRASIL, 1916, grifos nosso).

O antigo Código se referia sobre o poder que o homem exercia no âmbito familiar. Deixar a mulher em segunda opção era uma das principais características do código anterior, sempre deixava evidente que somente na falta do homem, que existiria a participação da mulher.

Art. 233. O **marido** é o chefe da sociedade conjugal compete-lhe:

I - a representação legal da família;

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311, grifo nosso).

Restringir a vontade da mulher em todos os sentidos era uma prática comum e recorrente, não existia a possibilidade de exercer profissão sem o consentimento do marido. O Art. 385 (BRASIL, 1916) enfatizava que na ausência do pai, poderia a mulher exercer os direitos legais sobre os bens dos filhos somente em caso de morte do marido.

De forma alentada dispor sobre a fidelidade conjugal também era um ponto forte do Código Civil de 1916, onde destacava a sobre a mãe que contraísse núpcias com outro, perderia total direto sobre o lar, filhos e bens, sendo concebido novamente apenas se ficasse viúva cita-se: “Art. 393. A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos de leito anterior, os direitos ao pátrio poder (art.329): as, enviuvando, os recupera.” (BRASIL, 1916). Assim, a luta por direitos dentro do meio civil, foi se tornando cada vez maior com a ajuda de algumas leis infraconstitucionais, estatutos e movimentos feministas.

5. A MULHER NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com a promulgação do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) o termo que se utilizava para a mulher que rompia sua sociedade conjugal, foi alterado, deixando de ser denominada mulher desquitada para mulher divorciada, com o intuito de estabelecer novas transformações nos âmbitos social e cultural, além de demonstrar uma atenção especial ao gênero feminino que antes não se via com as legislações anteriores.

O código Civil de 2002, código vigente, é aplicado ao nosso ordenamento jurídico atual, onde consta no art. 1º foi modificada a expressão “homem” para “pessoa”. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, assim com o passar do tempo a mulher foi adquirindo seus espaços no meio civil cita-se: “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002).

A Constituição Federal de 1988 também conhecida como constituição cidadã possibilitou esse avanço no Código Civil pois se refere a termos de forma abrangente como: “Todos são iguais perante a Lei[...]” (BRASIL, 1988), sendo assim visível a maneira de tratar o gênero feminino. O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), possui vários artigos que remete a igualdade entre Mulher e Homem, como nos Artigos 1642, 1651 que se refere ao Regime de bens, como se nota a seguir:

Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a **mulher** podem livremente:

I - Praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647;

II - Administrar os bens próprios;

III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial;

IV - Demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647;

V - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

VI - Praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente.[...].

Art. 1.651. Quando um dos cônjuges não puder exercer a administração dos bens que lhe incumbe, segundo o regime de bens, caberá ao outro:

I - Gerir os bens comuns e os do consorte;

II - Alienar os bens móveis comuns;

III - alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do consorte, mediante autorização judicial. (BRASIL, 2002).

Nos Artigos 1647 que ressalva sobre o regime de separação, e o 1.631 trata-se da relação conjugal, onde se refere de forma implícita a participação da mulher, cita-se:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder **familiar aos pais**; na falta ou impedimento de **um deles**, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo **os pais** quanto ao exercício do **poder familiar**, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. [...].

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, **nenhum dos cônjuges pode**, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - Alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - Pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - Prestar fiança ou aval;

IV - Fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Ocorreram mudanças na legislação brasileira garantindo a possibilidade de melhoria em relação as mulheres no meio civil, em destaque, a Constituição Federal assegurando garantias, tornado assim um direito fundamental à essas conquistas antes mencionadas.

6. AVANÇOS E INCOMPLETUDES ENTRE OS CÓDIGOS DE 1916 E 2002

O Código Civil Brasileiro apresenta os direitos e deveres das pessoas, é um ramo do direito privado. Para todas as pessoas independente de gênero o Código Civil aplica suas funções, cede os direitos e estabelece limites a todos, buscando a organização no meio privado. O Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) era visto como uma lei que representava a mulher como um ser inferior ao homem.

A mulher era relativamente incapaz e precisava da autorização do marido para exercer a vida civil, inclusive para o trabalho, mas com os movimentos feministas e a Constituição Federal de 1988, as mulheres foram adquirindo seus direitos nos campos político e social, ocasionando a mudança do Código Civil Brasileiro.

No início do século XX a condição da mulher no Brasil recebia outro estatuto. Era imputado a ela cumprir deveres sem a possibilidade de exercer a maioria de seus direitos, devido às tradições familiares e pelo governo autoritário da época. Fato que mudou com as alterações paulatinas no Código, na Constituição e também com a reforma ocorrida em 2002. Dessa maneira, expor os acontecimentos e as mudanças do século XX para o XXI no Código Civil Brasileiro é relevante para entender as diferenças e a melhoria para o meio social feminino analisando que houve mudanças, porém ainda existem áreas em que as mulheres se encontram inferiores aos homens.

Nesse diapasão temporal (entre 1916-2002) foi criado o Estatuto da Mulher Casada (BRASIL, 1962) para defender os direitos da mulher e deixa para trás todos os conceitos do código civil de 1916 provocando um impacto nas normas e nas relações, contribuindo para que a mulher adquirisse plena capacidade. Maria Berenice Dias (2015), aponta como era e como é o código civil e alguns reparos que ainda devem ser realizados para que as mulheres sejam reconhecidas em todo o âmbito jurídico. Ela destaca o assunto sobre a superioridade masculina, deixando a mulher de lado sobre a autoridade familiar, diz também sobre o matrimônio, a relação do divórcio e a interferência que fazia na vida social das crianças envolvidas na família que possuía o divórcio. Assim a mulher começou a conquistar seu espaço fazendo associações com esses direitos que precisava, e deste modo começou a interferência do estado, criando a Lei de Divórcio, por conseguinte ela continua apresentando outros métodos, que contribuíram para tais conquistas como a Constituição Federal.

Em “*A mulher e sua afirmação histórica: do pós guerra ao novo código civil brasileiro*” Alana da Fonseca Lima (2009) retrata acontecimentos históricos mostrando o avanço das leis, tomando como exemplo a Lei do Divórcio que beneficiou as mulheres no que se refere à igualdade na relação com os filhos, no nome que não mais era obrigatório herdar o nome do esposo, e a respeito da pensão alimentícia em caso de necessidade, citando os Artigos 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 e 33 da Lei do Divórcio de n.º. 6.515/77 e a Constituição Federal como instrumentos no que se refere à conquista de direitos pelas mulheres.

7. A MULHER E O DIREITO CIVIL NA COMTEMPORANEIDADE

A partir da segunda metade do século XX novos conceitos e ideologias foram surgindo no campo social mundial, assuntos relacionados com direitos fundamentais e humanos se tornaram grande pauta de discussão mundial, a sociedade ansiava por evolução e a busca de direitos e deveres de maneira igualitária e humana. Diante de tais avanços o feminismo se fortaleceu e a busca por direitos iguais entre homens e mulheres se tornava cada vez mais necessária para a dignidade humana.

Em âmbito nacional, a promulgação da Constituição Federal de 1988, que positivou novos direitos civis e situação de igualdade entre os gêneros, contribuiu de maneira marcante para o desenvolvimento de pautas feministas. A mulher alcançava igualdade de direitos, algo que há muito tempo se lutava. Posteriormente, o Código Civil de 2002 ratificou os direitos civis das mulheres e a igualdade dos sexos, idealizada e positivada pela Magna Carta, dando a mulher, mais uma vez, a visibilidade que merecia.

Com a virada do século, o feminismo se tornava o grande responsável pelas conquistas que a mulher adquiria, o termo se firmou entre o gênero feminino como sinal de força e luta por direitos de igualdade e independência, a mulher já não se mostrava mais um ser frágil e dependente, mas totalmente ao contrário disto, já ocupava cargos públicos, já era vista como pilar familiar e dotava de maneira igualitária de todos os direitos e deveres que também tinha o homem (GREGORI, 2017, BARBOSA; MACHADO, 2012, RODRIGUES e COSTA, 2007). Diante disto, “O Feminismo é uma corrente de pensamento complexa que procura lidar com contradições básicas da sociedade. Visa a igualdade entre seres humanos e a libertação da mulher.” (MATOS; GITAHY, 2007, p.77). O termo feminismo se tornou cada vez mais usado entre mulheres em busca por igualdade, respeito e interesses sociais do gênero, como o combate a cultura do estupro, a liberdade de se vestir sem ser “rotulada” e a violência moral e/ou física sofrida diariamente em âmbito doméstico, familiar e profissional. Ademais, o movimento ganha cada vez mais força com manifestações e lutas por questões que envolvem o feminino e por sua vez é o principal reflexo do poder e avanço da mulher na contemporaneidade. O crescimento da mulher em busca de seus direitos reflete também na promulgação de leis que defendem seus ideais, um exemplo claro disto é a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), que busca proteger a mulher contra a violência doméstica e familiar, além de aplicar penas mais graves ao agressor.

Um fator que vem se destacando é a conquista na igualdade, no que se refere a cargos de trabalho, pois, outrora, as mulheres eram contratadas para algumas funções específicas, comparadas as funções domésticas. No momento possuem inúmeros cargos que as mulheres desempenham.

O avanço da mulher no mercado de trabalho é um fato notório. Nos últimos anos, ela tem conquistado mais espaço, passando a ocupar posições de chefia em diversas áreas e crescendo até mesmo em setores que, sob o ponto de vista histórico, eram de domínio masculino, como é o caso das gerentes de banco, cargos em indústrias químicas, engenheiras e motoristas. (GIRL..., 2017).

Ao que se refere a mulher contemporânea lembramos de imediato as mulheres que buscam garantir seus direitos, seja ela casada ou solteira, sua independência profissional já está se tornando uma característica marcante, mesmo a sociedade ainda não aceitando isso como normal.

Assim, à mulher integra um papel que por muito tempo lutou, sendo esse, de plena igualdade de direitos, buscando cada vez mais a defesa de seus direitos e interesses da classe através do feminismo, movimento importante e que encoraja cada vez mais o gênero feminino mundialmente, bem como empodera e une cada vez mais a classe feminina, afim de que uma mulher nunca se sinta sozinha para lutar por seus direitos e reconhecimentos.

CONCLUSÕES

Após o explanado, conclui-se que as mulheres por muito tempo ocuparam uma posição não condizente com a sua dignidade, a força feminina contribuiu para a conquista da igualdade em relação ao sexo oposto. Uma classe antes oprimida, dependente e subordinada ganhou força através de movimentos e manifestos por conquista de direitos.

Por ser considerada em muitos casos um ser frágil, a mulher sofreu e ainda sofre com preconceitos e discriminações. O aspecto sociocultural machista e patriarcal ainda oprime o feminino e contribui para um retrocesso, todavia o movimento feminista combate tais práticas e congrega mulheres por todo mundo na luta por igualdade, respeito e dignidade.

Os movimentos feministas conquistaram seu espaço e alcançou as mudanças normativas, que antes eram patriarcais e tratavam a mulher como ser secundário e sem autonomia como o Código Civil de 1916, que oprimia a mulher ao ponto de esta ter autorização de seu marido para praticar atos da vida civil. O século XX foi revolucionário, o feminismo

cresceu e colocou a mulher em uma posição de protagonismo; a sociedade se moldava aos seus anseios e a legislação arcaica se suprimia, abrindo espaço para uma nova legislação que garantisse à mulher a situação de igualdade de direitos. Desta forma, imperiosa foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que reconheceu a igualdade de gêneros e garantiu a mulher direitos civis antes suprimidos.

Em consequência da positivação da Magna Carta, veio o Código Civil de 2002, que consolidou os direitos do gênero feminino e garantiu autonomia para mulher praticar seus atos civis sem dependência alguma, a ação feminista alcançava a igualdade de gêneros. O Brasil possui uma população feminina maior que a masculina, uma classe que adotou o termo feminismo para suas vidas e diariamente luta por seus direitos bem como, combate a opressão e o preconceito, se unindo cada vez mais no combate a uma cultura que ainda guarda resquícios machistas.

Observamos os pontos mais relevantes dentro do direito civil onde ocorreu vários avanços como no âmbito familiar, o direito ao voto, conquista do trabalho se tornando independente financeiramente. Entre outras conquistas diretas que o código civil assegura a mulher como o nome que antigamente era obrigatório que a mulher adotasse o nome do marido, hoje não mais, onde ambas as partes podem agregar o nome de forma que achar necessário.

O Código Civil de 2002 tentou equiparar a mulher ao homem, pois antes era uma forma muito evasiva a maneira que a mulher essa submissa ao homem ao ponto de ser chamada de incapaz. Conquistar direito e cumprir com seus deveres é algo muito significativo para as mulheres, mesmo com alguns obstáculos a conquista foi muito grande e com toda certeza a busca pelo novo no meio feminino e, espera-se que a legislação civil Brasileira também adote melhorias e avanços para com as mulheres brasileiras.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, E. M.; MACHADO, C. J. S. Gênese do direito ao voto no Brasil: uma análise jurídica, política e educacional. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, v. 12, n. 45, p. 89-100, mar. 2012. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/histedbr/article/view/8640138>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 3071 de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. 962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10406/2002 de 10 de janeiro de 2002.** Dispõe sobre a instituição do novo Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em: 18 jun. 2020.

DIAS, M. B. **Mulher no Código Civil.** 2015. Disponível em: <http://www.mariabere-nice.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2020.

GREGORI, J. Feminismos e resistência: trajetória histórica da luta política para conquista de direitos. *Caderno Espaço Feminino*, Uberlândia-MG, v. 30, n. 2, Jul./Dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.14393/CEF-v30n2-2017-3>. Acesso em: 20 fev. 2020.

LIMA, A. F. A Mulher e Sua Afirmação Histórica: do pós guerra ao novo código civil brasileiro. *Intertemas*, Vol. 5, nº 5, 2009. Presidente Prudente. Disponível em: <http://intertemas.unitedo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1957/2086>. Acesso em: 27 jul. 2020.

MATOS, M. L. GITAHY, R. R. C. A Evolução dos Direitos da Mulher. *Rev.Colloquium Humanarum*, v. 4, n.1, Jun. 2007. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/52646630/evolucao-direitos-mulher>. Acesso em: 10 mar. 2020.

RODRIGUES, V. L.; COSTA, F. L. A importância da mulher. In. Cadernos PDE versão online. **O professor PDF e os desafios da escola pública paranaense**. Secretaria da educação, Paraná, 2007, p. 1-28. Disponível em: http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2007_unicentro_hist_artigo_valeria_leoni_rodrigues.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.

TEIXEIRA, C. A. M. A Desigualdade de Gênero. *Revista da EMERJ*, v. 11, nº 43, 2008, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_63.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020.

ADOÇÃO UNILATERAL E SEU ALCANCE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Carolaine de Souza Firmino
Ana Carla Sanches Lopes Ferraz

INTRODUÇÃO

A pesquisa versa sobre adoção unilateral. Em um primeiro momento faz-se algumas considerações do instituto de forma geral, evoluindo para demonstrar como as estruturas familiares vem buscando novas formas de tratamento igualitário para oferecer.

A Lei 12.010/2009 inseriu ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) vários dispositivos sobre o rito a ser seguido e os requisitos necessários para o instituto. A adoção, tema abordado neste artigo, possui várias ramificações, entre eles o instituto da adoção unilateral, que consiste na possibilidade de o padrasto adotar o enteado.

Quando se fala a respeito da adoção o tema transcende os limites formados pela lei, justamente pela sublime motivação que a reveste. Desde os primórdios a humanidade sempre despertou a atenção pela intrínseca característica de relação afetiva, na qual uma criança é recebida por uma família, geralmente carregada de uma sensibilidade extrema na busca de tal vínculo e com o intuito de proporcionar a ela um acolhimento caloroso, com o propósito também de iniciar uma nova história de vida.

Portanto é dever da família e, subsidiariamente, do Estado e de toda a sociedade assegurar, por todos os meios e formas, os direitos garantidos às crianças e aos adolescentes. Nos termos do ECA, o menor deve ser visto com prioridade, e por essa razão, deve estar em primeiro lugar na escala de preocupação do poder público. A adoção é uma medida que visa atender então aos interesses da criança, proporcionando-lhe uma família.

O princípio do melhor interesse da criança é de extrema relevância não só para a discussão suscitada no presente artigo, mas para todas as questões que envolvem interesses de crianças e adolescentes, pessoas em formação, reconhecidos como sujeitos de direitos e destinatários de absoluta prioridade.

A criança e o adolescentes tem o direito de possuir sua própria família, há os casos onde o pai registral da criança não é o pai biológico, tendo reconhecido a criança perante aos órgãos públicos responsáveis e após o conhecimento da identidade do pai biológico optar pela multiparentalidade do pai registral/afetivo com o pai biológico em prol do melhor interesse do menor.

O objetivo da adoção unilateral é promover a exclusão do nome do pai biológico do registro civil, com a conseqüente inserção do nome do padrasto, a não ser nos casos de multiparentalidade, que depende de pedido específico e com a manifestação de vontade das partes envolvidas para que seja realizado.

Como a maioria dos institutos jurídicos a adoção não é abraçada por toda doutrina, existindo quem considere que o tipo de adoção supracitado possibilita a fraude fiscal e o tráfico de menores com variados objetivos, como a venda de órgãos das crianças. Contudo, a grande maioria admite que, embora existam de fato esses riscos, os benefícios do instituto são muito maiores que os malefícios.

O ideal da criança é crescer em um lar saudável com mãe, pai e irmão(a), enfim em uma família que acolham essas crianças para ser educada e criada por sua família natural e, excepcionalmente devido de umas famílias abusarem das criança e adolescentes e utilizarem como trabalho infantil, por uma família substituta. Entretanto, nem sempre isso é possível, ou mesmo aconselhável. A colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas ocorre por meio da tutela, guarda ou adoção.

Diante disso, a adoção unilateral tem um objetivo central neste artigo, o de demonstrar que por meio da regularização da relação paterno-filial estabelecida entre o padrasto e o enteado que haja entre as partes a constituição de uma família constituída.

Estando evidenciado que o padrasto cumpre com os deveres do poder familiar e nutre sentimentos fraternos pela prole de sua parceira, bem como que tal situação é benéfica à criança ou adolescente, essa relação fática de pai e filho poderá se tornar de direito por meio da adoção unilateral.

1. DA ADOÇÃO

O instituto da adoção sofreu inúmeras transformações ao longo dos anos, de maneira que foi se adequando à realidade da sociedade. É definido por inúmeros doutrinadores como o ato solene pelo qual uma pessoa recebe em sua família, na condição de filho, alguém que lhe é estranho.

A adoção já foi regulada por diversas legislações, contudo, a Lei 12.010/2009 trouxe modificações ao Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que a adoção passou a ser regulado, quase que exclusivamente, pela nova lei especial (BRASIL, 2009).

O seu objetivo é inserir a criança ou adolescente em um ambiente familiar apto a lhe proporcionar todos os cuidados necessários para o bom desenvolvimento. A medida exige a análise dos requisitos e a utilização de um procedimento judicial. A adoção unilateral, disciplinada no artigo 41 §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é uma forma especial de adoção e consiste na possibilidade de o companheiro ou cônjuge adotar o filho do outro (BRASIL, 2009).

Quando o assunto é adoção o melhor interesse do menor deve ser analisado e ponderado para se tomar quaisquer decisões. O princípio do melhor interesse do menor encontra-se implícito no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 43, na Constituição Federal e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil (BRASIL, 1988).

O objetivo da adoção unilateral é garantir a presença da figura paterna na vida do menor, assim, terá lugar quando a criança não possuir nenhum referencial paterno e enxergar no companheiro de sua genitora aquele que lhe proporcione atenção e cuidados. Nesse caso, ao adotando será atribuída a condição de filho, possuindo todos os direitos e deveres assegurados aos filhos consanguíneos.

Esse tipo especial de adoção não busca criar uma relação paterno-filial entre a criança e o pretendente à adoção, mas sim regularizar uma situação que sempre existiu como o elo pela afetividade.

A adoção é uma forma de construção jurídica por colocar pessoas na condição de pais e filhos, onde não há nenhuma ligação biológica entre

elas, sendo um ato jurídico que a pessoa recebe outro como seu filho, independentemente de existir qualquer grau de parentesco ou finalidade.

Para Maria Helena Diniz (2009, p.520) adoção vem a ser:

A 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. Não obstante, adoção não é meramente um ato jurídico que pode ser definido, unicamente, a luz das regras e técnicas do ordenamento jurídico. que, geralmente, lhe é estranha.

Não obstante, adoção não é meramente um ato jurídico que pode ser definido unicamente a luz das regras e técnicas do ordenamento jurídico, diferencia o instituto da adoção em relação a idade do adotado no momento de sua efetivação.

Com o passar dos anos foi posteriormente reduzido à idade do adotante para 30 anos, como dezesseis para a diferença entre os envolvidos, assim, principalmente dispensou as exigências das ausências de filhos e, no entanto, os direitos dos filhos adotivos, já que eles não tinham direitos sobre o patrimônio da família, assim como será abordado adiante.

Os direitos consagrados da adoção pelo ECA, um filho adotado passou a ter os mesmos direitos e deveres de filhos biológicos. Eventuais conflitos no processo de adoção dão preferência aos interesses e ao bem-estar do adotando (BRASIL, 1990).

Podemos mencionar a Constituição Federal de 1988 que igualou todos os filhos, adotivos e consanguíneos, e posteriormente promulgado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que modificou a história da adoção no Brasil. Eunice Ferreira Granato (2013, p.49) contextualiza:

A constituição da república federativa do Brasil de 1988 igualou os direitos de todos os filhos, ao tratar da Ordem Social, no Título VIII, Capítulo VII, da família, da criança, do adolescente e do idoso (art. 226 a 230), estabelecendo no § 6º do art.227: Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações,

proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação.

Portanto em 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente, com a igualdade entre os filhos adotados e biológicos, a idade mínima para alguém adotar abaixou de 30 para 21 anos de idade, e a idade máxima do adotado com plenos direitos subiu de 07 para 18 anos. Era necessária somente uma diferença mínima de 18 anos entre adotante e adotado, e pessoas solteiras poderiam adotar filhos se encaixassem nos critérios (BRASIL, 2009).

Com essa diferença de idade estabelecida a lei garante um processo mais amplo e justo na adoção da criança e do adolescente, porém muitas crianças não podem ser criadas pelos seus pais biológicos por vários motivos e um deles é a falta de condição financeira. Resta necessário o vínculo paterno e materno sem deixar um trauma psicológico na vida da criança.

Na visão psicológica, a figura paterna é de fundamental importância para o desenvolvimento do indivíduo e a relação entre pai e filho é causa decisiva no desenvolvimento cognitivo e social da criança: “as teorias psicológicas e as pesquisas científicas afirmam e fundamentam o papel da figura paterna no desenvolvimento e no psiquismo infantil” (BENCZIK, 2011, p. 69).

Importante notar também um modelo de adoção de crianças em outros países, adotados por casais norte-americanos e europeus.

A adoção internacional apareceu como prática regular, após a Segunda Guerra Mundial, em face da existência de multidões de crianças órfãs sem qualquer possibilidade de acolhimento em suas próprias famílias. Crianças da Alemanha, Itália, Grécia, do Japão, da China e de outros países foram adotadas por casais norte-americanos e europeus. Segundo o Serviço Internacional de Adoção, milhares de crianças foram encaminhadas para o exterior sem que tivessem os documentos indispensáveis à regularização de sua cidadania. Das crianças adotadas na Itália, entre 1985 e 1990, quase 80% eram provenientes da América Latina e na França, das 5.348 crianças adotadas, entre 1990 e 1992, 21% eram brasileiras (COSTA, 1998).

Hoje a adoção é umas das formas que coloca a criança e o adolescente em família substitutas, ao lado da guarda e da tutela, sendo, dentre essas três formas ditas, a adoção, a que acarreta consequências mais drás-

ticas, já que a lei determina que sejam rompidos todos os vínculos com as famílias biológicas, impondo uma nova vida e história aos envolvidos.

A guarda implica o dever de ter a criança ou adolescente consigo e prestar-lhe assistência material, moral e educacional, conferindo a seu detentor o direito de se opor aos terceiros, inclusive aos pais (art. 33, ECA). Destina-se a regularizar a posse de fato do menor, podendo ser deferida liminarmente nos processos de adoção ou tutela (BRASIL, 2009).

Fora desses casos, o juiz pode deferir a guarda excepcionalmente para suprir a falta dos pais.

Há duas espécies de guarda, levando em consideração o período em que é exercida e sua origem. Será provisória quando é deferida pelo magistrado pelo prazo de 30 a 90 dias, no curso do processo de guarda, tutela ou adoção. A guarda provisória é uma medida importante para que a criança/adolescente tenha um período de adaptação ao novo seio familiar e possa se desenvolver de forma saudável. Porém, a guarda definitiva é deferida por sentença nos processos em que o pedido principal é expressamente o de guarda, conforme disposto na lei n. 8.069 (BRASIL, 1990)

Ainda de acordo com a lei do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) a tutela, por sua vez, implica, necessariamente, o dever de guarda, somando-se, ainda, o poder de representar o tutelado nos atos da vida civil e o de administrar seus bens. Diferentemente da guarda, a tutela não coexiste com o poder familiar, cuja perda, ou ao menos suspensão, deve ser previamente decretada. Entretanto, o menor tutelado, após atingir a maioridade civil ou emancipar-se, retornará a ter os vínculos de parentesco com seus pais destituídos, uma vez que no registro civil de nascimento constará apenas a averbação da perda do poder familiar. Caso o instituto seja direcionado ao incapaz órfão, não existirá a possibilidade de regresso ao convívio dos pais biológicos. Conclui-se, assim, que a tutela é instituto direcionado para os casos de órfãos de pais mortos ou declarados ausentes (art. 1728, I c/c art. 6º, todos do Código Civil) e, em casos de os pais biológicos ou civis decaírem do poder familiar (art. 1728, II c/c 1626, todos do Código Civil), quando o menor de 18 anos não puder ou não quiser ser adotado.

2. ADOÇÃO UNILATERAL

2.1. Conceito

Uma das modalidades de adoção é a chamada unilateral. Nessa hipótese, não há necessidade de o adotante ter prévio cadastro na fila da adoção, já que se trata de uma situação excepcional. A adoção ocorrerá entre adotante e o filho de seu cônjuge ou companheiro. É unilateral porque apenas uma das linhas ascendentes será alterada: a materna ou paterna. “O termo unilateral significa que a substituição da filiação ocorre apenas na linha materna ou paterna” (COSTA, p.85, 2016).

O rompimento destes vínculos familiares não acontece com a adoção unilateral, pois apenas um dos pais biológicos é que fica excluído do poder familiar de sua prole. Em outras palavras, trata-se de uma forma especial de adoção, que ocorre quando o enteado é adotado pelo companheiro ou marido de sua genitora conforme redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.069 de 1990:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-os de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo impedimentos matrimoniais.
§1º. Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e seus respectivos parentes (BRASIL, 1990).

O parágrafo primeiro do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente regularizou inúmeras situações de fato. É adequado que, solvidos os vínculos afetivos, se busquem por novos vínculos. De forma que, quando um ou ambos possuírem filhos seja possível diante do fraterno laço de afeto que o parceiro adote a prole da sua companheira ou companheiro.

O cônjuge ou companheiro pode adotar o filho do consorte, ficando mantidos os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e respectivo parente conforme artigo 41, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. A regra também está descrita no art. 1.626, parágrafo único, do Código Civil. Essas situações ocorrem com frequência e, no passado, traziam divergências doutrinárias e jurisprudenciais. A lei

busca situação de identidade dessa filiação adotiva com a filiação biológica, harmonizando o estado do adotado para o casal. Nota-se que a lei permite que, com a adoção, o padrasto ou madrasta assuma a condição de pai ou mãe (VENOSA, 2003).

2.2. A adoção unilateral e a regularização dos vínculos

A adoção unilateral ocorre quando se mantém o vínculo de filiação com um dos genitores, nos casos em que o companheiro ou cônjuge adota o filho do outro, com a concordância expressa deste, sendo disciplinada no Artigo 41 §1º do ECA, formando-se um novo núcleo familiar, com a exclusão de um dos genitores biológicos, que é substituído pelo adotante, mantendo-se a filiação com relação ao outro genitor.

Em sentença prolatada na 22ª Vara da Família da Capital e explicitada por Bleine Oliveira (2016):

Titular da 22ª Vara Cível da Capital (Família), a juíza Ana Florinda só assina a papelada oficializando a adoção unilateral com todas as exigências atendidas. Ela revela que o Núcleo de Promoção à Filiação trabalha para assegurar que o filho tenha o nome do pai biológico no registro de nascimento. Nessa atividade, seus integrantes encontram situações que impossibilitam o reconhecimento da paternidade, mas onde o padrasto manifesta o desejo de assumir o enteado como filho.

A adoção unilateral tem sido estimulada por vários projetos, a Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania (SJDC) e a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais de São Paulo (ARPEN – SP) criaram o Projeto “Pai Legal”, com o objetivo de estimular o reconhecimento voluntário da paternidade e a adoção unilateral, segundo o projeto Pai Legal a ARPEN (2005):

Adoção unilateral: a lei estabelece a possibilidade de um padrasto adotar o enteado ou a enteada, ficando mantidos os vínculos com a mãe. O processo de adoção unilateral é simples, principalmente se a criança só foi registrada no nome da mãe. Basta dirigir-se a uma Vara da Infância e da Juventude.

Para a sua viabilização a adoção depende de cadastramento dos habilitados, bem como das crianças em condições inerentes e compatíveis à legislação, conforme abordaremos a seguir.

2.3. Cadastro de Adoção

O Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, já previa que cada comarca deveria manter cadastros de pessoas habilitadas e de crianças disponíveis para a adoção. O fato de serem listagens regionalizadas não contribuía para o aumento do número de adoções no país, por isso decidiu-se pela criação do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), implantado em 2008, sob a responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça, com base nas informações fornecidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (BRASIL, 1990).

A ordem cronológica do cadastro deixa, por vezes, o melhor interesse do adotando de lado, ou seja, o requisito legal do cadastramento não pode ser o único a determinar qual a família indicada a exercer a paternidade responsável de uma criança ou adolescente, devendo isso ser analisado sempre no caso concreto, consoante ponderação dos benefícios e prejuízos à criança ou ao adolescente que será adotado.

O cadastramento permite que os pretendentes sejam bem avaliados e orientados a respeito de todas as consequências e efeitos da adoção.

Sobre o tema leciona Artur Marques da Silva Filho (2012, p.126):

Tal cadastro é de grande valia, já que a inserção de uma criança ou adolescente no seio de uma outra família exige uma série de cuidados especiais e muita prudência. Os adotantes devem estar preparados, prevenidos, mobilizados e conscientes do importante ato que irão praticar. Devem ser considerados todos os fatores socioafetivos da adoção, tais como preconceitos, medo, dúvidas, expectativas, forma de revelação, adaptação e outros temas que bem desenvolvem os assistentes sociais e os psicológicos treinados para esse fim. As pessoas envolvidas na adoção merecem tratamento diferenciado pela equipe interprofissional, na linha preventiva, educativa e promocional, para o efeito de debelar inseguranças, eliminando receios e criando ambiente propício à adoção.

Portanto em todos os estados do país, existem milhares de crianças e adolescentes esperando por suas famílias, assim a Cartilha do Conselho Nacional de Justiça, (2015, p. 12):

Com o Cadastro Nacional de Adoção, você fica cada vez mais perto do seu tão esperado filho. O cadastro veio para encurtar as distâncias entre você e os nossos milhares de brasileiros que sonham em ter uma família. Além disso, ele agiliza, facilita e unifica o processo de adoção. Como o cadastro é nacional e poderá ser feito em qualquer lugar do país, as possibilidades ficarão cada vez maiores para que você possa adotar, seja no Norte, no Sul, no Sudeste, no Nordeste ou no Centro-Oeste. Procure a Justiça de sua cidade e informe-se. Cadastro Nacional de Adoção, o país em prol da família.

Assim a desnecessidade do prévio cadastramento é aplicável apenas aos candidatos domiciliados no Brasil e desde que sejam preenchidos os requisitos necessários para a adoção conforme consta no parágrafo 14º, do artigo 50, do ECA (BRASIL, 1990).

3. FAMÍLIA E O AFETO

A família é considerada de extrema importância para assegurar a sobrevivência dos filhos, encarregada de suprir as necessidades primárias, quais sejam: alimentação, segurança, amor, carinho e afeto. É no espaço familiar, através do convívio, da troca de afeto e dos diálogos que a criança e o adolescente absorvem os valores éticos e humanitários e onde os laços de solidariedade se enraízam proporcionando a construção dos valores culturais da vida. A falta do afeto pode prejudicar o desenvolvimento da criança e do adolescente e dos membros da família.

Igualmente, a vida cotidiana induz na ocorrência de interferências e participação direta na vida um do outro buscando com que a criança ou adolescente enxergue e considere o companheiro de seu genitor como aquele que lhe proporciona proteção, atenção e carinho.

O valor do afeto nas relações familiares nas palavras de Maria Berenice Dias (2010, p. 01):

Diante do sem-número de possibilidades de se gerarem filhos não mais cabem continuar buscando a definição da paternidade na identificação da verdade genética. A Justiça, ao ser chamada a solver disputas sobre paternidade, precisa atender aos cânones constitucionais e aos ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ao investigar o melhor interesse da criança, foi escolhido o elo de afetividade como parâmetro para a definição dos vínculos parentais. A verdade biológica, presumida, legal ou genética deixou de interessar. O fundamental é identificar quem a criança considera pai e quem a ama como pai. A situação familiar dos genitores em nada influencia na definição da paternidade, pois filho é quem foi gerado pelo afeto e alimentado por meio do cordão umbilical do amor. A paternidade passou a ser reconhecida pela identificação da posse do estado de filho. Essa nova verdade fez surgir uma nova figura jurídica: a filiação socioafetiva, definida como a relação afetiva, íntima e duradoura, em que uma criança é tratada como filho, por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar.

Assim, a paternidade não é definida unicamente pelo vínculo genético, mas pelo elo de afetividade. O vínculo parental está muito além de uma certidão de nascimento ou de um exame de DNA, é necessário analisar, primordialmente, quem a criança considera como pai e quem a ama e cumpre com os deveres do poder familiar.

4. O PRÍNCÍPIO DO INTERESSE DA ADOÇÃO

Enquanto não encontrada pessoa ou casal interessado em sua adoção, a criança ou o adolescente, sempre que possível e recomendável, será colocado sob guarda de família cadastrada em programa de acolhimento familiar. A alimentação do cadastro e a convocação prudente dos postulantes à adoção serão fiscalizadas pelo Ministério Público.

Lôbo (2017, p. 72-73) descreve o significado do princípio do melhor interesse:

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus inte-

resses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já a autoridade parental ou poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando o seu melhor interesse. O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição de peculiar desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.

O conceito de melhor interesse da criança é de difícil determinação, não tendo uma definição rígida, assim no caso concreto é certo, porém os interesses infantis devem suplantar o interesse dos genitores e o que deve se atrelar à estabilidade social, condições de vida, ambiente físico e as relações afetivas das crianças e os adolescentes.

Com o mesmo entendimento, Andréa Rodrigues Amin diz que no estudo do caso em concreto “deve pairar o princípio do melhor interesse como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens”, assim, ressaltando que o preceito será respeitado quando a decisão judicial “primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos da intérprete (Amin, 2014).

Como exceção ao cadastro determina o artigo 50, § 13, da Lei 8.069 do Estatuto da Criança e do Adolescente, outra novidade: que somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente quando: a) se tratar de pedido de adoção unilateral; b) for formulada por parente com o qual a criança ou ado-

lescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; c) for oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de três anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou de práticas ilícitas de subtração de incapaz ou de promessa de recompensa mediante a sua entrega. Em tais casos, o candidato deverá comprovar no curso do procedimento que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto no ECA no artigo. 51, § 12 (BRASIL, 1990).

Ainda, nesse sentido, é o entendimento da Jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. HABILITAÇÃO À ADOÇÃO. CASAL PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTO QUE JUSTIFIQUE A RESTRIÇÃO DA HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO DE CRIANÇAS A PARTIR DE QUATRO ANOS. Preliminar de ausência de interesse recursal. A restrição imposta na sentença, deferindo a habilitação para adoção de crianças a partir de 04 anos de idade, enseja interesse recursal aos autores, que pretendem a adoção de infantes entre 0 e 1 ano de idade. Preliminar rejeitada. Mérito. Tendo o estudo social concluído favoravelmente à adoção de crianças de 0 a 01 ano de idade pelos habilitandos, ainda que portadores de deficiência visual, descabe a restrição da adoção imposta na sentença, sem qualquer respaldo probatório ou mesmo motivação, a crianças a partir de 4 anos de idade. Tratando-se de um casal estruturado, bem intencionado e preparado para o exercício da parentalidade, não há se sustenta a restrição imposta na habilitação à adoção na faixa etária pretendida. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível nº 70040938268, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 23/03/2011), (BRASIL, 2011).

A aplicação desse princípio conta com a atuação comprometida e efetiva do agente do Ministério Público e dos seus serviços de apoio, como o Conselho Tutelar, serviços de cunho psicológico, psiquiátrico, entre outros. Com base nesse princípio que se inserem os direitos fundamentais

assegurados à criança e ao adolescente, destacando-se o direito à vida, à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, entre outros.

CONCLUSÕES

O instituto da adoção pode ser visto como uma das formas mais seguras de garantir a convivência familiar e os demais direitos da criança e do adolescente previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A adoção está envolta em um contexto de afeto e de laços construídos, de formação de famílias diversificadas, de mudança no futuro tanto de quem adota e principalmente de quem é adotado. Desta maneira, a adoção se mostra complexa exatamente por que é ligada à família e entre essas suas particularidades, não existindo fórmula a ser aplicada, devendo sempre ser analisados os detalhes dos casos concretos.

Assim, a construção histórica dos princípios do direito da criança e do adolescente, o conceito e aplicação da adoção unilateral no sistema jurídico brasileiro e a possibilidade jurídica de seu rompimento em razão do princípio do melhor empenho da criança e do adolescente, e, por fim, tal possibilidade em uma eventual declaração de multiparentalidade afim de que não seja a criança e do adolescente privados de sua analogia pessoal como indivíduo dentro da sociedade.

A adoção unilateral tornou-se um zelo no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como não restringe direitos da criança e do adolescente, dando a este a identificação familiar plena oriunda das linhas ascendentes biológicas, bem como permite sua identificação com a família socioafetiva decorrente da nova relação.

Conclui-se pela consideração da validade da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentada como forma de garantir o direito à convivência familiar, sendo uma alternativa legal de inserção de crianças e adolescentes em famílias substitutas, a fim de assegurar seus direitos sociais, fundamentais para seu pleno desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARPEN, Associação dos Registros de Pessoa Naturais do Estado de São Paulo. **Projeto Pai Legal**. Disponível em: http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=BC1&pagina_id=213. Acesso em: 29 jul. 2020.

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. **A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil**. Rev. psicopedagogia. São Paulo, v. 28, n. 85, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862011000100007. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL, Ministério Público da Criança e do Adolescente- Jurisprudência: Habilitação para Adoção. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1341.html>. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL, **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 19 set. 2020

COSTA, Tarcísio José Martins. **Adoção transnacional: Um Estudo Sociojurídico e Comparativo da Legislação Atual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CNJ, **Cartilha do Cadastro Nacional de Adoção- CNA**, Indd. Disponível em: https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/corregedoria/cartilha_cadastro_nacional_de_adocao.pdf. Acesso em: 31 jul. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_691\)3_filhos_do_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_691)3_filhos_do_afeto.pdf). Acesso em: 31 jul. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. 24^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Bleine. **Adoção Unilateral Regulariza Vínculos**. Jornal Gazeta de Alagoas. Maceió, 2016. Disponível em: <http://gazetaweb.globo.com/gazetadealagoas/noticia.php?c=297494>. Acesso em: 31 jul. 2020.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: Regime Jurídico, Requisitos, Efeitos, Inexistência, Anulação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FAMÍLIA MONOPARENTAL FEMININA NO CONTEXTO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL DO COVID-19

Beatriz Pereira Freitas
Cledione Jacinto de Freitas

INTRODUÇÃO

A família é o instituto basilar mais antigo da sociedade, porém ao longo dos anos vem sofrendo constantes modificações em sua base, em decorrência dos avanços econômicos e sociais, alterando-se os valores e os princípios e gerando um novo conceito de família, que não se funda essencialmente no poder patrimonial, patriarcal e jurídico, passando a se basear no afeto e na humanidade. Desta forma, diante da constante mudança social, surgiu a figura das famílias monoparentais, situação que vem crescendo cotidianamente no Brasil, em especial as famílias monoparentais femininas. Diante do aumento exponencial de tal configuração familiar, faz-se necessário analisar a situação sociojurídica de tais famílias, bem como o auxílio ou omissão do Estado a estas.

A relevância do tema reside no aumento exponencial das famílias monoparentais femininas, bem como repensar a aplicabilidade dos projetos e/ou políticas públicas existentes e que buscam de alguma maneira beneficiar tal grupo de indivíduos em situação de vulnerabilidade (social, trabalhista, afetiva, econômica). O meio de pesquisa utilizado para realização do referido trabalho será por meio de revisão bibliográfica dos diversos textos disponibilizados sobre o tema, bem como em livros e demais manuscritos.

Para conseguir tal intento é importante remeter às questões históricas da família, apresentando o conceito de família, a análise da forma como evolui a família biparental tradicional no Brasil, bem como os fatores determinantes, mais comuns, para a monoparentalidade. É mister tratar da família monoparental, apresentando o conceito da mesma, assim como suas diversas definições. Torna-se ponto de interesse a argumentação quanto ao ônus feminino na monoparentalidade, os aspectos da mesma

como entidade familiar, os possíveis efeitos que tal configuração familiar possui na figura dos filhos.

Não se pode desconsiderar a relação entre as famílias monoparentais e o Estado, no que se refere à possibilidade de os indivíduos pertencentes a tais entidades receberem auxílio em situações de emergência ou naquelas cujas características requeiram atuação estatal. Por fim, e não menos importante, considerar as problemáticas envolvendo tal configuração familiar, a responsabilização do Estado na situação de vulnerabilidade das mulheres chefes de familiar.

1. ORIGEM HISTÓRICA DA FAMÍLIA BRASILEIRA

Nos dias atuais o conceito de família já não é mais o mesmo, sofreu várias influências do poder econômico, político, religioso e social, ocorrendo diversas mutações. Nota-se que, mesmo em detrimento das mudanças apontadas, tal configuração familiar ainda perdure na sociedade contemporânea. Inicialmente, com o surgimento das novas formas de relacionamentos afetivos, os indivíduos se encontravam sem nenhuma forma de amparo jurídico, e/ou discricionariedade para se relacionar.

No Brasil, conforme aponta Abreu (2014), pode-se observar que a formação da sociedade teve grande influência Romana, proveniente do antigo direito luso-brasileiro, no qual vigoravam ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal. A família na Roma antiga era patriarcal, ou seja, o pai era quem detinha toda autoridade. Destarte, havia a figura do “*pátrio poder*”, baseado na autoridade de um chefe, e este era chamado de “*pater*”, representando todo o poder da família, exercendo autoridade sobre os filhos e esposa. Somente o pai era quem podia exercer o pátrio poder, cabendo a mãe somente alguns direitos relativos a obediência dos filhos, cuidado com a casa e marido, podendo-se notar a objetificação e inferiorização da mulher.

Abreu (2014) acrescenta que a mulher vivia subordinada à autoridade marital, sem autonomia, passava da condição de filha para a de esposa, não possuindo direitos próprios. Figurando como posse, passava de um dono a outro, inicialmente sob o domínio do pai, para, posteriormente, a subordinação e dominância do marido. Contudo, em 1831 houve grande

mudança, considerada um marco no sistema vigente da época, mesmo com relutância dos tribunais e estudiosos da área, que foi a concessão às viúvas o direito de exercer o pátrio poder, desde que não convolasse novas núpcias.

Com a entrada em vigência do Código Civil de 1916 houve, para Almeida Júnior (2002), de fato, a ruptura com as ordenações Filipinas, que até então regia as relações, passando o referido diploma legal a reger as relações familiares, sendo estas, extremamente limitadas e de certa forma discriminatória, tendo em vista sua limitação. Entretanto, com a entrada do Constituição Federal de 1988 e, consecutivamente, do Código Civil de 2002, houve a ruptura definitiva das relações familiares com o patriarcalismo no âmbito jurídico e legislativo, o que não ocorreu de maneira plena na sociedade, principalmente entre os grupos mais conservadores.

1.1. Conceito de família

O conceito de família do passado, conforme Minuchin (1990), é totalmente diferente do que temos atualmente, a qual era advinda do latim *famulus* que significava grupos de escravos e de servos referente ao mesmo patrão. Na atualidade definir um conceito exato para família é uma tarefa difícil por estar em transformação constante e lenta, diante disso sua configuração não se assemelha com a do passado e tampouco com a estrutura da família futura. Santos e Santos (2008, p. 26) explicita que em se tratando de família brasileira existe uma grande variedade de conceitos:

A amplitude de literaturas sobre a história das famílias brasileiras revela uma diversidade de conceitos, deixando claro que não existe uma única definição, e nem poderia, uma vez que cada definição está fundamentada numa determinada corrente de pensamento que orienta a forma de agir e de pensar de cada sujeito. Essas diferenças de concepção precisam ser respeitadas para que se evitem preconceitos e até discriminação quanto à tolerância com a diversidade humana, e assim a aceitação das diversas composições de família, de forma a evitar os paradigmas de família normal X família incompleta, ou qualquer coisa dessa ordem.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2014) define família como o conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, depen-

dência doméstica ou normas de convivência, residente na mesma unidade domiciliar, ou pessoa que mora só em uma unidade domiciliar. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, trata do tema em seu artigo 226, §§ 4º e 5º, onde leciona família como sendo: “§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” E “§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (BRASIL, 1988).

Cumprido conceituar o fenômeno familiar sob o aspecto sociológico, Menezes (2019), define seguinte maneira: “Na sociologia, a família representa uma agregação de indivíduos unidos por laços afetivos ou de parentesco em que os adultos são responsáveis pelo cuidado com as crianças.”. De acordo com os conceitos analisados, pode-se observar a diversidade das unidades familiares, não podendo as mesmas serem definidas de uma única maneira, tendo em vista a variedade com a qual se apresentam.

1.2. Família na sociedade atual

A família, como produto social, segundo Silva (2016) está em constante transformação desde os tempos remotos, motivo pelo qual, não se pode obter um único conceito como o ideal para definir tal instituto. Entretanto, as mudanças apresentadas são notáveis e distinguem bastante do patriarcalismo idealizado, ou seja, a configuração do pai como chefe de família e garantidor do sustento familiar, sendo este o detentor de poder perante esposa e filhos. Diante desta mudança do paradigma familiar, pode-se notar maior flexibilidade nas relações, tanto na estrutura de poder, quanto na configuração dos membros, o que garante que todos possuam maior liberdade e autonomia para garantir o seu bem-estar, não ficando limitados a modelos pré-estabelecidos e limitadores.

Com o passar do tempo as mulheres garantiram, às duras penas e paulatinamente, sua autonomia na sociedade, podendo se relacionar ou não, o que fez com que o casamento deixasse de ser algo fundamental para a formação familiar, exigindo hoje apenas um relacionamento com laços afetivos para configurar uma família. Neste contexto, como aponta Singly (2007) a família contemporânea pode ser definida de maneira mais livre, onde não existem grandes limitações de papéis ou de gênero. Portanto,

ambos os componentes da relação familiar atuam com liberdade de escolha, atuando de maneira individualizada. Outro ponto que se destaca desta relação, é o fato de o casamento não ser mais necessário para a realização individual de muitos, muito menos atua como imposição social, como já o foi. Diante disto, os relacionamentos encontram-se pautados pelos laços afetivos, conseqüentemente, com o fim do sentido, o relacionamento anteriormente mantido não se mostra mais necessário para os envolvidos.

Pode-se ressaltar uma maior independência dos filhos para com os pais, não havendo mais na contemporaneidade a limitação da mulher como única cuidadora dos filhos, bem como do homem como provedor do sustento familiar, variando o desempenho dos papéis dentro do relacionamento de acordo com a realidade social apresentada por cada um.

1.3. Fatores determinantes da família monoparental

A família para Leite (2003) vem se desenvolvendo e mudando em demasia, com isso, tem-se que no transcurso temporal que compreende desde a modernidade até a contemporaneidade, diversas foram as conquistas dos indivíduos no âmbito familiar, como exemplo, a adoção por pessoas solteiras. A monoparentalidade, conforme preceitua Santos e Santos (2008), não é um fenômeno ocidental moderno, ela sempre existiu e está em constante evolução. No passado essa entidade se dava de forma involuntária, fruto de uma situação imposta como na viuvez, já na atualidade se apresenta como processo voluntário, o qual ocorre nos casos de divórcio, ou mesmo por rompimento de uniões livres, estar solteira com a prole, e o celibato, entre outros.

Tem-se como celibatário a pessoa que opta por não se casar ou a quem encontra-se impedido de contrair matrimônio, seja por motivos religiosos, sociais ou mesmo culturais. Entretanto, diferentemente do que se espera, o fato de o indivíduo escolher o celibato como forma de vida, não o impossibilita de se envolver sexualmente e ou procriar. Neste sentido leciona Eduardo Oliveira Leite (2003, p. 35) “Este novo modelo, porém, celibatário, e sem casamento, não implica ‘viver só’, como poderia imaginar de forma superficial. Ao contrário, a maioria dos celibatários tem parceiros sexuais com os quais vivem em uniões livres (caracterizada pela transitoriedade e total liberdade)”. Tal situação decorre da mudança do paradigma social, de

que um relacionamento é necessário, bem como do estado líquido das relações, as quais perderam seus contornos rígidos, tornando-se mais maleáveis (BAUMAN, 2004). No estado de celibato, as pessoas continuam se relacionando umas com as outras, o que ocorre, é a exclusão do matrimônio.

O estado de viuvez para Silva (2016), pode ser considerado o primeiro e mais antigo estado de monoparentalidade, uma vez que, figura como fator involuntário, não sendo o mesmo passível de controle social ou cultural. Desta forma, mesmo em situações e épocas em que o casamento ainda se mostrava como necessário, haviam o surgimento automático da família monoparental, com a morte de um dos cônjuges. Frisa-se que, no Brasil, a viuvez da mulher, foi o primeiro momento que foi concedido a esta o poder familiar, entretanto, com a ressalva de não poder contrair novas núpcias.

O divórcio é um dos fatores que têm maior influência para a criação de uma família monoparental, haja vista estar cada vez mais frequente na sociedade. O divórcio em nada altera os direitos dos genitores para com sua prole, conforme preceitua o Código Civil em seu artigo 1.579 (BRASIL, 2002). Diferente do adotado anteriormente, onde a guarda sempre recaía para a genitora, atualmente busca-se estudar as condições de cada um dos genitores, bem como a vontade do menor, afim de determinar a incumbência da guarda, permanecendo, contudo, os direitos dos pais para com os filhos, independente de quem detenha a guarda (SILVA, 2016). Ressalta-se ainda a possibilidade de ambos os genitores compartilharem a guarda do filho, situação em que ainda se vê configurado o instituto da monoparentalidade, conforme preceitua Gonçalves (2002, apud SILVA, 2016, p. 27): “a guarda compartilhada pode ter origem nas entidades monoparentais, mesmo que já tenha tido origem biparental, assim como outras situações jurídicas, como a separação”.

Como observa Leite (2003) a união livre como resultado da revolução sexual, bem como da luta por independência do sexo feminino. Instituído nos anos 1960, os adeptos de tal modalidade possuíam ampla liberdade sexual, exibindo vida sexual ativa e individualizada. O intuito na união livre não era a formação de uma família duradoura, mas sim, a possibilidade de maiores experiências emocionais e sexuais, motivo pelo qual recebe muitas comparações com as situações de concubinato. Pode-se notar

que não raro ocorriam situações de gravidez não planejadas, momento em que se apresenta a situação de monoparentalidade para a mulher, no caso de opção de continuidade da relação de maneira individualizada.

A figura da mulher solteira e com filhos no Brasil, para Leite (2003) embora não frequentemente registrada pela mídia, sempre existiu, entretanto, nota-se que a figura que sempre se teve conhecimento foi o da mãe solteira abandonada, onde o genitor de seu filho não prestava auxílio financeiro e/ou afetivo. Diferentemente do disseminado pelo senso comum, como aponta Silva (2016) há duas formas de se tornar mulher solteira com filho, sendo a primeira forma involuntária, na qual a gravidez ocorre sem intenção, seja pela falha dos meus contraceptivos ou mesmo na situação de abandono do genitor do nascituro, situação em que a mãe se vê responsável pela manutenção plena de sua prole. A outra forma, embora menos divulgada, encontra-se cada vez mais popular nos dias atuais, ocorre de maneira voluntária, onde a mulher no exercício de sua independência e autonomia e decide conceber e/ou adotar e cuidar de seus filhos.

2. FAMÍLIA MONOPARENTAL FEMININA

A Família Monoparental teve seu reconhecimento jurídico como entidade familiar no direito brasileiro a partir de 1988, com entrada em vigor da atual Constituição Federal (BRASIL, 1988). Mesmo com esse tardio reconhecimento constitucional, vale ressaltar que essa modalidade familiar sempre existiu como uma realidade fática, sendo sua existência muito mais antiga do que se imagina. Com a promulgação da nova constituição da República Federativa do Brasil em 1988, houveram profundas alterações no conceito jurídico que havia de famílias, e passou então a ser reconhecido o que ocorria no mundo fático dando reconhecimento ao que o mundo jurídico não abraçava (LEITE, 2003). Contudo as mudanças ocorridas ampliam o conceito de casamento como a única base de constituir uma família e passa a se considerar o conceito de entidade familiar a união estável, a união formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, incluído no art. 226, 4º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Diante disso, considera-se família monoparental aquela constituída por qualquer um dos pais e seus descendentes. Essa entidade familiar pode

se formar da vontade de assumir a família individualmente, quanto por circunstância alheia à vontade humana.

As mulheres são quem mais arcam com o fenômeno da monoparentalidade, o encargo geralmente é enfrentado por elas. Por exemplo, quando há a ruptura do casamento geralmente a prole fica sob a tutela feminina. Desta feita, para Santos e Santos (2008) a mulher é quem mais enfrenta problemas diante da monoparentalidade, seja no plano econômico, social e emocional. Uma das áreas mais afetada é a econômica como diz Santos mesmo que parte dos filhos recebam auxílio financeiro de seu genitor, ainda é, na maioria dos casos, insuficiente, tendo a mulher que recorrer a outras vias para manter a prole e a si mesma, enfrentando o difícil acesso ao mercado de trabalho, em grande medida submetendo a atividades desgastantes, insalubres e pouco remuneradas.

Por sua vez, como observa Santos e Santos (2008) no setor social o alvo é tanto as mulheres quanto os seus filhos. As mulheres por estarem sozinhas não são vistas com bons olhos pelas pessoas, e se optarem a uma nova união sem formalidades é considerada imoral pela sociedade, já os filhos sofrem preconceitos dentro da escola, o qual sempre houve questionamento da sua paternidade ou brincadeiras dos colegas, ou caracterizados como “problemáticos”. Na área emocional, os problemas mais enfrentados por elas são a depressão e solidão, quando decorrente de separação ou divórcio, mesmo com todo o abalo emocional essas mulheres sozinhas tem que assumir a função paterna, causando-lhe as vezes estresse dentre outros problemas emocionais.

2.1. Aspectos da monoparentalidade como entidade familiar

Embora a instituição da monoparentalidade tenha adquirido previsão constitucional, nota-se que a mera previsão de tal situação não se mostra suficiente para a proteção destas famílias, tendo em vista a grande lacuna legislativa sobre os aspectos que circundam o presente tema. Um aspecto importante a se analisar são as dificuldades no desenvolvimento do filho, quando da opção por um dos genitores de criá-lo na ausência do outro, neste sentido, assevera Leite (2003, p. 90-91):

O ideal continua sendo a presença de ambos, Pai e Mãe, de modo que a divisão das obrigações entre os pais sirva de referência à criança, não como elemento determinante a diferença dos papéis de cada um, mas a complementaridade que se pode estabelecer entre homem e mulher.

Outro aspecto que se pode analisar são os problemas de ordem jurídica, como por exemplo, pensão alimentícia, direito de guarda e visitas; os de ordem social, que podem se manifestar na forma de censura, solidão e isolamento, bem como os de ordem econômica, representados pelas dificuldades financeiras ou inaptidões técnicas. Por fim, ao analisar a figura da família monoparental feminina, as mulheres se encontram, em grande medida, em extrema vulnerabilidade, tendo em vista, a sobrecarga das responsabilidades inerentes a criação e educação dos filhos, bem como o desempenho para a atividade profissional (OLIVEIRA; GOULART, 2016).

Diante de todo o exposto, tem-se que a evolução dos relacionamentos não pode mais ser ignorado pelo direito, sendo, portanto, necessário a renovação do direito de família, devendo os legisladores empreender seus esforços, afim de criar mecanismos que diminuam a desigualdade de tais famílias. Ao analisar o caso das famílias monoparentais femininas, nota-se a imensa dificuldade das mulheres obterem empregos, uma vez que a existência de filhos, principalmente de idades mais baixas, apresenta-se como empecilho, o que acaba por obrigar tais mulheres a aderirem serviços esporádicos ou com horários mais flexíveis (PINTO, 2011).

No cenário de dificuldades das mulheres exercerem sua autonomia e garantir uma vida digna, após muitas lutas o Estado se viu obrigado a criar estratégias e políticas de atenção às mulheres em situação de vulnerabilidade, dentre elas as mulheres solteiras e com filhos.

2.2. Projetos e políticas para mulheres monoparentais

Pode-se conceituar políticas públicas, para Babiuk (2013) como sendo o conjunto de normas e de princípios que norteiam as ações do poder público, direcionando-o para os grupos que se encontram em maior

situação de vulnerabilidade. Tal situação, transmuta-se ainda na relação entre os entes estatais e sociais, evidenciando a intervenção estatal na sociedade, afim de minimizar as desigualdades existentes na mesma. De maneira mais específica, as políticas públicas voltadas para as mulheres atuam não só como formas de minimizar as desigualdades de gênero existentes, mas também, como forma de mudança no paradigma social existente, o que possibilita aos agentes sociais a quebra dos limites de gênero anteriormente impostos, permitindo a libertação da mulher da sua condição de opressão e inferioridade.

Pensando nisto, o Brasil, construiu uma rede de serviços e programas, em grande medida, ligados à Assistência Social, fornecendo formas de educação gratuita, bem como programas de auxílio financeiro, como os beneficiários do programa Bolsa Família e de caráter alimentar, como a filiação em programas de doação de alimentos (PINTO, 2011). Ainda pode-se acrescentar o programa Minha Casa Minha Vida, o Benefício de Prestação Continuada, a rede de atenção às mulheres vítimas de violência doméstica, políticas de saúde e educação, políticas de segurança. No entanto ainda há muitas famílias monoparentais femininas em situação de vulnerabilidade, potencializadas em decorrência da desigualdade geográfica e estrutural apresentada em países como o Brasil, onde a população com pouco ou nulo acesso aos bens e serviços vivem à margem para sua manutenção de uma vida digna.

Diante do contexto atual, cumpre ressaltar o auxílio emergencial instituído em decorrência da pandemia causada pelo Covi-19. Analisando sob o contexto das políticas públicas, tem-se que no caso das mulheres monoparentais, não só o próprio auxílio figura como auxílio público, mas também, a ação concretizada no art. 2º, §3º, da Lei n. 13.982 de 2020, onde institui-se que as mulheres monoparentais devem receber duas cotas mensais de auxílio (BRASIL, 2020a). Tal situação se mostra em completa consonância com o objetivo das políticas públicas, tendo em vista a maior vulnerabilidade apresentada, em regra, pelas mulheres monoparentais no âmbito econômico e social. Portanto, busca referida iniciativa atuar de maneira paliativa na dura realidade feminina, auxiliando na diminuição das desigualdades de gênero.

3. AUXÍLIO EMERGENCIAL 2020 E A FAMÍLIA MONOPARENTAL FEMININA

Uma das formas de diminuição da desigualdade apresentadas pelas famílias monoparentais femininas são os auxílios prestados por parte do Estado. Dentre esta categoria, se encontra o auxílio emergencial instaurado em decorrência da pandemia ocasionada pelo novo coronavírus (Covid-19). Ressalta que o auxílio emergencial foi instaurado pelo Decreto nº. 13.316 de 2020, no qual estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) (BRASIL, 2020b). Conforme informações no site da Caixa Econômica Federal (CEF, 2020), pode-se conceituar o auxílio emergencial como sendo um benefício: “[...] destinado aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados, e tem por objetivo fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do Coronavírus - COVID 19”.

Vale ressaltar que, além das categorias acima apresentadas, conforme a Caixa (CEF, 2020), ainda faz jus ao recebimento do auxílio emergencial, pessoa que pertença à família cuja renda mensal per capita não ultrapasse meio salário mínimo (R\$ 522,50), ou cuja renda familiar igual ou inferior a três salários mínimos (R\$ 3.135,00). O benefício se mostra disponível por tempo limitado e é disponibilizado aos cidadãos no valor de R\$600,00 mensais, podendo ser pago, no máximo, para duas pessoas de uma mesma família (CEF, 2020). Em se tratando da família monoparental feminina, existem algumas pequenas vantagens na disponibilização do benefício. Pode-se observar, para as famílias em que a mulher figure como provedora plena, o auxílio será prestado no valor de R\$1.200,00, de maneira mensal, conforme redação dada pelo decreto n. 10.398 de 2020 (BRASIL, 2020c).

Pensando nisso, mostra-se essencial a diferenciação de tal categoria, uma vez que o Estado como garantidor de segurança e proteção do indivíduo, necessita resguardar os mais indefesos, zelando pelo seu bem estar, garantindo sua regular manutenção. Percebe-se que para o recebimento do benefício ora analisado, existem duas formas para sua aquisição: a primeira ocorre de maneira automática e se refere ao grupo de indivíduos que já

se encontram cadastrados no Cadastro Único (CadÚnico), ou que receba o benefício Bolsa Família (CEF, 2020). Na segunda, encontram-se os demais, os quais deverão, primeiramente, se cadastrar no CadÚnico, em seguida, realizar o cadastro para recebimento manualmente pelo site ou app. Posteriormente, o cadastro será analisado e o resultado da solicitação poderá ser acompanhado pelo próprio site ou aplicativo do Auxílio Emergencial.

3.1. A possibilidade de auxílio do poder público

Diante da situação de vulnerabilidade de diversos indivíduos a que faz referência as famílias monoparentais femininas, tem-se que o Estado, como garantidor que é, não pode simplesmente omitir-se. Com isso, o desenvolvimento de políticas públicas, programas e adequação estrutural, mostra-se não só possível, como também indispensável. No caso das famílias monoparentais femininas, ainda com o aumento substancial de creches e pré-escolas, seguindo os preceitos constitucionais e das normativas sobre a criança e adolescentes, ainda não há vagas suficientes para todas as crianças em todas as cidades brasileiras, situação que quando não impede, dificulta a entrada da mulher no mercado de trabalho. Com isso, a universalização de creches e escolas públicas, representaria a mulher e a criança maior liberdade e segurança, uma vez que garantiria a genitora possibilidade de ausentar-se por períodos maiores, sem a necessidade de buscar por empregos flexíveis ou informais. Por sua vez, para a criança, representaria segurança efetiva, uma vez que estaria sob a guarda de responsáveis hábeis para seu cuidado.

Analisando o ponto sob outro aspecto, pode-se notar que os gastos para com tais obras não onerariam os cofres públicos, uma vez que, os custos com esses serviços seriam minimizados com o aumento na oferta de mão de obra dos beneficiários das estruturas recém construídos. Tal situação, não apenas serve para melhora da situação social de muitas famílias, mas fomentaria ainda o mercado financeiro nacional. Entretanto, a melhora estrutural citada não é a única solução possível para a problemática atual de abandono das famílias monoparentais.

Babiuk (2013) diz que existem diversas formas de auxílio por parte do poder público, os quais consistem, em sua maioria, na implantação das políticas públicas existentes, ou mesmo na garantia de formas para

dar efetividade as mesmas. Um dos pontos principais pelo qual algumas políticas públicas não causam grandes mudanças na vida dos cidadãos é pelo desconhecimento de grande parcela da sociedade da existência das mesmas. Diante disso, mostra-se indispensável a atuação os profissionais integradores dos ramos sociojurídicos, visto que os mesmo, além de auxiliar os menos esclarecidos com informações acerca da procedência para implementação dos programas governamentais, ainda prestam seus serviços de forma a garantir a seguridade social de parcela da população que se encontre em estado de desamparo.

Dada a efetividade as políticas existentes, como salienta Santos e Santos (2008) outras soluções para a questão da desigualdade pode residir em sistemas internacionais, como por exemplo, na Suécia, onde existe a possibilidade de um empréstimo para o genitor que não possua renda, afim de que o mesmo possa arcar com os valores referentes a alimentos, situação que impede a sobrecarga da genitora, bem como diminui o distanciamento entre ela e a criança. Tais programas, mostram-se eficazes no amparo das famílias monoparentais e se mostram como possíveis soluções para as problemáticas apresentadas, entretanto, não são as únicas possíveis. Outro tipo de prestação governamental que auxilia as famílias monoparentais, é o auxílio emergencial.

Analisando a Lei n. 13.982 de 2020 (BRASIL, 2020a), a qual dispõe sobre os parâmetros de vulnerabilidade para elegibilidade de beneficiários do auxílio emergencial, verifica-se que alguns grupos foram tratados de maneira diferenciada, tendo em vista se encontrarem, na maioria das vezes, situações mais extremas de vulnerabilidade. Dentre tais grupos, encontram-se as mulheres provedoras de famílias monoparentais, uma vez que, as mesmas já se encontrem em situação de desamparo, diante da falta de oportunidades e garantias trabalhistas. Com isso, fica claro que tal grupo faz jus a tratamento diferenciado, uma vez que se encontre em situação de maior prejuízo. Para melhor elucidação, faz-se necessário a transcrição do referido dispositivo legal: “§ 3º A mulher provedora de família monoparental receberá 2 (duas) cotas do auxílio.” (BRASIL, 2020a). Com isso, tem-se que, embora o valor do auxílio emergencial seja,

em regra, de R\$ 600,00, no caso das famílias monoparentais femininas, o mesmo será pago em duas parcelas, somando o valor de R\$ 1.200,00.

Outro ponto importante, foi o Projeto de Lei n. 2508, o qual prevê pagamento de duas parcelas do auxílio emergencial para chefe de família monoparental, bem como, buscava dar preferência para as mães. Embora já esteja previsto o pagamento de duas cotas as responsáveis por famílias monoparentais femininas, o referido projeto previa que em caso de dúvida ou informações conflitantes sobre a titularidade da guarda dos filhos, o valor de R\$1,2 mil seria pago à mulher com base na autodeclaração, até que fosse apurada a situação, conforme se vê em seu art. 3º, §3º (BRASIL, 2020d).

Além disso, o projeto ainda prevê a disponibilização de um canal de atendimento próprio para denúncia, no caso de saque indevido do auxílio pertencente a mulher por terceira pessoa. Frisa-se que tal canal seria disponibilizado pela central de atendimento à mulher em situação de violência, uma vez que tal ato, embora de caráter financeiro, fira a mulher em seu âmago, tirando dela e de sua família a capacidade de manutenção e consequentemente, afetando sua sobrevivência (BRASIL, 2020d). Embora o referido projeto se mostra-se extremamente relevante e necessário, o mesmo vetado pelo atual presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, sob o argumento de que “não há estimativa do impacto orçamentário e financeiro dessa proposição, o que impede juridicamente a sua aprovação” (LEÓN, 2020).

CONCLUSÕES

Diante do exposto, vários aspectos da sociedade se transformaram no decorrer dos anos, sendo um dos pontos transformados as configurações familiares e as formas de relacionamento. Com a mudança de tal instituição, as famílias passaram a apresentar diferentes configurações, deixando para trás a predominância patriarcal, passando a adotar formas de liderança feminina, surgindo, com isso, as famílias monoparentais femininas.

Nota-se que, independente do motivo que levou a constituição de uma família monoparental, a mesma carrega consigo diversos pontos controversos, como por exemplo, o ônus exacerbado sobre as mulheres e a dificuldade das mesmas em se inserir no mercado de trabalho, o

que se dá tanto pelo viés preconceituoso e machista dos empregadores, bem como, pela falta de amparo estatal em alguns casos. Por sua vez, no cenário atual, com o advento da pandemia e consequentemente do auxílio emergencial, instaurado para minimizar as desigualdades e a situação de vulnerabilidade extrema, fez-se necessário a análise do mesmo, bem como de sua possível aplicação às famílias monoparentais.

Pode-se perceber que a lei n. 13.982 de 2020, garante a mulher mantenedora de família monoparental o direito não só a receber o referido auxílio, mas ao o fazer de maneira dobrada. Tal situação se dá pela clara desigualdade em que se encontra tal grupo de indivíduos. Ressalta-se que dentro da orbita de capacidades do Estado, o mesmo tem empregado, de maneira mínima, esforços para elaboração de projetos e ou políticas públicas de auxílio a mulheres como mães ou trabalhadoras. Conclui-se, que a omissão Estatal se mostra plena em face das famílias monoparentais femininas, tendo as mesmas que buscar, a duras penas, a igualdade desejada. Frisa-se, por fim, a necessidade de uma maior proteção estatal a tais grupos, uma vez que tal entidade familiar mostra-se mais vulnerável e desamparada.

REFERÊNCIAS

ABREU, K. A. S. Conceito de família: da legislação a prática - uma análise da 'essência' do instituto. In. **Jusbrasil**. 2014. Disponível em: <https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151335962/conceito-de-familia>. Acesso em: 19 jul. 2020.

ALMEIDA JÚNIOR, J. Ed. **A evolução do Direito de Família no Brasil**: uma análise comparativa do Código Civil de 1.916 e do movimento reformista. IBDFAM, 2002. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/73/A+evolu%3%a7%c3%a3o+do+Direito+de+Fam%3%adlia+no+Brasil+%e2%80%93+uma+an%3%allise+comparativa+do+C%3%b3digo+Civil+de+1.916+e+do+Movimento+Reformista>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BABIUK, G. A. **Famílias monoparentais femininas, políticas públicas em gênero e raça e serviço social**. 2013. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/180860/Eixo_3_269.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 ag. 2020.

BAUMAN, Z. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10.406/2002 de 10 de janeiro de 2002.** Dispõe sobre a instituição do novo Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.982, 02 de abril de 2020.** Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13982.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 13.316 de 07 de abril de 2020.** 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10316.htm. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. **Decreto n. 13.398 de 16 de junho de 2020.** 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10398.htm#art1. Acesso em: 10 ag. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 2508 de 2020.** 2020d. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/142321>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CEF. Caixa Econômica Federal. **Auxílio Emergencial do Governo Federal.** 2020. Disponível em: <https://auxilio.caixa.gov.br/#/inicio>. Acesso em: 03 ago. 2020.

IBGE. **Estatísticas de gênero:** uma análise dos resultados do censo demográfico de 2010. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Sistema Nacional de Informação de Gênero, Rio de Janeiro, 2014.

LEITE, E. O. **Famílias monoparentais:** a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEÓN, L. P. Bolsonaro veta projeto que previa duas parcelas de auxílio emergencial a chefe de família. In. **RadioAgenciaNacional.** 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/acervo/politica/audio/2020-07/bolsonaro-veta-projeto-que-previa-duas-parcelas-de-auxilio-emergencial-chefe>. Acesso: 03 ago. 2020.

MENEZES, P. O conceito de Família na Sociologia. 2019. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/familia-sociologia/#:~:text=Na%20sociologia%2C%20a%20fam%C3%ADlia%20representa,pelo%20cuidado%20com%20as%20crian%C3%A7as>. Acesso em: 10 jul. 2020.

MINUCHIN, S. **Famílias:** funcionamento e tratamento. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

OLIVEIRA, M. V.; GOULART, M. C. V. Os laços familiares no processo da guarda compartilhada. **Psicologia PT**, 2016, p. 1-26. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0416.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

PINTO, R. M. F. et al. Condição feminina de mulheres chefes de família em situação de vulnerabilidade social. **Serv. Soc. & Soc.**, São Paulo, n. 105, p. 167-179, mar. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282011000100010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 05 ago. 2020.

SANTOS, J. B.; SANTOS M. S. C. **Família monoparental brasileira**. Revista Jurídica Brasília, v. 10, n. 92, p.01-30, out./2008.

SILVA, M. R. **Família Monoparental Na Atualidade E Seus Fatores Determinantes**. 2016. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1491/FAM%C3%8DIA%20MONOPARENTAL%20-%20RA%20515027%20%20MAR%-C3%8DIA%20RODOLPHO%20DA%20SILVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

A ALIENAÇÃO PARENTAL E OS IMPACTOS CAUSADOS NAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Bruna Guimarães Ferreira
Marília Rulli Stefanini

INTRODUÇÃO

A divergência dos casais em relação à guarda de seus filhos pode se tornar um dos principais motivos para causar a Alienação Parental. A dor da dissolução da união é grande, e, por isso, muitas vezes, o genitor que permanece com a guarda do filho acaba aderindo a condutas abusivas no que tange à moralidade e ao psicológico da prole, alienando-o com inverdades sobre o outro genitor.

O ex-casal tem o encargo de amparar o bem-estar físico e psicológico da criança ou adolescente, bem como manter uma relação amigável, uma vez que os menores buscam em seus pais o reflexo da sua fase adulta. Assim, quando um dos progenitores começa a principiar a Alienação Parental, a criança ou adolescente fica confuso e, em alguns casos, desenvolve problemas psicológicos graves.

Dentre os problemas que a Alienação Parental acarreta, podemos citar, a ansiedade, a depressão, o medo, uso de drogas e álcool, comportamento agressivo, dentre outros. Assim, são dessas consequências psicológicas causadas na criança ou adolescente que este artigo trata, mas antes, de forma breve, abordamos o conceito de Alienação Parental e suas implicações práticas.

Por fim, cumpre mencionar que o presente artigo pauta-se na base metodológica fincada raízes em pesquisas documentais e bibliográficas, bem como emprega o método de pesquisa dedutivo para alcançar o objetivo ora proposto.

1. CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Quando ocorre discrepância no que toca à guarda dos filhos, em muitos casos, se faz presente a alienação parental, devido ao grande embate e dor causados pela dissolução da união ou até mesmo como fruto da não

compreensão do que seja o melhor interesse da criança e do adolescente. É nesse meio de desavenças que muitas vezes crianças e adolescentes são abarrotados com várias informações falsas a respeito do genitor-alvo. A Lei nº 12.318/10, em seu artigo 2º, *caput*, conceitua a Alienação Parental:

Art. 2º considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente promovida ou induzida por um de seus genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Dessa forma, a alienação parental equivale ao abuso moral contra a criança ou adolescente, produzida por seu genitor ou responsável que, dispondo de um sentimento de vingança, dissipa falsas memórias por meio da criança ou adolescente contra o genitor-alvo, que, com o tempo desenvolve desafeto e chega, em alguns casos, a romper o laço afetivo que possui com o genitor-alvo.

A expressão “alienação parental” está inclusa na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados a Saúde, CID-11, que, após aprovação dos Estados Membros no dia 25 de Maio de 2019, entrará em vigor no Brasil em Janeiro de 2022, ou seja, deixou de ser uma ‘doença jurídica’ devido aos efeitos psicológicos deixados nas crianças e adolescentes vítimas de tal ato, mas passa a ser reconhecida como uma condição social que afeta a saúde psíquica da vítima, no caso a criança ou adolescente (GONÇALVES, 2018).

Ainda no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 12.318/2010, estão elencadas, de forma exemplificativa, algumas condutas, inclusive aquelas constatadas pelo juiz ou pela perícia que não estão descritas neste artigo, que caracterizam a Alienação Parental, tais como, “realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; dificultar o exercício da autoridade parental; dificultar o contato da criança ou adolescente com o outro genitor; [...]” dentre outras. (BRASIL, 2010).

Fruto da Alienação Parental é a Síndrome da Alienação Parental (SAP) que teve seu conceito elaborado em 1985 pelo médico de Psiquia-

tria Infantil da Faculdade de Columbia, Nova York, Richard Gardner, como sendo:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputa de custódias de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificacão. Resulta da combinaçã das instruções de um genitor (o que faz a 'lavagem cerebral', programaçã, doutrinaçã) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor – alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estã presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim, a explicaçã da Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança nã é aplicável (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Assim, Síndrome da Alienação Parental (SAP) é o termo que Richard Gardner (2001) desenvolveu para nomear as consequências psicológicas desenvolvidas por crianças ou adolescentes vítimas de Alienação Parental, que, por se tratar de um abuso moral contra a criança ou adolescente viola o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da dignidade humana (GARDNER, 2001).

O que o alienador nã leva em consideraçã quando pratica tais atos é o sentimento negativo, a rejeiçã, o medo, que a criança passa a ter com relaçã ao alvo, causando sequelas na criança ou adolescente, que, mais tarde poderã descobrir que foi vítima de Alienação Parental e voltar-se contra o alienador, podendo estas condutas ser irreversíveis caso nã sejam tratadas a tempo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Diante do exposto, podemos observar que alienaçã parental é uma forma de abuso moral contra a criança ou adolescente causado por um de seus genitores, ou responsáveis pela guarda da criança ou adolescente, por meio de condutas negativas, direcionadas à criança ou adolescente sobre o genitor-alvo.

2. OS IMPACTOS DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL NA VIDA DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE

O rompimento da vida conjugal carrega consigo uma grande mudança na vida do casal e, principalmente, na vida de seu (s) filho (s) que algumas vezes acabam desenvolvendo, ou não, dependendo da forma como reage à dissolução, algumas patologias: “psicológicas ou ambientais como ansiedade, depressão, dificuldades na aprendizagem e também sofrimento decorrente da ausência/perda de um dos genitores, que poderá gerar inúmeros conflitos para essa criança” (SILVA; GONÇALVES; 2016).

Quando os ex-cônjuges mantêm um bom relacionamento antes, durante e depois da separação, a possibilidade de se manter a saúde mental de seu filho segura é aumentada, bem como a forma como eles realizam o divórcio, amigável ou conflituosa, estabelece ainda como serão os vínculos afetivos, a frequência das visitas e como será o relacionamento dos pais, uma vez que, a criança e/ou adolescente é o membro familiar que mais interage com os genitores, ou deveria sê-lo, e essa interação realiza mudanças importantes no desenvolvimento da prole, tais como: seu crescimento físico, o desenvolvimento de sua linguagem, a concepção do eu, seu desenvolvimento cognitivo e sua autonomia. (SILVA; GONÇALVES; 2016).

De acordo com Silva e Gonçalves (2016) é possível que o contato da criança com o genitor que ‘saiu de casa’ diminua e isso, algumas vezes, faz com que os filhos sintam-se inseguros, com atenção reduzida, chegando a desenvolver baixa autoestima, que, por sua vez, se apresenta por meio de comportamentos antissociais, críticas a si mesmo, chorar com facilidade, necessidade de vencer, trapagens etc.

Destarte, o que os genitores não podem esquecer, jamais, para evitar o desenvolvimento de qualquer transtorno na prole, provenientes da dissolução nupcial, é que ele não se separa de seu filho quando ‘deixa sua casa’, devendo lembrá-lo de que, mesmo não coabitando o lar conjugal ainda existem afeto e deveres para com a vida da criança e/ou adolescente, mantendo-se os vínculos com aquele.

Nesse interim, qualquer dissolução familiar, ocorrida durante a infância da criança de forma conflituosa, pode gerar transtornos nesta,

dentre eles o Transtorno de Ansiedade Social (TAS), caracterizado pela DSM-5 como medo ou ansiedade acentuada frente a uma ou mais situações sociais nas quais esse indivíduo é exposto a avaliação de outras pessoas, como por exemplo: ser observado ou encontrar pessoas desconhecidas. E, ainda, a criança pode desenvolver o Transtorno de Ansiedade de Separação, que segundo o DSM-5 é o medo ou ansiedade excessiva envolvendo a separação da criança dos indivíduos aos quais já é apegada, podendo esse transtorno se desenvolver na idade pré-escolar ou em qualquer período da infância, através de um estresse ou uma perda (SILVA; GONÇALVES, 2016).

Desse modo, percebemos que os pais necessitam manter uma boa relação mesmo após a separação, pois a boa convivência ajuda seus filhos a entenderem que, mesmo separados, seus pais os amam da mesma forma que amavam quando estavam casados.

Pode considerar-se haver a hipótese de existirem implicações médico-legais decorrentes do processo de divórcio ou separação. Estas implicações podem ir desde os comportamentos anti-sociais nas escolas com os seus pares (bullying), uso e abuso de substâncias, comportamentos de internalização e externalização. Assim há necessidade de os profissionais de saúde e de educação estarem sensibilizados e preparados para lidarem com aspectos emocionais dos indivíduos, adoptando estratégias preventivas e promotoras de saúde. Sem dúvida que uma abordagem dessa natureza pode assumir um poder multiplicador, prevenindo também outros agravamentos à saúde e minimizando difíceis e graves consequências à saúde até a vida adulta (MARTINS, 2010, p.42).

De acordo com a citação acima, o divórcio ou separação dos genitores poderá ocasionar patologias na prole, sendo elas: comportamentos apartadados das relações sociais, bullying, uso de drogas, ou até mesmo condutas introvertidas ou extrovertidas sob o crivo da patologia.

Destarte, os pais, profissionais de saúde e educadores quando trabalham em conjunto conseguem melhorar o desempenho pessoal dos filhos, à medida que por meio da observação é possível desenvolver estratégias de prevenção e contorno de alguma alteração comportamental

psíquica negativa na saúde mental da prole. Destacamos que o objetivo deste tópico não se pauta na defesa da manutenção do vínculo afetivo entre os genitores, mas quanto às mazelas quanto ao bem-estar da prole, diante de um divórcio ou separação, os pais devem sempre zelar pelo melhor interesse dos filhos, buscando o auxílio direto no intuito de auxiliá-los nessa nova conjectura da vida familiar.

2.1. Consequências da alienação parental na criança e adolescente

A Alienação Parental não é subsequente apenas das práticas dos genitores, mas, também, dos responsáveis ou avós em relação a um genitor. Todavia, o presente trabalho decidiu abordar a conduta apenas entre os genitores, o que não exclui comportamentos das pessoas elencadas no Art. 2º da Lei n. 12.318 de 2010.

Com o crescente aumento das dissoluções conjugais no Brasil, que segundo artigo publicado pela Revista Crescer (2019), um a cada três casamentos são dissolvidos, aumentando em 3,8% a taxa de divórcios, ocorre, também, o aumento nos casos de Síndrome de Alienação Parental, caracterizada, por exemplo, pelas consequências da indução realizada pelo responsável na criança ou adolescente de inverdades sobre o genitor-alvo, objetivando a ruptura dos vínculos afetivos com este, o que ocasiona problemas como ansiedade, depressão, culpa e medo (JONAS, 2017).

De acordo com Oliveira (2012), para identificarmos a Síndrome da Alienação Parental, Richard Gardner (2002) expõe um rol de manifestações primárias denominadas de oito sintomas cardinais da Síndrome da Alienação Parental, observáveis nas crianças e adolescentes vitimizadas, sendo algumas delas:

A campanha de difamação, racionalizações frágeis, frívolas e absurdas para a difamação, ausência de ambivalência, o fenômeno do “pensador independente”, apoio reflexivo ao genitor alienador no conflito parental, ausência de culpa pela crueldade e pela exploração do genitor alienado, presença de cenários emprestados, e, extensão da animosidade à família do genitor alienado (OLIVEIRA, 2012, p. 104).

Oliveira (2012) esclarece, ainda, que a campanha de difamação consiste na demonstração de raiva do genitor alienador para a criança, que começa, então, a sentir uma súbita sensação de rejeição quanto ao genitor vítima da alienação, o que é possível ser aferido judicialmente quanto à existência da possibilidade de haver uma programação sobre a criança ou adolescente, para que faça apenas aquilo que o alienador deseja, como, por exemplo, repudiar o outro genitor, ou mentir sobre estar doente para não ficar com o outro genitor durante o final de semana.

A ausência de ambivalência está relacionada ao fato de a criança ou adolescente possuir memórias positivas sobre o genitor alienado, mas não consegue admiti-las. Enquanto o fenômeno do ‘pensador independente’ relaciona-se com a afirmação da criança de que ela, sozinha, decidiu rejeitar o genitor alienado (OLIVEIRA, 2012).

O apoio reflexivo ao genitor alienador, no conflito parental, está relacionado com a obsessão, da prole, em defender o autor da alienação para todas as pessoas, familiares, juízes, psicólogos, etc. Enquanto a ausência de culpa pela crueldade e pela exploração do genitor alienado indica que, os atos de alienação parental devem-se ao fato de o menor estar sempre apoiando o genitor alienador, garantindo, assim, uma alienação bem sucedida (OLIVEIRA, 2012).

Destarte, a presença de cenários emprestados firma-se na utilização de frases que a criança ou adolescente não têm o hábito de utilizar, ou que não sejam propícias à idade, o que indica que o comportamento foi emprestado ou programado pelo genitor alienado. De outra banda, a extensão da animosidade à família do genitor alienado está descrita pela tática do alienador em afastar a criança ou adolescente de todas as pessoas que possam manter vívido o elo entre o menor e o genitor alienado (OLIVEIRA, 2012).

A presença de cenários emprestados pode servir aos examinadores de pista para a alta probabilidade de estarem lidando com um caso de síndrome de alienação parental. Não só a lista de reclamações das crianças vítimas de SAP possuem um tom ensaiado, como também muitas vezes verifica-se uma fraseologia que não é comumente utilizada por crianças dessa idade. Muitas expressões são idênticas às usadas pelo

genitor alienador. Os termos e frases do genitor se tornam um *script* nas difamações da criança. Não raro as crianças atribuirão uma declaração específica ao genitor programador, e assim “dar com a língua nos dentes”, confirmando que a frase em particular foi programada (GARDNER, 2002, p. 101)

Em razão desses cenários emprestados e apoios reflexivos, os sintomas que mais se apresentam nas crianças ou adolescentes, vítimas de alienação parental, são: medo, ansiedade, depressão, isolamento, insegurança, rejeição, podendo, ainda, o alienado, desenvolver uma privação de seu campo de visão, passando a enxergar apenas o que lhe convém (JONAS, 2017).

Desta feita, segundo a Cartilha elaborada pelo Ministério Público do Pará em conjunto com o Centro de Apoio Operacional Cível, o comportamento do alinador, na grande maioria dos casos, consiste em dificultar e criar empecilhos para que visitas ocorram quanto ao alienado; sonega informações sobre a saúde da prole; muda de cidade ou país; sugere à criança ou adolescente que o outro genitor é pessoa perigosa; emite falsas imputações; e, ainda, utiliza-se de frases como “sua mãe/pai te abandonou”, “seu pai/mãe quer roubar você de mim”, “se você for pra casa do seu pai/mãe eu vou sentir muitas saudades”, com o objetivo de evitar que a criança ou adolescente mantenha os vínculos afetivos em relação ao genitor alienado. (BRASIL, Ministério Público do Pará e Centro de Apoio Operacional Cível 2019).

O alienador, tomado por raiva ou pelo insucesso do casamento, mostra-se, para seu filho, como uma vítima do rompimento conjugal, transferindo o fracasso da união para o outro genitor que ‘deixou o lar’, no intuito de receber mais amor e apoio do menor, que, por não ter consciência da alienação parental sofrida, internaliza memórias desleais em relação ao alienado (JONAS, 2017).

Para Oliveira (2012) é mais laborioso perceber os elementos que evidenciam a alienação parental no comportamento do genitor alienador do que nas atitudes da criança ou adolescente alienados, pois o genitor alienador consegue disfarçar suas atitudes para ludibriar juízes, advogados e até mesmo à equipe multidisciplinar. Assim, é importante que essa conduta seja identificada o quanto antes para que sejam adotadas as medidas preventivas devidas, tal como o atendimento psicológico,

evitando assim que as consequências tornem-se permanentes na vida da criança ou adolescente.

Neste ínterim, crianças e adolescentes vítimas de alienação parental propendem a possuir o comportamento de privação, que um dos genitores lhe ensinou, sendo essa uma das características da Síndrome de Alienação Parental. Por isso, é fundamental que os dois genitores mantenham uma convivência agradável, pois é por meio dessa convivência que a criança ou adolescente desenvolverá sua identidade (CHECHIA; ROQUE, 2015).

A conduta do genitor alienador, para Oliveira (2012), é revestida de uma gradual e constante programação da criança ou adolescente, que tende a alinhar-se ao genitor que detém a sua guarda. Dessa forma, o alienador usa de frases inverídicas para fazer com que o genitor alienado não compareça aos momentos importantes na vida do menor, com o intuito de garantir o controle do afeto da criança ou adolescente sobre o genitor alienado.

Outra conduta do alienador se perfaz, ainda, no que toca à questão de não tolerar qualquer atraso ou alteração nos horários das visitas, e quando isso ocorre, na maioria das vezes, comunica seu advogado informando que o genitor alienado é incapaz de comprometer-se com o filho, abandonando a paternidade/maternidade (OLIVEIRA, 2012).

A Síndrome de Alienação Parental, segundo Chechia e Roque (2015), apresenta três estágios: leve, moderado e severo. No estágio leve, os sintomas demonstram-se de maneira leviana e casual. Já no estágio moderado, os indícios se tornam mais evidentes, à medida que apresenta atitudes depreciadoras da criança ou adolescentes direcionadas ao genitor alienado, enquanto o alienador se mantém 'protegido'. Enquanto no estágio severo, a criança ou adolescente absorve as falsas memórias implandatas pelo alienador em relação ao genitor alienado, o que torna, por exemplo, as visitas impossíveis, devido ao pânico que a prole desenvolve em encontrar-se sozinha com o genitor alienado.

Para Chechia e Roque (2015), os efeitos provocados pela Síndrome de Alienação Parental variarão de acordo com a idade, temperamento, personalidade e nível de maturidade psicológica, em conjunto com o nível de influência que o genitor alienador exerce sobre a criança ou adolescente.

A criança que se encontra em envolvimento com a SAP, em um primeiro momento sente uma angústia muito forte, e vários sintomas, como agressividade, inibições, medo, tiques nervosos, somatizações e bloqueios na aprendizagem. Além disso, a criança fica com uma visão de que o mundo se fundamenta em dois opostos (bem e mal), ou seja, uma visão maniqueísta da vida, e ao ser privada de contato com um de seus genitores, perde também o modelo de identificação de um dos pais (CHECHIA; ROQUE, 2015, p. 103).

Assim sendo, além de desenvolver sintomas graves, a visão que a criança ou adolescente tem do mundo também é modificada em consequência da falta de contato com o genitor alienado, que, em casos mais graves, desenvolve problemas com drogas, álcool, violência e até suicídio (CHECHIA; ROQUE, 2015).

Caso não seja tratada a tempo, a síndrome decorrente da alienação parental pode trazer consequências futuras, ligadas a relacionamentos amorosos e profissionais, além de reproduzir a alienação parental em relação ao próprio filho, de forma indireta (JONAS, 2017).

2.2. Efeitos Jurídicos da Alienação Parental

Em 2006 a Associação de Pais Divorciados passou a discutir, ainda mais, a Síndrome de Alienação Parental devido à grande repercussão que ganhou após a tramitação do Projeto de Lei nº 6350/2002, trata da Guarda Compartilhada, acatado no ano de 2008, e, com isso, as informações sobre a Síndrome de Alienação Parental (SAP) geraram uma mobilização da opinião pública, que deu espaço à Lei nº 12.318/2010, Lei da Alienação Parental (CHECHIA; ROQUE, 2015).

Dentre os objetivos da Lei n. 12.318 de 2010, encontra-se a conceituação da prática da alienação parental; as atitudes mais comuns do alienador; quais provas podem ser utilizadas; a importância da perícia; e, por fim, se necessário, a tomada de medidas coercitivas quanto ao alienador (CHEHIA; ROQUE, 2015).

A prática de alienação parental é considerada como prática de abuso contra a moralidade da criança ou adolescente, ferindo, por

consequente, dois princípios constitucionais: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o princípio do Melhor Interesse da Criança ou Adolescente. Nesse seguimento, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que surgiu por volta de 1934, ou seja, antes mesmo da atual Constituição Federal, está previsto no Artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, está dentre os mais difundidos do mundo, garantindo a integridade física e psíquica do ser humano, assim como a proteção do direito e autonomia de decisão. O princípio do Melhor Interesse da Criança ou Adolescente, extraído do *caput* do Art. 227 da CF/88, representa “o mínimo que toda sociedade deve garantir às crianças”, devendo os Estados tornarem-se, também, os responsáveis pelo bem-estar dos infantes, garantindo que seus direitos e dignidades sejam preservados e respeitados para a garantia do desenvolvimento físico e mental (GUILHERMANO, 2012).

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069 de 1990, segundo Guilhermano é: “constituído por 267 artigos feitos para resguardar os interesses e direitos dos menores, mas não protege e nem aponta medidas para os casos de alienação parental” (GUILHERMANO, 2012, p. 9).

Portanto, a Lei nº 12.3018/2010, ficou responsável, em seu Artigo 6º, por impor medidas preventivas e puníveis para as vítimas e alienador, observada a gravidade do problema, por exemplo, advertência do alienador; multa; suspensão da autoridade parental; acompanhamento psicológico ou biopsicossocial, dentre outras medidas. (BRASIL, 2010).

Assim, o alienador, dependendo da gravidade de suas atitudes, pode perder ou ter suspenso o seu poder familiar, pagar multa, ser advertido, entre outras medidas que servem para penalizar e precaver a prática de alienação parental.

Está em andamento, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 6371/2019, que busca a revogação da Lei da Alienação, pois, segundo a Deputada Iracema Portella, “a Alienação Parental não goza de reconhecimento maior pela comunidade científica, sobretudo em razão da ausência de pesquisas e periódicos científicos sobre o tema, e vem sendo refutada por especialistas de todos os quadrantes” (BRASIL, 2019).

A Deputada Iracema Portella informa ainda que, alguns pais, que abusam sexualmente de seus filhos, de certa forma, encontram auxílio na lei da alienação parental para manter a convivência com o menor, e assim, continuar a prática de tal ato perverso e de difícil comprovação judicial, vez que grande parte não acompanha vestígios físicos:

Com efeito, as medidas sancionatórias previstas no artigo 6º da lei nº 12.318, de 2010, são manifestamente contrárias aos princípios fundamentais da criança e adolescente, uma vez que afronta a doutrina da proteção integral e, na intenção de punir o genitor considerado alienador, punem também as crianças e adolescentes, gerando reflexos físicos e psíquicos ignorados pela legislação atual. Considerando-se ainda a criança ou adolescente como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, ou seja, em processo de aquisição de recursos afetivos e cognitivos, fica evidenciado que é sobre ela que recai a maior punição (BRASIL, 2019, s/p).

Nesse sentido, a Deputada Iracema Portella vê que a solução para o problema da alienação parental, consiste na junção entre o abuso da autoridade parental com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente sendo, assim, suficientes para aplicar as penalidades necessárias. Referido Projeto de Lei encontra-se em tramitação, e no momento aguarda designação do Relator da Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) (BRASIL, 2019).

Esteve em tramitação, no ano de 2016, o Projeto de Lei n. 4488/2016 que intentava pela punição de quem realizasse e de quem participasse, de forma direta ou indireta, de todas as ações prejudiciais do alienador. O Projeto de Lei pretende uma penalidade forte para aquele abusasse do seu poder familiar sobre os direitos da criança e do adolescente, assim, seria preciso analisar o caso denunciado de forma urgente (CAVALANTE. 2018).

Segundo Cavalcante (2018, p. 31), a justificativa da propositura do Projeto de Lei seria a conjuntura atual: “Em 2016 surge o projeto de lei [...] abordando como justificativa do projeto de lei, a realidade do atual cenário fático em nosso país, uma vez que estatísticas comprovam que 80% dos menores sofrem com a alienação parental”.

Quanto à responsabilidade criminal, houve a tentativa de se positivá-la por meio do Projeto de Lei n. 4488/2016, que buscava a implementação

de parágrafos e incisos ao artigo 3º da lei nº 12.318/2010, proposto pelo Deputado Federal de São Paulo, Arnaldo Faria de Sá, com a justificativa de:

[...] o mal da alienação parental é prática mais que comum, em mais de 80% nas relações de pais separados, com manejo falso da Lei Maria da Penha, denúncias de abusos sexuais, são atos criminosos que visam afastar os filhos do outro cônjuge, ou das pessoas que mantenham vínculos afetivos com estes. (BRASIL, 2016).

O Projeto de Lei buscava caracterizar como crime os atos da pessoa que, por omissão ou ação, cometesse atitudes que visassem dificultar, proibir ou alterar a convivência com o ascendente, descendente ou com os colaterais, ou, aqueles que fossem partícipes, indireta ou diretamente, na realização dos atos infracionais realizados, e, também, com as pessoas com que a vítima de Alienação Parental possuía vínculos afetivos de qualquer natureza, sendo tais comportamentos punidos com uma pena de detenção de três meses a três anos, de acordo com o disposto no §1º, que seria acrescentado ao artigo 3º, bem como, ainda, a reversão da guarda dos filhos, pelo juiz, para o responsável inocente, em caso de abuso moral ou de falsa denúncia de qualquer ordem, em caso de aprovação do PL (WAQUIM, 2017).

A pena prevista de três meses a três anos que o Projeto de Lei propunha estaria vinculada às características elencadas no Artigo 44 do Código Penal, que trata da conversão das penas restritivas de direito em restritivas de liberdade (CAVALCANTE, 2018). Porém, o Deputado Arnaldo solicitou, pelo Requerimento n. 8873/2018, que a tramitação do Projeto de Lei n. 4488/2016 fosse retirada de pauta, conforme garante o artigo 104, caput, c/c artigo 114, VII, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o que foi aceito no dia 19/06/2018. (SÁ. 2018)

Ter uma lei específica para criminalizar as condutas de Alienação Parental não abona a existência de crime em razão de tal ato nos demais dispositivos legais. Assim, quando o genitor alienador usa de frases ‘mentirosas’, por exemplo, ele pode cometer os crimes de injúria, artigo 140 do Código Penal; difamação, artigo 139 do Código Penal; ou calúnia, artigo 138 do Código Penal (BRASIL, 2019).

Criminalizar a alienação parental pode não ser a melhor solução para disseminação de tal ato, pois a Declaração Universal de Direitos

da Criança preza por um ambiente saudável para o desenvolvimento biopsicossocial da criança e do adolescente, e, a prisão do genitor alienador pode causar um dano maior para o desenvolvimento saudável da criança ou adolescente, dado que o alienador contribui para esse sadio desenvolvimento, e a prioridade é que seja restabelecida a austeridade psicoemocional dos membros da família (WAQUIM, 2017).

CONCLUSÕES

A Alienação Parental consiste em uma prática de desonra da imagem do sujeito alienado, direcionada à criança ou adolescente, buscando o afastamento deste do outro, de um dos genitores. Nesse sentido, a Síndrome da Alienação Parental se enrijece nas consequências que o hábito da Alienação Parental causa nas vítimas, conforme visto acima.

Assim, verifica-se que é possível apurar que tal conduta viola o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio do Melhor Interesse da Criança ou Adolescente, já que a execução de condutas alienadoras atinge o psicológico e o emocional.

A Constituição Federal bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente fazem menção e protegem o direito à convivência harmônica e auxílio no pleno desenvolvimento infato-juvenil, porém, foi preciso a promulgação da Lei n. 12.318/2010 para que os casos de Alienação Parental fossem processados e analisados com o objetivo de ampliar o amparo de crianças e adolescentes vítimas da alienação, bem como ocorresse a punição dos agressores.

Conforme referido na lei de Alienação Parental apresenta o conceito e as condutas caracterizadoras, as punições para o agente praticante da Alienação Parental e as formas de se verificar a sua existência por meio de perícia de avaliação psicológica e seus resultados apresentados em laudos periciais.

A averiguação por meio desse laudo pericial é fundamental, pois é mediante ele que se apura, por exemplo, a produção de inverdades sobre o genitor alienado, produção de falso abuso sexual, as diferenças que a criança ou adolescente denota em seu comportamento, dentre outros fatos.

De todo o exposto, compreende-se que é quase impossível que a criança ou adolescente vítima de Alienação Parental saia sem lesão de acordo com

o psiquiatra Richard Gardner, que nomeou as consequências psicológicas causadas nas vítimas como Síndrome da Alienação Parental (SAP). Os comportamentos detectados nas crianças e adolescentes são: manipulações, mentiras, falsas emoções, e demonstração de ódio pelo genitor alienado e, conseqüentemente, na fase adulta, essas crianças/adolescentes que podem demonstrar comportamentos hostis, agressivos e, inclusive, suicidas.

Desta feita, em razão de tais comportamentos, presentes e futuros, a Lei nº 12.318/2010 buscou estabelecer medidas que servem para combater as práticas de alienação, seja por meio de simples advertência e, em um cenário mais austero a perda do poder familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Projeto de Lei n. 6371 de 26 de agosto de 2010.** Revoga a lei de alienação parental. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2233358>. Acesso em: 25 mai. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei n. 4488/2016. Acrescenta parágrafos e incisos ao artigo 3º da lei 12.318/2010. HISTÓRICO DE DESPACHOS – REQ 8873/2018 = PL 4488/2016. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_depachos?idProposicao=2179287. Acesso em: 25 mai. 2020.

BRASIL. PROJETO DE LEI N 4488/2016 – Acrescenta parágrafos e incisos ao artigo 3º da lei 12.318/2010 que dispõe sobre a alienação parental. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077676>. Acesso em 25 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 13 mai. de 2020.

CAVALCANTE, Jéssica Ferreira Rodrigues; **A criminalização da alienação parental.** Disponível em: <http://fdci.br/wp-content/uploads/2019/07/J%C3%89SSICA-%20FERREIRA-RODRIGUES-CAVALCANTE.pdf>. Acesso em 30 jun. 2020.

CHECHIA, Valéria Aparecida; ROQUE, Yader de Castro; **Síndrome de alienação parental: consequências psicológicas na criança;** disponível em: <http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/36/3010201%205191548.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil; volume único**, 1ª ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

Gardner, Richard. 2020. **Misinformation versus facts about the contributions of Richard A. Gardner, M.D.** Disponível em: http://www.rgardner.com/refs/mis-perceptions-versus_facts.html. Acesso em: 09 jun. 2020.

GONÇALVES, Márcia. Entrevista: **Alienação Parental no CID-11 - Abordagem médica**; Revista Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6726/Entrevista:+Aliena%c3%a7%c3%a3o+P%20arental+-no+CID-11+-+Abordagem+m%c3%a9dica>. Acesso em 08 jun. 2020.

GUILHERMANO, Juliana Ferla; **ALIENAÇÃO PARENTAL: Aspectos Jurídicos e Psíquicos**. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2018/09/juliana_guilhermano.pdf. . Acesso em: 15 mai. 2020.

JONAS, Aline. **Síndrome De Alienação Parental: Consequências Da Alienação Parental No Âmbito Familiar E Ações Para Minimizar Os Danos No Desenvolvimento Da Criança**. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1143.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2020.

MARTINS, Ana Isabel Rodrigues. **Impacto Do Divórcio Parental No Comportamento Dos Filhos. Factores Que Contribuem Para Uma Melhor Adaptação. Implicações Médico-Legais**. Disponível em: <https://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/26364/2/Tese%20de%20Mestrado%20Ana%20Martins.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2020.

OLIVEIRA, Mário Henrique Castanho Prado de; **A ALIENAÇÃO PARENTAL COMO FORMA DE ABUSO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE**; disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-07062013-141829/publico/dissertacao_INTEGRAL_mario_h_castanho_DIREITO_USP_2012.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020.

ONGARATTO, Sabrina. **Brasil: um a cada três casamentos termina em divórcio**; Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Familia/Sexo-e-%20Relacionamento/noticia/2019/04/brasil-um-cada-tres-casamentos-termina-em-%20divorcio.html>. Acesso em: 15 mai. 2020.

WAQUIM, Bruna Barbieri; **Criminalizar a alienação parental é a melhor solução? Reflexões sobre o projeto de lei nº 4488/2016**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1189/Criminalizar+a+aliena%c3%a7%c3%a3o+par%20ental+%c3%a9+a+melhor+solu%c3%a7%c3%a3o%3f+Reflex%c3%b5es+sobre+%20o+projeto+de+lei+n%c2%ba+4488&sol%3b2016>. Acesso em 17 jun. 2020.

CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO RECURSO DE ATUAÇÃO NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Gabriela Santos Lopes
Cledione Jacinto de Freitas

INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo e diante das atuais circunstâncias, surge a necessidade de uma discussão mais aprofundada sobre a Alienação Parental e sua síndrome, com ênfase na efetividade da aplicação da Constelação Familiar no Direito de Família. Tal discussão encontrou ancoragem em várias áreas do saber, inclusive no campo jurídico, muito pelas efetivações de normas e resoluções a partir da metade do século XX. Com princípios emanados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, qual prevê que todo homem possui capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição (ONU, 1948).

Em 1959 a Organização das Nações Unidas (ONU, 1959) demonstrou que a criança em face de sua ingenuidade e imaturidade física e mental, necessita de cuidados e proteção, orientando os Estados Filiados, a promoverem ações governamentais com a finalidade de proteger e cuidar do bem-estar destas. E a Unicef promulgou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, reafirmando sua preocupação ao promulgar em 1989 a Convenção Sobre os Direitos das Crianças (UNICEF, 1989), apresentando a seus signatários diretrizes a serem seguidas para que Leis fossem criadas para a proteção destas.

Baseado na interpretação dos princípios convencionais editados pela ONU, o Estado brasileiro, cria em 1990 a Lei 8.069/1990 (ECA – Estatuto da Criança e Adolescente), bem como no Código Civil em 2002, traz em seus artigos 1637 e 1638, (BRASIL, 2002) diretrizes a serem seguidas por magistrados quando do recebimento de denúncias de Alienação Parental. Em consonância foi editada e aprovada a Lei nº. 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), criando assim, subsídios de defesa aos direitos da criança e adolescentes (BRASIL, 2010). No mesmo diploma legal, mencio-

na-se que se caracteriza a Alienação Parental, como forma de repressão e punição, podendo suspender a autoridade parental dos alienadores.

A Alienação Parental configura claro e inequívoco desrespeito aos direitos das crianças, onde aqueles que, tendo o dever legal de cuidado e promoção do bem-estar, acabam por promover justamente o contrário, causando transtornos psicológicos e físicos às crianças e/ou adolescentes alienados. A Alienação Parental, muitas vezes dá-se em virtude do rompimento do instituto familiar, com a separação do casal e com consequências para seus descendentes, pois o alienado passa a ter o vínculo muitas vezes com um só de seus genitores ou cuidadores.

Os diferenciais entre Alienação Parental e a Síndrome de Alienação Parental, é que o primeiro está ligado ao campo jurídico e o segundo ao campo das ciências psicossociais, médicas e psicológicas. Cabe lembrar que a alienação está intrinsecamente relacionada à Síndrome, por isso é tão importante atuar já no início do processo, pois a gravidade da ação provocada pelos alienadores, principalmente no campo psíquico do alienado, pode ter consequências graves.

Sabendo dos modos de caracterização de Alienação Parental e, diante da prova de alienação cabe ao magistrado atuar, sempre em conjunto com a interpretação do Ministério Público, na busca de medidas para a resolução dos conflitos. Dentre essas medidas podemos citar a Constelação Familiar como um dispositivo para atuar nesses casos.

O conceito de Constelação Familiar é de forma metódica, um conjunto de características e conceitos que servem para a identificação do indivíduo levando-se em conta as cargas emocionais trazidas pelas gerações passadas de sua família, e como essas ligações são capazes de moldar o indivíduo, no entanto, este conceito ainda é pouco utilizado e publicado. Nessa perspectiva, este trabalho busca salientar a discussão sobre a aplicabilidade da Constelação Sistêmica Familiar concomitante à mediação judicial como possibilidade eficaz de facilitar as resoluções das demandas surgidas.

1. CONSTELAÇÃO FAMILIAR

A terminologia Constelação Familiar para Lopes e Costa (2018) deriva da palavra alemã *familienaufstellung*, no Brasil e países americanos,

traduzida para Family Constellation/Constelaciones e Familiares/Constelação Familiar, que se trata da técnica psicoterapêutica desenvolvida por Anton Suitbert Hellinger para superar as crises familiares e pessoais do indivíduo. Aplica-se esta modalidade de terapia tanto na modalidade individual quanto em grupo, e utiliza-se de artifícios como: bonecos e bonecas para solucionar as amarras que o indivíduo se encontra, que na maioria das vezes resume em problemas de relacionamento.

Segundo Lopes e Costa (2018), recorrendo a Sheldrake, esse método baseia-se no enfoque fenomenológico, referenciado na materialidade de um campo de força alcunhado como campo organizativo ou morfogenético. Na visão de Sheldrake, o campo morfogenético, atua como parte da constelação caracterizado pela participação do indivíduo ou por membros da família, devendo observar a aplicação de métodos terapêuticos. Conforme Hellinger (2007, 2010), a Constelação Familiar aduz da ótica vivenciada e de experiências vividas quando do surgimento dos conflitos familiares, entendendo-se ao surgimento do termo sistêmico.

Lopes e Costa (2018), com base nos ensinamentos do filósofo alemão de Jacob Schneider, ressaltaram as importantes contribuições de Virginia Satir na terapia familiar, qual moldara as representações do cenário familiar na sua totalidade, baseando-se na árvore genealógica do indivíduo, analisando assim as gerações antigas do contexto familiar, baseado na Terapia Primária desenvolveu sua própria Terapia qual denomina-se (CSF) Constelação Sistêmica Familiar.

O método desenvolvido por Satir, define-se pela busca da superação das intempéries relacionadas no sistema familiar. A metodologia desenvolvida pelo conceito de Constelação Familiar, deriva da aplicação sistêmica da técnica, considerando que o indivíduo está livre das amarras que o ligava as suas preocupações, além de passar a compreender o sistema familiar em que o indivíduo está inserido e as consequências trazidas à sociedade. O termo “sistema”, de acordo com Hellinger (2010, p. 62), refere-se a “[...] uma comunidade de pessoas unidas pelo destino, através de várias gerações, cujos membros podem ser envolvidos no destino de outros membros”.

Hellinger (2007) afirma que o sistema familiar insere os indivíduos em um sistema familiar sistêmico: o filho, os irmãos, os pais, os tios, avós,

mesmo os falecidos, mesmo aqueles que causam desvantagem ou prejuízo, alguém do sistema que foi beneficiado, levando em consideração que a transgeracionalidade, vem de geração em geração.

Para Cardoso (2016, p. 75), “[...] o lado psicológico do drama familiar nunca deve, ou pode ser esquecido, principalmente a felicidade do filho, que certamente se traduz pela forma que é tratado e recebe os cuidados básicos e necessários para ter um bom desenvolvimento psico-afetivo”. Cardoso (2016) conclui que ressentimentos e mágoas podem potencializar conflitos, influenciando negativamente o ambiente familiar e socioafetivo da criança, bem como seu desenvolvimento intelectual.

Neste interim Marques; Braga e Moura (2017) recorrem aos ensinamentos de Hellinger sobre as três leis básicas para um bom relacionamento: Pertencimento, Ordem e equilíbrio. Elas indicam que: cada membro da família tem o direito de pertencer a ela e a existência de cada produz dinâmicas e consequências para os outros; há uma ordem natural no sistema familiar, cada um tem um papel a desempenhar, o seu lugar e uma ordem a respeitar para que este funcione em harmonia; por fim, deve haver um equilíbrio entre o dar e o receber (princípio do equilíbrio de troca/compensação).

A constelação familiar, conforme expõe Cardoso (2016), visa o crescimento e aperfeiçoamento da família, a busca de solução dos problemas que surgem e da harmonia entre as pessoas. Em síntese, entender a constelação familiar, seu conceito e articulações se torna premente para sua utilização em contextos de mediações que envolvam lides de famílias, dentre elas a Alienação Parental.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL

Alienação Parental caracteriza-se pela desqualificação de um dos genitores detentores ou não da guarda de crianças e adolescentes em relação ao convívio familiar, trazendo transtornos, físicos e psicológicos. A Alienação Parental não consiste apenas na relação entre os pais, podendo ocorrer também pela falta de alicerce por parte de outras vertentes da “família” como avós e irmãos ou por quem mantém a guarda e cuidado do menor. Com alusão a Lei da Alienação Parental, verificamos em seu artigo 2º que:

[...] Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Da Alienação Parental decorre a Síndrome de Alienação Parental. Esta denominação foi criada pelo psiquiatra Richard Gardner que buscava sua inclusão no rol do Manual de Diagnósticos e Estatísticas dos Transtornos Mentais (DSM-IV), publicado pela Associação Psiquiátrica Americana, como forma de facilitar o seu tratamento. Gardner (2002, n.p.) sugere a definição Síndrome de Alienação Parental:

[...] é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. 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.

Conforme expõe Ana Carolina Madaleno (2015, p. 03) “[...] não há como falar de Alienação Parental dissociando seus nefastos efeitos e sua rede de atuação, chamados aqui, de Síndrome da Alienação Parental”. Entretanto, segundo a autora, a terminologia não é adotada na lei brasileira por não constar na Classificação Internacional das Doenças (CID) e por tratar apenas da exclusão proposital e não de seus sintomas e consequências.

Em se tratando do alienador, suas questões subjetivas, seus modos de lidar com o outro, Trindade (2011) descreve-o como alguém sem consciência moral, sem empatia, que tem dificuldades em distinguir a verdade da mentira, que impõe a sua verdade aos outros, que procura controlar a relação dos filhos com o outro genitor (tempo com este e seus sentimentos), mostra-se interessado e preocupado quando, na realidade não está.

Trindade (2011), prossegue na questão do alienador apresentando as atitudes mais frequentes destes: sentimentos destrutivos de ódio (inclusive por fatores econômicos), ciúmes, medo e de incapacidade perante a vidas, superproteção em relação aos filhos; mudanças súbitas ou radicais; inadequação no cuidado dos filhos.

Em suma, no que tange sobre os alienadores, sejam eles motivados por algum desentendimento familiar, ou rompimentos inesperados, estes na busca tentar “proteger” seus alienados, tomam para si a ideia de proteção, ocasionando a desarmonia familiar, e o bem-estar do alienado, dando origem a Síndrome da Alienação Parental (SAP). Vale ressaltar que, alienador é todo aquele que interfere na formação psicológica da criança ou do adolescente, podendo ser um dos genitores, até mesmo pelos avós que possuem autoridade sobre a mesma, conforme disposto na Lei nº. 12318/2010, (Lei da Alienação Parental).

2.1. Conflitos familiares e Alienação Parental

O conflito familiar tem como principal fator na formação das crianças e dos adolescentes danos causados na esfera psicológica trazendo prejuízos severos e muitas vezes sendo necessária a intervenção de profissional habilitado, o qual trabalha com os conflitos relativos à separação dos pais, bem como procedem a orientação necessária com a finalidade de não deixar as crianças e/ou adolescentes a favor de uma parte, promovendo assim o equilíbrio psíquico e intelectual destes.

Segundo Oliveira (2015), baseando-se no ponto de vista do professor Waldyr Grisard Filho, expõe que processo de separação do casal provoca um desequilíbrio socioafetivo, traumas, medo e, muitas vezes, a culpa indevida das crianças diante da incapacidade de ação e da situação. Neste conceito a busca de um entendimento entre o ex-casal, deve pautar por um bom relacionamento qual visa diminuir o sofrimento dos filhos, devendo mostrar a estes diante das dificuldades da separação que ambos têm o dever de proteção e apoio para que possam vivenciar um crescimento saudável de seus filhos.

Ao tratar dos conflitos familiares Refosco e Fernandes (2018) apontam que o casal muitas vezes não se entende no momento das visitas aos

filhos, muito por recusa destes, ou mesmo diante dos entraves causados diante da permanência das partes envolvidas perpetuando assim os conflitos, causando traumas na estabilidade familiar.

Diante dos conflitos, e a falta de percepção por parte dos ex-cônjuges, no comprometimento psicossocial dos filhos, é imprescindível um acompanhamento terapêutico qual identificará por meio de sua convicção a sua existência e da alienação e dar subsídios ao dirigente judicial para a resolução nas Varas de Família. A Alienação Parental, caso frequente nas Varas de Família do nosso País, cometida pelo pai/pela mãe, enquadra-se precisamente nos ditos anteriores, contribuindo para relações desiguais, desarmônicas, produzindo prejuízos afetivos, cognitivos, relacionais, sociais, afetando as relações familiares e, demandando em alguns casos, a busca da resolução dessas questões na seara jurídica.

Entretanto, se não há igualdade de afeto e respeito na relação familiar, surge o desejo de compensar o que está ausente (LOPES, COSTA, 2018). Neste sentido Hellinger (2007, p. 10) complementa “[...] quando alguém nos faz algum mal, planejamos vingança. Isto é, para compensar queremos causar um mal também a essa pessoa. Isso decorre da necessidade de compensação, portanto da necessidade de justiça”. Só que esta necessidade de compensação e justiça acaba por causar mais sofrimento e dano ao outro, que também vai querer vingança. Assim, o conflito não tem fim e a justiça torna-se uma desculpa para a vingança. (HELLINGER, 2007)

Temos então, que o equilíbrio entre as sociedades familiares deve ser contemplado de maneira que haja o respeito e a compreensão entre os membros para que se evite o desgaste devido as ações realizadas de forma errônea, evitando assim o conflito no âmbito familiar, que se tenha a necessidade em discorrer aos princípios da justiça, não utilizando o conceito de vingança e, por conseguinte, não causando danos a outrem.

2.2. Alienação Parental, no ordenamento jurídico brasileiro

A Alienação Parental, no ordenamento jurídico brasileiro, é caracterizada como crime, pois infringe a Lei nº. 12.318/2010, e a Lei 8.069/1990 (ECA), qual versa no seu Artigo 3º que:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

As declarações da UNICEF e os direitos da criança e do adolescente são demonstradas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual em seu artigo Art. 4º nos ensina que é: “*dever da família [...] e do poder público assegurar com absoluta propriedade a efetivação dos direitos a vida, a saúde, a alimentação, educação, esporte [...] a dignidade ao respeito, a liberdade e a convivência familiar*”. (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Contudo, o artigo 1.637 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) prevê que diante da situação verificada pelo magistrado e diante do risco eminente que vive o menor, este pode suspender o poder familiar (anteriormente designado apenas como pátrio poder), afasta o menor impúbere do genitor que pratica o ilícito, pelo tempo que julgar necessário, como medida mais amena, aduzindo:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (BRASIL, 2002).

Com as alterações propostas pela Lei nº 12.318/2010, cria-se a lei destinada a verificação do Crime de Alienação Parental, prevendo em seu Art. 2º, que é caracterizado ato de Alienação Parental a interferência psicológica da criança e do adolescente, qual independe da prática e por quem é cometida, mencionando que a Alienação Parental se vincula não somente aos genitores, mas àqueles que detém a guarda do vigiado, bem como aqueles que mantem vínculo com o menor. (BRASIL, 2010).

A classificação da Alienação Parental obedece a critérios técnicos e o ato do magistrado deverá ser fundamentado através de perícias, bem como solicitar avaliações psicológicas, e psicossociais quais deverão obedecer aos elencados abaixo:

[...]

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL 2010)

Neste contexto, diante da verificação da alienação o magistrado, poderá decidir em análise a situação que esteja o menor envolvido, determinar sem prejuízo das responsabilidades civis e criminais, a designação de perito e equipe multidisciplinar qual deverá prestar em noventa dias relatório conclusivo, onde atestará se o menor sofre ou sofrera Alienação, como preconiza os parágrafos de 1º a 3º do Art. 5º da referida lei (BRASIL, 2010). Nesta vertente o mesmo dispositivo legal prevê no 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 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).

Para Correia (2011, n.p.), ao analisar o Artigo 6º da referida Lei, aduz que:

O Poder Judiciário não só deverá conhecer o fenômeno da alienação parental, como declarar e interferir na relação de abuso moral entre alienador e alienado, baseado no direito fundamental de convivência da criança ou do adolescente. A grande questão seria o acompanhamento do caso por uma equipe multidisciplinar, pois todos sabem que nas relações que envolvem afeto, uma simples medida de sanção em algumas vezes não resolve o cerne da questão. [...] De fato, há uma urgência justificável na identificação e consequente aplicação de 'sanções' punitivas ao alienador. [...].

De acordo com Brasil (2020a) em dezembro do ano de 2018, a Comissão parlamentar de Inquérito (CPI) dos Maus Tratos, solicitou a revogação total da Lei da Alienação Parental, após relatos e denúncias de que alguns pais ou ex-cônjuges teriam cometido abuso e dentre outros tipos de violência contra o infante, e estariam apresentando acusações contra o detentor da guarda, no intuito de se beneficiar com a lei supracitada,

e obter a guarda compartilhada ou a inversão em seu favor. Conquanto, não se pode negar a importância desta lei, já que foi comprovado cientificamente pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, a existência da Síndrome e seus sintomas decorrentes já mencionado.

Para Brasil (2020b, 2020c) em discordância com a CPI, a senadora Leila Barros (PSB-DF) apresentou um substitutivo para elucidar esta problemática, nele contém que o Congresso ao invés de revoga-la, corrija os pontos que facilite o uso indevido das medidas previstas na referida lei, e que seja imposto sanções aos que praticarem má conduta, bem como, que a falsa denúncia de Alienação Parental seja culminada a pena de reclusão de dois a seis anos, combinado a multa. Barros (BRASIL, 2020b) em defesa de seu artigo dispõe que: “Isso daria plena liberdade de ação para os alienadores e, principalmente, em prejuízo das crianças e dos adolescentes, violando o direito à convivência familiar”. Em suma, o Judiciário passa a acatar alienação parental, a denúncia que tiver fundamento, e assim proferir uma decisão após a realização de audiências com ambas as partes, e interessados na guarda da criança, com excepcionalmente os casos em que houver indício de agressão.

Neste liame, o parecer da Comissão dos Direitos Humanos e Legislativo participativo (CDH) assentado no dia 08-02-2020 após duas audiências públicas, entre os participantes operadores do direito e psicólogos, foram aprovadas as alterações dispostas no substitutivo no que tange a respeito da Lei de Alienação Parental, seguindo para Comissão de Constituição e Justiça para deliberada aprovação (CCJ). (BRASIL, 2020b, 2020c).

3. A ABORDAGEM SISTÊMICA NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

É importante salientar que o indivíduo é formado e moldado pelas informações e exemplos que ele guarda de forma consciente ou inconsciente o que determina assim até a formação do esboço do caráter pessoal. Essa inserção pessoal no âmbito familiar marca a vida do indivíduo, sendo o formador de opiniões, medos, esperanças e demais sentimentos e características individuais.

Para Lopes e Costa (2018) as partes litigantes que possuem esta problemática, buscam no Poder Judiciário, por meio de sentenças, com fim

de que sejam solucionadas, e não revividas. Que, por sua vez ocasiona uma desvalorização dos meios compositivos de solução de conflitos, no caso da Mediação. Em 26 de junho de 2015, foi aprovada a Lei da Mediação, de nº 13.140 (BRASIL, 2015), e atualmente possui grande notoriedade pois é considerada uma forma consensual de solução de conflito. Sendo assim, o caráter interdisciplinar da mediação é imprescindível para seu aperfeiçoamento. Assim, conforme dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, até o mês de outubro de 2018, 16 estados federativos, com a finalidade de auxiliar os conflitos perante a Justiça Brasileira, utilizam das práticas de Constelação Familiar para dirimi-los. (FARIELLO, 2018).

Lopes e Costa (2018) verificaram que atualmente a mediação judicial nas ações de família é de suma importância aplicabilidade da Constelação Sistêmica Familiar, pois o método fenomenológico, colabora para as resoluções dos casos, influenciando positivamente o Poder Judiciário. Em consequente, a aplicação deste método desmistifica o tabu da não possibilidade de viver em harmonia pós desentendimentos familiares, melhorando a qualidade dos relacionamentos. O método traz uma maneira de convivência não conflitiva, visando mostrar um novo aspecto da gênese do conflito, estudando e apresentando o *locus* do desequilíbrio, demonstrando quais comportamentos disfuncionais estão sendo praticados de modo recorrente, no intuito de responsabilizar as partes litigantes por seus atos.

Idoeta (2018) e Fariello (2018) relatam a experiência da aplicação da Constelação Familiar, nas comarcas de Itabuna e Valença, pelo Juiz Samir Storch (do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia). Ele realiza sessões mensais de constelação com pessoas envolvidas em ações judiciais sob sua responsabilidade (a participação é facultativa); em cada sessão são evidenciados dois ou três casos e explorado as dinâmicas familiares por trás da disputa judicial. Os resultados são positivos com o uso da Constelação Familiar na audiência, identificam-se as origens do conflito e consegue-se um acordo, pondo fim a boa parte dos processos.

Passando a vigorar a Lei da Alienação Parental, esta tem por base, trazer a conduta a ser seguida pelos pais/avós/irmãos, buscando trazer aos filhos uma convivência pacífica, com seus genitores e ou cuidadores, corroborando com o Art.1º, do disposto legal, em caso de cerceamento

dos direitos, onde baseia-se nos conceitos jurídicos para que se haja um convívio pacífico no contexto familiar.

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, o que se percebe é que apesar de tanto as organizações internacionais, quanto as legislações brasileiras demonstrarem que as crianças têm direitos a serem respeitadas, dentre os quais, está o direito ao ambiente familiar equilibrado, infelizmente não é o que se percebe no dia-a-dia do poder judiciário.

Nas diversas formas que compõem as famílias na sociedade, em virtude dos infinitos fatores que possam surgir, os casais acabam por separar. Muitas vezes, o que se vê é a culpabilização da criança, ou ainda, o desconto de toda a frustração pelo fim do relacionamento, criando uma imagem deturpada do genitor ou genitora dos menores, ou ainda de familiares os quais o mesmo tem o direito a convivência.

Percebe-se a necessidade de um modelo de direito que deva resolver de forma consensual o conflito, a partir do trabalho multidisciplinar, de um esforço em conjunto, das áreas jurídicas, psicológicas e pedagógicas com o objetivo de buscar soluções pacíficas, demonstrando aos autores do ato ilícito que as crianças e adolescente tem direito ao ambiente familiar estabilizado e pacífico.

Neste conceito, insere-se a figura da chamada Constelação Familiar, a qual pode gerar uma ampla solução ao problema da Alienação Parental, conforme já demonstrado anteriormente, desenvolvendo-se medidas e estudos psicossociais, sobre o núcleo familiar, bem como atividades pedagógicas para que as pessoas, principalmente os genitores tenham a consciência dos direitos dos menores.

Sendo assim, o que o estudo propõe é que nos casos em que verificada a Alienação Parental e/ou já a Síndrome da Alienação Parental, que o estudo de todo o núcleo familiar e principalmente a conscientização dos direitos do menor sejam aplicadas, com vistas a extinguir o conflito com o menor número de sequelas possíveis, tanto aos genitores quanto aos menores, visando ao bem-estar familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL: Senado Federal. Leila propõe projeto para evitar revogação completa da Lei de Alienação Parental. In. **Agência Senado**. 2020a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/03/leila-propoe-projeto-para-evitar-revogacao-total-da-lei-de-alienacao-parental>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL: Senadora Federal. Leila Barros propõe identificar e corrigir brechas da Lei da Alienação Parental. In. **Agência Senado**. 2020b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/02/20/leila-barros-propoe-identificar-e-corriger-brechas-da-lei-da-alienacao-parental>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Alteração na Lei de Alienação Parental avança. 2020c. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/02/18/alteracao-na-lei-de-alienacao-parental-avanca>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, 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; 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. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10406/2002 de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a instituição do novo Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso: em 05 jul. 2020.

CARDOSO, H. A. Direito de família a luz da constelação familiar e do direito sistêmico. **Revista Sintase Direito de Família**, v. 17, n. 97, ago./set. 2016, p. 75-78.

CORREIA, E. C. Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental. In. **IBDFAM**, 2011. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/713/An%C3%A1lise+dos+Meios+Punitivos+da+Nova+Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>. Acesso em: 15 set. 2020.

FARIELLO, L. Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF. In. **CNJ**, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/>. Acesso em: 28 set. 2020.

GARDNER, R. A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. 2002. Disponível em: <https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 20 set. 2020.

HELLINGER, B. **Conflito e Paz, Uma Resposta**, Tradução Newton A. Queiroz. 1ª ed, São Paulo, Ed. Cultrix, 2007.

HELLINGER, B. **Ordens do Amor: um guia para o trabalho com constelações familiares**. São Paulo: Cultrix, 2010.

IDOETA, P. A. **Constelação familiar: técnica terapêutica é usada na Justiça para facilitar acordos e 'propagar cultura de paz'**. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43204514> Acesso em: 10 ago. 2020.

LOPES, M. L. P.; COSTA, V. M. Constelação sistêmica familiar voltada ao poder judiciário na técnica de mediação judicial dos processos de família. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 3, 2018, p. 1190-1204. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29591/pdf> Acesso em: 10 ago. 2020. doi: <https://doi.org/10.5902/1981369429591>.

MADALENO, A. C. C. A Alienação Parental, suas consequências e a busca de soluções à luz das constelações familiares e do direito sistêmico. 2015. Disponível em: http://carpesmadaleno.com.br/gerenciador/doc/ce3c93873e-2f4ac433a5bdac5c8f5b7daaliena_C_eoparentalsuasconsequ_unciaseabus-cadesolu_C_Ies_aluzdasconstela_C_Iesfamiliaresedodireitosist_umico.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

MARQUES, J. F. S.; BRAGA, R. R. P.; MOURA, F. G. Formas consensuais de soluções de conflitos. In. **VII Encontro Internacional do CONPEDI/Braga-Portugal**. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 105-124. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/pi88duoz/kmsv328e/3e3d6pbLPo20ff41.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

OLIVEIRA, A. L. N. Alienação parental e suas implicações no contexto familiar. In. OLIVEIRA NETO, A.; QUEIROZ, M. E. M.; CALÇADA, A. (Orgs.). **Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial**. Recife: FBV/Devry, 2015. p. 6-15. Disponível em: http://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/alienacao_parental/alienacao_parental_e_familia_contemporanea_vol2.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/comparato_hist_dudh.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: http://164.163.242.7/arquivos/CAOPIJ/docs/1._Declera%C3%A7%C3%A3o_Universal__Direitos_da_C.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

REFOSCO, H. C.; FERNANDES, M. M. G. Entre o afeto e a sanção: uma crítica à abordagem punitiva da alienação parental. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 79-98, abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000100079&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 ago. 2020.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

UNICEF. **Convenção Sobre os Direitos da Criança e protocolos facultativos**. 1989. Disponível em: https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS: DIREITO DO NASCITURO X ABUSO DE DIREITO DECORRENTE DA NEGATIVA DE PATERNIDADE

Ane Caroline Barbosa de Lima
Ana Carla Sanches Lopes Ferraz

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a constante evolução da sociedade contemporânea, pode-se notar que as relações familiares, como produto da sociedade, também mudaram, deixando para trás seus contornos rígidos e adaptando-se a liquidez das relações atuais (BAUMAN, 2007). Uma vez que as relações familiares tenham se ramificado em padrões diversos, surge a figura dos alimentos como obrigação e imposição por parte do poder judicial, ou seja, obrigação do genitor não detentor da custódia do menor em arcar com a cota parte que o diz respeito aos gastos de sua prole.

Entretanto, ao analisar a igualdade de obrigações dos genitores para com o menor, não se mostra viável que a gestante tenha de arcar com todos os custos do nascituro pelo simples fato de o mesmo ainda não ter nascido.

Afim de prestar maiores esclarecimentos acerca do tema, será analisado em primeiro momento a obrigação alimentar em si, bem como suas principais características e sua conexão com o princípio da solidariedade familiar.

Posteriormente, adentra-se de maneira mais específica nos alimentos gravídicos, como forma de direito do nascituro. Para tanto, será realizada uma breve análise à Lei n. 11.804 de 2008, refletindo acerca de sua utilização na atualidade, bem como suas controvérsias mais corriqueiras.

Para finalizar a etapa argumentativa, serão expostas as hipóteses mais frequentes de abusos de direitos decorrentes da negativa de paternidade nas ações referentes à alimentos gravídicos. Neste tópico, será analisado, inicialmente, o abuso de direito como ilícito em si, sendo sucedido pela exposição das hipóteses de configuração deste nas ações de família, encerrando-se com a análise da responsabilidade dos agentes

ativos e da possibilidade de restituição de valores ao prejudicado, por meio de ações de danos morais e materiais.

1. DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

1.1. Princípio da solidariedade alimentar

É de conhecimento comum que todos os poderes e direitos decorrem em um primeiro momento da Constituição Federal, sendo que as normas que não possuírem compatibilidade com seus preceitos carecem de pressupostos para produzir seus legais efeitos, com isso, antes de adentrar a questão primária, qual seja, a obrigação de alimentar e sua legislação específica, há de se analisar os princípios constitucionais que a norteia.

Sobre os alimentos, Silvio Rodrigues (2004, p. 366), traz o seguinte ensinamento:

Alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também de habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida e; em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.

Como o próprio autor informa, a prestação de alimentos, busca atender aos interesses de primeira ordem do indivíduo, buscando suprir as necessidades básicas deste e conseqüentemente lhe garantir a sobrevivência.

Tal obrigação pode ser atribuída ao princípio da solidariedade familiar, conforme leciona Silvio Rodrigues, aos pais é exigido a criação e manutenção dos filhos, bem como a estes é exigido o auxílio na manutenção e auxílio daqueles na velhice, ou mesmo em situações de incapacidade ou vulnerabilidade, para ambas as partes (RODRIGUES, 2004).

Tal princípio pode ser extraído do conteúdo do art. 229 da CF, o qual prediz: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou

enfermidade” (BRASIL, 1988). Com isso, pode-se perceber que os alimentos estão nitidamente relacionados com outros princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade.

Cahali (1984, p. 02), citando o Jurista Clovis Beviláqua, leciona que a “palavra alimentos tem, em direito, uma acepção técnica, de mais larga extensão do que na linguagem comum, pois compreende tudo o que é necessário à vida: sustento, habitação, roupa e tratamento a moléstias”.

Por ser o princípio da solidariedade familiar, espécie que se derivou do gênero direitos humanos, nota-se que tal situação garante aos alimentos algumas características especiais, como a irrenunciabilidade, inalterabilidade de seu valor, sendo tais regras inderrogáveis.

Sobre o tema, ainda fazem importantes apontamentos Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (2003, p. 749):

A obrigação legal de alimentos é toda especial. Como seu adimplemento se relaciona diretamente com a sobrevivência do alimentando, o sistema dota a prestação de alimentar de mecanismos extraordinários de cumprimento, dentre os quais se destacam a possibilidade de prisão civil (CF 5º LXVII); o privilégio constitucional creditório (CF 100 caput e §1º); garantias especiais de execução (CPC 602) e o privilégio de foro do domicílio ou da residência do alimentando, para ação em que se pedem alimentos (CPC 100 III).

Tendo em vista as diversas especificidades na concessão dos alimentos, conforme apontado pelos autores alhures, necessário se mostra a realização de atenta análise das características primordiais dos alimentos, afim de melhor compreendê-los.

1.2. Características da obrigação alimentar

O direito aos alimentos pertence a espécie dos direitos personalíssimos, o quais, por sua vez, integram o gênero dos direitos humanos, entretanto, embora tais temas sejam tratados na Constituição Federal, foi no Código Civil de 2002, que tal direito encontrou previsão legal.

A primeira característica apresentada pelos direitos alimentícios, encontram-se previstos no art. 11, do Código Civil de 2002, sendo eles a irrenunciabilidade e intransmissibilidade, sendo, desta forma, inexis-

tente a possibilidade de cessão destes direitos a terceiros ou sua própria renúncia. (SOZZO; MIRANDA, 2010)

Outro ponto a se frisar, faz relação à possibilidade de prescrição das prestações alimentícias, que ocorre em dois anos após o vencimento da obrigação alimentar, entretanto, esclarece-se que o direito a alimentos não encontra limitação temporal para pleito, uma vez que se trata de benefício que tem como objetivo a manutenção e sobrevivência do indivíduo. (VENOSA, 2004).

De acordo ainda, com a inteligência do art. 1696 e 1697, do CC, a obrigação alimentar não se limita somente aos genitores, pelo contrário, pode ser cobrado dos demais parentes na falta ou impossibilidade dos genitores, sendo, portanto, um direito divisível. Necessário se faz a transcrição dos referidos artigos, os quais preveem: “Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.” E “Art. 1.697. “Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais” (BRASIL, 2002).

Cabe informar que da mesma forma em que é analisado a possibilidade de pagamento para se determinar a obrigação dos alimentos, nota-se a necessidade de se analisar as condições em que se encontre o alimentado, bem como a proporção em que os alimentos serão fixados, surgindo aí o binômio possibilidade/necessidade. Pode-se dizer que a necessidade fica caracterizada quando resta devidamente demonstrado a falta de bens e a impossibilidade de prover a substância do alimentado.

Verificada a necessidade e a possibilidade da prestação dos alimentos, surge a necessidade de fixar o valor (proporcional) para os mesmos, sendo, portanto, a proporcionalidade outra característica primária dos alimentos.

Em se tratando das características das obrigações alimentares, cabe ressaltar que os mesmos são recíprocos, ou seja, embora geralmente se pense em crianças necessitando da prestação de alimentos de seus genitores esta não figura como única hipótese de cabimento, uma vez que aqueles que prestaram auxílio no passado podem vir a necessitar do mesmo cuidado futuramente, conforme exposto, no art. 229 da Constituição Federal.

Ressalta que, independentemente de o genitor ter ou não prestado alimento à sua prole no passado, é garantido ao mesmo o pleito de alimentos ou existência na velhice ou se encontrando em situação de incapacidade, independente da falta ou desnecessidade deste no passado (DIAS, 2009).

Desta forma, pode-se notar que os alimentos possuem características especiais, uma vez que possuem fundamento nos direitos de personalidade e, com isso, necessitem de maior proteção, ante sua necessidade para a sobrevivência e desenvolvimento de determinado indivíduo.

2. ALIMENTOS GRAVÍDICOS

2.1. Considerações acerca da lei n. 11.804/08

Com o advento da lei n. 11.804 de 2008 foram instituídos os alimentos gravídicos, instrumento normativo destinado às mulheres que concebem sua prole sem manter união afetiva estável com o genitor. Com isso, tem-se que o intuito dos alimentos gravídicos é a colaboração do genitor nas despesas com o nascituro, assegurando a ele os cuidados necessários e sua manutenção.

Para Wald (2009, p. 107 *apud* CAHALI, 1981), a lei 11.804, pode possuir a seguinte finalidade:

A Lei 11.804/08 procura proporcionar a mulher grávida um autêntico auxílio maternidade, sob a denominação *latu sensu* dos alimentos, representado por uma contribuição proporcional ao ser imposta ao suposto pai, sob forma de participação nas despesas adicionais do período de gravidez e que sejam delas decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições prescritivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Desta maneira, pode-se dizer que com a referida lei se concretizou o direito a proteção integral do nascituro desde sua concepção, com base nos princípios constitucionais da solidariedade familiar, bem como, nos direitos humanos.

Inicialmente, nota-se que a lei citada conferiu a própria gestante legitimidade para a propor, em nome próprio, ação pleiteando os alimentos do suposto genitor. Frisa-se ainda que, para a fixação dos alimentos, não é necessário prova inequívoca da paternidade, mas sim, meros indícios, podendo se valer a autora de provas legalmente previstas ou moralmente legítimas.

Neste sentido aponta o art. 2º, da referida lei, transcrevendo-se:

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes (BRASIL, 2008).

Ressalta-se que, embora tenham os alimentos gravídicos sido instituídos apenas em 2008, já no ano de 2003, o TJRS já havia reconhecido a necessidade de fixação dos alimentos ao nascituro, como pode se ver na decisão referente ao Agravo de Instrumento de n. 70006429096 (RIO GRANDE DO SUL, 2003, n.p.).

Cumprе ressaltar que os valores prestados a título de alimentos gravídicos não visam a manutenção total do nascituro, mas sim, a parte que cabe ao genitor, não devendo recair sobre este todo o ônus financeiro para com sua prole, salvo em casos excepcionais, em que a genitora, de fato, não possua nenhuma renda (DIAS, 2009).

Tal situação encontra amparo no princípio constitucional da isonomia, consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, bem como no princípio da proporcionalidade. Por sua vez, essa situação de isonomia encontra amparo em um dos princípios anteriormente tratados, qual seja, o princípio da solidariedade.

De maneira semelhante ao que ocorre nos alimentos tratados no capítulo anterior, os alimentos gravídicos também integram o quadro dos direitos sucessivos, sendo, portanto, tal obrigação extensível aos ascendentes de 2º grau e assim sucessivamente. Vale dizer que a lei 11.804/08, encontra amparo no direito do nascituro de ter reconhecida sua filiação,

direito este que, desde a ratificação de 1990 da convenção sobre os direitos das crianças, é personalíssimo, indisponível e imprescritível, pode ser exercido contra os genitores ou seus herdeiros.

Com isso, pode-se extrair da referida lei que seu intuito principal é a proteção do nascituro, garantindo ao mesmo desenvolvimento adequado, para que, com isso, venha ao mundo da melhor e mais digna maneira possível, tudo isso amparado na Constituição Federal e nos direitos humanos.

2.2. Direitos do nascituro

Pode-se conceituar como nascituro, o ser humano já concebido, com nascimento futuro e tido como certo (DINIZ, 2019). Mesmo que ainda não nascido, todos gozam de direitos, conforme preceitua o art. 2º, do Código Civil, o qual leciona que: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

Cumprido ressaltar que embora seja o nascituro detentor de direitos de personalidade, o mesmo não possui capacidade para exercer tais direitos, sendo necessária a representação deste por parte dos genitores, como bem aponta o jurista Silvio Venosa (2003).

Acerca do tema, são três as teorias mais importantes a se considerar, sendo elas a teoria natalista, a qual preceitua que apenas com o nascimento com vida o indivíduo adquire seus direitos, não podendo, desta forma, serem os mesmos pleiteados por meio de sua genitora. Por sua vez, a teoria da personalidade condicionada, condiciona os direitos do nascituro a uma condição suspensiva, qual seja o nascimento, estando seus direitos suspensos até que o mesmo ocorra (VENOSA, 2003).

E por fim, a terceira teoria trata-se da concepcionista, segundo a qual, entende-se que o nascituro adquire seus direitos e deveres no momento em que foi concebido, não havendo suspensão ou condições especiais para a aquisição dos mesmos. Cumpre destacar que atualmente no Brasil, a teoria adota é a natalista (VENOSA, 2003).

Superado tal ponto, destaca-se que diversos são os dispositivos legais que asseguram o direito à vida e proteção dos menores, incluindo os nascituros, cada um de uma maneira diferente.

Como exemplo, temos o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual em seu art. 7º e 8º preceitua o dever do estado de garantir o crescimento e desenvolvimento adequado dos menores, bem como assegura a gestante atendimento pre e perinatal, através do SUS (BRASIL, 1990).

Neste mesmo sentido, foram os direitos resguardados pelo Pacto de São José da Costa Rica, uma vez que em seu art. 4º prescreve que toda pessoa tem direito de respeito à vida, iniciando-se a vida no momento da concepção (CADH, 1969).

Para o doutrinador, existem dois tipos de personalidades, sendo elas a personalidade relevante, aquela atribuída a todas os humanos, e a personalidade presumida, sendo está a que diz respeito ao nascituro, uma vez que a lei resguarda a este alguns direitos.

Frisa-se que embora a doutrina fale de personalidade presumida para o nascituro, tem-se que o mesmo não é detentor de personalidade, mas sim, possui apenas alguns direitos, os quais são atribuídos ao mesmo, diante da expectativa do nascimento com vida no futuro, sendo este o motivo da denominação personalidade presumida.

Entretanto, embora seja reconhecido ao nascituro apenas aptidão para possuir direitos, o mesmo o exercício de algumas garantias, como por exemplo o direito a receber doação, a sucessão e direito a curatela.

Primeiramente, no art. 542 do Código Civil, encontra-se o dispositivo legal que possibilita a doação de bens ao nascituro, ficando expressamente determinado que a doação apenas será válida se aceita pelos representantes legais do mesmo, podendo estes usufruir do bem, desde que mantendo o mesmo. Nota-se ainda que, em caso de falecimento do mesmo antes do nascimento, a doação voltará a integrar os bens do donatário.

Por sua vez o direito a sucessão encontra-se insculpido no artigo 1798, do mesmo diploma legal e preceitua o seguinte: “Art. 1.798 - O Nascituro fica legitimado a suceder o ser concebido no momento da abertura da sucessão” (BRASIL, 2002).

Por fim, cumpre apresentar a regra contida no art. 1779, qual seja, o direito a possuir curador especial, caso venha o genitor a encontrar-se em situação que não possa exercer ou decair do poder familiar. Trans-

creve-se o artigo: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”. Parágrafo único “Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro” (BRASIL, 2002).

Desta forma, pode-se entender que, embora o nascituro não possua capacidade para pleitear seus direitos e garantias e nem mesmo esteja imbuído de todos os direitos que possua uma pessoa, o mesmo possuía algumas garantias específicas, que buscam resguardar seu desenvolvimento, bem como sua proteção financeira (VENOSA, 2003).

Tal situação se deve ao fato de o Código Civil possuir forte proteção familiar, rompendo de vez com o diploma legal que o antecedeu, fazendo surgir, desta forma, a igualdade real entre os filhos, não havendo distinção dos mesmos pelas circunstâncias que envolvem seu nascimento.

3. DO ABUSO DE DIREITOS DECORRENTE DA NEGATIVA DE PATERNIDADE

3.1. Abuso de direito enquanto ilícito

Considera-se abuso de direito, a situação em que determinado indivíduo exerce de maneira arbitrária e intencional ou de maneira descompassada um direito que lhe fora outorgado, agindo de forma a romper com os limites legais e sociais impostos.

A teoria do direito, embora encontre como fonte primária a doutrina, possui como origem a idade média, com os atos emulativos, os quais consistiam no uso arbitrário de um direito com o intuito de prejuízo de terceiros. Tendo em mente que o direito acompanha a evolução social, em meados do século XX surgiu a noção de que o uso de um direito para prejuízo de outrem ou da sociedade seria considerado um ato ilícito e logo repudiável (VILLAS-BOAS, 2009).

Muito se discutiu sobre o tema e grandes foram as controvérsias acerca da possibilidade de ilegalidade no abuso de um direito, entretanto, o que se pode considerar é que o direito em si não é abusivo ou ilícito, muito pelo contrário, um direito não poderia ser assim denominado se causa prejuízo a sociedade, o que se tem é o excesso no exercício de um direito, que torna tal atitude ilegal (CAVALHIERI FILHO, 2015).

Para buscar compreender tal fenômeno das teorias foram criadas para esclarecer acerca da responsabilização, a teoria subjetiva, que leciona que haverá abuso de direito no uso arbitrário de direito com o intuito precípua de prejudicar terceiro, e a teoria objetiva, para a qual o abuso ocorrerá nos casos em que o próprio exercício ocorra de forma anormal, havendo conflito entre a finalidade do direito e o uso do mesmo no caso concreto (CAVALHIERI FILHO, 2015).

Com isso, tem-se que o abuso de direito decorre da situação em que o indivíduo, dentro de sua esfera de direitos, ultrapassa os limites impostos pela legislação e desta forma, vem a prejudicar terceiro certo ou a sociedade, de forma geral. Ante tal situação, surge a figura da responsabilização, uma vez que para cada situação lesiva, surge um contraponto de restauração.

Aplicando-se tal entendimento no fato ora analisado, restaria configurado o abuso de direito nos alimentos gravídicos, nos casos em que a genitora proponha ação de alimentos de maneira abusiva, seja pelo valor dos alimentos e sua destinação, seja no apontamento do suposto pai, surgindo então a figura da responsabilização.

3.2. A configuração do abuso de direito nas ações de família

Ao analisar a responsabilidade civil de qualquer abuso de direito, há de se levar em conta o conteúdo do enunciado n. 37, da Jornada de Direito Civil, onde se verifica a seguinte redação: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico” (JDC, 2002).

Com isso, chega-se à conclusão de que em se tratando de casos de abuso de direito, a responsabilidade civil é objetiva, fundamentada com critério objetivo-finalístico, ou seja, não se leva em conta o dolo do agente que cometeu o abuso, mas sim o desvio de finalidade de um direito.

Neste sentido é o exposto pelo jurista Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 240-241), quanto ao aspecto central do abuso do direito, transcreve-se:

O fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente

legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 240-241).

Por outra lado, corrente minoritária da doutrina, entende que a imputação de responsabilidade objetiva não deve ser aplicada em todos os casos de abuso de direito, como por exemplo, no caso de a gestante imputar falsamente a paternidade a alguém nas ações de alimentos gravídicos (GAGLIANO, 2015).

Este é o sentido que defende o jurista Pablo Stolze Gagliano (2015), quando afirma em sua obra que, havendo a caracterização de tal situação, estaria o magistrado de frente para um caso de responsabilidade subjetiva e, ocorrendo a mesmo no curso processual, seria caso de má-fé-processual, a qual necessita de configuração de dolo para caracterização.

Segundo o entendimento do jurista acima citado, a regra de responsabilização objetiva atuaria como norma intimidadora, uma vez que a imputação da suposta paternidade, quando apontado em erro, recairia a figura do genitor apontado. Neste caso, independente de dolo da genitora, teria o genitor direito a ser indenizado pelos danos causados, mesmo que o apontamento houvesse ocorrido pela crença legítima de o mesmo ser o pai.

Tal situação mostrar-se-ia contrária a justiça e aos diplomas legais brasileiros, uma vez que vetaria o acesso à justiça por parte da gestante, face a intimidação provocada, tal fato aliado ao aumento da dificuldade de estabelecer a relação parental entre o nascituro e seu genitor, atentaria contra os direitos de personalidade, uma vez que a todos é reconhecido o direito a reconhecimento de seus genitores.

Por outro lado, parte da doutrina, a que se encontra coadunado Sérgio Cavaliere Filho (2015), entende que, independente do caso, a aplicação do enunciado n. 37 da Jornada do Direito Civil, deve sempre prevalecer, ou seja, a responsabilidade aplicada, independentemente da situação, deve ser sempre a objetiva.

3.3. Da responsabilidade

No ordenamento jurídico brasileiro, duas são as formas de responsabilização, sendo elas a objetiva e a subjetiva. A grande diferença entre as duas categorias de responsabilização reside nos critérios para sua caracterização, uma vez que na responsabilização subjetiva é analisada a existência de culpa ou dolo do agente, coisa que não ocorre na responsabilização objetiva, visto que o mero ato praticado figura como fator necessário e pleno para responsabilização (GAGLIANO, 2015).

Quanto aos atos ilícitos, mostra-se importante frisar que a responsabilidade subjetiva figura como regra do ordenamento e possui como fundamento o art. 186, do Código Civil o qual prevê o seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Por sua vez, por figurar como exceção, a responsabilidade objetiva não possui artigo próprio para sua definição, mas sim, deve ser devidamente apresentado junto a norma que prevê seu uso, a exemplo pode-se usar o art. 938, do CC, o qual prevê: “Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido” (BRASIL, 2002).

Para Pablo Stolze Gagliano (2015), a responsabilização no âmbito familiar será analisada sob o aspecto subjetivo, transcrevendo-se o entendimento:

Nas relações de família, outrossim, segundo a perspectiva da responsabilidade civil, as situações fáticas demandarão a prova do elemento anímico, a teor da regra geral definidora do ato ilícito, constante no art. 186 do CC. Ao menos no atual estágio do nosso Direito. Isso porque estamos diante de um novo horizonte que se descortina, extremamente sensível às flutuações da dinâmica jurisprudencial (GAGLIANO, 2015, p. 333).

Desta forma, verificado que os alimentos gravídicos remetam as ações familiares, pode-se analisar a responsabilidade civil desses casos como adotando a responsabilização subjetiva, sendo necessário a análise da vontade do agente causador do “dano”. Tal situação se deve aos diversos direitos do nascituro que, uma vez que ficasse a genitora impossibilitada

ou limitada em apontar o suposto genitor surgiria no universo jurídico uma situação de prejuízo aos menores, situação inadmissível no ordenamento jurídico (GAGLIANO, 2015).

3.3.1. A possibilidade de propositura de ação de danos morais e materiais

Diante de uma situação danosa, cabe a pessoa que praticou tal atividade o dever de reparar os danos causados, surgindo neste momento a figura dos danos morais e materiais. No âmbito familiar, a responsabilidade adotada no ordenamento jurídico brasileiro é de caráter subjetivo, ou seja, resta ao lesado provar de maneira hábil que houve a intenção de lesão.

Neste sentido encontra-se o entendimento do jurista Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosevald, o qual preconiza o seguinte:

De qualquer sorte, o acionado (o suposto genitor) poderá, após a comprovação judicial de que não é o pai, pleitear uma indenização por dano moral, somente se conseguir evidenciar que a imputação a si dirigida decorreu de má-fé, devidamente comprovada, da mãe do menor. Ou seja, trata-se, a toda lógica, de hipótese de responsabilidade subjetiva, com o ônus de prova da culpa recaindo sobre o suposto pai (FARIA e ROSEVALD, 2010, p.714).

No caso dos alimentos gravídicos, quando a genitora do nascituro aponta determinada pessoa como genitor e o faz para obter lucro pessoal ou mesmo apenas com o intuito de prejudicar determinada pessoa, estará a mesma agindo de maneira ilegal, uma vez que tal atitude configura abuso de direito e má-fé utilizada para obter proveito próprio, por exemplo.

Desta forma, poderá a parte prejudicada, no caso o suposto pai, pleitear indenização em face da genitora, recaindo sobre o mesmo o ônus de provar o dolo da parte que o lesionou. E de acordo com a professora Maria Helena Diniz (2019, p. 48), conceitua-se “a lesão como (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Neste sentido, pode-se citar o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual transcreve-se:

ALIMENTOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INDUÇÃO EM ERRO. Inexistência de filiação declarada em sentença. Enriquecimento sem causa do menor inocorrente. Pretensão que deve ser deduzida contra a mãe ou contra o pai biológico, responsáveis pela manutenção do alienatário. Restituição por este não é devida. Aquele que fornece alimentos pensando erradamente que os devia pode exigir a restituição do seu valor do terceiro que realmente devia fornecê-los (SÃO PAULO, 1991, n.p.).

Mostra-se de grande importância trazer a baila o entendimento do Jurista Arnold Wald (2009, p. 107) sobre o tema:

Admite-se a restituição dos alimentos quando quem os prestou não os devia, mas somente quando se fizer a prova de que cabia a terceiro a obrigação alimentar. A norma adotada pelo nosso direito é destarte a seguinte: quem forneceu os alimentos pensando erradamente que os devia, pode exigir a restituição do valor dos mesmos do terceiro que realmente devia fornecê-los.

Ressalta ainda que, o direito a reparação do dano praticado pela gestante deve prevalecer ao princípio da não devolução dos alimentos, desde de que a mesma tenha agido com dolo e imputado a paternidade ao prejudicado sabendo que o mesmo não era de fato e biologicamente o pai do nascituro (SILVA, 2008).

Desta forma, pode se perceber de maneira incontroversa que, embora não tenha a lei 11.804/2008 fixado a responsabilização objetiva para o ressarcimento dos danos praticados pela gestante, o suposto genitor, em caso de lesão, pode pleitear a devida indenização, proporcional ao dano praticado, desde que demonstre o dolo da gestante.

Com isso, tem-se que embora a legislação tenha garantido ao nascituro o direito ao recebimento de valores para sua normal e segura gestação, bem como para manutenção básica do mesmo, resguarda ainda a possibilidade de reversão dos danos praticados por abuso de direito, desde que o mesmo venha a ser praticado com dolo, fazendo assim, jus a responsabilidade subjetiva.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, nota-se que a obrigação alimentar se baseia no princípio da solidariedade familiar, bem como em demais princípios constitucionais e nos direitos humanos e sua subespécie, os direitos de personalidade constantes no Código Civil.

Por sua vez, com a edição da lei 11.804/2008, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro a figura dos alimentos gravídicos, os quais possibilita a gestante o recebimento de alimentos do genitor do nascituro, afim de complementar e auxiliar financeiramente o mesmo, buscando o normal desenvolvimento e nascimento saudável.

Com isso, embora ainda não tenha nascido e com isso adquirido direitos plenos, é garantido ao mesmo, assim como a toda pessoa, uma vida digna e direitos básicos, uma vez que eventualmente o mesmo possuirá direitos. Diante desse fato, é assegurado a genitora do mesmo a proposição de ação buscando os alimentos gravídicos, em nome próprio e não do nascituro.

Entretanto, na hipótese em que a genitora se vale de artimanhas e má-fé para driblar a legislação e aponta como suposto pai terceiro que a mesma possui ciência que não o é, aparece a figura do abuso de direito, situação ilícita, o que possibilita ao falso genitor buscar o ressarcimento e indenização pelo dano causado.

Frisa-se que independe do motivo pela qual a gestante venha a falsamente apontar o genitor do menor, para configuração do abuso de direito, o que será analisado é o dolo da mesma em assegurar a paternidade a alguém a quem a mesma não recaia.

Mostra imperioso ressaltar que, os danos causados ao suposto genitor devem ser pleiteados através de ação de repetição de indébito, recaindo ainda sobre o mesmo o ônus de provar a conduta dolosa por parte da gestante.

Diante de tudo, pode-se perceber que embora não se mostre presente a responsabilização objetiva para as ações desta natureza, o indivíduo prejudicado não se encontra desamparado, uma vez que é permitido ao mesmo a restituição dos valores dispendidos para com o nascituro, tendo o mesmo apenas que arcar com o ônus probatório.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. 1. ed. Rio de Janeiro, Editora Zahar, 2007.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.
- CADH. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto De San José Da Costa Rica**. 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 1. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 5. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol 5 – 33 ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019.
- DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol 7 – 33 ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **A Responsabilidade Civil pela Falsa Imputação de Paternidade**. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. São Paulo: Atlas, 2015.
- JDC. I JORNADA DE DIREITO CIVIL. **Reúne as palestras proferidas, as proposições e os enunciados formulados e aprovados na I Jornada de Direito Civil**. 2002. Brasília. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acesso em 30 jun. 2020.
- RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento nº 70006429096**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Diário da Justiça 13 ago. 2003. Acesso em: 15 jun. 2020.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. v. 6 - 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2004.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 138.499-1**. Rel.: Des. Jorge Almeida. Diário da Justiça 10 abr. 1991. Acesso em: 15 de junho de 2020.
- SOZZO, Aline Rollo. MIRANDA, Fernando Silveira Melo Plentz. **Direitos Personais**. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania, v. 1, n.1, 2010. Disponível

em: <http://www.facsaooroque.br/novo/publicacoes/pdfs/aline.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo, Editora Atlas, 2003.

VILLAS-BÔAS, Renata Malta. **A forma de efetivação do princípio da celeridade mediante a coibição do abuso processual**. 2009. Disponível em: http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium_03_24.pdf. acesso em 15 jun. 2020.

WALD, Arnold. **Direito de família**. Vol 5 - 17. ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS QUANDO DO DNA NEGATIVO

Bruno Garuzi Vale
Alex Ribeiro Campagnoli

INTRODUÇÃO

Este trabalho, analisou o melhor caminho para se proceder no caso de negativa de DNA em uma ação de alimentos gravídicos, visando administrar o conflito entre os princípios intrínsecos dos direitos alimentícios, que protegem o nascituro com os aparatos jurídicos que o autor de uma possível ação de regresso de danos morais e materiais possa almejar, para sanar seu prejuízo em arcar com despesas que não seriam de sua responsabilidade.

Desta forma, nesta pesquisa será discorrido sobre os alimentos gravídicos, parte legítima aos alimentos no direito de família, analisando o entendimento do dispositivo jurídico em sua totalidade, abrangendo sua finalidade, características, bem como funcionam os aspectos contidos na Lei 11.804 de 2008 e, discussões sobre os aspectos processuais sobre seu procedimento dentro do código de processo civil e lei de alimentos.

Nesse sentido, foi discorrido sobre o problema de decisões concernentes do caso da negativa de DNA na paternidade, quando o indivíduo reclamado em ação de alimentos gravídicos, descobre não ser o pai, sentindo-se lesado e desejando ressarcimento por ter pago algo que não seria de sua responsabilidade, busca por vias legais solucionar essa perda.

Somado a isso, será feita a reflexão sobre visões da doutrina e jurisprudências, de modo a estudar as formas de solução para esta problemática, analisando se a genitora cometeu provável engano, ou uma possível conduta de má-fé quando apontou o pai erroneamente.

Desse modo, ressalta-se a importância da visibilidade e entendimento sobre a matéria dos direitos alimentícios, que concerne a jurisprudência de um direito normatizado por lei própria, em consonância com outros aparatos jurídicos, como a má-fé e dano moral, que possam

possuir relevância jurídica e servir de instrumento nestes casos, discutindo este conflito jurídico reclamado pelas partes. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica, com base em leis e doutrinadores, para respaldar as reflexões, atualização em jurisprudência, sobre o dispositivo jurídico dos alimentos gravídicos e, o caso do possível problema da negativa de paternidade após o nascimento do nascituro.

1. ALIMENTOS GRAVÍDICOS COMO DISPOSITIVO JURÍDICO

Tem por finalidade o desenvolvimento saudável do nascituro, devendo ser divididas as despesas entre o pai e a mãe. Apesar de já ter sido possibilitada na jurisprudência possibilidade de alimentos ao nascituro, somente foi considerado dispositivo jurídico, e integrou sobre direitos dos alimentos, com a Lei nº 11.804 de 5 de novembro de 2008.

A norma jurídica compreendia em seu projeto de lei doze artigos, dos quais, seis foram vetados e, conta também com os processos regulados por outros dispositivos como a Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, que abrange direito sobre ação de alimentos, e outras providências (BRASIL, 2008).

1.1. Do objetivo e das características

Os alimentos no período da gravidez objetivam a garantia do desenvolvimento da gestação na busca de uma maior possibilidade de parto saudável, diferenciando esses alimentos do pago após o nascimento, haja vista, parágrafo único do artigo 2º referir-se a proporção de recursos dos dois genitores, já que se dividem as despesas necessárias, e não objetiva manter um certo nível de vida como na pensão (BRASIL, 2008).

As características são englobadas na obrigação alimentar, e pode-se destacar as principais do direito a alimentos: personalíssimo, incessível, impenhorável, incomensável, imprescritível, intransacionável, atual e irrepetível.

O Direito personalíssimo, retrata a personalidade intransferível que assegura subsistência e integridade física a pessoa. Ou seja, compreende-se “direito personalíssimo no sentido de que a sua titularidade não passa a outrem por negócio ou por fato jurídico” (GONÇALVES, 2017, p. 682).

Entende-se como incessível, por ser inseparável e não poder ser cessado, conforme consta no artigo 1.707 do código civil que explicita ser vedado a renúncia do direito a alimentos tornando insuscetível de cessão, compensação ou penhora alimentos futuros.

O referido artigo preceitua também a não penhora do alimento, dando aspecto impenhorável a ele, além do incessível e, irrenunciável (BRASIL, 2002).

Podem ser observados outros conceitos sobre as características, como a de ser incomensável, por não poder ser objeto de compensação, ou seja, o pai não poderia compensar os alimentos, que são meio necessário de subsistência, por outro objeto a fim de dar como extinta essa obrigação (BRASIL, 1968).

Seria imprescritível no ponto de não prescrever o direito de se fazer o pedido de pensões, e intransacionável no de não poder ser objeto de transação, visto ser de caráter personalíssimo e indisponível. É atual por ser necessário no momento, possuindo caráter inadiável, e, irrepitível por não ser cabível restituição de alimentos, visto serem consumidos para subsistência de pessoa que os necessita (GONÇALVES, 2017).

1.2. Da prova e seu ônus

A gestante tem o ônus de se provar os indícios da paternidade, devendo explicitar na petição inicial a relação com todo tipo de prova que ligue a gravidez ao suposto pai, podendo arrolar testemunhas a fim de que o juiz conclua suficientes os indícios apresentados (TANNURI; HUDLER, 2013).

De acordo com primeira parte do caput do artigo 6º da lei de alimentos gravídicos, basta apenas o convencimento da existência de indícios da paternidade, por parte autora obter sua prova, sendo após esse momento, responsabilidade do réu registrar versão contrária (BRASIL, 2008).

Em caso de relacionamento publicamente registrado, o uso de provas de uma ligação entre parte autora e réu no período concernente da concepção do nascituro, é comum. As provas podem ser de mensagens, e-mail, como o uso de até três testemunhas que possam servir de convencimento ao juiz (TANNURI; HUDLER, 2013).

O uso de mensagens de texto e outros meios de comunicação eletrônica, porém, podem não ser tão convincentes como o de testemunhos de outras

pessoas ou de uma prova mais concreta, necessitando levar o juiz a interpretar dela, relação suficiente que dê prova de consumação entre as partes.

Este fato pode ser visto em decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, (TJ-MS – AI: 14070265920208120000 MS 1407026-59.2020.8.12.0000, Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Data de Julgamento: 09/06/2020, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 15/06/2020), onde não foi aceita como prova suficiente mera troca de mensagens por rede social para confirmar a filiação, considerando não ser suficiente para provar vínculo de relação, haja visto ser caso de poucos encontros, não estando as partes em relacionamento, então o Tribunal de Justiça decidiu por efeitos suspensivos dos pagamentos de alimentos, até exame que prove em definitivo a paternidade, que ligue o agravante com o nascituro da genitora (MATO GROSSO DO SUL, 2020).

Além disso, pode-se ressaltar artigo 4º da Lei 11.804 de 2008, a qual aborda sobre a competência da gestante ao ônus de provar a necessidade do alimento, porém foi vetado com o motivo de já serem implícitos os gastos da grávida no próprio texto do artigo 2º, não necessitando a gestante provar viabilidade ou não da gravidez (BRASIL, 2008).

1.3. Da conversão dos alimentos

A lei de alimentos gravídicos traz no parágrafo único de seu 6º artigo a conversão dos alimentos convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até a solicitação de revisão por uma das partes envolvidas (BRASIL, 2008).

Deste modo, a conversão dos alimentos é automática, porém, como o valor desse tipo de alimento é dividido entre o pai e mãe ele tende a ser menor, logo, a revisão é necessária para que a pensão possa ser feita nos moldes da lei de alimentos. A princípio, a revisão começa após o pedido de uma das partes. Antes do nascimento, não há como ter certeza da paternidade do nascituro, haja visto o próprio dispositivo admitir indícios como prova. Portanto, após o nascimento, é comum ter investigação de paternidade por meio de prova concreta, realizada por teste de DNA, caso seja confirmada, este é o momento mais comum de ocorrer a revisão dos alimentos e ocorrer a conversão.

Desse modo, interessa complementar que não ocorre a extinção do processo com o nascimento, somente com o caso de interrupção da gestação. Conforme seguinte pensamento: “Extinguir o processo e impor ao filho que promova nova ação deslocaria o termo inicial da obrigação alimentar, o que viria em prejuízo do credor, pois os alimentos definitivos retroagem à data da citação” (DIAS, 2016, p. 972).

1.4. Da concepção e o termo inicial

Há certa discussão sobre onde se daria o termo inicial de uma ação de alimentos gravídicos; para alguns se daria na citação do suposto pai, enquanto para outros, na concepção do nascituro

Sobre esse termo, é difundido que “melhor atende ao interesse da credora, que é obrigação alimentar do pai estabelecida desde a concepção. Desse modo, os alimentos buscados a qualquer tempo teriam efeito retroativo” (DIAS, 2016, p, 1006).

Pode-se perceber o termo na concepção, nos alimentos gravídicos, ser mais adotado nas doutrinas conforme artigo 9º da lei 11.804, que adotava a citação, tendo sido vetado por não considerar a velocidade processual, o que poderia não levar em conta os interesses do nascituro, visto manobras processuais que podem impedir ato citatório ou tardar o processo (BRASIL, 2008).

Por outro lado, a súmula 226 do STF adota versão da citação ao generalizar ação de alimentos em seu texto, fazendo com que alguns considerem a citação do réu como o inicial termo (BRASIL, 1963).

1.5. Do procedimento

A chegada do Novo Código Civil deixou que a lei anterior de ação de alimentos legislasse sobre seu próprio procedimento, como especifica o parágrafo único do artigo 693 do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 16 de março de 2015, onde é empregada à Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, que trata sobre ações que versarem sobre interesse da criança (BRASIL, 2015).

Portanto, não difere muito o processo de rito especial de outros tipos de alimentos, tendo petição inicial, valor de causa, competência do foro e

audiência, processo todo resguardado pela lei de alimentos, salvo algumas distinções como o polo de legitimação ativa ser da gestante e não do nascituro, sendo transferido a ele apenas após conversão da ação de alimentos.

Em uma petição inicial de ação de alimentos gravídicos, os fatos são descritos, seguidos dos indícios, o réu é seguidamente citado com os pedidos listados, havendo assim exposta obrigação de alimentar, conforme legislação de alimentos (BRASIL, 1968).

Ademais, o valor da causa seria o valor das despesas referidas no artigo 2º da lei de alimentos gravídicos, sendo um valor dividido entre genitora e o suposto pai. O foro competente, é, em regra, o do domicílio do credor. Serão então apresentados por escrito, a inicial junto a comprovação de gravidez, documentos com os indícios de prova do alimentante, com possível comprovação de renda, e o que puder comprovar despesas do período de gravidez (BRASIL, 2008).

Outro aspecto do procedimento da ação de alimento que se distingue do civil comum, é a ausência do réu ser relevante para revelia, segundo artigo 7º da lei 5.478 (BRASIL, 1968).

Convém citar, o código civil de 2002, que postula em seu Art. 1706, os alimentos provisionais serem fixados pelo juiz nos termos da lei processual, assim como, o art. 531 do código de processo civil, que põe a execução, em sentença ainda não transitada em julgado, se processar em autos apartados (BRASIL, 2002).

Uma referência especial da lei 11.804 de 2008 aos prazos processuais consta no artigo 7º, que normatiza o réu a ser citado, apresentar resposta em 5 dias (BRASIL, 2008).

2. DO CASO DE DNA NEGATIVO

No caso de o exame ser feito após o nascimento e vier a ser positivo, ocorrerá a conversão, revisão dos alimentos e tudo se encaminhará conforme previsto. Porém, caso venha a ser considerado negativo exame de DNA do suposto pai, pode ser notado certo vazio legislativo se olhada lei 11.804/2008 (BRASIL, 2008).

A lei de alimentos gravídicos, conforme comentado anteriormente, visa a sobrevivência do nascituro em primeiro lugar, sendo toda finali-

dade do dispositivo o desenvolvimento saudável do feto, com as melhores condições para o bem-estar no nascimento.

Ao valor pago pelo suposto pai no decorrer da gestação, por conseguinte, há de se observar alguns pontos, tais como, princípio de irrepetibilidade, que considera alimentos se tratar direito de natureza assistencial, não devendo ser restituído. Assim como o caso de conduta ilícita que leve dolo ou culpa grave, ou o do que toca o dano moral de pessoa erroneamente indicada (DONA, 2012).

Diante dessa situação, se antevê que “O eventual pedido indenizatório há que ser dirigido contra a gestante que propôs a ação e não contra a criança, mesmo que já tenha ocorrido o seu nascimento” (DIAS, 2016, p. 974).

2.1. Da conduta de má-fé e do dano moral

No caso de haver uma conduta de má-fé, o consenso é da restituição. Sendo ele cometido pela genitora, não pelo nascituro, ela deve arcar com os danos, sendo ela a quem a possível ação deva ser direcionada neste caso.

Sobre esta colocação do ato de má-fé resultar na restituição, conforme ilustra colocação:

Mesmo que os alimentos sejam irrepetíveis, em caso de improcedência da ação cabe identificar a postura da autora. Restando comprovado que ela agiu de má-fé ao imputar ao réu a paternidade, gera o dever de indenizar, cabendo, inclusive, a imposição de danos morais. (DIAS, 2016, p. 973).

A justificativa legal usada no Código Civil de 2002, onde se identifica ato ilícito por ação que causa dano a outro, como má-fé, obriga a reparação, dispostos nos artigos 186, 187 e 927 (BRASIL, 2002).

O dano moral, seria o que danifica a dignidade e intimidade de uma pessoa, danificando de maneira que traz o vexame e uma forma de sofrimento, em outras palavras, seria ato que causa lesão a personalidade da pessoa (GONÇALVES, 2017).

Desta forma, segundo o artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988, reside-se o direito da pessoa de indenização pelo agravo, e dano moral e material sofrido (BRASIL, 1988).

No contexto de alimentos gravídicos, entre a genitora e possível pai, ressarcimento por danos morais é pendente aos direitos do nascituro, sendo princípio de irrepetibilidade e a finalidade a que servem esses alimentos bastante pesada pela legislação nesse tipo de processo, deixando autor que almeja ação de regresso buscando recursos jurídicos capaz de demonstrar equiparação dos danos morais e materiais ao magistrado (DONA, 2012).

Portanto, aspecto que se deve considerar nesta situação, seria o de dano moral como uma responsabilidade civil, apresentada como “ponto neurálgico à configuração da responsabilidade civil, despontando como o principal elemento para sua caracterização.” (BENACCHIO; GUERRA, 2015, p. 187).

Ou seja, sobre a lesão causada ao patrimônio material e imaterial, sua responsabilidade pode ser vista como a de seu principal elemento, porém, é necessário notar uma distinção entre danos ao patrimônio e o dano real da moral da pessoa.

Podendo ser explicada como lesão que pode ocorrer nessas duas órbitas, de forma isolada ou o mesmo tempo, de modo que, pode ferir a honra, gerando prejuízos na esfera patrimonial, ou sofrimento moral, e pode ser causadora de prejuízos materiais. Então, se vê o dano moral como um causador de danos subjetivos a pessoa, podendo também implicar, na esfera patrimonial, não os efeitos em si, e sim suas consequências à pessoa (BENACCHIO; GUERRA, 2015).

Então, mesmo que má-fé não tenha sido utilizada, e genitora não possa ser imputada por uso de dolo ou culpa grave, o suposto pai pode buscar aparatos neste contexto jurídico do dano moral, para buscar uma resposta aos danos sofridos. Isso pode ser visto em decisões sobre apelação cível por danos morais em caso de falsa paternidade, onde exemplos desta responsabilidade civil dos danos morais e o dever de indenizar são aplicadas.

Em caso de pagamento de alimentos, foi mantida decisão indenizatória que condenava a indenização por danos morais em caso de falsa paternidade, estabelecendo patamar razoável e proporcional ao dano sofrido, de modo que o valor definido além de ter servido como compensação pelo dano sofrido, teve caráter sancionatório (DISTRITO FEDERAL, 2019).

Não obstante, para sanar da melhor forma algum prejuízo sofrido, a doutrina, vê possibilidade da busca pela ação de regresso contra o verdadeiro genitor, trazendo o ressarcimento dos danos em via de ação de regresso, conforme afirmativa: “poderá o suposto pai voltar-se, em sede de ação de regresso, contra o verdadeiro genitor, para evitar o seu enriquecimento sem causa.” (GAGLIANO, 2017, p. 812).

2.2. Da jurisprudência quando negativa da paternidade

Conforme abordado, no caso de DNA negativo se pode ver a jurisprudência seguir por diferentes caminhos. Onde ocorreu algum tipo de conduta ilegal da genitora, ela sofrerá com os danos na medida do razoável. Deste modo, “Somente o dolo ou culpa grave serviriam de fundamento para a sentença condenatória.” (GONÇALVES, 2017, p. 757).

Na jurisprudência, comum no caso da não obtenção de provas de má-fé da genitora, sendo a legislação majoritariamente em prol do nascituro, além do fato de a genitora poder cometer genuíno engano, não resultando em má-fé, pode ser observada decisão dos tribunais conforme a da seguinte ementa, onde foi negada ação indenizatória nestes termos:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS C/C ALIMENTOS PROVISÓRIOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA [...] “A mitigação do elemento probatório em ações dessa natureza justifica-se pela opção feita em prol do nascituro, garantido-lhe, a despeito de maiores digressões, o direito fundamental à vida. Para tanto, pode o julgador embasar sua convicção de paternidade em meros indícios, ressalvando que, em casos de comprovada má-fé da gestante, também o princípio da irrepetibilidade dos alimentos pode sofrer ponderação. (SANTA CATARINA, 2019).

Conforme decisão acima, levando em consideração o que era melhor ao nascituro, além do fato de no caso em questão a genitora não ter agido de má-fé, não tendo sua moral comprovadamente ferida, não era caso de dano moral, logo, não teve como se justificar ao autor da ação o direito ao seu ressarcimento. De certa forma saiu lesado no caso em questão.

A doutrina traz uma forma que solucionaria a justificativa ao ressarcimento em casos como esse. Nessa situação, o suposto pai poderia

buscar o ressarcimento contra o verdadeiro pai, não ferindo os princípios do nascituro, e solucionando a lesão em questão. Desta forma:

Admite-se a restituição dos alimentos quando quem os prestou não os devia, mas somente quando se fizer a prova de que cabia a terceiro a obrigação alimentar, pois, o alimentado utilizando-se dos alimentos não teve nenhum enriquecimento ilícito. A norma adotada pelo nosso direito é destarte a seguinte: quem forneceu os alimentos pensando erradamente que os devia, pode exigir a restituição do valor dos mesmos do terceiro que realmente devia fornecê-los. (WALD, 2005, p. 101).

No caso de negativa de paternidade, descoberto o pai verdadeiro, se procuraria ressarcimento através de danos materiais, podendo adicionar até danos morais sofridos. Apesar de difícil execução em determinados casos, neste contexto, é a forma mais justa de se equilibrar as demandas e resolver as diferentes reclamações neste conflito.

CONCLUSÕES

Com base no que foi apresentado, no caso da negativa de DNA, o ponto-chave para uma ação de regresso que resulte no ressarcimento ao lesado, seria o uso de má-fé da genitora em ligar o suposto pai com a gravidez, sendo a legislação neste ponto, capaz de ponderar o princípio de irrepetibilidade.

Porém, não sendo caso de má-fé, será ponderado o benefício ao princípio do nascituro, sendo necessária ação indenizatória contra o verdadeiro pai, buscando dano material, capaz de ser responsabilizado.

Caso encontre dificuldade de ser responsabilizado o verdadeiro pai, por não ser possível encontrá-lo, ou não se tenha conhecimento quem o é, dispositivo que poderia ser usado contra a genitora, em caso onde relevância da ação de ressarcimento seja considerada superior à da situação do nascituro, seria o de se provar um dano moral sofrido, sendo ele, o suficiente para justificar indenização neste caso.

Nota-se a importância da lei 11.804 de 2008 como um dispositivo jurídico, tendo sua necessidade no período gravídico reafirmada pelas melhores condições ao parto, na busca pelo bom desenvolvimento do nascituro. Observa-se, que em todo o texto da referida norma, a proteção e garantia dos

direitos do nascituro são priorizadas, tendo princípios como a irrepetibilidade e irrenunciabilidade protegidos, assim como características próprias em seu processo, que fazem com que a produção de provas tenha suas diferenças.

No caso de o requerido da inicial seja posteriormente comprovado ter sido erroneamente indicado como pai, leva-se, portanto, em consideração essas proteções, e, pode levar sujeito a sair financeiramente lesado.

Se vê, desta forma, como o direito é importante para lidar com conflitos, em que os dois lados têm o direito de procurar o que se considera justo, e, no caso da pessoa que se sentir lesada por ter pago algo que não possuía responsabilidades, há a possibilidade de se buscar dispositivos que buscarão sanar lesões.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Presidência da República, Brasília, DF, 25 de julho de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL, **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República, Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071imprensa.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Presidência da República, Brasília, DF, 05 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11804.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 226**. Na ação de desquite, os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que os concede. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 109, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula226/false>. Acesso em: 19 set. 2020.

BENACCHIO, Marcelo; GUERRA; Alexandre D. M. (coord.). **Responsabilidade Civil** / coordenação: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, Marcelo Benacchio. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. Disponível em: <https://www.jfpe>.

jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/livros_on-line/responsabilidade_civil.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 4.ed. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Terceira Câmara de Direito Civil). **Agravo de Instrumento 07035246820198070020 DF**. Direito de Família. Ação de alimentos Gravídicos c/c alimentos provisórios [...]. Relator: Marcus Tulio Sartorato, 3 de setembro de 2019. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/844809310/7035246820198070020-df-0703524-6820198070020/inteiro-teor-844809385?ref=serp>. Acesso em: 12 jul. 2020.

DONA, G. A. **Os alimentos gravídicos e a possibilidade de indenização ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade**. Direitonet. 2012. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7412/Os-alimentos-gravidicos-e-a-possibilidade-de-indenizacao-ao-suposto-pai-quando-da-nao-confirmacao-da-paternidade>. Acesso em: 23 abr. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. v. 6: direito de família. Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 6: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (Terceira Câmara de Direito Civil). **Agravo de Instrumento 14070265920208120000 MS**. Recorrente: Adílio Gabriel Tonet, Recorrido: Henrique Rodrigues Andrade, Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Campo Grande. Data de Julgamento: 09 de junho de 2020. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861740099/agravo-de-instrumento-ai-14070265920208120000-ms-1407026-5920208120000/inteiro-teor-861740192?ref=serp>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Terceira Câmara de Direito Civil). **Agravo de Instrumento 40147105020198240000 Meleiro**. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS C/C ALIMENTOS PROVISÓRIOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA [...] Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. 03 de setembro de 2019. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752652656/agravo-de-instrumento-ai-40147105020198240000-meleiro-4014710-5020198240000/inteiro=-teor752652739-?ref-juris-tabs>. Acesso em: 23 abr. 2020.

TANNURI, C.A.; HUDLER, D.J. **Alimentos gravídicos não precisam de provas robustas**. Revista Consultor Jurídico, 30 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-30/fixacao-alimentos-gravidicos-nao-provas-robustas>. Acesso em: 23 abr. 2020.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DAS GARANTIAS RESERVADAS AOS IDOSOS POR MEIO DO ESTATUTO DO IDOSO

Giovana Rocha Fernandes
Sueli da Silva Aquino

INTRODUÇÃO

No decorrer da história, os idosos foram vistos de diversas maneiras, ora como pessoas sem serventia, ora como sábios devendo ser ouvidos e respeitados. Algumas sociedades hodiernas, mantêm o hábito de nomear como anciãos conselheiros, aqueles considerados com alto grau de conhecimentos ou de sabedoria. Na China antiga, Confúcio, filósofo e pensador político, que viveu entre 552 e 479 a.C. afirmava que a família deveria respeitar o membro mais idoso. Para os japoneses, a velhice é sinônimo de respeito e de sabedoria.

Estamos vivendo mais, é um fenômeno que ocorre a nível mundial, e em decorrência de fatores culturais, sociais e políticos, cada país tem uma maneira de pensar e de cuidar do idoso. No Brasil a mudança no perfil demográfico da população idosa, tem levantado muitas discussões quanto às políticas públicas, ou seja, se elas existem ou são apenas letra morta na Constituição Federal e, se estão sendo realizadas pelo poder público como deveriam ser. Questiona-se também o papel que toda a sociedade representa neste contexto, isto é, se está ciente de que a população brasileira está envelhecendo e que logo teremos um país com uma alta porcentagem de idosos.

Algumas questões foram levantadas para embasar esta pesquisa, tais como: como são tratadas as pessoas idosas após a promulgação da Lei Nº 10.741/03? Este público passou a ter os seus direitos respeitados? A sociedade brasileira acolhe e respeita os seus idosos? O mote deste trabalho foi analisar se a Lei Nº 10.741, 2003 que dispõe sobre o Estatuto do Idoso está sendo efetivamente respeitada e cumprida tanto pelo Estado, quanto pela sociedade brasileira.

1. BREVE PANORAMA DO IDOSO EM UMA VISÃO GLOBAL

O estudo das condições de vida de uma dada sociedade é muito importante, sendo a análise da dinâmica da população relevante para estudar a variação na quantidade dos indivíduos de determinada faixa etária. No estudo em questão, damos ênfase quanto aos aspectos demográficos do crescimento da população idosa no Brasil.

Segundo a lei 10.741, artigo 1º, as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos devem ter seus direitos garantidos e no artigo 2º assegura que devem gozar “de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral” (BRASIL, 2003)

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística “aponta para a tendência de envelhecimento demográfico, que corresponde ao aumento da participação percentual dos idosos na população e a conseqüente diminuição dos demais grupos etários” (IBGE, 2016).

A gerente da PNAD Contínua, Maria Lúcia Vieira explica que a tendência do envelhecimento populacional de longevos no Brasil se deve devido a queda na taxa de fecundidade na melhoria nas condições na área de saúde. Destaca o envelhecimento como fenômeno global e que no Brasil demorou mais para isso acontecer (IBGE, 2018). Uma matéria divulgada pelo Jornal da USP (2018), afirma que em 2030, o Brasil terá a quinta população mais idosa do mundo, e destaca que “o maior problema é a ausência de sensibilidade administrativa para conduzir os serviços sociais”.

Segundo dados fornecidos por Miranda; Mendes; Silva (2016), existiam 20,5 milhões de idosos no Brasil em 2010, em uma proporção de aproximadamente 39 idosos para cada grupo de 100 jovens. E em 2040 estima-se que a população idosa mais que dobre, chegando a 153 idosos por cada 100 jovens, em termos percentuais representará 23,8% de toda população brasileira. Para Alves (2019) o ano de 2019 pode ser considerado um marco na história da humanidade, quando o número de pessoas com 65 anos ou mais, superou o número de crianças entre 0 e 4 anos.

Fazendo uma análise dos relatos obtidos pelos pesquisadores que ampararam este tópico, é possível afirmar que a população mundial

de idosos, é a maior que a história humana já registrou. Sendo assim, é preciso que essas pessoas continuem ativas no mercado de trabalho, bem como na tomada de decisões políticas, e não vistas como indivíduos incapacitados, aposentados em um canto (cômodo) da casa.

2. PARADIGMAS ACRÔNICOS EXIGEM NOVOS DESAFIOS NO CUIDADO COM O IDOSO

Na Idade Antiga, no período helenista, os gregos faziam uma relação entre a sabedoria e a velhice. Aquilo que hoje chamamos de terceira idade sempre esteve, no passado, associado à sabedoria, cabendo-lhes inclusive o papel de transmitir aos mais jovens. A ligação entre sabedoria e velhice não tem mais a mesma conotação, ao contrário, são tratados como se não fossem capazes de discernimento (PAULA, 2016).

Civilizações orientais tiveram e ainda tem o idoso como papel importante na sociedade, precisamente na China Antiga que, de acordo com Masc (2013), Confúcio acreditava que a base da família seria o homem mais velho, a qual todos deveriam obedecer. Quanto mais velho, mais sábio.

Na Época Medieval havia uma “sabedoria cristã” que endossava a ideia de que era necessário aprender a sofrer para aceitar a morte, portanto, quanto mais tivesse vivido momentos difíceis, permitia compreender que tudo nesta vida é passageiro, perecível. Na Idade Moderna, o conceito de sabedoria perde força para o termo conhecimento; sendo detentor de conhecimento o sujeito que contribuí para o progresso, aferido pela produção de trabalho, considerando a força produtiva. Ou seja, o idoso não estaria mais nesta condição de sábio, mas sim de arcaico para o sistema econômico vigente (PAULA, 2016),

Nossa sociedade passa por diversas mudanças, na qual a ciência e a tecnologia mudaram o modo de vida das pessoas, exigindo uma capacidade de adaptação, que nem sempre o idoso consegue acompanhar, passando a ser excluído da Era do Conhecimento (MENDES et al, 2005).

Diante de todo o exposto, o que deve ser pensado, é que as pessoas estão vivendo mais, e a sociedade parece não estar preparada para essa mudança. Podem surgir problemas, quando a família não se sente pre-

parada para cuidar do ente querido que envelheceu e conseqüentemente adoeceu, passando a exigir cuidados como se tivesse voltado à infância.

No entendimento de Mendes et al (2005) o idoso está sendo encarado pelo sistema capitalista como um indivíduo marginalizado, que perdeu o seu valor social, pois deixou de ser capaz, porque agora é um velho, sem condições de gerar riqueza.

Nesta fase da vida chega à aposentadoria e caso a saúde esteja abalada, a pessoa pode sentir-se isolada, inútil; e, com o passar dos anos vai ficando mais frágil e dependente de familiares ou cuidadores. Cabe lembrar, que pode acontecer caso contrário, quando é o idoso que complementa a renda familiar.

Mas caso passe a enfrentar queda em sua renda, afetando sua saúde delicada, necessitando de remédios, tratamentos fisioterápicos e psicológicos, se vê obrigado a morar na casa de filhos ou de parentes, sendo considerado, como um pesado fardo. Na opinião de Mendes et al (2005. para cada família, o envelhecimento assume diferentes valores, dentro de suas peculiaridades.

Neste contexto, a questão financeira é um agravante, pois os responsáveis pelo idoso precisam sair para trabalhar e não tem com quem deixar o idoso, principalmente se sua situação de saúde estiver depauperada ou se a idade for muito avançada. Sem condições financeiras para pagar um cuidador, acabam por interná-lo em um abrigo permanente.

Cuidar ou ser cuidado é uma questão básica em qualquer fase da vida humana. Assim, cuidar é valorizar o outro, ouvindo-o em suas necessidades, não só de comida, mas também de carinho e atenção. Cuidar é uma ação que propicia o dialógico entre o ser que cuida e o ser que é cuidado. O que faz refletir sobre os impactos causados nas pessoas que cuidam de um idoso incapacitado por tempo integral. Destacar-se-á que para desempenhar a função de cuidador familiar, exige trabalho, tempo, energia, recursos financeiros, carinho, esforço, boa vontade e paciência, para cuidar da pessoa idosa dependente e fragilizada (KÜCHEMANN, 2012).

Não dá para culpar somente a família se ela abandona o seu idoso, pois falta-lhe muitas vezes o apoio de políticas públicas que possam auxiliar

na qualidade de vida deste cidadão que tanto fez pelo seu país. Se quisermos que nossos idosos permaneçam com seus familiares, recebendo atendimento de qualidade, temos que pensar em políticas públicas que possam orientar a família do idoso, e porque não dizer que deveriam ser capacitados e supervisionados? Também deveriam ter acesso a visitas periódicas de especialistas da área da saúde em casa, visando o bem estar do longo tempo.

A pesquisa de Küchemann (2012, p. 169) nos remete a pensar que

O trabalho do cuidado necessita ser repensado e reestruturado com vistas a atender adequadamente às necessidades e às expectativas tanto daqueles e daquelas que necessitam de cuidados, quanto daqueles e daquelas que prestam cuidados.

A velhice é uma realidade de muitas faces; envolve aspectos biológicos, psicológicos, econômicos, sociais, culturais e existenciais. Para milhões de brasileiros, a velhice representa inúmeras perdas, como por exemplo, do trabalho, dos amigos e parentes, da saúde, da autonomia, da segurança, entre outros. O autor enfatiza que devido ao envelhecimento populacional, é mister investir em políticas sociais que possam atender as demandas e necessidades dos idosos de hoje e dos que o serão amanhã (ALMEIDA, 2005).

3. LEIS QUE AMPARAM A PESSOA IDOSA

Destacamos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948), o Artigo 25º, a determinação

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

A Carta Magna do nosso país está em consonância com os direitos apregoados na Declaração acima citada, nos Artigos 229 e, estabelece aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou

enfermidade e no Art. 230, incumbe à família, à sociedade e ao Estado, o dever de amparar os longevos, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e o bem-estar, assim como a garantindo o direito à vida” (BRASIL, 1988).

Para respeitar os princípios e valores da Declaração Universal dos Direitos Humanos é preciso que as leis que regulamentam a conduta da sociedade, sejam verdadeiramente efetivas. Infelizmente, no mundo, inclusive no Brasil, ainda acontece a violação e o desrespeito aos Direitos Humanos.

No Brasil, ficou tramitando por anos no Congresso Nacional um projeto de lei, e aprovado em setembro de 2003 sob a Lei Nº 10.741, sancionada pelo presidente da República em exercício, cujo resultado foi “O Estatuto do Idoso”, criado para assegurar os direitos fundamentais às pessoas com mais de 60 anos como: direito à vida, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à saúde e a educação (BRASIL, 2003).

É inegável que o Estatuto contribuiu e ainda contribui para que a vida do idoso seja uma vida mais digna, com mais respeito e direitos preservados e, tem ganhado cada vez mais relevância no ordenamento jurídico brasileiro, ciente que a população está envelhecido rapidamente. Mas é preciso que haja mais engajamento com todas as esferas, somando forças para trabalhar em conjunto, criando e monitorando programas sociais que não sejam extintos toda vez que se trocam os gestores.

No artigo 1º da Lei nº 10.741/2003, do nosso Estatuto do Idoso, traz a conceituação de idoso: “É instituído como sendo idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. Em outros países, essa idade não é a mesma, como por exemplo na França, considerado um país desenvolvido, o parâmetro de idade é maior, sendo idoso aquele que atinge os 65 (sessenta e cinco) anos (BRASIL, 2003).

Masc (2013) defende a ideia de que ao atingir sessenta anos de idade, o ser humano atinge grande sabedoria, com alto nível de compreensão, e capacidade de reflexão sobre os seus atos.

Envelhecer é uma consequência da vida e o art. 8º do Estatuto do Idoso diz que o envelhecimento é um direito personalíssimo (BRASIL, 2003). Assim sendo, a proteção ao idoso é um direito social, sendo obrigação da sociedade

garantir a efetivação desse direito de forma digna, bem como é obrigação do Estado, a efetivação de políticas que contribuam para a garantia destes.

O Estatuto do Idoso busca de forma eficaz garantir um dos princípios e direitos fundamentais à vida humana, principalmente, no quesito da garantia da dignidade humana, princípio também presente na Constituição Federal em seu art. 1º, inciso III, e, como resultado, assegurar uma vida digna, disposta no Art. 170, CF. Afinal, como dispõe o art. 2º do Estatuto do Idoso:

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 (BRASIL, 1988).

O Estatuto institui que é dever da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, assegurar tais direitos ao idoso. A sociedade como um todo deve prezar pela efetivação do que está escrito na legislação. De acordo com Bastos (2019), torna-se uma prioridade social, conforme exposto no Art. 3º da Lei 10.741, a efetivação do: direito à vida; direito à saúde; direito à alimentação; direito à educação; direito à cultura; direito ao esporte; direito ao lazer; direito ao trabalho; direito à cidadania; direito à liberdade; direito à dignidade; direito ao respeito; direito à convivência familiar e comunitária.

No entendimento de Silva (2016) os idosos são vítimas dos mais diversos tipos de violências abrangendo as físicas e psicológicas, praticadas tanto pela sociedade como pelos próprios familiares. Além da violência sofrida pelo idoso outro ato não menos gravoso e bastante recorrente é o abandono. É muito comum que as famílias os deixem em asilos, fadados ao isolamento e ao afastamento do convívio com aqueles que mantinham uma relação de afeto no decorrer de toda uma vida.

A atitude de abandono dos familiares pode ser por vários motivos, tais como: pouco tempo disponível para o cuidado dos idosos, falta de condições financeiras, falta de estrutura física no lar que atenda às necessidades especiais, entre outras. O fato é que atitudes como essa, são o reflexo da forma como os idosos em sua maioria estão sendo tratados; é necessário repensar e preparar a nossa sociedade para a realidade

de que todos nós também vamos envelhecer e certamente, precisar do aconchego familiar.

Bastos (2019) menciona o Estatuto do Idoso, onde nos é apresentado uma série de direitos que devem ser assegurados, preferencialmente as pessoas com mais de 60 anos de idade. Deve ser considerado como prioritário ao idoso: o atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população. Assim como também, a preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; a viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações.

A priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; a capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; o estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento; a garantia de acesso à rede de serviços de saúde, como o SUS, por exemplo e de assistência social locais; a prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda (BASTOS, 2019).

Ressaltar-se-á que, entre os idosos, possuem prioridade aqueles com mais de 80 anos, em razão de sua fragilidade.

Apesar da legislação (BRASIL, 2003) proteger o idoso e a sociedade sendo responsável por assegurar tais direitos, há muitos crimes cometidos contra os idosos. O fato de não prestar assistência ou proteger o idoso, é crime, conforme consta no Art. 97 do Estatuto do Idoso.

Deixar de prestar assistência a pessoa idosa, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, recusar, retardar ou dificultar assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nem solicitar o socorro de autoridade pública, pode incorrer na pena de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa. A punição referente à crimes contra o idoso está disposta no Capítulo II, do Estatuto, com o intuito de efetivação dos direitos dos maiores de 60 anos, encontra-se a previsão de sanções

àqueles que pratiquem condutas que obstruam os preceitos contidos no estatuto (BRASIL, 2003).

Ainda analisando tal lei, podemos observar que de acordo com o art. 95 do Estatuto do Idoso, os crimes previstos na legislação motivam ação penal pública incondicionada, pois é dever, da sociedade e do Estado, a garantia de direitos fundamentais, sobretudo em decorrência da vulnerabilidade do indivíduo idoso.

Destaca o artigo 98 do Estatuto do Idoso que “abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado”, ocasionará em “detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa” (BRASIL, 2003).

Nesse diapasão afirma SAJ/ADV (2019) que o recolhimento e porque não dizer, o esquecimento de idosos em instituições, como hospitais e entidades de longa permanência (asilos), é uma prática corriqueira na sociedade. Lembrando que o abandono destes nos estabelecimentos, configura como negligência no art. 4^a da Lei 10.741. Quando fica constatado o “abandono” ao idoso, segundo o Estatuto do Idoso, configura-se a pena de detenção de 6 meses a 3 anos, além de multa

O exposto sob o Art. 99 do Estatuto do Idoso, afiança que

Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1^o Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2^o Se resulta a morte:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos (BRASIL, 2003).

Assim, entendemos que todo aquele que não cumpre o artigo comentado acima, comete crime que além de ser tipificado em lei, pode ser considerado como um ato de falta de humanidade, já que expõe uma pessoa frágil, no caso o idoso a condições degradantes.

Está disposto no Art. 102 que apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou outro rendimento do idoso, para aplicação diversa de sua finalidade, cabe uma pena de reclusão de um a quatro anos e multa (BRASIL, 2003).

Voltando um pouco na leitura da Lei em pauta, o artigo 71 afiança

É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

§ 1º O interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova de sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo.

§ 2º A prioridade não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos.

§ 3º A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária.

§ 4º Para o atendimento prioritário será garantido ao idoso o fácil acesso aos assentos e caixas, identificados com a destinação a idosos em local visível e caracteres legíveis.

§ 5º Dentre os processos de idosos, dar-se-á prioridade especial aos maiores de oitenta anos (BRASIL, 2003)

Em 2017 aconteceram mudanças importantes ampliando os direitos de idosos, em especial a idosos acima de 80 anos. De acordo a nova redação (NR) exposto na Lei N° 13.466, em seus artigos 1º a 5º

Art. 1º Esta Lei altera os arts. 3º, 15 e 71 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, a fim de estabelecer a prioridade especial das pessoas maiores de oitenta anos.

Art. 2º O art. 3º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º :

‘Art. 3º
§ 1º

§ 2º Dentre os idosos, é assegurada prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos.’ (NR)

Art. 3º O art. 15 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º :

‘Art. 15.

§ 7º Em todo atendimento de saúde, os maiores de oitenta anos terão preferência especial sobre os demais idosos, exceto em caso de emergência.’ (NR)

Art. 4º O art. 71 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a vigorar acrescido do seguinte § 5º :

‘Art. 71.

§ 5º Dentre os processos de idosos, dar-se-á prioridade especial aos maiores de oitenta anos.’ (NR)

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2017).

A Lei supra citada vem para reforçar os direitos de atendimento e o de tramitação prioritária aos idosos, o que é conhecido como prioridade da prioridade e, encontra respaldo no princípio da solidariedade do Art. 3º da Carta Magna.

Como discutido ao longo do texto, vale lembrar que estamos questionando se as leis criadas, estão sendo respeitadas pelos entes federados, bem como pela sociedade. A questão é se de fato a criação das legislações são em vigor são suficientes para coibir as ações daqueles que tratam a população idosa como se ela fosse um fardo, algo que imprestável. Fica o questionamento se não está faltando mais efetividade no cumprimento das leis, ao que se refere ao cumprimento da penalidade estabelecida em lei. Talvez se a aplicabilidade fosse feita de maneira mais efetiva, os infratores passassem a sentir o peso da força da lei, respeitando assim os direitos consolidados e ainda desrespeitados! Cabe aqui um momento de indignação.

CONCLUSÕES

O trabalho discorreu sobre as leis que asseguram os direitos das pessoas idosas, em especial o Estatuto do Idoso que visa proteger e garantir os direitos dos longevos, concedendo-lhes os benefícios necessários para a sua qualidade de vida, após longos anos dedicados ao trabalho e ao cuidado de sua prole.

Assim como nas demais fases da vida, a velhice também apresenta faixas etárias com características distintas, nas quais a pessoa vai apresentando uma maior fragilidade, a tal ponto de exigir-se cuidados especiais, visando a garantia do bem-estar da pessoa que a cada ano torna-se mais dependente de outrem.

Os idosos devem conhecer seus direitos como cidadãos para exigir do Estado e da sociedade, o respeito, a dignidade e a consideração que merecem. Destacando que devem participar do processo social, econômico, político e cultural, desempenhando seu papel na comunidade em que vive.

Fato que precisa ser encarado com uma certa urgência é que o Brasil está ficando mais idoso, em um ritmo acelerado. Desta forma, o processo de envelhecimento precisa resultar em conquistas para esse novo perfil de cidadãos, trabalhando na elaboração e fiscalização das leis que asseguram uma qualidade digna aos idosos. Tudo isso exigirá muitos esforços, que tem o intuito de aumentar a longevidade da população, mas com qualidade e dignidade de vida.

Nosso país já conta com um grande número de idosos, então o que precisamos, é saber como cuidar deles e entender que toda a sociedade precisa assumir a sua parcela de responsabilidade na garantia e na aplicação da legislação do idoso. A omissão da sociedade no cuidado aos idosos é recorrente, entretanto, o envelhecimento não pode continuar sendo considerado como doença, mas sim como incapacidade ou até mesmo dependência, se estiver com sua saúde debilitada. Gozando de saúde, nos limites que a idade permite, deve ser considerado um cidadão com plenos direitos.

Dessa maneira, entendemos que todos àqueles, em especial os filhos, que não atendem as necessidades básicas de um parente idoso, não somente de alimentos e saúde, mas também do apreço e da convivência

familiar e social. Parece que esqueceram que também receberam cuidados desde o nascimento, quando também eram frágeis e vulneráveis necessitando tanto quanto seu ente querido hoje, de cuidados 24 horas por dia.

Sem a pretensão de esgotar o debate sobre a temática que trata dos direitos da pessoa idosa e se de fato, estes tem os seus direitos respeitados, consideramos que o povo brasileiro na sua grande maioria traz arraigado em si a ideia de que a pessoa longeva ou é um fardo que carregam, ou cuidam dela por motivos de beneficiar-se de sua aposentadoria. Consideramos ainda que faltam a implementação e a continuidade de políticas públicas, pois o que se nota é uma fragmentação das mesmas de quatro em quatro anos, quando acontece a mudança no governo federal. Entendemos que falta muito para que, tanto a sociedade quanto o Estado, possam efetivamente cumprir o que dispõe no Estatuto do Idoso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vera Lúcia V. **Direitos Humanos e Pessoa Idosa**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2005. Disponível em: http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/_livros/2.pdf. Acesso em: 08 mai. 2020.

ALVES, José Eustáquio Diniz. O mundo com mais idosos do que crianças pequenas a partir de 2019. **EcoDebate**. Rio de Janeiro, Índice da edição n. 3.216, 05 jun. 2019. Disponível em: [https://www.ecodebate.com.br/2019/06/05/o-mundo-com-mais-idosos-do-que-criancas-pequenas-a-partir-de-2019-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/#:~:text=A%20mudan%C3%A7a%20nas%20curvas%20acontece,2019%2C%20para%20cerca%20de%202](https://www.ecodebate.com.br/2019/06/05/o-mundo-com-mais-idosos-do-que-criancas-pequenas-a-partir-de-2019-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/#:~:text=A%20mudan%C3%A7a%20nas%20curvas%20acontece,2019%2C%20para%20cerca%20de%202.). Acesso em: 14 ago. 2020.

BASTOS, Athena. **Estatuto do Idoso**: conheça os principais artigos e direitos envolvidos. SAJ/ADV. 2019.

Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/estatuto-do-idoso/>. Acesso: 10 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm#:~:text=LEI%20No%2010.741%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20

outras%20provid%C3%AAsncias.&text=Art.,a%2060%20(sessenta)%20anos. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.466, de 12 de julho de 2017.** Altera os arts. 3º, 15 e 71 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13466.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** tradução oficial, UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 03 de jun. 2020.

IBGE. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2016.** IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>. Acesso em: 02 de jun. 2020.

IBGE. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. **PNAD Contínua.** 2018. 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: 04 ago. 2020.

JORNAL DA USP. **Em 2030, Brasil terá a quinta população mais idosa do mundo.** 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/em-2030-brasil-tera-a-quin-ta-populacao-mais-idosa-do-mundo/>. Acesso em: 20 de mai. 2020.

KÜCHEMANN, Berlindes Astrid. Envelhecimento populacional, cuidado e cidadania: velhos dilemas e novos desafios. **Revista Sociedade e Estado**, v. 27, n. 1. 2012. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/5643/5136>. Acesso em: 03 de ago. 2020.

MASC, Silvia. O olhar ao idoso no Japão e na China. **Laboratório de Demografia e Estudos Populacionais.** UFJF, MG. 2013. Disponível em: <https://www.ufjf.br/ladem/2013/06/28/o-olhar-ao-idoso-no-japao-e-na-china-por-silvia-masc/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

MENDES, Márcia R.S.S. Barbosa; GUSMÃO Josiane Lima de; FARO, Ana Cristina Mancussi; LEITE, Rita de Cássia Burgos de O. A situação social do idoso no Brasil: uma breve consideração. *Acta Paulista de Enfermagem*. v.18 n. 4 São Paulo. 2005. Disponível em:

<https://www.scielo.br/pdf/ape/v18n4/a11v18n4.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MIRANDA, Gabriella Morais Duarte; MENDES, Antonio da Cruz Gouveia; SILVA, Ana Lucia Andrade. O envelhecimento populacional brasileiro: desafios e consequências sociais atuais e futuras. **Rev. Bras. Geriatr. Gerontol.**, Rio de Janeiro,

v. 19, n.3, p. 507-51, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbgg/v19n3/pt_1809-9823-rbgg-19-03-00507.pdf. Acesso em: 14 ago. 2020.

PAULA, Marcos Ferreira. Os idosos do nosso tempo e a impossibilidade da sabedoria no capitalismo atual. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 126, p. 262-280. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sssoc/n126/0101-6628-sssoc-126-0262.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SILVA, Cirlene Francisca Sales; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Violência Contra Idosos na Família: Motivações, Sentimentos e Necessidades do Agressor. **Psicologia: Ciência e Profissão**. v. 36, n. 3, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pcp/v36n3/1982-3703-pcp-36-3-0637.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

TUTELAS PROVISÓRIAS E SUA EFETIVIDADE EM FACE DA MOROSIDADE DA JUSTIÇA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

Mauricio Morais Garcia
Alex Ribeiro Campagnoli

INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a efetividade das tutelas provisórias de urgência, com efeitos satisfativos, como alternativa para fugir dos males provocados pela morosidade da justiça em relação as ações de medicamentos. Importante salientar que a busca do cidadão pela intervenção judicial, se dá devido ao esgotamento de todos os meios possíveis, sendo este caminho a última alternativa para garantir seus direitos e em alguns casos sua vida.

Assim, primordial expor conceitos acerca das tutelas provisórias e seu instituto, como forma de proporcionar maior celeridade à justiça, diante dos direitos a saúde pública de qualidade, um direito social e dever do Estado.

O instituto das tutelas provisórias surge no ordenamento jurídico com a proposta de acabar com a morosidade da justiça nos casos em que esta traga risco ou perigo aos autores dessas ações, a qual, então, surge como uma medida para acelerar provisoriamente o processo, até que prolatada a sentença, visto que os processos em sua duração normal podem produzir danos irreparáveis ao jurisdicionado.

Estas tutelas tem se mostrado efetivas em diversas áreas do direito, em especial nos casos em que a parte busca socorro em juízo, principalmente pessoas hipossuficientes que necessitam de maior efetividade e celeridade no processo, a fim de vencer a pretensão resistida em outras esferas. Inclusive, a própria Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, LXXVIII, o que também foi reforçado nos termos do artigo 4º, do Código de Processo Civil, a duração razoável do processo, diariamente desrespeitada em nossos Tribunais.

Tratar-se-á da obrigação do estado em arcar com os medicamentos, haja vista que a saúde pública é um direito fundamental do indivíduo garantido na legislação e pela Constituição Federal, que em seu artigo 196 estabelece

ser dever do Estado o desenvolvimento de políticas públicas e métodos que resolvam riscos de doenças, e entende-se também da sua obrigação em fornecer medicação e atender a população neste aspecto (BRASIL, 1988).

Desta feita, verifica-se que os medicamentos são dever do Estado e devem ser fornecidos ao cidadão que possui o direito, com fundamento na dignidade da pessoa humana. Porém, há aspectos para a distribuição dos medicamentos, já que se tem em regra que devem estar registrados na ANVISA, para que assim sejam entregues à população produtos de confiança, mesmo existindo exceções, que devido à autorização do Judiciário, em razão da urgência e do iminente risco à vida, são autorizados o fornecimento sem registro naquele órgão.

1. DA MOROSIDADE DA JUSTIÇA E SEUS EFEITOS

Cabe ao judiciário resolver conflitos que não podem se pacificar através da autotutela, o que se mostra difícil de executar de maneira eficiente, visto à insuficiência de recursos e a má aplicação dos mesmos, junto à falta de servidores em números suficientes para promover uma justiça ágil e eficaz, pois há uma grande demanda, onde milhares de processos ainda aguardam decisão do judiciário e todos acabam afetados pela morosidade da justiça brasileira.

A demora excessiva do processo é uma responsabilidade estatal, tendo em vista que os problemas na prestação jurisdicional é culpa de um sistema com diversas falhas, e traz insatisfação à população, que acaba por sofrer os danos dessa morosidade, sendo, portanto, um problema institucional de anos.

A eficácia da prestação jurisdicional tem sido prejudicada, tanto pela falta de servidores, quanto falta de um sistema capaz de suportar a demanda. Os efeitos se mostram na falta de celeridade nos processos, o que afeta principalmente pessoas de baixa renda que dependem de decisões judiciais, para verem garantidos direitos fundamentais, como a saúde.

Segundo Collmann (1993), a morosidade da justiça não é tema atual, e tem sido um problema desde o início da atual Constituição Federal. Dado os fatos, houve a Emenda Constitucional n.º 45, com intuito de sanar

esse problema, e que acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, que diz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Tem-se, aqui, um princípio constitucional que estabeleceu uma razoável duração do processo, afim de sanar os efeitos da sua morosidade.

Para Torres (2002), a morosidade da justiça está ligada ao gigantesco número de processos incompatíveis ao número de juízes e servidores, essa imensa quantidade de processos prejudica a qualidade e a celeridade da prestação da tutela jurisdicional.

E segue afirmando que:

Em razão disto a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, em seu art. 6º, parágrafo 1º, reconhece “que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.” (Torres, 2002).

Conforme informativo publicado no Conselho Nacional de Justiça por Montenegro (2017, n.p.):

Cada magistrado brasileiro solucionou 1.749 processos, o que equivale a mais de sete ações resolvidas por dia. Juntos, magistrados e servidores atingiram a marca de 30,8 milhões de casos julgados no ano passado – sete anos atrás, o número era de 23,7 milhões de processos. O esforço resultou em um crescimento do número de sentenças e decisões de 11,4% entre 2015 e 2016. Com isso, o índice de atendimento à demanda foi de 100,3%, ou seja, os tribunais baixaram processos pelo menos a mesma quantidade de casos novos apresentados à Justiça.

O que mais afeta o Processo Civil no Brasil, não são em si os prazos processuais, mas sim a quantidade de recursos, que tendem a causar a demora ao processo, algo que evoluiu bastante e teve mudanças com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Visto que o grande problema é a morosidade nos processos judiciais, o estado necessitava de uma maneira de trazer maior celeridade ao

processo, garantindo os direitos humanos fundamentais à população e adotando mecanismo que tornem as decisões judiciais acessíveis e efetivas.

2. DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E SUAS CLASSIFICAÇÕES

A tutela provisória é um instrumento que pode ser concedido pelo magistrado e antecipa, em alguns casos, o mérito em prol de uma das partes, em razão da urgência e prova da existência do direito. Existem duas espécies de tutelas provisórias, sendo elas as tutelas de urgência ou de evidência, que apesar das diferenças, atuam no mesmo sentido antecipatório para conceder a tutela específica ao jurisdicionado. Conceitua GONÇALVES (2019, p. 563):

É inequívoco que ela é uma espécie de tutela diferenciada, em que a cognição do juiz não é exauriente, mas sumária, fundada ou em verossimilhança ou em evidência, razão pela qual terá natureza provisória, podendo ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada. Sua finalidade é ou afastar o perigo a que está sujeita a tutela jurisdicional definitiva, o que ela alcança ou por meio da antecipação dos efeitos da sentença, ou pela adoção de uma medida protetiva, assecurativa, que visa não satisfazer, mas preservar o provimento final, ou redistribuir os ônus da demora na solução do processo, quando o direito tutelado for evidente. Feitas essas considerações, seria possível conceituá-la como a tutela diferenciada, emitida em cognição superficial e caráter provisório, que satisfaz antecipadamente ou assegura e protege uma ou mais pretensões formuladas, e que pode ser deferida em situação de urgência ou nos casos da evidência.

As tutelas provisórias podem ser concedidas liminarmente e conforme Scarpinella (2019) podem ser revogadas e modificadas a qualquer momento, como também concedidas caso veja a necessidade, desde que fundamentadas. Não se pode confundir as tutelas com o julgamento antecipado do mérito, que será analisado apenas quando proferida a sentença de mérito. Contudo, há tutelas que entregam o direito de forma antecipada, ainda que de forma provisória, sendo que as de evidência nada mais são do que o julgamento definitivo.

Estas medidas judiciais cabem em qualquer tipo de processo, tanto de conhecimento, quanto de execução e podem ser concedidas pelo juiz, sendo dele o poder de determinar, conforme norma do artigo 297, do Código de Processo Civil, que assim determina:

O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.” (BRASIL, 2015)

Em relação a este instituto processual, há algumas classificações, sendo elas: tutelas de urgência, como cautelares e antecipatórias, e passando a existir as de evidência, com o intuito de combater danos pessoais e econômicos, como também evitar prejuízos na esfera dos direitos humanos, combatendo a injustiça, logo não se confundindo com as tutelas de urgência.

Conforme os ensinamentos de Gonçalves (2019, p.564) as tutelas tem a função de dar mais efetividade ao processo, visto que a morosidade da justiça traz prejuízos aos que tem menos recursos econômicos de suportar o processo até o final.

Também conceitua Scarpinella (2019, p.460)

É correto entender a tutela provisória, tal qual disciplinada pelo CPC de 2015, como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a *assegurar e/ou satisfazer*, desde logo, a pretensão do autor; até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu.

As tutelas provisórias se dividem em Tutelas de Urgência e Evidência, e como se dão no devido processo legal, Scarpinella (2019) aponta as cautelares como medidas com fim de assegurar o resultado útil do processo, e as antecipadas, aquelas que satisfazem a pretensão do autor desde que tenha direito.

As tutelas de urgência segundo o professor Humberto Theodoro Jr (2018, p.662) “fundam-se nos requisitos comuns do *fumus boni iuris* e

do *periculum in mora*”, ou seja, precisam de um dano potencial, o perigo ao resultado útil ou uma probabilidade do direito.

Devendo se atentar a reversibilidade que pode ser causado devido à tutela, ou seja, quando uma tutela pode causar dano ao réu, conforme Theodoro Jr (2018, p. 665) “o autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A tutela provisória, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra.”

Ao buscar o judiciário a fim de obter medicamentos que deveriam ser entregues pelo Estado, busca-se então uma satisfação de um direito que deveria ter sido amparado e garantido pela administração pública, mas não foi.

Ao se falar de tutelas provisórias de urgência, podemos defini-las em dois diferentes tipos, dentre elas as tutelas antecipadas e cautelares, ambas com o mesmo intuito, mas com uma característica que as diferenciam:

A característica satisfativa é o principal ponto de diferenciação entre as duas medidas, pois na antecipação da tutela, por mais redundante que possa parecer, o juiz antecipa, provisoriamente, em todo ou em parte, os efeitos do provimento final, satisfazendo imediatamente, ainda que de forma precária, a pretensão do autor. O mesmo não ocorre nas medidas cautelares. Nelas o juiz não antecipa os efeitos da tutela (não há satisfação), mas utiliza mecanismos capazes de proteger o provimento final, preservando o bem da vida com providencias acautelatórias idôneas a fim de garantir o resultado útil do processo (ALHO, 2019, p. 3).

No que se refere às tutelas provisórias de urgência, há requisitos para sua concessão, necessitando que haja segundo o Código de Processo Civil, em seu art. 300, o seguinte: “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” (BRASIL, 2015).

Diante dos requisitos do dispositivo antes declinado, nota-se que há de existir um conjunto probatório suficiente a demonstrar para o magistrado o direito suplicado. Já em relação ao risco e ao perigo, embora tenham semelhanças, é importante ressaltar suas diferenças, quanto ao

perigo de dano, nada mais é do que a probabilidade de graves ofensas aos direitos ou ao bem juridicamente protegido, e quanto ao resultado útil do processo, trata-se de um possível obstáculo a efetivação dos direitos do cidadão, seja por conduta de alguma das partes, ou até mesmo mecanismos para impedir a efetivação do direito suplicado na ação.

Já no que se refere às tutelas de evidência, trata-se de uma novidade do Código de Processo Civil de 2015, que emanou da necessidade de maior efetividade da Justiça, para que o processo se torne mais célere, afim de que as partes possuam uma melhor prestação jurisdicional sem risco de ocasionar morosidade, segundo Bodart (2015 apud Silva, 2016, p.1):

[...] a Tutela de Evidência consiste na técnica de distribuição, entre autor e réu, dos ônus decorrentes do tempo do processo, que, baseada no alto grau de verossimilhança e credibilidade da prova documental apresentada, concede ao autor em sede de cognição sumária a tutela jurisdicional quando há demonstração *prima facie* da existência de seu direito, para que a morosidade judiciária não favoreça a parte a quem não assiste razão em detrimento daquele que a tem, transformando o processo numa arma letal contra o detentor de direito evidente.

Para Cunha (2018 n.p.) “diferentemente da tutela provisória de urgência, que pode ser antecedente ou incidental, a tutela provisória de evidência é sempre incidental, sendo requerida na petição inicial, na petição recursal ou em petição avulsa.”

Já para Donizetti (2016, p.501) “qualquer que seja a modalidade de tutela provisória, pode ser requerida tanto pelo autor quanto pelo réu”, ou seja, não é uma modalidade apenas para o autor, mas também para o réu que pode usufruir desta medida.

Desta maneira, a justiça deve atender a população de maneira efetiva, para que não haja riscos aos direitos e garantias fundamentais das partes, trata-se de um mecanismo processual, que se funda na qualidade probatória e nos riscos a efetivação do direito, evitando-se longas batalhas judiciais e a demora na prestação jurisdicional, o que pode se evitar com a concessão antecipada das tutelas específicas.

3. DIREITO À SAÚDE E O DEVER DO ESTADO EM FORNECER MEDICAMENTOS

Não prevalecem dúvidas sobre a caótica situação vivenciada pelo país, no que se refere à saúde pública, o que diariamente culmina nos milhares de processos judiciais. A saúde pública sempre foi um problema que assola o país, dado a real situação, e tendo visto a falta de recursos para atendimento da população, que sempre foi precário.

O dever do estado em exercer o direito à saúde está previsto em nossa Constituição Federal em seu artigo 6º, note: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Como visto, é um dos direitos sociais mais importantes da vida de um cidadão, portanto é uma obrigação do Estado e direito de todos, como podemos ver no artigo 196, da Constituição Federal, que assim estabelece:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Infelizmente grande parte da população não tem condições de efetuar compra de medicamentos e possuir acesso à saúde particular, logo tem recorrido à saúde pública como uma maneira de suprir sua necessidade, entretanto, devido a real situação no Brasil, nem todos conseguem ter acesso a saúde pública no devido tempo, e por isso recorrem a justiça.

Até porque é obrigação do Estado fornecer medicação e tratamentos de saúde adequados a população. No que se refere ao fornecimento de medicamentos, houve recente decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, na qual determinou critérios para fornecimento de medicamentos não contemplado pelo SUS, ou seja, o estado é obrigado a fornecer os medicamentos não contemplados, desde que cumpridos os requisitos.

Ainda segundo aquela Corte Superior de Justiça, os requisitos para o fornecimento são: a comprovação por meio de laudo médico funda-

mentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira de arcar com o custo de medicamento prescrito; e existência de registro na Anvisa do medicamento, conforme podemos extrair da Ementa proferida naquele Recurso Especial, vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a

presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015 (BRASIL, 2018, n.p.).

Como podemos ver, em diversas decisões judiciais, o estado tem obrigação de fornecer a medicação, pois está previsto na Constituição Federal e em diversas leis ordinárias, sem deixar de lado os valores humanos que envolvem a temática, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana e o direito a vida.

Logo, o estado tem o dever de oferecer uma saúde eficaz e que atenda todas as demandas sociais, de acordo com Santos (2018, n.p):

A atuação do Estado deve ser ordenada no sentido de concretizar as políticas públicas e adotar as medidas legislativas cabíveis, assegurando o pleno exercício dos direitos prestacionais pelos cidadãos. Tampouco, alegações relativas à insuficiência orçamentária podem ser apresentadas como forma do Poder Público eximir-se de suas obrigações.

Contudo, nem sempre o Estado cumpre com seu dever, e por isso, é necessária intervenção judicial, já que o brasileiro é carente de saúde e o estado deixa de cumprir sua obrigação, o que faz, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana e respeitar a Constituição, o Judiciário intervir de maneira a obrigar o cumprimento desta obrigação prevista na Magna Carta.

4. TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Com a grande demanda no que diz respeito à saúde pública, a tutela de urgência trouxe grande efetividade nas ações de medicamentos, por

diminuir a morosidade no tramite normal do processo e garantindo em tempo este direito fundamental.

A judicialização da saúde vem aumentando exponencialmente por diversos motivos, dentre eles a falta de efetividade de políticas públicas que garantam os direitos à saúde de forma plena. Tudo se iniciou a partir da Constituição Federal de 1988, conforme explica Barroso (2007, p.14): “[...] a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde”

O judiciário exerce sua principal função que é cumprir as leis e interpretá-las, a fim de assegurar os direitos humanos. Quando tratamos de ações de medicamentos, é importante ressaltar que estamos lidando com diversos aspectos, desde a dignidade humana, a saúde e até a vida, por isso se mostra um assunto complexo e que exige da academia muito estudo e análise acerca do fato.

Ainda segundo Barroso (2007, p. 22):

[...] a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

Ou seja, apesar de existirem leis que respaldam o assunto, respeitando os poderes executivo e legislativo, ainda assim o papel da justiça se faz essencial, visto que a interpretação das leis é papel do judiciário, que deve implementar a Constituição Federal, agindo em prol dos direitos fundamentais.

As tutelas provisórias de urgência por sua vez, tem sua grande importância no cenário atual da justiça, já que sua função é justamente

trazer mais celeridade ao processo, e cumprir as normas constitucionais. Segundo Preve (2019, p. 51):

Assim, quando se trata de saúde, a urgência torna-se evidente, haja vista que quanto maior o tempo para dar início a um tratamento de saúde, mais a situação vai ser agravada, que pode causar grave dano ao paciente, e em muitos casos, dano irreversível.

A esse respeito, em recente decisão o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, ratificou que o fornecimento de medicamentos é dever do Estado e todos os entes federados são responsáveis, vejamos:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE CÂNCER – DECISÃO QUE DETERMINOU A INCLUSÃO DA UNIÃO NO POLO PASSIVO E O DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERADOS – AÇÃO QUE PODE SER PROPOSTA EM FACE DE UM DELES, OU MESMO CONTRA TODOS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA O JULGAMENTO DO FEITO – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. 1. Discute-se no presente recurso eventual necessidade de inclusão da União no polo passivo e o deslocamento do feito para a Justiça Federal. 2. O art. 196 da Constituição Federal impõe ao Estado, lato sensu, o dever de assegurar o acesso universal e igualitário às ações de saúde que objetivem a prevenção, redução e recuperação de doenças. Aliás, é de competência comum, por força do que prescreve o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, que União, Estado, Municípios e o Distrito Federal cuidem da saúde e assistência pública. 3. É possível concluir, forte no Recurso Extraordinário nº 855.178 (Tema nº 793), aliado ao disposto no artigo 275, do Código Civil, a possibilidade de a parte autora demandar contra todos ou alguns dos entes públicos, no que tange às demandas de saúde. 4. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente 5. Agravo de Instrumento conhecido e provido. (BRASIL, 2020).

Logo, por estar intimamente ligado ao direito à vida, o maior bem jurídico a ser tutelado, não há dúvidas do dever do Estado em garantir a preservação da saúde, sem que prevaleça o argumento de escassez de recursos financeiros, nem mesmo com respaldado na habitual alegação da reserva do possível.

A tutela provisória de urgência antecipada mostra-se como o meio ideal para combater a morosidade e efetivar os direitos do jurisdicionado nas ações de medicamentos, por ter a função principal de amenizar os riscos ao resultado útil ou o perigo da demora, desde que se façam presentes os elementos de convicção que evidenciem a probabilidade do direito.

Segundo Borges (2018 n.p.):

[...] é necessário também demonstrar o perigo que a demora na entrega da prestação jurisdicional representa para a efetividade da jurisdição e a eficaz realização do direito, que também é presente nas ações de medicamento, na qual as partes podem ter danos irreversíveis a vida.

Diante disso, desde que não se façam presentes risco a irreversibilidade e estejam preenchidos os requisitos, perfeitamente cabível o pedido da tutela provisória de urgência, com vistas a efetivar a prestação do judiciário e os direitos e garantias fundamentais à saúde, a vida e a dignidade humana, em especial nestas ações que buscam o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde.

5. DIREITO A SAÚDE E RESERVA DO POSSÍVEL

Ao falar de saúde e a obrigação do estado em promover a garantia desses serviços essenciais de assistência médica, vale ressaltar o sempre alegado princípio da reserva do possível, que nada mais é do que o limite da atuação do estado no que se refere a recursos financeiros de orçamento público, por outro lado “de acordo com o artigo 7º, IV, da Constituição Federal, o **mínimo existencial** seria o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental.” (LIMA, 2011, p.1, grifo do autor).

A reserva do possível, não deve ser colocada à frente do direito à vida, conforme é destacado em importante decisão do Supremo Tribunal

Federal, que segundo o Relator Min. Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental No Recurso Extraordinário n.º 938.642/PR, proferiu:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, ‘caput’, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas (BRASIL, 2016, p. 5).

Portanto, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, para que seja feita a escolha mais justa para a causa, ou seja, deve ser comprovada a real necessidade e o perigo de dano à vida, os quais carregam maior importância do que a reserva do possível, que trata apenas de fins financeiros.

CONCLUSÕES

É cediço que as ações judiciais em geral possuem morosidade excessiva, que tornam à celeridade processual algo difícil de ser alcançado, porém a população brasileira não possui recursos próprios que permitam a aquisição de medicamentos, e as ações judiciais tem sido um método efetivo para alcançar este direito à saúde, e o acesso à medicamentos e tratamentos médicos.

Diante disso, é notável que as pessoas se veem obrigadas a recorrer ao judiciário como a única alternativa, em face do momento de crise que assola o país e diante da necessidade de tratar as enfermidades. O que se agrava com os casos de corrupção e a péssima qualidade dos serviços de saúde prestados aos mais pobres.

A pesquisa concluiu que as tutelas provisórias são essenciais neste aspecto, trazendo maior celeridade processual, para que a população alcance de maneira rápida, por meio de tutelas satisfativas, o acesso ao suplicado medicamento ou tratamento médico. Que por ser um dever do

Estado e um direito fundamental e humano, independente ou não está sujeito a reserva do possível.

O estado não pode, portanto, em determinados casos, alegar que não há condições orçamentárias de fornecer os mesmos, visto que a própria Constituição Federal resguarda esses direitos, respaldados por uma necessidade que não pode ser adiável, que é a vida. Logo, é impossível concluir de maneira diferente, pois o Direito à vida é o bem jurídico tutelado de maior importância para o ser humano.

REFERENCIAS

ALHO, Filipe Soares. **A tutela antecipada requerida em caráter antecedente e seus reflexos práticos**. Revista Jus Navigandi. [S. l.], p. 3-3, maio 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74306/a-tutela-antecipada-requerida-em-carater-antecedente-e-seus-reflexos-praticos>. Acesso em: 27 mai. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Rev. Conjur**, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BORGES, Josué Martinho Santos. **Tutela provisória de urgência: uma breve análise de suas peculiaridades. Âmbito Jurídico**, [S. l.], p. 1-1, 1 maio 2018.

Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/tutela-provisoria-de-urgencia-uma-breve-analise-de-suas-peculiaridades/#_ftn5. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em 11 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1657156 RJ 2017/0025629-7. Recurso Especial Representativo De Controvérsia. Tema 106. Julgamento Sob O Rito Do Art. 1.036 Do Cpc/2015. Fornecimento De Medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Possibilidade. Caráter Excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento. Recorrente: Estado Do Rio De Janeiro. Recorrido: Fatima Theresa Esteves Dos Santos De Oliveira. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/>

recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509. Acesso em: 11 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. reg. no recurso extraordinário com agravo 938.642 Paraná. Direito à vida e à saúde. Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial. Fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas carentes. Dever constitucional do estado. Agravante: UNIÃO. Agravado: ESTADO DO PARANÁ e MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Relator: Celso de Mello, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11064105>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. AI: 14071841720208120000 MS 1407184-17.2020.8.12.0000. Ação de obrigação de fazer, fornecimento de medicamento para tratamento de câncer. Decisão que determinou a inclusão da união no polo passivo e o deslocamento da competência da Justiça Estadual, solidariedade entre os Entes Federados. Ação que pode ser proposta em face de um deles, ou mesmo contra todos. Competência Da Justiça Estadual para o julgamento do feito. Agravante: Valdemir de Souza Silva. Agravado: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Des. Paulo Alberto de Oliveira, 23 de Julho de 2020. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/885377083/agravo-de-instrumento-ai-14071841720208120000-ms-1407184-1720208120000>. Acesso em: 15 de ago. de 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único: 5.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COLLMANN, Isabella Maria. **A morosidade no Poder Judiciário** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 11 maio 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46755/a-morosidade-no-poder-judiciario>. Acesso em: 11 mai. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Tutela de evidência. Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/191/edicao-1/tutela-de-evidencia>. Acesso em: 11 mai. 2020.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. 1.588 p

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado: 10ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2019, p. 442.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil: 59. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LIMA, Ernando Gomes Correia. **O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde. Conselho Federal de Medicina**, [S.

l.], p. 1-1, 2 dez. 2011. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46#:~:text=O%20Princípio%20da%20Reserva%20do%20Possível%20ou%20Princípio%20da%20Reserva,do%20trabalho%2C%20ofício%20ou%20profissão. Acesso em: 30 jul. 2020.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Estatísticas mostram evolução do combate à morosidade na Justiça. Conselho Nacional de Justiça, [S. l.], p. 1-1, 4 set. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estatisticas-mostram-evolucao-do-combate-a-morosidade-na-justica/>. Acesso em: 23 set. 2020.

PREVE, LETÍCIA ELIAS. **Judicialização da saúde**: a tutela provisória de urgência como instrumento de efetivação do direito à saúde. Unisul, Tubarão-SC [S. l.], p. 51-51, 24 jun. 2019. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/7705/Monografia%2009-07%20%28versão%20final%20%20RIUNI%29.pdf?sequence=7&isAllowed=y#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20doutrina,aguardar%20todo%20o%20trâmite%20processual>. Acesso em: 29 jul. 2020.

SANTOS, Charlene Cortes dos. O ser humano e sua cidade: o papel do estado na concretização do direito fundamental social à moradia à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, [s. l.], 1 fev. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ser-humano-e-sua-cidade-o-papel-do-estado-na-concretizacao-do-direito-fundamental-social-a-moradia-a-luz-do-principio-fundamental-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 5 jul. 2020.

SILVA, Clarissa Vencato Rosa da. **Considerações sobre a tutela de evidência do novo Código de Processo Civil. Migalhas**, [S. l.], p. 1-1, 13 ago. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/243754/consideracoes-sobre-a-tutela-de-evidencia-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 28 jul. 2020.

TORRES, Ana Flavia Melo. **Acesso à Justiça. Âmbito Jurídico**, [S.I.], p. 1-1, 31 ago. 2002. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/acesso-a-justica/>. Acesso em: 11 mai. 2020.

O DIREITO À ADJUDICAÇÃO NOS CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

João Mateus Silva Leal Furtado
Christiane Lacerda Bejas

INTRODUÇÃO

Buscando suprir os interesses das partes de um contrato, há uma consagração de um ajuste informal ocorrido numa promessa unilateral ou bilateral de conclusão futura de um negócio jurídico. O uso corrente consagrou uma espécie de ajuste informal que atende aos interesses das partes que não podem, ou não querem, vincula-se a um contrato definitivo. Consiste numa promessa, unilateral ou bilateral, de conclusão futura dos negócios jurídicos que reclamam determinado contrato-tipo.

Assim, quem se vê impedido de celebrar uma avença típica, ou quando esta revela-se inoportuna, dando certas condições desfavoráveis ao estipulante, como, por exemplo, a compra e venda que admite o pagamento em múltiplas e sucessivas prestações, modalidade que não aconselha aos interesses do proprietário a transferência do domínio do bem alienado, vale-se, então, de uma promessa, que é, de fato, uma declaração afeta a uma obrigação de fazer, em que se estatui, exatamente, a obrigatoriedade da satisfação da exigência formal requerida pela lei para perfeição do negócio jurídico.

Isso é comum em venda de imóveis, principalmente em lotes de terrenos urbanos, onde o preço se desdobra em múltiplas parcelas de pagamento, as partes fazem um acordo e o vendedor promete realizar a transferência do domínio de um imóvel alienado por escritura pública após o comprador satisfazer a última prestação de pagamento. Em contrapartida, o adquirente compromete-se a realizar o pagamento das parcelas prometidas nos prazos pré-ajustados.

Assim, o compromisso de compra e venda tem regulamentação legal no Decreto-lei n. 58/37, regulamentado pelo decreto-lei n. 3.079/38, com alterações das Leis n. 649/49 e 6.014/73. A Lei n. 6.766/79 regulamentou o parcelamento do solo urbano, derogando essa parte do decreto lei 58/37 relativo aos imóveis urbanos.

É fato que a adjudicação compulsória é um instrumento do decreto-lei nº 58/37, que viabiliza o direito real para aquisição do bem imóvel ao promitente comprador. Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo discorrer sobre o direito à adjudicação nos contratos de promessa de compra e venda.

A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica com consulta em artigos científicos utilizando como palavras chave para pesquisa “direito à adjudicação”, “contrato de promessa de compra e venda” e “adjudicação compulsória”.

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1. Dos contratos

O contrato é a mais comum fonte de obrigação, por suas diversas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico. É uma espécie de negócio jurídico dependendo da participação de duas partes pelo menos.

A palavra *contractus* significa unir, contrair. Não era o único termo utilizado em Direito Romano para finalidades semelhantes. *Convenção*, de *conventio*, provém de *cum venire*, vir junto. E *pacto* provém de *pacis si*, estar de acordo (VENOSA, 2008).

O contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico, podemos definir contrato como o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos (PEREIRA, 1999, p.02).

Segundo Wald (1998, p. 183), “o contrato é um ato bilateral, pois depende de no mínimo duas declarações de vontade, visando criar, modificar ou extinguir obrigações”. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

Conforme entendimento de Gomes (1997, p.10), contrato é “O negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.

Como o contrato traduz um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, para sua celebração exige-se o concurso de duas ou mais pessoas, com a

finalidade de regular seus interesses e que, para isso, a ele se submetem. Assim, o contrato pressupõe necessariamente, intervenção de duas ou mais pessoas, que se põem de acordo a respeito de determinada coisa.

O Código Civil Brasileiro de 2002 disciplina em vinte capítulos, vinte e três espécies de contratos nominados (arts. 481 a 853) e cinco de declarações unilaterais de vontade (arts. 854 a 886 e 904 a 909), além dos títulos de crédito, tratados separadamente (arts. 887 a 926). Contém ainda um título referente às obrigações por atos ilícitos (“Da Responsabilidade Civil”, arts. 927 a 954).

1.2. Função social do contrato

O Código Civil de 2002 procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio da socialidade por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.

Com efeito, o sentido social é uma das características mais marcantes do novo diploma, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Beviláqua. Há uma convergência para a realidade contemporânea, com a revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional, como enfatiza Reale (1999, p. 7): “o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador”.

[...] a função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório. Tal princípio desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros, que não são propriamente partes do contrato, possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos (MARTINS, 2002, p.13-14).

A função social do contrato constitui princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Alia-se aos princípios tradicionais, como os da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam.

1.3. Da promessa de compra e venda de imóvel

A promessa de compra e venda é um contrato onde o promitente-vendedor obriga-se a vender um imóvel pelo valor, condições e modos pactuados, comprometendo-se a outorgar a escritura de compra e venda, ou escritura definitiva quando do adimplemento da obrigação. Tendo a satisfação da obrigação, o promissário-comprador terá direito real sobre o imóvel objeto do contrato.

A promessa de compra e venda pressupõe um cumprimento de obrigações dentro do Código Civil. No artigo 463, CC institui que concluído o contrato preliminar observando o disposto no artigo antecedente, e não constando a cláusula de arrependimento, qualquer uma das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo (RIZZARDO, 1998).

Veja-se o referido artigo:

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinado o prazo à outra para que o efetive.

Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente. (BRASIL, 2002, p. 37-38).

Observa-se que está presente também nas relações de consumo. Assim, é um instituo público, onde a promessa de compra e venda tendo como objeto um bem imóvel intitulado de compromisso de compra e venda. É similar a um contrato preliminar, um pré contrato com objetivo de celebrar a compra e venda de imóvel. O compromisso de compra e venda de imóveis está dentro da modalidade de compra e venda.

O conceito de compromisso segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 631) é definido como:

O compromisso ou promessa irretratável de venda vem a ser o contrato pelo qual o compromitente vendedor obriga-se a vender ao compromissário-comprador determinado imóvel, pelo preço, condições e modos avençados, outorgando-lhe a escritura definitiva assim que ocorrer o adimplemento da obrigação; por outro lado, o compromissário-comprador, por sua vez, ao pagar o preço e satisfazer todas as condições estipuladas no contrato, tem direito real sobre o imóvel, podendo reclamar a outorga da escritura definitiva, ou sua adjudicação compulsória, havendo recusa por parte do compromitente-vendedor ou de terceiros, a quem os direitos deste foram cedidos.

Este contrato é formalizado quando as partes ao mostrar interesse na efetivação do negócio, contudo, por falta de possibilidade de fazê-lo, comprometem-se a efetivá-lo num futuro.

Para Silva (1983), parece bem avaliada a existência do compromisso de compra e venda irretratável no contrato preliminar de compra e venda. A distinção dos dois é que a lei dá ao compromissário no caso de inadimplemento permissão da real aquisição da propriedade do imóvel conforme consta no art. 530, CC.

De acordo com Rodrigues (2020, p. 01),

O compromisso de compra e venda nada mais é do que um contrato preliminar ou compromisso de contrato, tratado nos artigos 462 a 466 do Código Civil. Apesar de ser um contrato dispensável, não obrigatório, é comum ser encontrado em negociações de compra e venda de imóveis com o objetivo de proporcionar maior segurança para as partes no tocante ao preço ajustado e a força de pagamento.

O artigo 462 do CC dispõe que o contrato preliminar exceto quanto à forma deve conter requisitos essenciais ao contrato celebrado, devendo ser observados os requisitos taxativos de validade dos negócios jurídicos dispostos no art. 104 do CC, inc. I e II os quais são: agente capaz e objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Ao que tange no inciso III mostra dispensável, pois uma vez que trata de contrato definitivo. Assim, o compromisso de compra e venda de imóveis, dispensa a escritura pública (RODRIGUES, 2020).

Os poderes inerentes ao domínio por meio do compromisso de compra e venda são transferidos ao compromissário comprador. Nesse sentido, Azevedo Jr (1993) observa que o contrato de compromisso de compra e venda provoca uma obrigação de fazer, gerando um direito real em favor do compromissário comprador. Assim, o vendedor deve entregar o bem e o comprador pagar o preço.

No art. 11 do Decreto-Lei nº 58/37 permite que o compromisso de compra e venda seja realizado por instrumento público e/ou particular. O art. 5º conferiu eficácia *erga omnes* e direito real ao contrato. Veja-se: “A averbação atribui ao compromissário direito real oponível a terceiro, quanto à alienação ou oneração posterior, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa no livro, página e data do assentamento” (BRASIL, 1937, p. 3).

Salienta Venosa (2006, p.513) que:

O art. 15 atribuiu ao adquirente o direito de exigir a outorga da escritura, quando antecipado ou ultimado o pagamento do preço. O art. 16, com a redação dada pela Lei nº 6.014/73, concedeu ao compromissário comprador a ação de adjudicação compulsória, na hipótese de recusa de outorga de escritura, pelo procedimento sumário.

No art. 22 do Decreto-lei nº 58/37, com a redação atual conferida pela Lei nº 6.014/73, adaptadora do atual CPC, mantendo a inovação introduzida pela Lei nº 649/49, dispõe:

Os contratos sem cláusulas de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1937, p. 11).

No artigo 27 da Lei nº 6.766/79 trata do contrato onde a obrigação seja a de concluir o contrato de promessa de venda ou cessão, cuidando do pacto preliminar a outro contrato preliminar (BRASIL, 1979).

No art. 53 do Código de Defesa do Consumidor afirma que:

Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabelecem a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado (BRASIL, 2017, p. 21).

Dessa forma, conclui que o legislador buscou com isso, evitar o enriquecimento de forma injusta.

No Código Civil de 2002 consagrou o direito real do promitente comprador incluindo no rol dos direitos reais. Ficou estabelecido que mediante a promessa de compra e venda, sem cláusula de arrependimento e com o registro no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador o direito real à aquisição do imóvel (RODRIGUES, 2006).

Ademais, no artigo 1.418 destaca que o promitente comprador, titular de direito real pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel (BRASIL, 2002, p. 127).

Assim, nos contratos de compra e venda de imóveis, a falta de registro da incorporação imobiliária não compromete os direitos transferidos ao promissário comprador, os quais podem ter efeitos perante terceiros.

1.4. Da Adjudicação Compulsória

O compromisso de compra e venda é o contrato preliminar onde o promitente vendedor fica obrigado a outorgar a escritura após receber o valor proposto e o promitente comprador a pagar as parcelas convencionadas. Com isso, nasce a ação de adjudicação compulsória como um meio para resolver a renitência do promitente vendedor (RODRIGUES, 2006).

Se violar esse direito, nasce para o seu titular uma pretensão que extingue, conforme art. 189 do CC.

A adjudicação compulsória surge de um contrato de compromisso de venda e compra quitado, sem cláusula de arrependimento e com a

recusa injustificada do promitente vendedor em outorgar o domínio sobre o bem objeto da contratação (RIZZARDO, 1998).

O compromisso registrado dá ao adquirente o direito de sequela, a qual permite reivindicar a propriedade ao cumprir o compromisso exigindo a outorga da escritura pela adjudicação compulsória.

A cláusula de arrependimento exclui a possibilidade de usar o art. 639, CC. A súmula nº 166 do STF estabeleceu-se que: “É inadmissível, o arrependimento do compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-lei nº 58, de 10-12-37.” (STF, 2007).

Assim, se for pactuado a possibilidade de arrependimento em negócio dessa legislação, a disposição será ineficaz.

A Súmula 413 do STF estabelece: “O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais” (STF, 2002).

Já a Súmula 167 dispôs que: “Não se aplica o regime Decreto-lei nº 58, de 10-12-1937, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar o registro” (RODRIGUES, 2006).

Nessa orientação entendia-se que era incabível a adjudicação compulsória do compromisso não registrado. Contudo, atualmente as decisões tiveram mudanças e atenderam aos reclamos da doutrina e de nossa realidade social, a qual inviabiliza o registro imobiliário de grande massa da população. A jurisprudência homogênea do Superior Tribunal de Justiça é, no sentido de prescindir o compromisso de compra e venda do registro imobiliário para possibilitar a adjudicação compulsória (RSTJ 32/309, 25/465, 29/356, 42/407) (TJ-SC, 2016).

Se o título representado pela sentença não puder ser registrado, tendo registro em nome de terceiro, a solução deverá ser exposta, executando como obrigação de fazer.

A promessa de venda gera efeitos obrigacionais, ainda que não formalizada por instrumento particular e não registrada. Mas a pretensão à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrita assim aos contratantes, não podendo prejudicar os direitos de

terceiros, que entrementes hajam adquirido o imóvel e obtido o devido registro em seu nome, no ofício imobiliário. (STJ, 1992).

Assim, a promessa gera obrigação mesmo não formalizada por contrato.

Se for sustentado o entendimento referente à relação meramente obrigacional, tem-se entendido que, se o compromisso particular não registrado não autoriza a adjudicação compulsória, nada impede que o juiz receba a inicial como pedido para exigir cumprimento de uma obrigação de fazer a outorga da escritura definitiva. Se reconhecido esse direito, a sentença produzirá todos os efeitos da declaração não emitida na forma do art. 641 do CPC (1º TACSP, 8ª Câmara, Esp., 452.491 – Praia Grande; Juiz Raphael Salvador) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2006).

Com essa posição assim firmada restam esclarecidas as dúvidas que ocorreram na matéria no decorrer desses anos de vigência das leis em tela. Enfatiza-se, dessa forma, como fazia a doutrina, ser pessoal e não real a natureza da ação de adjudicação compulsória. Nesse sentido se manifesta expressamente Credie (1991, p. 32), definindo-a como:

A ação pessoal que permite ao compromissário comprador, ou ao cessionário de seus direitos à aquisição, ajuizada com relação ao titular do domínio do imóvel – que tenha comprometido vendê-la através do contrato de compromisso de venda e compra se omitiu quanto à escritura – tendente ao suprimento judicial desta outorga, mediante sentença constitutiva com a mesma eficácia do ato não praticado.

Desse modo, já não há que se baralhem conceitos. Essa ação é de natureza pessoal, esteja ou não registrado o compromisso.

O Código Civil disciplinou, nos arts. 462 a 466, o contrato preliminar, consolidando o pensamento da jurisprudência. No entanto, perdeu o atual Código a melhor oportunidade de definitivamente modernizar o direito brasileiro nesse campo. Não havendo cláusula de arrependimento, qualquer das partes pode exigir a celebração do contrato definitivo, assinando prazo para que o efetive (art. 463). Esgotado o prazo referido, o juiz poderá, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente,

conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isso se opuser a natureza da obrigação (art. 464). (BRASIL, 2002).

Nessas premissas, quando pago o preço do contrato, razão nenhuma existe para que uma nova escritura seja lavrada, a chamada escritura definitiva. Há que se procurar simplificar a vida do cidadão, mormente na aquisição de sua casa própria. Somente um interesse exclusivamente cartorial faz persistir no direito brasileiro a necessidade de mais um documento, a escritura definitiva, mormente quando o compromisso de compra e venda se apresenta pago e já registrado no cartório imobiliário. Basta ao legislador permitir que, apresentada a prova do pagamento no registro imobiliário, transforme-se o compromisso em propriedade plena.

No entanto, o legislador brasileiro continua a exigir que seja lavrada uma nova escritura, com toda a dificuldade que acarreta a nova e inútil manifestação de vontade do vendedor, por sua vez já falecido ou de difícil localização.

1.5. Natureza jurídica da ação de adjudicação compulsória

A ação de adjudicação compulsória decorre de uma obrigação juridicamente infungível e descumprida. Representa o *nomen iuris* da ação prevista no Decreto-lei 58, de 10/12/1937, art. 16, com a redação dada pela Lei 6.014, de 27/12/73. Compete ao promitente comprador que pagou o preço, mas teve a outorga de domínio recusada pelo promitente vendedor.

Para Assis (1998, p. 411),

Na verdade, a ação do art. 639 do C.P.C. e a ação de adjudicação compulsória constituem a mesma ação. O que muda é o *nomen iuris*, o que, aliás, é irrelevante para o direito. O que importa é a presença dos elementos da ação (partes, pedido e objeto), afinal, o direito à obtenção do contrato definitivo pertence à órbita do direito material e, neste campo, deve ser investigado e avaliado. O remédio jurídico processual, que eventualmente o veículo, à toda evidência não lhe altera a dimensão outorgada naquele âmbito, nem modifica sua natureza real ou obrigacional.

Quanto à tutela jurisdicional pretendida, a ação é de natureza constitutiva, já que a pretensão é de modificar uma relação jurídica, criando uma nova ordem.

1.6. Obrigatoriedade do registro do contrato

O registro do contrato preliminar serve para dar publicidade ao ato, servindo para dar eficácia *erga omnes* à promessa, e para não alegar desconhecimento do pacto estabelecido.

Orlando Gomes (1999) destaca que a execução do contrato de promessa irrevogável de venda cumpre dois modos, quais seja, pela escritura definitiva de compra e venda e pela sentença constitutiva de adjudicação compulsória.

No primeiro requisito, o promitente comprador deve quitar o preço e exigir que o promitente vendedor lhe transfira a propriedade do bem mediante escritura pública. Os dois devem celebrar essa formalidade a qual passará a transferir o direito de propriedade sobre o bem. No segundo requisito, após quitado o preço, se negar o promitente vendedor a transferir o bem conforme acordado de forma espontânea. Assim, poderá o promitente comprador proceder com a ação de adjudicação compulsória (RODRIGUES, 2006).

No art. 1.418 do CC poderá o promitente comprar se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação compulsória. Nesse sentido há muita discussão sobre a necessidade do registro do compromisso para que se tenha então o promitente comprador o direito de exigir a adjudicação do bem (BRASIL, 2002). E no art. 1.417 do CC trata como requisito o registro do compromisso para que se possa requerer a adjudicação compulsória.

Na prática, o exercício de registra o contrato irá dar publicidade e maior facilidade ao promitente comprador na hora de recorrer à ação de adjudicação, garantindo a preferência face ao promitente vendedor de má-fé (RIZZARDO, 1998).

O compromisso pode ser executado pela execução voluntária, pela execução específica, resolução e pela dissolução por mútuo consentimento (ORLANDO, 2002).

Na primeira situação, a execução voluntária se dá na situação onde quitado o preço pelo promitente comprador, transfere de forma espontânea o promitente vendedor a propriedade do bem. A execução específica refere-se no caso onde é necessário a intervenção por meio de adjudicação compulsória, uma vez que o promitente vendedor se negou a transferir a propriedade. Pela resolução, o promitente comprador não arcou com seu compromisso no pagamento, cabendo ao promitente vendedor por meio da resolução do compromisso. E, na dissolução por mútuo consentimento, as partes em comum acordo tratam por desfeito o compromisso (ORLANDO, 2002).

A Súmula n. 239 do STJ posiciona pela dispensa do registro para que se seja possível a adjudicação compulsória: “O direito à adjudicação compulsória não condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis” (STJ, 2000).

A adjudicação no contrato é possível pois emana de um direito assumido pelo promitente vendedor face ao promitente comprador.

De acordo com Orlando (2002, p. 339),

Quando há adjudicação compulsória, o cancelamento requer mandado judicial. Indispensável também nos parece em caso de resolução. Se a extinção se der por execução voluntária, a transcrição da escritura definitiva acarreta o cancelamento da averbação. Ocorrendo dissolução por mútuo consentimento, cancela-se a requerimento das partes.

Observa-se que o posicionamento majoritário dos tribunais, doutrinadores e jurisprudências sobre o tema defendem que o direito à adjudicação compulsória quando exercida em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro de imóveis. O fato de registrar o contrato somente dará publicidade e maior facilidade ao promitente comprador na hora de recorrer da ação de adjudicação, garantindo a preferência sob o promitente vendedor de má-fé.

CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou analisar o direito à adjudicação nos contratos de promessa de compra e venda.

Uma vez celebrado um contrato, preenchendo todos os requisitos exigidos pela lei, as partes vinculam-se ao mesmo devendo cumpri-lo, pois o próprio ordenamento jurídico traz sanções àquele que não cumpre com o que se obrigou de forma livre e espontânea.

Pelo princípio da força obrigatória dos contratos, cumpri-los incondicionalmente é a regra, mas esta tem exceção, em face de circunstâncias supervenientes, irresistíveis e imprevisíveis, e deste modo, alheias à vontade dos contratantes, fazendo com que não consigam suportar o que fora objeto de sua própria vontade - o contrato.

O compromisso irreatável do ponto de vista jurídico e prático evoluiu a partir do decreto lei n. 58/1937 ganhando um tratamento específico no Código Civil de 1916 onde trouxe proteção ao promitente vendedor que usava o contrato de forma a enriquecer de forma injusta. No novo Código Civil de 2002 admitiu esta modalidade de contrato como direito real e trouxe um tratamento especial no seu escopo.

Assim, verificou-se que o posicionamento majoritário dos tribunais, doutrinadores e jurisprudências são de que o direito à adjudicação compulsória inserido no artigo 1.418 do Código Civil Brasileiro quando exercido em face do promitente vendedor, não fica condicionado ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro de imóveis, como verifica-se na Súmula n. 239 do Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. **Manual do processo de execução**. 5. ed. São Paulo: RT, 1998.

AZEVEDO JR, José Osório de. **Compromisso de compra e venda**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

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/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937.** Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del058.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979.** Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor e normas correlatas.** 2.ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de edições técnicas, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direitos reais.** V.4, 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A ação direta de inconstitucionalidade sobre o regime jurídico de usuário bancário. **Consulex.** Brasília: Editora Consulex, ano VI, n.124, mar.2002.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil,** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano.** 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** v.3. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Marcel André. **O compromisso de compra e venda de imóvel e seus efeitos registraes.** 2020. Disponível em: <https://marcelandre.jusbrasil.com.br/artigos/124427630/o-compromisso-de-compra-e-venda-de-imovel-e-seus-efeitos-registraes>. Acesso em: 8 ago. 2020.

SILVA, Agathe Elsa Schimidt da. **Compromisso de compra e venda no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1983.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 166.** Validade das normas relativas ao direito do promitente comprador. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2448>. Acesso em: 19 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 413.** Jurisprudência do STF e impossibilidade de desapropriação. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4088>. Acesso em: 19 set. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL: REsp 27246 RJ 1992/0023198-5.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/581348/recurso-especial-resp-27246-rj-1992-0023198-5>. Acesso em: 18 set. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n. 239.** Adjudicação compulsória. Compromisso de compra e venda. Registro público. Registro de imóveis. Des-

necessidade. 30 ago. 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/article/download/5713/5833>. Acesso em: 18 set. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Apelação Cível**: AC 9498 SC 2005.000948-8. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6110366/apelacao-civel-ac-9498-sc-2005000949-8/inteiro-teor-12253265>. Acesso em: 19 set. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Processo n. 1.0210.03.013668-8/001. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5896483/102100301366880011-mg-1021003013668-8-001-1/inteiro-teor-12035158?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19 set. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Contratos em espécie**. v.3. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. 13.ed. São Paulo: RT, 1998.

O TROTE UNIVERSITÁRIO NA PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Otávio Augusto Cruvinel Borges
Luiz Henrique Alves Rosa

INTRODUÇÃO

Para melhor conceituar o termo trote, tem-se o entendimento da professora Maria Helena Diniz (1998, p. 643), a qual define o mesmo como sendo: “troça que os estudantes veteranos impõem aos calouros”. Diante do conceito apontado, nota-se que o cerne dos trotes universitários reside em dois grandes núcleos, sendo estes os vocábulos, troça e imposição.

Tal definição por si só já demonstra a desigualdade da relação recém estabelecida, uma vez que o objetivo precípua da aplicação dos trotes consiste na aplicação intencional de atividades que buscam subjugar o calouro, perpetuando a violência institucionalizada no ambiente acadêmico, de modo a demonstrar a formação hierárquica de poder.

Tal situação apenas ocorre por faltar aos calouros meios hábeis de resistência a violência apresentada, uma vez que aos novos estudantes falta conhecimento prático e experiência suficientes para saber como agir, bem como amparo da própria instituição, a qual geralmente se omite em tais situações (CAMILO, 2010).

Tendo em vista a desigualdade apontada, mostrou-se indispensável a pesquisa do tema em questão, uma vez que a princípio fica claro o desrespeito para com os direitos básicos fundamentais elencados na Constituição Federal, bem como os direitos de personalidade. Frisa-se ainda que, uma vez que tais abusos passaram a ocorrer com maior frequência tornou-se necessário analisar tal instituto sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro, já que a referida situação interfere de diversas formas na vida dos acadêmicos, ultrapassando os limites educacionais e institucionais, chegando até mesmo a violar os direitos humanos, mais especificamente os de personalidade, bem como, o contexto histórico e cultural no qual surgiu o trote, bem como seu desenvolvimento e sua chegada no Brasil.

Nesta esteira, serão analisados ainda os possíveis efeitos negativos do trote universitário nos calouros, bem como os bens jurídicos tutelados que podem vir a lesar, como os direitos de personalidade e os demais direitos consagrados pelos institutos humanitaristas. Buscar-se-á ainda delimitar a responsabilidade pelo trote, principalmente em relação à violência institucionalizada, buscando definir os limites de isenção da instituição de responsabilização pela aplicação e pelos desdobramentos do trote.

Por fim, se mostra necessário analisar as possíveis soluções apontadas para o trote, como a criminalização deste ou mesmo a busca de distinção em sua aplicação. Neste ponto, será analisado sob critérios objetivos e práticos a melhor forma para se lidar com o instituto ora analisado.

1. ANÁLISE HISTÓRICA DO TROTE UNIVERSITÁRIO

O trote universitário é uma prática secular, o qual é tratado como uma espécie de rito de passagem, marcando a transição da vida acadêmica inicial para um novo panteão de aprendizagem. Frisa-se ainda que tal situação vigora até o momento sob o pretexto de promover integração entre os acadêmicos de uma mesma instituição.

O trote é um rito de passagem comparado com os de povos selvagens ou mesmo as sociedades secretas antigas, as quais se utilizam de métodos parecidos, entretanto, com objetivos diferentes. Inicialmente, pode se notar que diferentemente do praticado nas universidades, os trotes eram testes onde a pessoa que atingia certa idade, ou possuía interesse em ingressar em alguma sociedade, deveria provar seu valor e ou capacidade para lidar com certas situações (DIAS, 2009).

Historicamente, possuem-se registros de que a prática do trote teve início na Europa, na Idade Média. Neste período os calouros primeiramente tinham suas roupas queimadas e seus cabelos raspados, sob o pretexto de que tal prática diminuiria a disseminação de doenças possivelmente contagiosas. Entretanto, nota-se que a verdadeira preocupação dos veteranos não era com a disseminação de doenças ou congêneres, uma vez que, uma vez que as demais atividades praticadas durante o trote eram de cunho exclusivamente vexatório (DIAS, 2009).

Desde a antiguidade existem relatos de diversas atrocidades praticadas pelos veteranos em detrimentos dos calouros como, podendo tal situação ser observada em documentos emitidos pela universidade de Paris, em 1342, onde os responsáveis pela instituição já demonstravam sua preocupação com a segurança dos calouros, uma vez que desde já vinha sendo exigido aos calouros que raspassem todos seus pelos, bem como, bebessem urina e comecessem excrementos (CAMILO, 2010).

Embora possa-se notar que em diversas culturas exista a figura do trote, no decorrer dos anos diversas foram as formas de aplicação utilizadas, variando muito de acordo com a realidade de cada localidade e os limites impostos por cada sociedade.

Pode-se apontar os trotes aplicados em instituições inglesas que, em decorrência do regime de internato utilizado nas universidades, eram muito menos violentos e lesivos, uma vez que cada docente ficava responsável pela conduta de determinado grupo de acadêmicos, o que aumentava consideravelmente a supervisão por parte da instituição e, conseqüentemente, diminuía as chances dos mesmos praticarem qualquer atividade violenta ou lesiva aos seus colegas (DIAS, 2009).

De maneira semelhante se dá o trote no Uruguai, uma vez que, em análise ao sistema educacional uruguaio, pode-se notar que o ingresso dos estudantes às universidades uruguaias não ocorre através de vestibulares, haja vista não existe número limites de matrículas nas turmas de curso superior, sendo que neste ambiente a função integralizadora dos alunos é cumprida por uma semana cultural, onde se propicia diversos eventos integralizadores (CAMILO, 2010).

Desta forma, fica nítido que existem atividades próprias com a finalidade de integrar os novos estudantes ao ambiente acadêmico e aos demais estudantes, entretanto, tem-se a preocupação com seu bem-estar e sua segurança, motivo pelo qual não se realiza o trote violento ou vexatório.

Por outro lado, os trotes universitários na Alemanha, por parte dos veteranos era violento. O pensamento comum era de que o calouro era, de certa forma, uma espécie de animal selvagem, o qual necessitava de “domesticação”, a qual competia aos veteranos e aconteciam com a aplicação do trote (CAMILO, 2010).

Situação semelhante era a apresenta nas universidades portuguesas, embora não tão violentamente, o trote era para demonstrar o poder hierárquico dos estudantes mais antigos sobre os mais novos (CAMILO, 2010).

Cumprir registrar que a universidade de Coimbra possui fundamental importância para a chegada dos trotes ao Brasil, pelo processo de colonização (VALOIS, 2012). Dessa forma, podemos observar que o trote universitário tem mutações de acordo com cada região.

1.1. Evolução do trote no Brasil

Percebemos que dependendo da região a utilização do vocábulo trote nos remete a demonstração de poder hierárquico ou de um ambiente harmônico entre estudantes antigos para com os novos. Nesse ínterim abordarem nesse tópico a evolução do trote no Brasil.

O trote universitário chegou ao Brasil graças a influência dos estudantes da universidade portuguesa de Coimbra. Entretanto, a grande difusão do trote se deu no curso de direito das universidades de São Paulo e Pernambuco. Tendo em vista que, à época era comum a incorporação de costumes de países europeus como sinônimo de status ou classe, logo a prática do trote se difundiu e ganhou maior abrangência, sendo incorporado nos diversos cursos existentes no país (CAMILO, 2010).

Com isso, as universidades brasileiras sempre foram marcadas pela violência dos trotes, sendo inúmeros os documentos que registram as barbaridades, sendo a primeira morte registrada em 1831, tendo como vítima o estudante Francisco Cunha e Mendes, da Universidade de Direito de Recife (MATTOSO, 1985).

Diferentemente do que se pensa, tais situações abusivas não ocorreram apenas com estudantes que aceitaram passar pelos citados trotes, mas principalmente com acadêmicos que negaram participar ou resistiram as imposições dos veteranos. Como ocorreu em 1971, onde veio a óbito um calouro por espancamento, visto que o mesmo resistiu a aplicação do trote. Posteriormente, no ano de 1980, foi noticiada a morte de outro calouro por espancamento, também por resistência ao trote. Nota-se que a mesma situação voltou a se repetir no lapso temporal de apenas 9

anos, situação que demonstra o descaso da instituição para com a segurança dos acadêmicos, visto que nem mesmo a morte de um aluno foi suficiente para que providências fossem tomadas. Situação semelhante foi a registrada na Universidade de Ensino Superior de Rio Verde-GO em 1990, onde um acadêmico de 23 anos morreu devido a uma parada cardíaca enquanto tentava fugir dos veteranos que tentavam lhe aplicar o famoso trote (CAMILO, 2010).

Ao analisar o trote, percebe que inúmeros casos em que os estudantes terminem com algum tipo de lesão permanente. Isto, sem contar, com os traumas de natureza psíquica.

A exemplo tal situação, no ano de 1993, um estudante deixou a vaga conquistada no curso de engenharia, na UNESP de Guaratinguetá, depois de ter um peso de 7 Kg atado em seus órgãos genitais. Nota-se que na mesma ocasião foram relatadas diversas atrocidades praticadas pelos estudantes, como forçar os calouros a ingerir grama, bem como se banhar no líquido retirado do estômago de um boi ou em lama misturada com estrume. Caso semelhante ocorreu em 1998, quando um jovem foi internado depois de ter sido queimado durante um trote por veteranos da Faculdade de Medicina da PUC-SP, tendo o mesmo ficado gravemente ferido (CAMILO, 2010).

Mesmo com o acontecimento de diversas atrocidades a discussão sobre a legalidade de aplicação do trote ou mesmo sua compatibilidade com os preceitos constitucionais, o debate apenas veio à tona com o caso do calouro, Edson Tsung Chi Hsueh, da Universidade de São Paulo, que morreu afogado durante a realização de um trote em 1999 (CAMILO, 2010).

Destaca-se ainda que tal atividade vem constantemente resultando, em casos extremos, na morte dos participantes, mas com maior incidência em situações menos lesivas, como: intoxicações, perda de audição, queimaduras de terceiro grau, bem como constrangimento e humilhação. Entretanto, outro ponto controverso que pode ser observado é o fato de não haver uma discussão produtiva sobre o tema a nível acadêmico, o que demonstra o total despreparo das instituições para lidar com tal assunto, o que reforça ainda mais tal prática bárbara e primitiva.

2. A PRÁTICA DO TROTE E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E DE PERSONALIDADE

2.1. Definição de direitos Humanos

De acordo com a ONU (Organização das Nações Unidas), os direitos humanos são “direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.” (ONU, 2018).

Desta forma, tem-se que os direitos humanos figuram como gênero, do qual diversos outros direitos irradiam. Uma das espécies que irradiam dos direitos humanos, são os denominados direitos de personalidade, os quais possuem como finalidade proteger a condição de ser humano.

A partir de tal definição, chega-se a conclusão de que as atividades advindas do trote estão sim em dissonância com o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que lesiona diversos bens protegidos do indivíduo.

Com isso em mente, ainda se pode chegar a conclusão de que a norma jurídica possui como destinatário final a pessoa natural, desta forma, faz-se necessário imbuir os indivíduos de determinados direitos, a fim de resguardar alguns aspectos de sua subjetividade e individualidade.

Dentre estes direitos especialmente garantidos ao homem se encontra a proteção a sua individualidade e o direito a manifestação de pensamento e personalidade, bem como os valores pessoais, propriedades privadas, domínio intelectual, seu corpo físico, entre outros de ordem primária (RIBEIRO, 2015).

Entre os direitos essenciais, o que se mostra mais relevante é o direito a vida, tendo em vista ser a vida o bem sensível e indispensável ao ser humano. O mesmo foi consagrado pela constituição federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, o qual prediz, *in verbis*: “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:” (BRASIL, 1988).

Com a constitucionalização do princípio acima citado na Constituição Federal, surgiu para o estado o dever de assegurá-lo em sua integrali-

dade. Desta forma, no momento de sua aplicação deve-se ser observado seus dois preceitos, os quais consistem no direito a permanecer vivo e o direito a viver em certos padrões de dignidade.

Conforme exposto, percebe-se que o mesmo não faz referência a simples manutenção das funções orgânicas do ser humano como vida, mas sim, relaciona uma gama de aspectos que são considerados como essenciais a uma vida digna, sendo assegurado ao indivíduo sua integridade física, psicológica, econômica, política e social.

Com isso, surge a ideia de que cabe ao estado garantir ao cidadão condições mínimas de subsistência, prezando para que o mesmo não tenha sua subjetividade lesada. Neste aspecto, entram em pauta os mecanismos de responsabilização pela prática de ilícitos.

Ainda sobre as condições básicas de vida, faz-se necessário transcrever o que leciona a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 5º, onde se encontra o seguinte: “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, 1948).

No mesmo sentido, em seu artigo 3º, pode-se encontrar o seguinte: “Todo ser humano tem direito, à liberdade e a segurança pessoal.” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, 1948).

Desta forma, em decorrência de tal proteção garantida aos indivíduos, fica vedada a prática de qualquer ação que, de maneira direta ou indireta, lese a integridade física ou mental da pessoa natural, ou mesmo o viole socialmente, politicamente ou culturalmente.

Sobre o tema, Carlos Alberto Bittar (2004, p.209), se pronuncia no sentido de que:

Os conceitos que constituem o núcleo do direito em causa, apartados do complexo da honra, são: a dignidade, o sentimento de valor moral, ou honorabilidade (que repele epíteto desqualificador quanto à higidez moral da pessoa), e o decoro, sentimento ou consciência da própria respeitabilidade (a que repugna o atributivo depreciativo, de ordem psíquica ou física) (com os epítetos de ‘canalha’, ‘animal’, ‘cão’,

no primeiro caso, e 'ignorante', 'burro', 'morfético', no segundo).

Com isso em mente, a fim de agir de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como evitando lesionar os direitos de personalidade, todos deveriam agir de maneira cordial, evitando o uso de palavras, gestos ou mesmo ações em geral que afetem a moral e a integridade de outrem.

2.2. O trote como lesão aos direitos de personalidade

Tendo em vista os textos legais apresentados, bem como o certo posicionamento de Bittar (2004), tem-se que o trote como rito de passagem ou mesmo manifestação cultural, vai em contramão com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como os diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, uma vez que as atividades praticadas durante o trote universitário representam lesões a integridade física e psíquica dos calouros.

Tal fato se dá pelas práticas lá empregadas, uma vez que a própria denominação do calouro como “bicho” atentaria contra sua dignidade, podendo ser considerado como tratamento vexatório ou degradante.

Dentre os direitos a que se restringe a prática do trote, encontra-se o direito a liberdade, o qual prevê que cada indivíduo, desde que possua capacidade para tanto, possui poder de autodeterminação, ou seja, possui competência para determinar o que quer ou não fazer, o que considera como razoável ou não para si.

Ao participar de um trote, o indivíduo vê tal direito mitigado pelos seus iguais, uma vez que é imposto ao mesmo a realização de diversas atividades que podem ser consideradas pelo cidadão médio como sendo intoleráveis e, diferentemente do que se pensa, é retirado deste ainda o direito a desistir da prática de tais atividades, uma vez que conforme demonstrado anteriormente diversas mortes ocorreram em decorrência do calouro arrepender-se e desistir de participar do trote. (BITTAR, 2004)

Desta forma, resta evidente que a prática do trote, em todos seus aspectos, representa o desrespeito com o direito a liberdade consagrado em nossa carta magna, mais especificamente em seu artigo 5º, *caput*, uma vez que retira do indivíduo uma de suas prerrogativas mais básicas, a liberdade.

Nota-se que o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

Diferentemente dos outros princípios tratados que figuravam no *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se insculpido no inciso III, do referido artigo, o qual leciona *in verbis*: “III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;” (BRASIL, 1988).

Para elucidar a questão, transcreve-se o ensinamento de Ribeiro (2015, n.p.):

O ‘tratamento degradante’, por sua vez, ocorre quando há humilhação de alguém perante si mesmo e perante os outros, ou leva a pessoa a agir contra sua vontade ou consciência. Já o ‘tratamento desumano’ é o tratamento degradante que provoca grande sofrimento mental ou físico e que na situação específica é injustificável, impondo esforços que vão além dos limites razoáveis (humanos) exigíveis. Assim, o tratamento desumano, engloba o degradante.

Dessa forma temos, de maneira mais simplista, que tratamento desumano é todo aquele tratamento que de uma forma ou de outra humilha, causa sofrimento, seja ele físico ou mental, ou mesmo exige para sua realização o emprego de esforço excessivo, que fuja dos limites humanos médios.

Entretanto, diferentemente dos princípios já tratados, não basta o cumprimento de simples preceito para que se tenha satisfeito o princípio da dignidade, uma vez que o mesmo é composto de uma série de preceitos a serem observados, e o descumprimento de um único preceito, mostra-se suficiente para que o mesmo encontre-se desrespeitado, não havendo caso de mitigação, mas sim de cumprimento integral ou desrespeito ao mesmo (RIBEIRO, 2015).

Sempre que determinada situação lesionar de alguma forma os direitos básicos do cidadão, há de se falar que houve o desrespeito do princípio da dignidade, uma vez que o mesmo faz referência a todos os

princípios básicos de maneira fragmentada, necessitando do respeito ao ser humano em sua totalidade e em todos os seus aspectos de vida.

Tal a complexidade do referido princípio que, pode-se observar que em determinados casos, quando se obriga determinado indivíduo a praticar ou permitir que com ele se pratique determinado ato, mesmo o ato citado seja permitido em lei, pode ocorrer de que o mesmo desrespeite o princípio da dignidade, como os casos de doação de sangue para os pacientes testemunhas de Jeová. Embora o ato de realizar a transfusão sanguínea seja permitido pela legislação brasileira, devendo a mesma ser realizada nos casos em que for necessária, muito se fala sobre sua legalidade quando realizada pelo profissional sem o consentimento do paciente por crenças religiosas (BITTAR, 2004).

Neste contexto, temos que o trote universitário encontra-se em completo desacordo com o ordenamento jurídico, uma vez que embora venha se escondendo entre preceitos culturais, vem sendo usado para subjugar e humilhar determinada classe, principalmente se observados os resultados de tais atividades, que vão desde traumas psicológicos, até danos físicos irreparáveis e a morte.

3. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO TROTE

3.1. Responsabilização na esfera administrativa

Inicialmente cumpre esclarecer quanto a responsabilização na esfera administrativa. Ao se analisar juridicamente a esfera administrativa é uma das mais simples a ser analisada e isso se deve ao fato de todo o trâmite investigatório e punitivo ocorrer no âmbito infralegal, ou seja, não é de responsabilidade do Estado intervir, mas sim da própria instituição à qual os estudantes estejam matriculados (STRAZZI, 2014).

Na esfera administrativa de responsabilização, há uma maior dificuldade de se delimitar os critérios de investigação e punição dos participantes do trote, muito menos as medidas usadas para analisar o caso em questão, tal fato se dá pois, conforme já explicitados, o processo administrativo fica a cargo da instituição a que são inscritos os estudantes, o que torna todo o processo muito específico, bem como suas sanções.

Em geral, na esfera administrativa, ocorrendo os processos de apuração e ficando confirmado a prática abusiva dos veteranos é aplicado aos mesmos punições, as quais costumam variar de simples suspensões, em casos menos graves e com resultados passageiros, até a suspensão dos alunos envolvidos (STRAZZI, 2014).

Embora as punições variem para cada instituição um fator determinante para impunidade das práticas lesivas resultantes dos trotes é o fato de que a punição do aluno agressor com a expulsão costuma ocorrer apenas em casos de grande repercussão e gravidade, até mesmo pelo fato de não existir legislação nacional que proíba a prática do trote.

Um dos principais fatores a que se deve a impunidade punitiva do agressor na esfera administrativa é a subnotificação da autoridade competente. A falta de notificação formal das autoridades dentro das universidades é um dos maiores empecilhos para se obter justiça nesses casos, uma vez que, geralmente, mesmo notificada a instituição não se tem grande apoio ou preocupação com o acadêmico, portanto, nos casos em que não há notificação formal dificilmente há de se conseguir uma resolução da questão por conta exclusiva da instituição (CAMILO, 2010).

Embora não haja grande preocupação em regulamentar o tema em esfera nacional, algumas universidades estão implementando canais próprios de comunicação para recebimento de denúncias de atos violentos nos trotes, como a USP, que implementou uma linha denominada popularmente como, Disque Trote, para monitoramento de casos de violência ou abusos por parte dos veteranos (STRAZZI, 2014).

3.2. Responsabilização na esfera penal

Como qualquer prática criminosa, os atos praticados durante a realização do trote são passíveis de responsabilização na esfera penal, tramitando como qualquer outro processo criminal, passando pelas fases da investigação até o juízo de valoração dos fatos no momento da sentença proferida pelo juiz. Tendo em vista que tal matéria não se confunde com o objetivo do presente trabalho não serão abordados os tramites que levam a condenação de um possível crime, mas sim os atos praticados e as infrações pelas quais os possíveis agressores podem vir a responder.

A *priori*, encontra-se a ameaça tipificada no artigo 147, do Código Penal o qual prediz *in verbis*: “Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave” (BRASIL, 1940).

Embora o crime de ameaça seja um dos menos lesivos praticados em tais atividades, o mesmo se mostra como o precursor de todas as atividades, uma vez que é por meio de ameaças que o calouro é levado a participar do trote. Temendo por sua integridade física, ou mesmo sua situação social, o calouro acaba tolerando participar das atividades a ele impostas o que acarretam uma série de novas violações (STRAZZI, 2014).

Posteriormente, pode-se analisar o crime correspondente ao artigo 140, qual seja a injúria, o qual é definido pelo Código Penal como sendo: “Artigo 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro” (BRASIL, 1940).

A prática do crime de injúria mostra-se tão intrínseca ao próprio trote que o acompanha de seu início até o último momento. Inicialmente a própria denominação do calouro como “bicho” mostra-se suficiente para a configuração do instituto tratado, uma vez que busca tirar a humanidade do indivíduo, retirando o do status quo humano e inferiorizando, situação que remonta historicamente aos trotes alemães, onde o indivíduo era tratado como animal selvagem a ser domesticado (CAMILO, 2010).

Tal desumanização possui dois objetivos principais, inicialmente demonstrar que o calouro está abaixo de quem o subjuga, demonstrando o poder hierárquico dos veteranos para com os calouros. Tal situação garante dos calouros a obediência necessária para que se possa praticar os atos lesivos pretendidos. Por outro lado, a denominação “bicho” traz a ideia de que aquele com que se pratica atos abomináveis não seja igual a você, não seja sequer humano, o que de certa forma legitima a violência aplicada, já que retira do algoz a empatia necessária para se ter consciência dos limites com os quais se deve agir (RIBEIRO, 2015).

Prosseguindo com a análise das tipificações pertinentes, o artigo 146, do Código Penal, tipifica o constrangimento ilegal e prediz, *in verbis*: “Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade

de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.” (BRASIL, 1940).

Neste artigo encontra-se tipificado a grande maioria das ações que acontecem durante o trote universitário, uma vez que todos as ações a que são submetidos os calouros não se encontram determinados por lei. As ações variam desde a ingestão de bebidas alcoólicas, sejam elas em bom estado para consumo ou não, até mesmo ser exposto em estado de nudez indesejada ou mesmo banhar-se em lama e excrementos.

Primeiramente, o artigo 129, do Código Penal, o qual tipifica o crime de lesão corporal, e preceitua o seguinte: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem” (BRASIL, 1940).

Conforme o referido artigo preceitua, qualquer ofensa a integridade física de um indivíduo ou sua saúde pode configurar o crime de lesão corporal. Desta forma, os cortes de cabelos, por exemplo, mostram-se como ações passíveis de serem considerados lesões corporais, uma vez que existe a diminuição corpórea do agente.

Por outro lado, a ingestão de bebidas desconhecidas ou que não se encontrem aptas a serem consumidas também se mostram passíveis de serem enquadradas como lesão corporal, uma vez que atentem contra a saúde do indivíduo, podendo lhe gerar diversas complicações.

Por fim, faz-se necessário a análise do crime de homicídio como prática dos trotes universitários, o qual encontra tipificado no artigo 121, e seu texto legal leciona: “Art. 121. Matar alguém” (BRASIL, 1940).

Pode-se perceber as barbaridades a que são submetidos os acadêmicos pelo simples fato de ter de analisar o artigo 121, do Código Penal, como possível resultado do trote. Este singelo fato aliado às demais circunstâncias narradas evidenciam que as situações atuais dentro das universidades não encontram em nada de acordo com o preceituado pela lei maior.

Com isso em mente, tem-se que, embora apresentem fundamentação para os trotes violentos a cultura e a tradição ou mesmo a inclusão dos novos alunos ao meio acadêmico, nenhuma tradição que possa resultar na morte de qualquer indivíduo deveria ser praticada ou tolerada por ninguém, principalmente em ambientes como as universidades.

3.3. Responsabilização na esfera civil

Ao se tratar da responsabilidade na esfera civil, tem-se de tratar diretamente dos direitos de personalidade, uma vez que os mesmos se encontram tipificados no Código Civil. Como já citado, os direitos de personalidade protegem o indivíduo de maneira física, psíquica e moral, entretanto, na esfera civil, diferentemente da esfera penal, não se busca a punição do agente, mas sim a reparação do dano sofrido pela vítima (STRAZZI, 2014).

Cumprido ressaltar ainda que para que se invoque a proteção aos direitos de personalidade não há necessidade de efetiva lesão aos mesmos, mas basta a mera ameaça a lesão dos mesmos, o que difere a responsabilização na esfera cível das demais esferas.

Desta forma, em caso de ameaça ou lesão aos direitos de personalidade de determinado indivíduo, surge a vítima do trote o direito de reparação aos danos sofridos, situação conhecida como reparação dos danos morais, conforme preceitua o artigo 927, do Código Civil, o qual aduz: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Necessário faz-se elucidar a diferenciação de ilícito penal, para os atos ilícitos a que faz referência o artigo 927 do Código Civil. Os atos mencionados no referido artigo encontram-se explicitados nos arts. 186 e 187, os quais dispõe, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

Com isso, temos que todas as práticas que vexam ou lesionam alguém, mesmo que exclusivamente a moral, pode ser considerado ato ilícito para o Código Civil e com isso, torna-se passível de responsabilização.

Dessa forma, de acordo com a inteligência dos artigos mencionados, bem como a falta de legislação incriminadora do trote, o mesmo apenas será

ilícito se houver o emprego de violência ou se for aplicado sem o consentimento de algum dos indivíduos que participarem do mesmo. (STRAZZI, 2014).

Nestes casos específicos, surge o direito a reparação do dano, o qual variará de forma conforme se analise o bem efetivamente lesionado. Nos casos de mera ameaça a lesão não haverá o direito de reparação do bem, mas sim uma tutela antecipatória buscando inibir que o ato ameaçado venha a se concretizar. (STRAZZI, 2014).

Nos casos de efetiva reparação, conforme já mencionado, o ressarcimento ocorrerá de acordo com a valoração do bem lesado ou mesmo a possibilidade de reavê-lo ou recuperação nos casos em que há lesão de membro físico do indivíduo, sendo a valoração feita pelo juiz, obedecendo os limites da lei.

Frisa-se apenas que, os trotes denominados como solidários não figuram como figuras ilegais, uma vez que não são empregues atividades ilícitas ou violentadas, a menos que seja empregue pelos veteranos de algum tipo de ameaça, que vicie a vontade do agente de participar, ou coação. (STRAZZI, 2014).

Desta forma, fica evidente que embora o trote represente o problema, o mesmo não figura como em sua totalidade como prejudicial ou repudiável, pelo contrário, o grande problema reside em sua forma de aplicação e na falta de empatia dos veteranos para com os calouros.

CONCLUSÕES

Diante do exposto no presente trabalho, restou evidenciado que o rito de iniciação denominado trote remonta a Idade Média e consiste no emprego de atos de zombaria e exercício de atividades duvidosas impostas dos veteranos em detrimento dos calouros. Frisa-se ainda que tais atividades são promovidas e se sustentam sobre os aspectos históricos e culturais das quais surgiram, em como, na atualidade, pela suposta integração acadêmica que promoveria.

Embora na atualidade o trote encentre-se disseminado por grande parte do mundo, o mesmo teve origem em países europeus, especialmente França e Alemanha, países esses em que ficou marcado os maiores índices de violência histórica na aplicação dos trotes acadêmicos.

Por sua vez, no Brasil, o trote foi introduzido graças a influência das universidades Lusitanas, principalmente a Universidade de Coimbra, tendo a primeira morte registrada em solo brasileiro, por decorrência do trote universitário, ocorrido no ano de 1831, na cidade de Recife (CAMILO, 2010).

Tais situações se mostram irregulares e ilegais, uma vez que significam um atentado direto aos direitos básicos fundamentais, os quais são garantidos a todo ser humano pela sua própria condição de pessoa. Dentre estes direitos especialmente protegidos, encontram-se o direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à autonomia de vontade, à honra objetiva e subjetiva e à dignidade.

Tais garantias encontram-se inculpidas em diversos textos legais, variando desde a constituição federal, até o Código Civil e diversos tratados internacionais e sua violação faz nascer o direito de responsabilização do indivíduo agressor em três esferas de responsabilização, quais sejam as esferas administrativa, civil e penal.

Com isso, pode-se notar que o ordenamento jurídico brasileiro, embora não tipifique a conduta do trote como criminoso, já alberga em sua legislação a condenação dos diversos abusos que podem vir a ser praticados durante a realização de tais atos. Desta forma, a preocupação e o diálogo se fazem necessários para quebrar o paradigma cultural em que o trote violento se encontra e não a simples criação de novos tipos penais incriminatórios.

Desta forma, cumpre ao Estado, bem como as próprias instituições, organizarem meios adequados de repressão ao trote violento, buscando diminuir sua incidência, reforçando, por outro lado, os trotes tidos como solidários, uma vez que os mesmo figuram como uma forma adequada de manter as tradições.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 08 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 11 Abr. 2020.

CAMILO, Andryelle Vanessa. **Do trote universitário como atentado aos direitos da personalidade do acadêmico.** Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4005.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris.** 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

DIAS, Marina. **A origem medieval do trote universitário.** 2009. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/origem-medieval-trote-universitario>. Acesso em: 14 fev. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** V.4, 1ª.ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

MATTOSO, Glauco. **O calvário dos carecas: história do trote estudantil.** 1 ed. São Paulo: EMW Editores, 1985.

O que são direitos humanos. ONU. **ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.** 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

RIBEIRO, Mônica Alves Costa. **O trote na perspectiva dos direitos humanos.** 2015. Disponível em: http://www.comunica.ufu.br/sites/comunica.ufu.br/files/conteudo/noticia/anexo_o_trote_na_perspectiva_dos_direitos_humanos_-_texto_profesora_monica.pdf. Acesso em: 21 fev. 2020.

STRAZZI, Alessandra. **Trote universitário – Responsabilidade dos agressores.** Disponível em: <https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/112788683/trote-universitario-responsabilidade-dos-agressores>. Acesso em: 12 fev. 2020.

VALOIS, Maria Luiza. Globo Universidade. **Tradições acadêmicas com mais de 700 anos de história em Coimbra.** 2012. Disponível em: <http://redeglobo.globo.com/globouniversidade/noticia/2012/02/tradicoes-academicas-com-mais-de-700-anos-de-historia-em-coimbra.html>. Acesso em: 26 fev. 2020.

DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Ellen Cristina Correia de Vasconcelos
Antônio Aparecido Moro Junior

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa dentro da relação de emprego a existência de discriminação ou qualquer forma de violência tanto física ou psíquica contra homossexuais. Expõe parte da legislação que criminaliza atos discriminatórios em razão da opção de gênero, dentro e fora do espaço laboral.

Apesar do crescimento dos estudos que envolvam essa temática, há ainda uma carência de trabalhos especializados que enfoquem a homossexualidade no ambiente de trabalho. O presente artigo se justifica pelo fato de ser um tema de extrema importância, não apenas para compreender as relações sociais oriundas do contrato de trabalho, mas pelo seu valor econômico, social e acadêmico e assim, propor soluções que não visam apenas a tipologia legal sobre o tema

Entender como o preconceito é exercitado e quais situações são mais comuns sua ocorrência torna possível um estudo mais aprofundado para solucionar os conflitos. Esta é uma condição que deverá ser aprofundada em novos estudos, mas que no presente artigo foi possível enumerar os passos iniciais para a eliminação da discriminação.

A criminalização dos atos homofóbicos contribui para inibir as práticas discriminatórias, porém, não é efetiva para eliminar a discriminação velada, oculta e implícita. Assim, apenas a criminalização não é capaz de eliminar as discriminações contra os homossexuais. Soluções inovadoras e estratégias direcionadas a diminuição da violência e preconceito podem ser a melhor saída. Essas ações dependem de uma aplicação integral entre normas jurídicas, ações afirmativas e sociedade participativa.

Empresas procuram constantemente renovação estrutural pautada em conhecimento científico, trabalhos acadêmicos que ampliam o horizonte de

percepção dos empregadores e gestores visando melhor atuação prática da gestão. Logo, este trabalho tem como base a constatação da discriminação da homossexualidade na relação de emprego e visa tratar sobre a efetividade da proteção jurídica à disposição dos homossexuais no contexto laboral.

Por fim, apresenta estratégias e soluções alternativas que não enseja apenas a imposição de leis que criminalizam atos discriminatórios, mas que resultem em condições propositivas e inclusivas aos homossexuais em uma relação que é benéfica para a empresa no sentido da produtividade, criatividade e resultados.

1. A RELAÇÃO DE EMPREGO E A HOMOSSEXUALIDADE

A relação de emprego resulta de um contrato individual de trabalho subordinado, ao qual de um lado temos empregado pessoa física e do outro lado empregador pessoa física ou jurídica. Conforme Leite (2018, p.149-151) “a relação de emprego contém elementos próprios para sua caracterização como a pessoalidade, não eventualidade, subordinação hierárquica e onerosidade”.

O trabalho não tem apenas o escopo de fazer o indivíduo prosperar e adquirir sua subsistência. Há também todo o contexto de inserção da pessoa no contexto social e constitui, na moderna doutrina, como um direito de personalidade, contexto em que se convencionou chamar de valor social do trabalho (GONÇALVES; LOPES, 2013).

Segundo as autoras, a valorização do trabalho humano é um produto da ordem social, é um produto da própria essência do ser humano relacionada com a sua necessidade espiritual. Aquele que não usufrui do trabalho, por opção ou por exclusão, é incompleto na sua dignidade (GONÇALVES; LOPES, 2013).

A homossexualidade ao longo da história humana teve tratamentos diferentes em períodos diversos. Na antiguidade a prática era quase tida como comum, aceita pela maioria, contudo, passou a ser repreendida na Idade Média por influência das ações da Igreja Católica. Já no séc. XIX a sexualidade manifestada entre pessoas do mesmo sexo, era considerado comportamento vergonhoso e na metade do mesmo século essas

práticas começaram a ser repreendidas como desvio de norma, sendo os indivíduos identificados e segregados socialmente. Por muito tempo a homossexualidade foi enxergada como algo anormal, de comportamento indesejado pela sociedade (FOUCAULT, 1988).

A partir do século XX a educação e a ciência propiciaram uma construção cultural da heterossexualidade que a classifica como normal e natural, enquanto taxa de anormal o homossexual. Essa construção cultural fez dos não-heterossexuais uma minoria marginalizada, discriminada e violentada.

O padrão cultural que foi construído estigmatiza toda a forma de comportamento afeminado. Essa reprodução social privilegia as pessoas enquadradas no perfil tido como ideal e excluem os que não seguem a cartilha, inclusive em se tratando de acesso ao emprego. Conforme Siqueira e Zauli-Fellows (2006), no contexto laboral o homossexual constantemente é vítima de piadas homofóbicas e desprezo dos colegas dificultando a socialização. Em regra, não possuem os mesmos direitos e salários dos demais colaboradores da mesma empresa. O preconceito surge a qualquer momento, a partir de qualquer pessoa, em condições implícitas e explícitas, do mesmo círculo social, e se estende ao contexto laboral, envolvendo colegas de trabalho, líderes e gestores.

As barreiras para o crescimento profissional são impostas de formas sutis e implícitas, de modo a impossibilitar o preenchimento de qualquer vaga hierárquica superior como as funções de liderança, chefia, gerência ou executivas.

A discriminação se inicia na fase de contratação dos trabalhadores, onde identificada a opção sexual diferente do padrão social implícito resulta na condição de que o/a homossexual é preferido perante outro candidato. Sanches acredita que, de forma geral:

Ainda existem nas relações de trabalho homossexuais que deixam de ser contratados, são despedidos ou têm sua carreira profissional prejudicada por fatores que se prendem claramente à orientação sexual inferida ou assumida. Este preconceito arraigado na mentalidade heterossexista, ou até mesmo homofóbica de muitos empregadores, não é embasado em qualquer

prova ou fundamento que justifique a atitude discriminatória. (SANCHES, 2006, n.p.)

A dificuldade de acesso ao mercado de trabalho acaba por tornar o homossexual um cidadão de segunda classe, incompleto em sua dignidade. Isso evidencia a necessidade de se investigar se esta condição é um problema cultural/educacional ou falta de proteção legal.

2. A DISCRIMINAÇÃO É RESULTADO DE FALTA DE PROTEÇÃO LEGAL?

A Convenção N. 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem enorme relevância no campo das relações de trabalho e emprego. A Convenção foi promulgada em 1958 e com vigência a partir de 15 de junho de 1960. O Brasil ratificou a Convenção n° 111 da OIT em 1965 sua promulgação ocorreu em 1968 por meio do Dec. N° 62150/68. Dispõe o art. 1° da Convenção 111 da OIT (2019, n. p.):

Art. 1 Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. (Convenção internacional sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e ocupação).

Em 1998 a Organização Internacional do Trabalho adotou a “Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento”, sendo esse documento uma reafirmação universal para o compromisso dos Estados-Membros de respeitar, promover e aplicar os princípios fundamentais e direitos do trabalho, sendo um destes

“a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação” (JUNIOR, 2011, n.p.).

O Brasil desde 2006 firmou perante a OIT um compromisso para o estabelecimento de um Programa Especial de Cooperação Técnica para a Promoção de uma Agenda Nacional de Trabalho Decente que dentre suas prioridades está “gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento” (ILO, 2006, n.p.).

Na realidade ao firmar estes compromissos o Brasil consubstancia os princípios e normas constantes da nossa Constituição Federal em seu Art. 5º, inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Na Carta Magna o trabalho já pode ser qualificado como um direito fundamental, conforme exposto no artigo 5º, inciso XIII nos informa que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão” enquanto um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos sem qualquer tipo de preconceito e atos discriminatórios e o caput do seu art. 5º, estabelece que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, podemos tratar o combate à discriminação no acesso ao trabalho como um dever do Estado, a quem:

Compete programar e implementar as ações necessárias para que syntéleia

e/ou o telos 4 do “homem integral”, na medida de sua dignidade, se aproxime do “pleno emprego”. Pode-se afirmar que fruto de um acordo de vontades expressando a “vontade geral” da nação e tem precedência a qualquer outro dependente da “supremacia do interesse público”. Ou, numa concepção jusnaturalista, tanto se funda na supremacia do interesse público quanto na supremacia do interesse individual que, nesse caso, se impõe porque é vital à estabilidade da ordem social, à soberania nacional e à dignidade da pessoa humana. (GONÇALVES; LOPES, 2013, p. 134)

A legislação brasileira não possui regra específica que trate diretamente da questão relaciona a homofobia e, diante da omissão do Congresso

Nacional em editar lei que criminaliza atos de homofobia e transfobia, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, em 13 de junho de 2019, pela equiparação da homofobia e transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei. 7.716/89), até que haja edição de lei específica pelo Congresso Nacional (BRASILa, 2019).

Isso nos mostra que, embora haja verdadeiro arcabouço legal que, em tese, propicie proteção legal e jurídica à discriminação, a discriminação em relação às pessoas em razão da opção sexual não estava e ainda não se encontra devidamente amparada pela legislação, fato comprovado por esta mais recente decisão do Supremo.

Porém a questão parece não atacar o ponto acerca da discriminação no ambiente laboral e no acesso ao emprego por parte dos homossexuais, haja vista que a referida discriminação se insere num contexto velado e de modo não explícito, em que a negativa na contratação, na ascensão profissional e outros contextos laborativos, nunca são explicitamente fundamentos na condição da opção sexual, porém, implicitamente podem ser identificados.

O texto do Projeto de Lei nº 860, de 2019, em tramitação no Congresso Nacional, parece atacar parte do problema ao prever punição para quem criar obstáculo à promoção funcional em razão do sexo, orientação sexual ou identidade de gênero. Não parece suficiente, porém, para atingir o cerne do problema. (BRASIL, 2019b).

Isto em razão de que as convenções, as normas constitucionais e infraconstitucionais não são suficientes o bastante para combater a discriminação velada, oculta e internalizada na sociedade. Nos dizeres de Souza e Pereira (2013, n. p.)

desnaturalizar e desconstruir o caráter permanente das oposições binárias masculino/feminino e homossexual/heterossexual torna-se fundamental no combate à discriminação, pois somente assim podem-se quebrar as relações de poder que hierarquizam e inferiorizam a mulher e os homossexuais.

Logo, não serão novas leis ou o endurecimento delas que resultará em maior proteção ou eliminação da discriminação de homossexuais nas relações de emprego, haja vista que esta condição está inserida em processo social cultural. Para tanto é necessária uma nova estratégia de atuação que tenha por foco não uma política repressiva, mas sim propositiva.

3. POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS PARA ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO: adoção de práticas e políticas públicas

A priori, em se tratando de sexualidade e opção assexual tem de se ter em mente que o fator assexual é fundamental para o desenvolvimento humano, não podendo o mesmo ser dissociado, naturalmente, da vida humana. Tal situação se dá por diversos fatores, por exemplo, nas épocas mais remotas tal comportamento se dava com a finalidade de procriação, entretanto com o avanço da sociedade a vida sexual ganhou novos contornos, os quais vão desde a busca pelo prazer até a demonstração de afeto (MELLO et al, 2012).

Tendo em vista tal situação, os autores citados acima trazem o seguinte entendimento para compreender os pilares da sexualidade na atualidade:

Para além do universo excepcional de estruturas familiares, educacionais, partidárias ou religiosas mais acolhedoras da ideia de diversidade, hoje vivemos um momento em que a dogmática sexual ainda está constitutivamente associada a um tripé formado pela defesa: a) da associação entre sexualidade, conjugabilidade e reprodução; b) do casal exclusivo e o mais homogâmico possível em termos raciais, classistas, religiosos, educacionais, etc.; e c) de normas de gênero que cartesianamente impõem fenotipia e (auto)representação masculina para homens e feminina para mulheres, respectivamente. Claro que os limites dessa dogmática têm sido sistematicamente redefinidos ao longo da história, estando a sexualidade envolta em complexas lógicas de mercado, disputas políticas e embates morais (MELLO et al, 2012, n.p.).

Tais alicerces em que se fundam a sexualidade, independente de forma ou origem, acabam se manifestando como barreiras ao desenvol-

vimento das formas menos tradicionais de manifestação sexual/afetiva. Situação que ocorre principalmente com os membros da população que compõe a comunidade LGBTQIA+, o que além e equivocado e retrógrado ainda se mostra extremamente prejudicial a sociedade, tendo em vista seu retrocesso, mesmo que a nível social, baseado na ignorância.

Um dos principais problemas trazidos por tal situação é a exclusão de tais indivíduos do normal convívio da sociedade, situação que por vezes os leva a marginalização ou a condição de subumanos, sendo retirado o direito a uma vida digna, bem como demais direitos essenciais. Evidentemente tal situação, por ser tratar de uma questão social, transcende as diversas esferas existentes afetando também a relação empregador/empregado, ou mesmo atuando como Impedimento a contratação de determinado indivíduo por questões particulares intrínsecas do mesmo (MELLO et al, 2012).

Afim de minorar os efeitos de tal segregação e buscando dar efetividade aos direitos fundamentais assegurados a todos na constituição Federal, surge a necessidade de adoção de práticas de conscientização a nível institucional, bem como a adoção de políticas públicas de capacitação profissional para os membros da comunidade LGBTQIA+ (BRASIL,1988). Sobre o tema, lecionam os autores o seguinte:

Nesse contexto, uma questão mostra-se fundamental: o que são políticas públicas para a população LGBT? Organizar eventos que promovam a visibilidade da luta pela garantia da cidadania de pessoas LGBT é uma política pública? Aprovar leis municipais e estaduais que instituem dia do orgulho gay, lésbico, travesti, transexual ou LGBT é uma iniciativa que se materializa em políticas públicas? Criar “cursos de capacitação” sobre direitos sexuais e combate à homofobia, voltados para segmentos profissionais e sociais diversos, constitui uma política pública? A resposta a essas e outras questões, que se reportam a um número significativo de ações hoje promovidas pelos governos federal, estaduais e municipais no âmbito dos direitos da população LGBT, será quase sempre ambivalente. Na maior parte das vezes, tais iniciativas são, menos que políticas públicas de Estado consistentes e de largo alcance, políticas de governo

resultantes da ação e dedicação de um grupo reduzido de gestoras, não estando articuladas, todavia, a instrumentos de planejamento potencialmente capazes de lhes assegurar efetividade, em especial o orçamento público (MELLO et al, 2012, n.p.).

Frisa-se que o intuito da implementação das referidas políticas (públicas e institucionais) é em um primeiro momento a inclusão de uma parcela da população no mercado de trabalho, retirando-os da marginalidade, bem como a busca pela conscientização da população que não se enquadra no referido grupo. Tal situação propiciaria a criação de uma sociedade mais justa e igualitária, pautada pelo respeito às diversidades (MELLO et al, 2012).

Tal concepção tem sido objeto de estudos científicos e a prática tem sido adotada por inúmeros empregadores, gestores e líderes, que têm enxergado na diversidade potencialidade capaz de contribuir para alcançar os objetivos empresariais. Nesse sentido, Hitt, Miller e Colella (2007, p. 6) sustentam que:

As organizações vivem em busca constante de adaptações estruturais que visem a habilitá-las a enfrentar as diversidades do ambiente em que estão inseridas, e a atender as necessidades e aspirações humanas. Os indivíduos, os grupos, as organizações e até mesmo a sociedade como um todo podem beneficiar-se da administração eficaz da diversidade, uma vez que ela permite a inclusão de mulheres e de minorias étnicas e raciais no ambiente de trabalho, e promove uma melhoria no desempenho organizacional a partir da inserção de pessoas com diferentes percepções de mundo e de trabalho.

A formação dos gestores também deve ser direcionada à percepção da inclusão como um fator de diferenciação e vantagem às organizações, de modo a se aproveitar as potencialidades que surgem desta condição.

No planejamento da gestão da força de trabalho deve-se levar em consideração as características individuais de cada pessoa e a condição que a sua “diferença” traz de vantagem para a estruturação da empresa. Poderíamos, por exemplo, considerar a situação de que em determinados aspectos os homossexuais possuem maior flexibilidade de horário e disponibilidade para viagens, transferência entre as sedes etc.

Falta no ambiente laboral incentivo à criatividade dos homossexuais. A criatividade está relacionada aos aspectos individuais, habilidades cognitivas e traços de personalidade e aspectos ligados ao ambiente ao qual o indivíduo interage. Em um espaço de trabalho harmônico, somado aos incentivos corretos podem possibilitar um ganho de produtividade e inovação. Como consequência, trabalhadores comprometidos alcançam as metas propostas pelos gestores com maior facilidade. Nos dizeres de Oliveira e Rodriguez, “As diferentes visões das pessoas são recursos importantes para a geração do pensamento criativo e para a inovação, sendo que o respeito pela diversidade cultural atua como um elemento crucial para que isso ocorra” (OLIVEIRA; RODRIGUEZ, 2004).

Para os autores, a garantia de um processo de diversidade nas organizações bem sucedido ensejaria:

Se já existir a crença de que as pessoas são o recurso mais valioso das organizações, o processo de diversidade avança mais rapidamente; A visão, o compromisso e a participação do líder são mais poderosos do que qualquer declaração por escrito; A sustentação da diversidade se assenta sobre valores que incluem a liberdade, a igualdade e a justiça; O envolvimento de gerentes de todos os níveis é determinante para a implementação de um plano de diversidade; A diversidade deve ser integrada aos processos principais, pois isso assegurará o sucesso em longo prazo; Todos os funcionários devem estar devidamente informados e conscientes da diversidade, sua importância e o papel de cada um para seu funcionamento; A avaliação permanente dos resultados é um componente imprescindível para um programa de diversidade; Investimento em treinamento e capacitação com o objetivo de sensibilizar e motivar as pessoas da empresa para a valorização da diversidade; Contratação e promoção de pessoas com experiências e perspectivas diferentes, recrutando pessoal de formas e fontes diversificadas; Incluir na avaliação de desempenho dos gestores o avanço do processo de mudança quanto à evolução da gestão da diversidade. (OLIVEIRA, RODRIGUEZ, 2004, n.p.)

Nota-se, portanto, que a eliminação da discriminação no contexto laboral depende de um trabalho integrado entre normas jurídicas de

criminalização, ações afirmativas de uma sociedade participativa e, principalmente, do trabalho de modificação do ambiente cultural laboral.

CONCLUSÕES

O estudo analisou os conflitos homofóbicos na relação de emprego, por meio da pesquisa bibliográfica em artigos, livros, sites. Foi possível observar que as relações sociais entre heterossexuais e homossexuais permanece coberta por preconceito, discriminação e violência.

De tudo o que foi exposto podemos afirmar que a discriminação nas relações de emprego está presente no dia a dia dos homossexuais, desde sua contratação e durante o contrato laboral. Essa minoria encontra um nível de vulnerabilidade não apenas no contexto laboral, mas no seio social. Esta condição não está relacionada à eficiência ou não das normas de proteção, mas na repulsa e intolerância que a sociedade tem contra quaisquer hipóteses de diversidade de gênero ou opção sexual diferente. O preconceito pode surgir a qualquer momento dos colegas de trabalho, do líder de equipe, dos superiores hierárquicos, dos executivos ou dos próprios empregadores.

A legislação nacional e internacional apresentada protegem e criminaliza os atos discriminatórios, porém não gera a esperada inclusão social e facilitação do acesso ao trabalho e emprego. Somente a criminalização não modifica a realidade cultural no ambiente de trabalho.

Estratégias alternativas direcionadas a mudar a consciência das pessoas e criar uma cultura livre de estereótipos sobre a homossexualidade, principalmente no contexto laboral, devem ser aplicadas e desenvolvidas e podem se mostrar mais eficazes a longo prazo para romper a barreira da discriminação.

Assim, esta análise apresenta algumas possíveis soluções e aplicações práticas que sugerem a melhoria e otimização de resultado positivo para a organização e seus colaboradores, de modo inclusive a melhorar os resultados empresariais. Seu reflexo não se limita ao mercado de trabalho, pois têm como consequência reflexa não só a mudança cultural do ambiente empresarial como a construção de novos comportamentos sociais no sentido da eliminação das diferenças.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASILa. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão 26 Distrito Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTIA+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (cf, art. 5º, incisos xli e xlii). Requerente: :Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASILb. **Projeto de Lei nº 860, de 2019**. Para punir os crimes resultantes da intolância, discriminação ou do preconceito por sexo, orientação sexual e identidade de gênero. 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7918887&ts=1594030627980&disposition=inline>. Acesso em: 25 ago. 2020.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A.Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2940534/mod_resource/content/1/Hist%C3%B3ria-da-Sexualidade-1-A-Vontade-de-Saber.pdf.

GONÇALVES, Heloisa Alva Cortez; LOPES, Mariane Helena. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. v. 4. n. 2. 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6172858>. Acesso em 9 ago. 2020.

HITT, Michael. A.; MILLER, C. Chet; COLELLA, Adrienne. **Comportamento organizacional: uma abordagem estratégica**. Rio de Janeiro: LTC, 2007. <http://periodicos.pucminas.br/index.php/economiaegestao/article/download/1550/5353>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ILO. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Ministério do Trabalho e Emprego. **Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD)**. Brasília, 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_226229/lang-pt/index.htm%22. Acesso em: 10 ago. 2020.

JUNIOR, Antônio Aparecido Moro. **O trabalho decente no contexto da elevação dos direitos sociais à condição de direitos fundamentais**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 8, n.2, p.71-93, jul./dez. 2011. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/1551/1429>. Acesso em: 05 ago. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo. Saraiva Jur. 2018.

MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. **Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades**. Cad. Pagu, Campinas, n. 39, p. 403-429, Dec. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332012000200014&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 19 out. 2020.

OIT. **C 111 – Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação**. Oit. Brasília. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang-pt/index.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

OLIVEIRA, Ualison; RODRIGUEZ, Martius. **Gestão da diversidade: além de responsabilidade social, uma estratégia competitiva**. 2004. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2004_enegep0707_0034.pdf. Acesso em 10 ago. 2020.

SANCHES, Vanessa Karam de Chueiri. **A discriminação por orientação sexual no contrato de trabalho**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, 2006. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-06-14T103857Z-346/Publico/VANESSA%20SANCHES%20Dto.pdf Acesso em: 10 ago. 2020.

SIQUEIRA, Marcus Vinicius Soares; ZAULI FELLOWS, Amanda. **Diversidade e Identidade gay nas organizações**. In: encontro de estudos organizacionais da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração – ENEO, 2, Porto Alegre. **Anais**. Porto Alegre: ANPAD, 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/gestaoorg/article/view/21552> Acesso 10 ago. 2020.

SOUZA, Eloisio; PEREIRA, Severino. **Reprodução do heterossexismo e da heteronormatividade nas relações de trabalho: a discriminação de homossexuais por homossexuais**. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-69712013000400004&script=sci_arttext. Acesso 10 ago. 2020.

A VIABILIDADE DO USO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE COMO COMPLEMENTAR À RESERVA LEGAL MEDIANTE O NOVO CÓDIGO FLORESTAL

Esleismar de Oliveira Silva
Christiane Lacerda Bejas

INTRODUÇÃO

Este artigo visa possibilitar a compreensão da ampliação do uso das Áreas de Proteção Permanente, usualmente definida como APP's, a fim de complementar as áreas de Reserva Legal, possibilidade essa instituída pelo Novo Código Florestal, mediante o advento da Lei 12.651/12.

Essa legislação foi instituída com a finalidade de regularizar e esclarecer questões referentes às Áreas de Preservação Ambiental e Áreas de Reservas Legais, no que concerne à recuperação das áreas degradadas, além de estabelecer critérios para exploração socioeconômica e sustentável das propriedades rurais.

Percebe-se, que ao disciplinar sobre o tema, há a intenção em promover a função deste ramo, já que o Direito Ambiental trata das interações do homem com a natureza, o que exige o estabelecimento de mecanismos legais para proteção do meio ambiente. No Brasil, foram estabelecidas novas diretrizes de conduta para o Direito Ambiental, com as modificações trazidas pela Lei 12.651/12, a qual revogou o antigo Código Florestal (Lei 4.771/1965).

As alterações implementadas pelo Código Florestal vigente, trouxeram estruturas para assegurar a manutenção do bem-estar ambiental, possibilitando a manutenção da vegetação nativa, recuperação de áreas degradadas, ao mesmo tempo que propicia o desenvolvimento econômico sustentável da área.

No âmbito das legislações apresentadas e demais pertinentes ao assunto, é que dar-se-á a construção da problemática apresentada, ou seja do impacto do novo Código Florestal nas Áreas de Preservação Permanente como complementares da Reserva Legal.

A escolha da temática surgiu devido a necessidade de preservação do meio ambiente, aliadas à necessidade de viabilizar-se áreas de produção para os ruralistas, ou seja, trabalhar a conciliação entre os interesses destas partes, assegurando-se, ao mesmo tempo, o desenvolvimento de um meio ambiente sustentável.

Para construir essa unidade cooperativa, homem/natureza, surge a possibilidade de anexar as Áreas de Preservação Permanente à Reserva Legal, para complementação do percentual necessário, na propriedade rural, o que levanta o debate sobre a efetividade das normas de proteção ao meio ambiente (art. 225, §1º, III da Constituição Federal) versus o direito ao desenvolvimento nacional e o direito à propriedade (respectivamente, art. 3º, incisos II e III e art. 5º, incisos XXII, XXIII, todos da Constituição Federal).

A instituição do Código de Florestal vigente ainda causa embates entre ambientalistas e ruralistas, e continua a ser tema de debate, ainda que já tenha sido declarada a constitucionalidade do art. 15, o qual trata diretamente do assunto a ser abordado no presente trabalho, a respeito do uso das Áreas de Preservação Permanente para o atingir o percentual da reserva legal da propriedade.

A importância desta análise justifica-se para demonstrar os motivos pelos quais foi declarada a constitucionalidade do dispositivo legal, o que se entende como plausível no momento atual, possibilitando a fruição da propriedade, conjuntamente à conscientização sobre a necessidade de utilização do meio ambiente de forma harmônica entre cada um dos entes, produtores e sociedade como um todo, a fim de possibilitar às gerações futuras um ecossistema equilibrado que possibilite a vida em comum.

1. MEIO AMBIENTE E O DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

1.1. Breve histórico sobre o meio ambiente

O Brasil sofreu com a degradação da natureza desde a chegada dos colonizadores em nossas terras, já que era tida como um meio de provimento de seu colonizador, mediante os saques das riquezas naturais que devastaram as florestas nativas.

Com o descobrimento do Brasil, os portugueses, inicialmente, buscavam metais preciosos, e depois de fracassada a busca pelo ouro, iniciaram em 1530 a extração do pau-brasil das florestas brasileiras, sendo esta a primeira atividade econômica desenvolvida neste País. Justificava-se a extração e uso desta matéria-prima em virtude da tinta avermelhada que se originava de sua maceração, a qual possuía grande valor econômico na Europa, segundo descrito no site História do Brasil (RAMOS, 2019).

A partir de então, continuou-se a degradação do ambiente brasileiro através da exploração dos metais preciosos, entre os séculos XVII e XVIII, o que culminou na destruição das margens dos rios, e poluição das águas. No final do século XVIII voltaram-se os olhos à cultura agrícola, com predominância da cultura cafeeira, com predominância no século XIX (ADÃO, 2007).

Foi somente em 1972, após a Conferência de Estocolmo, promovida pela ONU (Organização das Nações Unidas), com outros 113 países, que o desmatamento das florestas brasileiras passaram a despertar atenção mundial, principalmente em razão da vegetação da floresta Amazônica demandar essa importância, em razão de sua contribuição para o clima mundial (DIAS, 2020).

Naquele evento, o governo brasileiro, apesar de já possuir alguma legislação a respeito, não tinha o meio ambiente como um alvo de proteção estatal, de fato. A demanda de atenção para essa seara veio após este encontro. Inclusive, a Constituição Federal de 1988, acabou por consagrar em seu bojo alguns dos preceitos definidos na Conferência retro citada.

Nas legislações vigentes dos dias atuais, percebe-se o caráter protetivo voltado ao meio ambiente, com objetivo de reparar séculos de degradação ambiental, bem como preservar o que ainda existe e sua vegetação nativa em favor do povo. Nos esclarecimentos de Frederico Amado (2013, p. 24), “o meio ambiente possui personalidade fundamental, atribuído ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a vedação ao retrocesso ecológico”.

1.2. O Direito Ambiental no Brasil: evolução e conceito

Como já visto, no período colonial não havia grande interesse pela manutenção da fauna e flora nativas, tendo sido o ambiente natural amplamente degradado pela ação da Coroa Portuguesa. Ainda assim,

alguns embriões de proteção ambiental foram ensaiados na época do Brasil Imperial, tal qual a primeira lei protecionista da floresta que impedia, justamente, a exploração do pau-brasil em 1605, sem autorização real.

Contudo, com a ineficiência da fiscalização, e a demora na penalização, a medida se tornou inócua. A previsão de responsabilização para quem fizesse a extração ilegal veio apenas com o advento do Código Criminal de 1830.

Com a Independência do Brasil e edição de sua primeira Constituição no ano de 1891, havia previsão no artigo 34, XXIX, da responsabilidade da União em legislar sobre suas minas e terras. Em 1934, com o decreto federal 23.793, no artigo 10º, foi estabelecida a competência concorrente da União e dos Estados para proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico e artístico. (CHIARELLI e SOUZA, 2018)

A preocupação decorrente da época foi devido à necessidade de controlar os desmatamentos desenfreados para criação do gado, que ocorreram após a crise da cultura cafeeira. Tais desmatamentos florestais culminariam na escassez de recursos naturais e impulsionamento do êxodo da população da área rural anteriormente ocupada pela vegetação nativa para a cidade, tendo em vista a escassez de recursos naturais para promoção da economia familiar (AHRENS, 2003).

Os movimentos que visavam a preservação ambiental ganharam fôlego no Brasil a partir dos anos 60, e em 1965 foi editada a Lei 4.771, que revogou o Decreto 23.793/34 e passou a legislar sobre as normas relativas à preservação do meio ambiente em propriedades privadas, onde o proprietário rural deveria conservar parte de sua terra, com a finalidade de preservação da vegetação natural através de dois estatutos: Áreas de Preservação Permanente (APP's) e Reserva Legal (RL). A novidade foi a responsabilização dos proprietários pela manutenção das áreas e a obrigatoriedade de recuperação das áreas desmatadas, conforme elencam Débora Chiarelli e Regiane Souza (2018).

Em decorrência das diretrizes traçadas na Conferência de Estocolmo, e com foco em efetivar as disposições assumidas, na década de 80 houve intensa pressão internacional para que o Brasil normatizasse com maior cuidado as questões atinentes ao tema. (DIAS, 2020)

Decorreu daí a primeira legislação que é entendida como o nascimento do Direito Ambiental no Brasil, que ocorreu com a edição da Lei 6.938/1981, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Foi também, criado, a partir da referida legislação, o CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente. (DIAS, 2020)

Em 1988, com a edição da Constituição Federal, consagrou-se a responsabilidade do Estado Brasileiro em comprometer-se com a conservação do meio ambiente, tendo determinando-se a importância da ação da União e de toda a população para a preservação do meio para as presentes e futuras gerações. (DIAS, 2020)

Decorridos 20 anos da Conferência de Estocolmo, ocorreu no ano de 1992 a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Rio-92, onde foram acordadas, para continuidade das ações assumidas outrora, a responsabilidade em adotar-se uma boa gestão dos recursos naturais, sem comprometimento do modelo econômico vigente. Como efeitos mais visíveis da Rio-92, pode-se citar a criação da Convenção da Biodiversidade e das Mudanças Climáticas – que resultou no Protocolo de Kyoto, a Declaração do Rio e a Agenda 21. (NASCIMENTO, 2012)

Em 2011 iniciaram-se as discussões sobre a necessidade de revisão do Código Florestal, já que o regido pela Lei 4.771/65 possuía falhas substanciais na fiscalização das disposições de controle das áreas designadas à preservação ou reserva legal. Em 2012, no mês de maio, foi promulgada a nova Lei 12.652/12, que trouxe como inovação a instituição do CAR (Cadastro Ambiental Rural), um mecanismo para controle e gerenciamento, pelo poder público, das propriedades rurais, no que diz respeito à utilização e ocupação do solo. (CHIARELLI e SOUZA, 2018)

Um mês após a promulgação do Código Florestal atual, ocorreu, também no Rio de Janeiro, a conferência Rio+20, duas décadas após a Eco-92 e quatro séculos após a Conferência de Estocolmo, onde diversos chefes de Estado assinaram compromissos em prol da defesa ambiental. (STEIL e TONIOL, 2013)

Além das discussões sobre a questão da sustentabilidade como fundamento para desenvolvimento e modernização dos Estados, inseriu-se a

necessidade vincular o adjetivo sustentável ao termo de desenvolvimento, incorporando, em seu significado e prática, a erradicação da pobreza, especialmente dos grupos mais vulneráveis da sociedade. Para compreensão do termo, no seu sentido social, o debate sugere-se ir além da questão oficial das Conferências, de modo que seja entendido no contexto exterior, das ruas, campos, onde vive, de fato, a população. (STEIL e TONIOL, 2013)

Diante de toda a evolução deste ramo do Direito, sob a influência de um contexto globalizado, tem-se o Direito Ambiental como um sistematizador, que assegura e protege a natureza, através das leis e dando suporte formal, permitindo o balanceamento de valores e interesses coletivos. (ANTUNES, 2010).

Pode-se concluir, portanto, que o Direito Ambiental visa o estudo do homem junto ao meio ambiente. As preocupações com suas interações e necessidades, fez com que se criassem mecanismos jurídicos de proteção do meio natural, bem como para que se atribuíssem responsabilidades ao detentor de propriedades de parcelas de terras.

Thornton e Beckwith (*apud* ANTUNES, 2010) afirmam que a definição de Direito Ambiental vai depender muito da definição de meio ambiente, pois uma é subordinada à outra. Para os citados autores, as definições de ambiente são extremamente amplas e, portanto, pouco operacionais.

Assim, poderá ser o Direito Ambiental entendido como o conjunto de princípios, regras e valores relativos ao meio ambiente como bem de uso comum do povo. Constitui-se de normas decorrentes do Direito Internacional, da Constituição Federal e da legislação ordinária que regulam atividades potencialmente danosas ao meio ambiente, visando sempre a sua proteção. (WEDY e MOREIRA, 2019).

2. O IMÓVEL RURAL

Para adentrarmos, finalmente, ao tema do estudo, faz-se imprescindível conceituar o que vem a ser o imóvel rural, já que a questão de fundo deste tema versa exatamente sobre essas áreas de preservação dentro do imóvel rural.

Este pode ser classificado em uma forma mais abrangente em quatro espécies, para maior clareza sendo subdivididas em; a) propriedade familiar; b) minifúndio; c) empresa rural; d) latifúndio.

Para o direito agrário a propriedade familiar é aquela que é repassada dos pais aos filhos e esses sucessivamente sobrevivem da terra como fonte de renda, fazendo com que todos trabalhem em função da terra para garantir a sobrevivência em grupo. (OPTIZ, Silvia, 2012; OPTIZ, Oswaldo, 2012)

O minifúndio, por sua vez, é caracterizado pelas pequenas propriedades cujas divisões decorrem de gerações e gerações, pela aquisição de pequenas glebas que não preenchem o módulo rural da região para registro. De acordo com Silvia Optiz (2012) e Oswaldo Optiz (2012), o Estatuto da Terra, em seu artigo 4º, inciso VI, considera como propriedade minifundiária o imóvel rural de área e possibilidade inferiores às da propriedade familiar.

Pelas definições de Silvia Optiz (2012) e Oswaldo Optiz (2012), a média propriedade é aquela que não seja propriedade familiar, para uso e sobrevivência da família, e, nem aquela utilizada para grandes cultivos agrícolas ou pecuários normalmente seu volume ultrapassa aquele estabelecido no módulo rural.

Por fim, o latifúndio, de origem do latim da junção da palavra *latus*, que simboliza largo, grande; com *fundus*, que identifica propriedade com área superior à unidade de cultura, portanto *latifundi* resume-se a vastos campos ou propriedades. (OPTIZ, Silvia, 2012; OPTIZ, Oswaldo, 2012)

3. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

As Área de Preservação Permanente estão conceituadas na Lei 12.651/12, artigo 3º, II, como:

Área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; (BRASIL, 2012)

O artigo 4º da mencionada legislação, afirma que a APP compreende:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular [...]; II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais [...]; III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento; IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica [...]; V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive; VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; VII - os manguezais, em toda a sua extensão; VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a -linha de ruptura do relevo[...]; IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação; X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação; XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado. (BRASIL, 2012)

Essas áreas protegidas, no posicionamento de Frederico Amado (2013), cobertas ou não por vegetação nativa, assim o são em razão da necessidade de sua função ecológica, possuem a função ambiental de preservar recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade.

Existem duas modalidades de áreas de preservação permanente:

a) APP's por força de lei, do art. 2.º; e b) APP's administrativas, do art. 3.º do Código Florestal. No que se refere às APP's legais (art. 2º), uma das espécies mais importantes são as que protegem as *matas ciliares* das águas correntes, como os rios, córregos, riachos etc.

[...] o cálculo de uma APP ocorre pela largura do curso d'água, com fixação da faixa marginal de proteção para cada lado do rio. Estas, cumprem um papel de suma importância junto às margens dos rios para prevenção do assoreamento, além de terem a função de auxiliar na absorção das enchentes. (AMADO, 2013, p. 202, grifos do autor).

No que se refere às APP's do art. 3º do Código Florestal, tem-se aquelas instituídas por ato do Poder Público, administrativamente. Esse ato pode ser um decreto do Chefe do Executivo. A sua criação pode ocorrer nas seguintes hipóteses: a) atenuar erosão das terras; b) fixar dunas; c) formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; d) auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares; e) proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; f) asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; g) manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; h) assegurar condições de bem-estar público. (OLIVEIRA, 2011)

As Áreas de Preservação Permanente, estão protegidas pela lei ambiental. São qualificadas, a amplo modo, como intocáveis pela ação mecânica de uso ou de exploração pelo proprietário da área.

4. RESERVAS LEGAIS

A reserva legal, por sua vez, está definida pelo artigo 3º, III da Lei 12.651/12, é a:

área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa; (BRASIL, 2012)

O instituto visa proteger a vegetação nativa da região, e determina que cada imóvel rural mantenha preservado um percentual mínimo do Bioma na qual a propriedade está inserida, de acordo com o percentual determinado pelo artigo 12, I e II da do referido diploma legal.

Para que seja considerada uma área de reserva legal, é necessário que esta área seja preferencialmente de mata nativa, ou de recuperação conforme a vegetação da região, a fim de impedir-se o plantio com mudas frutíferas ou para extrativismo.

Com o advento do Novo Código Florestal, houve um fortalecimento e compromisso com o meio ambiente brasileiro a fim de garantir a sustentabilidade e preservação das florestas brasileiras, assim também como suas áreas de preservação permanente serão protegidas do uso agrícola ou pecuárias sendo todas demarcadas e cercadas para evitar a degradação junto a essas áreas, esse foi um acordo firmado entre a bancada dos ambientalistas e dos ruralistas. (AMADO, 2013)

No entendimento doutrinário o que se busca é uma compensação caso o bem for atingido pela ação do homem, busca sempre sua reparação da forma mais similar como anteriormente ou pelo menos o melhor possível.

5. O USO DA ÁREA PRESERVAÇÃO PERMANENTE NO CÔMPUTO DA RESERVA LEGAL

Um dos grandes embates entre a bancada dos ambientalistas e ruralistas se deu sobre o tema da reserva legal inseridas nas Áreas de Proteção Permanente – APP. Os protetores do meio ambiente invocavam que a Reserva Legal de cada propriedade fosse demarcada independentemente da parte da área preservação permanente.

Desta forma, a título exemplificativo, uma propriedade com 1000 hectares, teria definida como reserva legal, a depender da região, um percentual que poderia variar de 20% até 80% do total da área em discussão. Daí o embate parlamentar sobre este assunto, posto que a demarcação dessa porcentagem da área como reserva legal, mais as áreas de proteção permanente, inviabilizariam o uso econômico da propriedade, ou seja, esta deixaria de atender sua função social.

Assim os ruralistas e ambientalistas flexibilizaram e aprovaram que a Área de Preservação Permanente pudesse ser computada como Reserva Legal na propriedade, conforme o artigo 15 da Lei 12.651/12.

Frederico Amado (2013, p. 248) esclarece que, não é direito do proprietário ou possuidor definir a localização da área de reserva legal.

O art. 14 do Novo Código Florestal dispõe algumas exigências para aprovação da Reserva Legal.

Destarte, com o atual Código Florestal, via de regra, será possível computar as áreas de preservação permanente no cálculo do percentual da reserva legal, salvo quando implicar novos desflorestamentos, ou quando a área computada não estiver conservada, ou quando estiver em processo de recuperação, e, finalmente, quando o proprietário ou possuidor da terra não postular a inscrição no Cadastro Ambiental Rural - CAR. (MACHADO, 2013).

As Áreas de Preservação Permanente são áreas protegidas por lei e devem obter total proteção tanto do ente estatal quanto do ente particular, uma vez que tais áreas atingem, praticamente, fração de todas as propriedades no Brasil, que é signatário de inúmeros tratados internacionais pelos quais se comprometeu a desenvolver uma política de preservação e conscientização, tanto com a população, quanto para os proprietários destas áreas que necessitam de proteção. (AMADO, 2013)

Como grande parte das propriedades brasileiras não atendiam devidamente os termos das legislações sobre o tema, criou-se então a possibilidade dos proprietários adequarem-se segundo o Código atualmente vigente, o qual promove a proteção do ambiente nativo e natural sem inviabilizar, contudo, a fruição econômica da terra.

Apesar de inovar em alguns aspectos, o Código Florestal instituído pela Lei 12.651/12 foi alvo de várias arguições de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Um dos assuntos, inclusive, foi este que abarca a possibilidade de utilização das áreas de proteção ambiental no cômputo da reserva legal.

Ficou consignado que a compensação prevista pela legislação atual é constitucional. Não obstante tenha sido entendida como desfavorável ao meio ambiente, prestigiou-se a questão da manutenção da propriedade como produtiva, atendendo a sua função social, assim como à necessidade de manutenção da família de seu proprietário, tendo prevalecido, nesta circunstância, o privilégio pelo uso destes, tal qual assinalado pelo ministro Luiz Fux¹, pelo qual “Não é difícil imaginar que a incidência

¹ No julgamento conjunto das ADC 42, e ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937.

cumulativa de ambos os institutos em uma mesma propriedade pode aniquilar substancialmente sua utilização produtiva”. (BRASIL, 2018).

O relator ainda destacou que a mesma Constituição que protege o meio ambiente também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa, o desenvolvimento nacional, a erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, proteger a propriedade, buscar o pleno emprego e defender o consumidor. “O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita, assim, o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento.” (BRASIL, 2018).

Para declarar a constitucionalidade do referido dispositivo legal, o Relator Ministro Luiz Fux levou, também, em consideração, os estudos apresentados pela bancada ambientalista, para a qual, a manutenção do artigo descaracterizaria o regime de proteção das reservas legais, o que constituiria violação ao dever geral de proteção ambiental, à exigência de reparação de danos ambientais e restauração de processos ecológicos essenciais, tudo isso em nítido comprometimento dos mecanismos de proteção. (BRASIL, 2018).

Outrossim, os pareceres apresentados no bojo da ADI 4.901 a fim de corroborar com esse entendimento, foram feitos sem qualquer estudo empírico aptos a demonstrem que as APPs (zonas específicas de manutenção da vegetação como restingas, manguezais e margens de curso d’água) e as áreas de Reserva Legal (percentual da vegetação nativa a ser mantido no imóvel, que pode chegar a 80% da área), se prestem a preservar, cada uma, biomas e ecossistemas distintos. (BRASIL, 2018)

Da leitura do voto referente ao julgamento das ADC 42, ADI’s 4901, 4902, 4903 e 4937, verifica-se que a conclusão à qual chegou o Relator Ministro Luiz Fux foi devida à precariedade dos estudos inconclusivos, bem como pelo vislumbre de que caso não se possibilitasse o uso das Áreas de Preservação Permanente no cômputo das Reservas Legais (eis que caso uma propriedade se enquadrasse no percentual de 80% da área de reserva legal e ainda tivesse que acrescentar o percentual referente às primeiras zonas e proteção), certamente haveria a inviabilização do uso da propriedade até para a família que ali residisse, a qual não poderia utilizar-se do imóvel, obstando totalmente o direito de propriedade (em afronta ao artigo 5º, incisos XXII e XXIII da Constituição Federal) e o

desenvolvimento nacional (art. 3º, incisos II e III da Constituição Federal). (BRASIL, 2018)

Convém mencionar, neste ponto, que o voto proferido pelo Relator Luiz Fux está em consonância, inclusive, com as discussões levantadas anos antes pela Conferência de Rio+20, eis que naquele debate foi estabelecido que a sustentabilidade deve superar as discussões teóricas e ser entendida no contexto de onde efetivamente reside a população, a fim de que possa acompanhar o desenvolvimento dos Estados como meio de erradicação à pobreza, para ser vivida no contexto social. (STEIEL E TONIOL, 2013).

Ademais, para utilização do benefício é requisito que a área de preservação permanente esteja já conservada ou em processo de recuperação. A nova legislação fomenta que tais áreas sejam consideradas de forma contínua, o que tende a ser mais proveitoso tanto para o produtor quanto para o ambiente, já que privilegia o ecossistema ali presente naquela região, em detrimento de áreas fragmentadas com o objetivo único de atender ao parâmetro legal sem observância das questões ambientais, além de não ter concordado com a anistia (perdão) para os produtores rurais que estavam em dissonância com os termos da legislação, obrigando-os a proceder às competentes demarcações das áreas de proteção. (BRASIL, 2018)

A humanidade necessita do Meio Ambiente para sua própria sobrevivência, de modo que é imprescindível o uso desta de forma consciente. Outrossim, nota-se que a legislação vem se construindo de modo a atender, em determinadas épocas, os preceitos da necessidade da população naquele período em que foi instituída, como é, neste momento, o advento da Lei 12.651/12.

Não se olvida que a temática do meio ambiente é um assunto que invoca posicionamentos divergentes entre aqueles que visam a proteção, e entre aqueles que efetivamente manejam as áreas. Contudo, trata-se de questão a ser desenvolvida conjuntamente, mediante a educação de toda a sociedade sobre a importância da preservação do ambiente na qual se vive, a fim de que com sua preservação possam ser atendidas as necessidades da humanidade.

CONCLUSÕES

Em face daquilo que se discutiu no bojo do presente artigo, desde logo podem ser formuladas algumas conclusões, necessárias à compreensão do tema e que poderão servir no futuro para um melhor entendimento entre os ambientalistas e ruralistas a respeito da proteção das áreas de preservação permanente.

Consoante análise história do Brasil Imperial para o Brasil República, verificou-se um avanço no que concerne às questões ambientais, com maior ênfase desde a década de 80, por pressão internacional, inicialmente, mas que depois veio a ser definido como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, tendo o Estado brasileiro adotado medidas para a recuperação das áreas degradadas por séculos de extrativismo desenfreado.

Outrossim, a economia do País em várias regiões dependem, substancialmente, da cultura agropastoril, motivo que invoca o debate frequente entre os representantes dos proprietários das terras, bem como dos protetores do meio ambiente, a fim de que possam viabilizar normas passíveis de cumprimento por todos.

É indiscutível a importância que as atividades desenvolvidas no meio rural, através dos imóveis nessas regiões situados, tem para o desenvolvimento econômico e a consecução de toda a máquina estatal, já que a cultura advinda deste tipo de negócio é o que representa, ainda, grande parte da economia brasileira, a qual deve desenvolver-se conjuntamente com as questões ambientais, em cooperação, não em contraponto, sob pena de inviabilizar o funcionamento da própria máquina pública, e, por conseguinte, fiscalização das medidas definidas pela legislação.

É certo que a legislação atual não resolve toda a questão do meio ambiente, e padece de fiscalizações efetivas, outrossim, a elaboração do referido diploma legal visa, justamente, possibilitar o uso dos imóveis rurais conforme sua função social, possibilitando que daí se usufrua do proveito econômico conjuntamente com a preservação da área e ecossistemas da área em que estão inseridas as propriedades.

Assim, podemos afirmar que as medidas definidas pelo Código Florestal vigente, nos sentido de permitir o uso das APP's no cômputo das

Reservas Legais da propriedade, preenchidos os requisitos legais, atende à necessidade atual da população, já que não se pode refutar a importância que a produção agropecuária tem para o desenvolvimento econômico deste País, contribuição esta que, junto às demais atividades econômicas exploradas na Nação, possibilitam a continuidade do funcionamento da máquina estatal, ainda que não nos moldes ideais previstos pela Constituição Federal.

Há que ser analisado o contexto atual e social da população, na qual vigora o Código Florestal atual, sendo que neste momento, atende aos preceitos do desenvolvimento, e prima, ainda, pela preservação, ainda que não nos moldes ideais, tanto é, que o Ministro Luiz Fux, em seu voto pela constitucionalidade do artigo 15 da Lei 12.651/12, assim o reconhece, mas conclui que é o necessário para o momento econômico e social atual do País.

REFERÊNCIAS

ADÃO, Nilton Manoel Lacerda. **A Degradação Ambiental No Brasil Colônia: Relatos Para Reflexões Contemporâneas**. 2017 – ISSN 1678-0701. Artigo disponível em: <http://www.revistaea.org/artigo.php?idartigo=477>. Acesso em: 10 ago. 2020.

AHRENS, Sergio. **O “Novo” Código Florestal Brasileiro: conceitos jurídicos fundamentais**. In: Congresso Florestal Brasileiro, 8. São Paulo: Sociedade Brasileira de Silvicultura, 2003.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquematizado**, 4^a ed. São Paulo: Método, 2013.

AMBIENTE. In: **DICIO**, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/ambiente/>. Acesso em: 20 set. 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

BATMANIAN, Garo. **Brasil – Cinco séculos de destruição ambiental**. Revista ECO 21, Ed. 45, Mar.-Abr., 2000. Artigo disponível em: <http://www.eco21.com.br/textos/textos.asp?ID=665>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Lei no 4.771, de 15 de setembro de 1965**. Dispõe sobre o Código Florestal. Brasília: Presidência da República, 1981. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4771-15-setembro-1965-369026-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 ago. 2020.

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

providências. Brasília: Presidência da República, 1981. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-6938-31-agosto-1981-366135-norma-pl.html>. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n.12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12651-25-maio-2012-613076-norma-pl.html>. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória De Constitucionalidade 42 Distrito Federal**. ADC 42/DF. Brasília, DF. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-codigo-florestal.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CHIARELLI, Debora; SOUZA, Regiane. **Breve relato sobre história do Direito Ambiental Brasileiro**. Site Migalhas, 11 jun. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/281550/breve-relato-sobre-historia-do-direito-ambiental-brasileiro>. Acesso em: 11 ago. 2020.

DIAS, Thiago dos Santos. **A Conferência de Estocolmo – 1972 Para o Direito Ambiental do Brasil**. Site Âmbito Jurídico, 01 jun. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-internacional/a-conferencia-de-estocolmo-1972-para-o-direito-ambiental-do-brasil/>. Acesso em: 11 ago. 2020.

RAMOS, Jefferson Evandro Machado. **Descobrimento do brasil**: história do Brasil. Site História do Brasil Net, 30 jun. 2005. Disponível em: <https://www.historiado-brasil.net/descobrimento/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

FRANCO, José Luiz de Andrade. A história ambiental no Brasil e os seus clássicos. **Soc. estado**. Brasília, v. 18, n. 1-2, p. 389-394. 2003 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922003000100018&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 ago. 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro** 13^a Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). **Novo Código Florestal**: Comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, à Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012 e ao Decreto 7.830, de 17 de outubro de 2012. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 180-185.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. **Estud. av.**, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142012000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 set. 2020.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves. **Direito Ambiental Difusos e Coletivos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

OPTIZ, Silvia C. B. OPTIZ, Oswaldo. **Curso completo de Direito Agrário**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHONARDIE, Elenise Felzke. **Dano ambiental: a omissão dos agentes públicos**. 1ª Ed. Passo Fundo: UPF Editora, 2003.

STEIL, Carlos Alberto; TONIOL, Rodrigo. Além dos humanos: reflexões sobre o processo de incorporação dos direitos ambientais como direitos humanos nas conferências das Nações Unidas. **Horiz. antropol.** (online), Porto Alegre, v. 19, n. 40, p. 283-309, Dec. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832013000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso em 20 set. 2020.

WEDY, Gabriel; MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Manual de Direito Ambiental: de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA: PROTEGE OU PUNE O MEIO AMBIENTE CONTRA AS AÇÕES HUMANAS?

Caroline Vitória Vieira de Paula
Sueli da Silva Aquino

INTRODUÇÃO

Um olhar sobre a história da humanidade mostra que a natureza tem sido onipresente em todas as fases da evolução da espécie humana; sendo o homem o único animal capaz de modificar as condições naturais de um determinado ambiente para satisfazer as suas necessidades, desde as mais simples até as mais complexas. Dentre elas, podemos citar o uso do solo para produzir alimentos, para a construção de moradias, dos mananciais hídricos para saciar a sede bem como em todas as atividades desenvolvidas diariamente, quer sejam no campo ou na cidade. Como podemos notar a interação do Homem com o meio ambiente vem desde os primórdios da humanidade. Durante todo o processo civilizatório, a escolha para a fixação de novas comunidades, acontecia sempre as margens de um rio, tal a importância que este recurso natural representa para a manutenção da vida.

Denominamos de meio ambiente os lugares onde é possível o desenvolvimento da vida dos seres vivos e não vivos. De acordo com o artigo 3º, inciso I, da Lei 6.938/81 “meio ambiente é 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). O homem utiliza o meio ambiente com a finalidade de explorar diversos tipos de atividades que permitam o seu conforto, utilizando cada vez mais a Ciência e a Tecnologia. Nesse contexto, a preocupação ambiental deve ser de suma importância para promover o desenvolvimento de maneira sustentável; mantendo a relação homem e natureza em equilíbrio, cientes de que somos apenas um elo na cadeia ecológica da vida como um todo.

Abordando a questão da extração de minérios do solo por meio de perfuração, destacamos que esta prática é utilizada mundialmente e, muitas

vezes de maneira intensiva, causando danos ambientais, bem como para as pessoas que trabalham ou moram no entorno de tal atividade, podendo comprometer a qualidade daquele habitat por décadas ou centenas de anos.

Destacar-se-á nesse trabalho com maior ênfase a interação do ser humano com o meio ambiente natural e modificado, bem como explicar sobre algumas leis ambientais e por fim abordar brevemente sobre o acidente ocorrido em Brumadinho, MG, em que uma barragem de rejeitos de minérios no Brasil causou sérias consequências ao meio ambiente no sentido amplo da palavra. Assim, algumas hipóteses foram levantadas ao longo da pesquisa, tais como: As tragédias estão se tornando cada vez mais comuns devido às irresponsabilidades dos empreendedores? O descumprimento das leis ambientais são o motivo das tragédias causadas ao meio ambiente e seres vivos? A falta de fiscalização e aplicabilidade das leis ambientais são a grande razão dos acidentes?

A relevância do trabalho está em afirmar que a Legislação Ambiental brasileira é uma das mais bem elaboradas do mundo, porém a questão é analisar se tais leis tem cumprido a sua função que é salvaguardar o meio ambiente e os seres vivos, inclusive o homem. E para sustentar este diálogo destacamos que o Direito Ambiental aborda os princípios da precaução e do poluidor-pagador/responsabilização para prevenir danos ao meio ambiente.

O procedimento metodológico foi realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica, o que permitiu a reflexão a partir das análises de notícias midiáticas, artigos científicos e leis, que embasaram a discussão na construção de uma visão mais holística, a respeito dos impactos negativos causados tanto ao homem quanto ao meio ambiente. O trabalho teve como objetivo analisar e discutir sobre os impactos antropogênicos oriundos das atividades humanas que causam danos ao meio ambiente devido ao comportamento capitalista de produção e de consumo, que exigem do ambiente muito mais recursos do que este é capaz de gerar em tempo hábil.

1. UM POUCO DA HISTÓRIA DO HOMEM E SUA INTERAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE

A grande história nos conta que os seres humanos ao longo de suas jornadas pela posse de terras para fixar-se, deixando o nomadismo e tor-

nando-se gregários, fundou desde pequenos clãs até as grandes metrópoles contemporâneas, para plantar, criar animais, construir moradias, indústrias etc., não se preocupavam com meio ambiente. Porém, com o passar dos séculos de exploração dos recursos naturais uma parte das pessoas passaram a se preocupar com os danos causados ao meio ambiente natural e modificado, e conseqüentemente com a qualidade de vida, surgindo os primeiros estudiosos a questionarem os problemas ambientais que cresciam pelo mundo, propondo soluções para minimizar ou recuperar o meio ambiente.

Pelo exposto acima, notamos que ao longo da saga humana, podemos dizer que a exploração dos locais em que se formaram as primeiras civilizações, sempre foi de maneira hostil para com o meio ambiente. Hoje, é mais do que verdade que nenhum dia passa sem se falar sobre crise ambiental e expressões como erosão do solo, poluição atmosférica e aquática, extinção de espécies, o buraco na camada ozônio, o efeito de estufa e as alterações climáticas se tornaram cada vez mais presentes na pauta das discussões. A luta pela proteção ambiental começou a ser firmada por meio de acordos, tratados, princípios e leis firmados entre diversas nações com o mesmo propósito: reconhecer como dever fundamental, cuidar do meio ambiente como bem de uso comum para todos os seres vivos do planeta.

Nos anos de 1960, o homem começou a verificar uma acentuada queda na qualidade de vida oriunda da degradação ambiental. Em 1962 a jornalista Rachel Carson em *Primavera Silenciosa*, relatou uma sequência de desastres ambientais ocorridos em vários lugares do mundo, causados em grande parte pelo setor industrial. Depois da leitura da repercussão deste livro houve uma inquietação por parte de pesquisadores no âmbito internacional (DIAS, 1991). A partir de então começaram a ser realizadas Conferências Ambientais com representantes de diversos países com o propósito de discutir sobre a criação de projetos para um desenvolvimento sustentável, no qual o crescimento econômico estaria aliado com a preservação ambiental.

Em 1972, em Estocolmo, Suécia, a Organização das Nações Unidas (ONU) realizou a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, criou um Manifesto Ambiental com a intenção de “inspirar e guiar os povos do mundo para a preservação e a melhoria do ambiente humano”. Criou-se então o Programa das Nações Unidas para o Meio

Ambiente (PNUMA), principal autoridade global em meio ambiente (EM DISCUSSÃO!, 2012). Neste ano, discutia-se a crise atual e futura da humanidade e o Brasil se posicionou de maneira contrária ao movimento vigente, afirmando que o país não se importaria em pagar o preço da degradação ambiental. Em um cartaz o governo brasileiro anunciava “Bem-vindos à poluição, estamos abertos para ela. O Brasil é um país que não tem restrições. Temos várias cidades que receberiam de braços abertos a sua poluição, porque o que nós queremos são empregos, são dólares para o nosso desenvolvimento.” (EM DISCUSSÃO!, 2012). A iniciativa fora autorizada pelo general Costa Cavalcanti, então Ministro do Interior, sendo considerado um escândalo internacional, ao afirmar que via na Conferência, indícios de tentativas de frear o desenvolvimento dos países pobres, através do controle ambiental. Foi então que dezenas de indústrias se instalaram em Cubatão, Rio Guaíba, Tietê, Projeto Carajás, etc, cujas mazelas ainda estamos tentando reparar (FREIRE, 1991).

O secretário-geral da ONU (Organização das Nações Unidas) em 1983, convidou a médica Gro Harlem Brundtland para presidir a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Então em abril de 1987, foi publicado um relatório inovador intitulado “Nosso Futuro Comum”, trazendo o conceito de desenvolvimento sustentável das seguintes formas

O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.’ [...] ‘Um mundo onde a pobreza e a desigualdade são endêmicas estará sempre propenso à crises ecológicas, entre outras [...] O desenvolvimento sustentável requer que as sociedades atendam às necessidades humanas tanto pelo aumento do potencial produtivo como pela garantia de oportunidades iguais para todos.’ [...] ‘Muitos de nós vivemos além dos recursos ecológicos, por exemplo, em nossos padrões de consumo de energia [...] No mínimo, o desenvolvimento sustentável não deve pôr em risco os sistemas naturais que sustentam a vida na Terra: a atmosfera, as águas, os solos e os seres vivos.’ [...] ‘Na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração

dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas. (CETESB, 2020).

Em 1987 aconteceu outro encontro internacional denominado como Protocolo de Montreal, que tratava sobre as substâncias que auxiliam na destruição da Camada de Ozônio em que os países signatários se comprometeram em diminuir a emissão de substâncias nocivas tais como o gás carbônico (CO₂) (MURÇA, 2020). Após exatos 20 anos após a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Cnumad), em junho de 1992, aconteceu no Brasil a 2ª conferência mundial que foi denominada como Rio-92, Eco-92 ou Cúpula da Terra, no Rio de Janeiro, Brasil, contando com a participação de mais de 170 países. Foram debatidas propostas para que o progresso se dê em harmonia com a natureza, garantindo a qualidade de vida tanto para a geração atual quanto para as futuras no planeta, partindo da premissa de que se todos almejassem o mesmo padrão de desenvolvimento de países ricos, não haveria recursos naturais sem causar danos graves e irreversíveis ao meio ambiente (EM DISCUSSÃO!, 2012).

Foi realizado um encontro pelos integrantes da ONU em 1997, Kyoto, no Japão para discutir sobre como andava a redução das emissões de gases do efeito estufa. Estabeleceu-se uma meta de redução de 5,2% dessas emissões para as décadas seguintes, sendo o Brasil um dos 175 participantes que assinou e ratificou o acordo que passaria a valer a partir de 2004. Porém, quem desta vez não concordou foram os Estados Unidos, considerado como um dos maiores emissores de dióxido de carbono do mundo, alegando que o acordo prejudicaria sua economia (MURÇA, 2020). Então os países encontram para um novo debate, em Johannesburgo, África do Sul, em 2002. A Rio+10, também conhecida como Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, contou com 189 países reafirmaram a questão do desenvolvimento sustentável e a conservação de recursos naturais renováveis.

Neste encontro foi elaborada a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e em seus princípios 1 e 15 afirma respectivamente, que os homens têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza e, quanto a proteção ao meio ambiente, cabe aos estados utilizar

o critério de precaução, afirmando que se houver perigo de dano grave ou irreversível, deve-se adotar medidas eficazes para impedir a degradação ambiental (CETESB, 1992). A Rio+20 foi marcada pelos vinte anos de realização da Rio-92 e definiu uma agenda para o desenvolvimento sustentável para as próximas décadas. Sendo o objetivo maior, renovar o compromisso político com o desenvolvimento sustentável e implementar decisões que tinham sido adotadas para tratar de temas emergentes. Sendo o foco maior na economia verde, no desenvolvimento sustentável e erradicação da pobreza. Lembrando ainda a afirmativa “Desenvolvimento sustentável é o modelo que prevê a integração entre economia, sociedade e meio ambiente. Em outras palavras, é a noção de que o crescimento econômico deve levar em consideração a inclusão social e a proteção ambiental” (RIO + 20, 2012).

A experiência em ética ambiental nos mostra que é necessário redefinir nosso relacionamento com a natureza, pois a nossa ética é antropocêntrica, ou seja, coloca sempre o homem como a medida de tudo, e em última instância, coloca o meio ambiente. O homem parece esquecer que é apenas um frágil ser vivo que depende inteiramente do ambiente e não o contrário. Contudo, mesmo após tantos encontros mundiais, a crise no meio ambiente (conflituosa), no sentido de uma perturbação que desafia as possibilidades de restaurar o equilíbrio entre o que chamamos de desenvolvimento econômico e desenvolvimento sustentável, entendendo que toda e qualquer intervenção humana, pode causar consequências danosas ao longo do tempo e que ameaçam interromper os ciclos naturais, ainda continuou.

2. A IMPORTÂNCIA DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

O artigo 3º da Carta Magna (Constituição Federal de 1988) estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que a solidariedade e a cooperação representam duas faces da mesma moeda, já que os dois princípios se complementam no sentido de obtenção de maior efetividade na prática de políticas ambientais (BIANCHI, 2007). Começar-se-á pela Carta Magna para abordar as legislações que entendemos ser as mais adequadas para a discussão, pois a legislação ambiental é muito rica, sendo impossível elencar todas em um só trabalho. Na Constituição

Federal em seu Art. 225 (BRASIL, 1988) afirma que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, constituindo-se bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e cabe ao Poder Público e bem como a sociedade, o dever de defender e preservar o ambiente para estas para as futuras gerações e, em seus § 2º e 3º diz

§ 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. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, 1988)

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (BRASIL, 1981), dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente em seu Art. 2º tem como objetivo preservar, melhorar e recuperar a qualidade ambiental próprios à vida, assegurando condições ao desenvolvimento socioeconômico, interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana como se observa a seguir:

I – 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; II – racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; III – planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; IV – proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; V – controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras (BRASIL, 1981).

Deduzimos que cabe ao Estado zelar pelo uso que a pessoa física ou jurídica faz do meio ambiente. E isto se confirma no artigo subsequente, no caso o Art. 3º

I – meio ambiente, 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; II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III – poluição, a degradação da qualidade

ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora (BRASIL, 1981).

Ainda apoiando-nos na Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, 1981) citamos o Art. 4º, incisos VI e VII, em que afirmam respectivamente que visam à preservação e restauração dos recursos ambientais de uso racional e permanente, para que haja a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida; e impõe-se ao poluidor e ao predador, a obrigação em recuperar e/ou indenizar os danos causados. No Art. 9º, IX fala das penalidades disciplinares ou compensatórias ao não-cumprimento das medidas necessárias para preservar ou corrigir danos causados ao ambiente. Ainda abordando a mesma lei, o Art. 11. Compete ao IBAMA propor ao CONAMA no § 2º “competência da fiscalização e controle a análise de projetos de entidades, públicas ou privadas, objetivando a preservação ou a recuperação de recursos ambientais, afetados por processos de exploração predatórios ou poluidores” (BRASIL, 1981).

A Resolução do CONAMA (1986) nº 1, de 23 de janeiro de 1986 em seu Art. 1º, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: IX - Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração. E em seu Art. 6º aborda sobre o estudo de impacto ambiental nas seguintes atividades técnicas, citadas nos incisos abaixo

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de

modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando: [...] II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais. III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas. IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados (CONAMA,1986).

No Art. 10º, § 2º No caso de empreendimentos e atividades sujeitos ao estudo de impacto ambiental - EIA, se verificada a necessidade de nova complementação em decorrência de esclarecimentos já prestados, conforme incisos IV e VI, o órgão ambiental competente, mediante decisão motivada e com a participação do empreendedor, poderá formular novo pedido de complementação (CONAMA,1997). O Art. 1º adotada as seguintes definições:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qual-

quer forma, possam causar degradação ambiental (CONAMA, 1997).

Em consonância com a Lei nº 9.433 BRASIL, (1997), Art. 2º são objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, constante no inciso –I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos”. Os Art. 2º e 3º da Lei 9.605 comenta sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminoso de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade (BRASIL, 1998).

Em relação a aplicação da pena, estão dispostos os dizeres nos Artigos da lei

Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; [...].

Art. 7º As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando: I - tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos; [...].

Art. 8º As penas restritivas de direito são: I - prestação de serviços à comunidade; II - interdição temporária de direitos; III - suspensão parcial ou total de atividades; IV - prestação pecuniária; V - recolhimento domiciliar. [...]

Art. 12. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada

pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator. [...]

Art. 17. A verificação da reparação a que se refere o § 2º do art. 78 do Código Penal será feita mediante laudo de reparação do dano ambiental, e as condições a serem impostas pelo juiz deverão relacionar-se com a proteção ao meio ambiente. [...]

Art. 19. A perícia de constatação do dano ambiental, sempre que possível, fixará o montante do prejuízo causado para efeitos de prestação de fiança e cálculo de multa.

Art. 20. A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade. Art.

22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I - suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. § 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar. [...]

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: I - custeio de programas e de projetos ambientais; II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III - manutenção de espaços públicos; IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas (BRASIL, 1998).

Sob a égide da Lei 12. 334, os dispostos nos Artigos abaixo nos dizem

Art. 1º 'estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB) e cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB).

Parágrafo único. Esta Lei aplica-se a barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais que apresentem pelo menos uma das seguintes características:

I - altura do maciço, contada do ponto mais baixo da fundação à crista, maior ou igual a 15m (quinze metros);

II - capacidade total do reservatório maior ou igual a 3.000.000m³ (três milhões de metros cúbicos);

III - reservatório que contenha resíduos perigosos conforme normas técnicas aplicáveis;

IV - categoria de dano potencial associado, médio ou alto, em termos econômicos, sociais, ambientais ou de perda de vidas humanas, conforme definido no art. 6º.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

I - barragem: qualquer estrutura em um curso permanente ou temporário de água para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas;

II - reservatório: acumulação não natural de água, de substâncias líquidas ou de mistura de líquidos e sólidos;

III - segurança de barragem: condição que vise a manter a sua integridade estrutural e operacional e a preservação da vida, da saúde, da propriedade e do meio ambiente;

IV - empreendedor: agente privado ou governamental com direito real sobre as terras onde se localizam a barragem e o reservatório ou que explore a barragem para benefício próprio ou da coletividade;

V - órgão fiscalizador: autoridade do poder público responsável pelas ações de fiscalização da segurança da barragem de sua competência;

VI - gestão de risco: ações de caráter normativo, bem como aplicação de medidas para prevenção, controle e mitigação de riscos;

VII - dano potencial associado à barragem: dano que pode ocorrer devido a rompimento, vazamento, infiltração no solo ou mau funcionamento de uma barragem (BRASIL, 2010).

Abordando os fundamentos de fiscalização os artigos abaixo dizem

Art. 4º São fundamentos da Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB):

I - a segurança de uma barragem deve ser considerada nas suas fases de planejamento, projeto, construção, primeiro enchimento e primeiro vertimento, operação, desativação e de usos futuros;

II - a população deve ser informada e estimulada a participar, direta ou indiretamente, das ações preventivas e emergenciais;

III - o empreendedor é o responsável legal pela segurança da barragem, cabendo-lhe o desenvolvimento de ações para garanti-la;

[...]

V - a segurança de uma barragem influi diretamente na sua sustentabilidade e no alcance de seus potenciais efeitos sociais e ambientais.

Art. 5º [...]

III - à entidade outorgante de direitos minerários para fins de disposição final ou temporária de rejeitos;

[...]

Art. 7º As barragens serão classificadas pelos agentes fiscalizadores, por categoria de risco, por dano potencial associado e pelo seu volume, com base em critérios gerais estabelecidos pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH).

§ 1º A classificação por categoria de risco em alto, médio ou baixo será feita em função das características técnicas, do estado de conservação do empreendimento e do atendimento ao Plano de Segurança da Barragem.

§ 2º A classificação por categoria de dano potencial associado à barragem em alto, médio ou baixo será

feita em função do potencial de perdas de vidas humanas e dos impactos econômicos, sociais e ambientais decorrentes da ruptura da barragem (BRASIL, 2010).

Citando a Lei Nº 12.334 em disposições finais e transitórias em seu Art. 18 afiança que em termos gerais que se a barragem não atender aos requisitos de segurança, deverá ser recuperada ou desativada pelo seu empreendedor, que deverá comunicar ao órgão fiscalizador as providências adotadas (BRASIL, 2010). Após uma apresentação de resoluções e leis ambientais fica uma questão retórica, existe uma fiscalização efetiva para que a legislação ambiental brasileira possa ser considerada eficaz?

3. BREVE COMENTÁRIO SOBRE A TRAGÉDIA DE BRUMADINHO

A megamineração é um fator crucial em causar tragédias, o motivo para que elas aconteçam, são movidos para obter grande lucro, sendo posto de lado os riscos que podem causar. Para Lacaz; Porto; Pinheiro (2017, p. 03)

A megamineração não traz somente bilhões de dólares de lucro, mas está eivada de perigos, mortes e destruição ambiental. O sistema de lavra a céu aberto, típico na extração de ferro que predomina no Brasil, não provoca 'acidentes' como os que ocorrem em minas subterrâneas, que já mataram inúmeros trabalhadores de uma única vez. Esse processo de trabalho continua acarretando mortes em mineiros, sendo frequentemente acompanhado de grandes áreas desmatadas, construção de usinas de beneficiamento de aço que geram poluição atmosférica.

As tragédias ambientais relacionadas às barragens como as de Brumadinho são acontecimentos com grande capacidade destrutiva, tanto a fauna, a flora e ao homem. Lembramos que o rompimento da barragem de Mariana em Minas Gerais ocorrida em 2015, tinha sido até então, a maior tragédia ocorrida no Brasil, e agora a tragédia se repete em outra cidade mineira, na cidade de Brumadinho com resultados assustadores. A barragem do complexo Mina do Feijão, da mineradora Vale, se rompeu na cidade de Brumadinho (MG), em 25 de janeiro de 2019, gerando extensos impactos ambientais, sociais e econômicos e causando grande comoção nacional e internacional. A Vale informou sobre o acidente à

Secretaria do Estado de Meio Ambiente, que os rejeitos atingiram a área administrativa da companhia, incluindo o refeitório e parte da comunidade; comunicou que estavam no local 427 trabalhadores. O presidente da Vale, Fábio Schvartsman afirmou que vazaram 12 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro atingiram o rio Paraopeba seguindo em direção ao rio São Francisco (FREITAS; ALMEIDA, 2020).

Schvartsman, declarou que “o dano ambiental será muito menor que o de Mariana, mas a tragédia humana deverá ser maior”. Como assim, se logo no primeiro dia, 13 milhões de m³ de rejeitos da mineração haviam sido lançados no meio ambiente. E passado apenas um mês de buscas, o número de óbitos passou de 300, com 179 corpos encontrados e 131 pessoas desaparecidas. O termo “desaparecidos” pode representar a tentativa de diminuir a magnitude do evento, já que não há esperança de encontrar esses indivíduos vivos (FREITAS *et al.*, 2019). Nas palavras de Lacaz; Porto; Pinheiro (2017) não podemos tratar como acidente, casos que são verdadeiras tragédias, pois seria como dar uma visão amena do fato, sem maiores causas e ou responsabilidades.

É importante salientar que os desastres ambientais podem ter efeitos a curto, médio e longo prazo, podendo afetar negativamente uma área por muitos quilômetros, todos os seres vivos, inclusive o próprio homem. Estudos da Fiocruz revelam os impactos imediatos causados pelo desastre da mineradora Vale em Brumadinho. Desta forma, alerta que pode acontecer surtos de doenças infecciosas, como dengue, febre amarela e esquistossomose, mudanças no bioma e problemas de saúde, como hipertensão, diabetes e doenças mentais. A autora aponta para os riscos em mais de 24 mil barragens, das quais de 600 relacionadas às de mineração e cavas exauridas; aponta também para as vulnerabilidades que apresentam as organizacionais e institucionais na operação e monitoramento, visando a prevenção de desastres ambientais (CASTRO, 2019).

Ao longo de um ano, os parentes puderam se despedir de 259 vítimas da tragédia da Vale, que tiveram seus corpos – ou parte deles – localizados e identificados. Mas familiares de 11 desaparecidos ainda precisam lidar com uma espera sem prazo definido para ter fim. Há 12 meses, essas famílias também se unem na busca por justiça. O Ministério Público de Minas

Gerais fez uma denúncia ao ex-presidente da Vale Fabio Schvartsman e mais 15 pessoas, pelo crime de homicídio doloso e crime ambiental, bem como a mineradora e a Tüv Süd (FREITAS; ALMEIDA, 2020).

As consequência desta tragédia estão por toda a parte com o envolvimento de crimes ao meio ambiente, sendo atingido pela empresa ou por moradores, várias dessas irregularidades não são observadas de perto e em muitos casos parece não ter como concertar e nem são olhados de forma correta pelos órgãos competentes responsáveis por manter em perfeitas condições o ambiente, fauna e flora em perfeitas condições. Desastres com esta magnitude, pode causar efeitos a curto e longo prazo e atingir uma área de diversos quilômetros. Unidas em busca por justiça, Natália, Alexandra e Josiana compõem a Associação dos Familiares de Vítimas e Atingidos do Rompimento da Barragem Córrego do Feijão (Avabrum) junto com as demais famílias.

Destacar-se-á depoimentos que nos deixaram profundamente comovidos e entristecidos, tais como o de Josiana Resende, que perdeu a irmã Juliana Resende e o cunhado Dennis Silva no desastre, deixando dois filhos gêmeos com 12 meses, e desabafa ‘Não é possível que esse tanto de morte vai ficar em vão, e a nossa luta justamente é para não ficar’. E o lamento de Natália de Oliveira, quanto ao fato de sua irmã de Lecilda de Oliveira ainda estar desaparecida ‘Um ano e não tem ninguém na cadeia, isso dói também na gente’. ‘Às vezes, as pessoas falam: a luta é até quando? É até sempre’ Essa frase me apavora. Eu não quero ficar até sempre nessa luta”. Com esta mensagem, Natália espera que o caso não seja esquecido, mas que haja punição, não só da mineradora quando diz “Nós precisamos de moralizar o nosso país. A minha luta não é contra a Vale, a minha luta é contra o sistema” (FREITAS; ALMEIDA, 2020). Com estes depoimentos da certeza de que nunca mais vão ver seus entes queridos, encerramos nossa pesquisa.

CONCLUSÕES

Diante dos resultados analisados, foi possível avaliar o quanto as atividades humanas são capazes de impactar negativamente a natureza desde o seu processo civilizatório. Somente a partir do século XX a problemática ambiental ganhou vulto, questionando a racionalidade humana, que em

nome do crescimento econômico, explora os recursos naturais renováveis e não renováveis como se não vivêssemos em uma era de ciência e tecnologia capazes de promover um desenvolvimento sustentável. Isto é, que nossa sociedade possa suprir necessidades e as das gerações vindouras, entendendo que faz parte da natureza e, portanto, não sobreviverá se a destruir.

Os impactos ambientais causados na cidade de Brumadinho a longo prazo ainda são incipientes, mas a curto prazo já se tem conhecimento de que áreas de florestas e rios foram impactados e que direta ou indiretamente afetou a vida de muitas comunidades. Sendo assim, é de suma importância o papel que a pessoa jurídica assume quando abre um empreendimento como este, que é o caso da exploração de mineração e o cuidado que precisa assumir para com os rejeitos gerados. Cabe relatar a responsabilidade do Estado quando por meio de legislações prevê por exemplo os princípios da precaução e do poluidor-pagador. Passados mais de um ano, poucas foram as pronunciações por parte da empresa e do estado, ainda não possível compreender as dimensões e atitudes de todos envolvidos.

As leituras obtidas durante este trabalho, nos levaram a refletir sobre a falta de fiscalização das leis, que podem contribuir para a omissão da responsabilidade das empresas que, por exemplo, causaram desastres como o de Mariana e agora passados apenas quatro anos, se repetiu em Brumadinho. Nos perguntamos quanto tragédias como estas, que agridem uma comunidade inteira e o meio ambiente natural e modificado, serão necessárias para que a legislação ambiental mais perfeita do mundo, possa de fato ser vigente/respeitada em nosso país?

REFERÊNCIAS

BIANCHI, P. N. L. **A (in) eficácia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/90012/248663.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 03 jun.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jun.2020.

BRASIL. **Lei Nº 9.433, de 8 de Janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. 1997. Brasília, DF. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Consultoria Jurídica. Legislação Ambiental Básica/Ministério do Meio Ambiente. Consultoria Jurídica. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, UNESCO, 2008. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/secex_conjur/_arquivos/108_12082008084425.pdf. Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 12.334, de 20 de setembro de 2010**. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Brasília, DF. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm. Acesso em: 08 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 08 mai. 2020.

CASTRO, R. **Evento apresenta avaliação sobre impactos imediatos do desastre em Brumadinho**. Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). 2019. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/evento-apresenta-avaliacao-sobre-impactos-imediatos-do-desastre-em-brumadinho>. Acesso em: 05 jun.2020.

RIO + 20. **Sobre a Rio+20**. BRASIL. Rio de Janeiro, sobre, conferencia, Rio+20. 2012. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html#:~:text=A%20Rio%2B20%20foi%20assim,sustent%C3%A1vel%20para%20as%20pr%C3%B3ximas%20d%C3%A9cadas. Acesso em: 14 jul.2020.

CETESB. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**: princípios. 1992. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

CETESB. **Conferências Internacionais**. PROCLIMA. Programa Estadual de Mudanças Climáticas do Estado de São Paulo. São Paulo, SP: Companhia Ambiental do Estado De São Paulo. 2020. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/conferencias-internacionais-sobre-o-meio-ambiente/>. Acesso em: 11 set. 2020.

CONAMA. **Resolução Conama nº 1, de 23 de janeiro de 1986.** Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. RESOLUÇÕES DO CONAMA. 1986. Disponível em: http://www2.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_1986_001.pdf. Acesso em: 02 jun. 2020.

CONAMA. **Resolução Nº 237, de 19 de dezembro de 1997.** O Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, no uso das atribuições e competências que lhe são conferidas pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulamentadas pelo Decreto nº 99.274, de 06 de junho de 1990, e tendo em vista o disposto em seu Regimento Interno. 1997. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: 07 ago. 2020.

EM DISCUSSÃO! Rio+20 Em busca de um mundo sustentável: Senado contribui para que conferência da ONU aponte caminhos para conciliar desenvolvimento e meio ambiente. **Revista de audiências públicas do Senado Federal.** Ano 3.n. 11. 2012. Secretaria Jornal do Senado. Disponível em: https://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/upload/201202%20-%20maio/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_maio_2012_internet.pdf. Acesso em: 07 ago. 2019.

FREIRE, G. F. Os quinze anos da educação ambiental no Brasil: um depoimento. **Em Aberto**, Brasília, v. 10, n. 49. 1991. Disponível em: <http://rbepold.inep.gov.br/index.php/emaberto/article/viewFile/1798/1769>. Acesso em: 18 jan. 2019.

FREITAS, C. M.; BARCELLOS, C.; ASMUS, C. I. R. F.; SILVA, M. A.; XAVIER, D. R. Da Samarco em Mariana à Vale em Brumadinho: desastres em barragens de mineração e Saúde Coletiva. CSP. **Cadernos de Saúde Pública.** v. 35, n. 5. Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2019000600502. Acesso em: 02 jul. 2020.

FREITAS, R.; ALMEIDA, F. Um ano após tragédia da Vale, dor e luta por justiça unem famílias de 259 mortos e 11 desaparecidos. G1 Minas e TV Globo. Brumadinho 25/01/2020 05h00. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/01/25/um-ano-apos-tragedia-da-vale-dor-e-luta-por-justica-unhttps://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/01/25/um-ano-apos-tragedia-da-vale-dor-e-luta-por-justica-unem-familias-de-259-mortos-e-11-desaparecidos.ghtml-em-familias-de-259-mortos-e-11-desaparecidos.ghtml>. Acesso em: 08 ago. 2020.

LACAZ, F. A. C.; PORTO, M. F. S.; PINHEIRO, T. M. M Tragédias brasileiras contemporâneas: o caso do rompimento da barragem de rejeitos de Fundão/Samarco. **Revista Brasileira Saúde Ocupacional.** v. 42, n. 3, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbso/v42/2317-6369-rbso-42-e9.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2020.

MURÇA, G. Conheça as principais conferências ambientais do mundo. 2020. Disponível em: <https://querobolsa.com.br/revista/conheca-as-principais-conferencias-ambientais-do-mundo>. Acesso em: 02 ago. 2020.

HOMICÍDIOS OCACIONADOS POR EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: DIREITOS X DEVERES¹

Milena Fachini Machado
Luciana Renata Rondina Stefanoni

INTRODUÇÃO

A questão do trabalho encontra-se na importância da classificação do homicídio: doloso ou culposo. O condutor é atacado pela mídia, tornando-se o imprudente, ou seja, aquele que adotou uma conduta sem cautela e zelo necessário, citado no Código Penal.

Provém ampla contenda entre doutrinadores e tribunais a respeito do emprego da culpa ou dolo, não possuindo posição judicial elucidativa e decisiva sobre o assunto, uma vez que, não há lei específica sobre o emprego do dolo eventual ou culpa consciente nos homicídios ocasionados por motoristas embriagados.

Com a inúmera quantidade de transportes que circulam pelas vias, tornou-se indispensável, desde então, a criação de Lei específica para o trânsito. A imprescindibilidade de locomoção do homem trouxe a necessidade da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro. A quantidade de automóveis em movimento é excessiva, e, por conseguinte o aumento das infrações e acidentes de trânsito é inevitável, ainda mais se o condutor estiver embriagado.

Prevê-se no Código de Trânsito Brasileiro que o crime seria culposo, pois o resultado da infração deu-se por motivo de que o condutor agiu com imprudência, negligência ou imperícia. Imprescindível à ponderação do assunto, pois a quantidade de vítimas fatais diminuiu com a criação da Lei Seca 11.705/2008, porém a quantidade ainda é alta, sendo necessário intensificar a fiscalização.

Estruturado em quatro ideias para aclarar as hipóteses, sendo o conceito de Trânsito no Brasil, através de um breve histórico, bem como a conduta humana e suas consequências; na segunda ideia uma exposição

¹ Programa Institucional de Bolsa de Iniciação Científica (PIBIC), Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP.

sobre a embriaguez juntamente com a direção de veículo automotor; na terceira o conceito de dolo e posteriormente dolo eventual, e em seguida culpa e a culpa consciente. Por fim, foi exposto, as divergências entre a doutrina e os tribunais.

1. TRÂNSITO NO BRASIL

A legislação de trânsito está estabelecida no âmbito do direito público, suas normas são instituídas pelo Estado que confere a todos seu devido cumprimento. No Brasil, surgiu a primeira legislação de trânsito em 1910, com o intuito de disciplinar os serviços de transporte por automóvel. Era determinada que fossem verificadas as condições do veículo para a preservação dos motoristas e pedestres. Todavia, o primeiro Código de Trânsito, só fora aprovado em 1941.

A partir de 1998 quando o Código de Trânsito Brasileiro entrou em vigor houve uma queda drástica no número de ocorrências no trânsito, devido às sanções que vieram juntamente com a Lei e chocou a sociedade Brasileira. Todavia, após cinco anos de sua vigência o País voltou a registrar inúmeras infrações novamente envolvendo veículos automotores.

O Brasil voltou a registrar aumento no número de mortes relacionadas ao trânsito. Em 2017, foram 41.151 vítimas de acidentes envolvendo veículos automotores, ante 33.547 em 2016, uma alta de 23%. O dado, obtido com exclusividade pelo Estado via DPVAT (seguro obrigatório de automóveis), interrompe uma sequência de cinco anos na queda da letalidade nas ruas, avenidas e estradas do País. A última alta, observada em 2012, havia sido de 5% – um salto para 60.752 óbitos na ocasião (Jakitas; Ribeiro, 2018, n.p.).

Entende-se que houve descimento com relação ao número de fiscalização por decorrência de ter diminuído a quantidade de agentes de fiscalização no trânsito.

O Código de Trânsito Brasileiro é considerado um código cidadão, pois disciplina um capítulo todo ao mesmo, à condução de escolares, outro exclusivo à pedestres, veículos não motorizados e ainda sobre crimes de trânsito. Diretamente o CTB alcança a todos, com o escopo de proteger,

proporcionando segurança e fluidez no dia-a-dia de cada motorista ou pedestre no trânsito.

Um dos fatores mais importantes para a melhoria do trânsito no Brasil é a educação para um progresso no trânsito entre os motoristas, além da conscientização da sociedade do quão é importante ter prudência ao adentrar em vias públicas.

Quando sancionado o Código de Trânsito Brasileiro a queda de acidentes de trânsito fora drástica. A aplicação da legislação causou diminuição da quantidade de acidentes devido às sanções constadas na lei. Passados alguns anos de vigência, acarretou-se amplo anacronismo, uma vez que, retrocedeu, aumentando-se novamente mortes decorrentes de acidentes de trânsito.

Acidentes de trânsito é definido como todo acontecimento casual e não intencional que acontece em via pública causador de vítimas com lesões físicas e/ou emocionais, por choque e/ou colisões. É considerada uma problemática da vida urbana e da civilização suscitada pela popularização dos veículos automotores no cotidiano dos cidadãos (SANTOS *et al.*, 2009, p.1).

Para a redução desses trágicos acontecimentos a punição não é o suficiente como se pode perceber, nem a sinalização. Devem advir do condutor a educação, consciência, ética e bom senso ao colocar em risco sua própria vida e a de outrem.

2. CULPA

O elemento culpa está elencada no artigo 18, inciso II, do Código Penal. Utiliza-se desse dispositivo quando o agente age por imprudência, negligência ou imperícia. Diferentemente do dolo, no qual há vontade no resultado e a tipicidade na culpa não permanece na produção do resultado antijurídico.

A imprudência é considerada uma conduta perigosa, no qual o autor age em determinada situação sem a devida cautela. Por outro lado, a negligência se define pela omissão do autor, que em determinado momento podendo agir, não age para evitar o resultado, se omite por desatenção ou desleixo.

A imperícia, está relacionada com a falta de habilidade ou conhecimento no exercício da profissão, o agente age sem possuir conhecimentos necessários.

No Código Penal têm-se a culpa como uma conduta mal dirigida, baseando-se na inobservância de um dever de cuidado e o dolo como uma conduta com um intuito ilícito. Por isso, é de suma importância verificar o caso concreto do agente em cada situação.

O crime culposo difere-se do crime doloso por uma particularidade, no qual é punido um resultado criminalmente, que se deu sem intenção do agente. Destarte, o escopo do doutrinador é enfatizar o momento em que o resultado sai da linha do acaso e se torna culpa do sujeito.

De acordo com Capez (2016), trata-se de culpa consciente quando o condutor prediz o que pode advir se praticar determinado ato. O agente idealiza que pode evitar o resultado mesmo se insistir em sua ação, uma vez que acredita que sua conduta não acarretará qualquer problema.

Na modalidade culpa consciente, embora o agente esteja prevendo um possível resultado, espera seguramente que este não aconteça. O sujeito prevê a possibilidade do resultado, todavia, acredita que ele poderá impedir que o evento ocorra.

Segundo Damásio de Jesus, devem constar os seguintes elementos para caracterizar culpa consciente:

1º vontade dirigida a um comportamento que nada tem com a produção do resultado ocorrido. Ex.: atirar no animal que se encontra na mesma linha da vítima (na hipótese da caçada); 2º crença sincera de que o evento não ocorra em face de sua habilidade ou interferência de circunstância impeditiva, ou excesso de confiança. A culpa consciente contem um dado importante: a confiança de que o resultado não venha a produzir-se, que se assenta na crença em sua habilidade na realização da conduta ou na presença de uma circunstância impeditiva. No exemplo da caçada, o sujeito confia em sua habilidade (é um campeão de tiro). A necessidade de “sinceridade” da crença é normalmente referida na doutrina; 3º erro de execução. Exs: o agente atira no animal e, por defeito da arma, o projétil mata uma

pessoa; defeito de pontaria, em que confiava (JESUS, 2015, p. 343, 344).

Cumpre destacar que, na culpa consciente o agente rejeita que o resultado possa ocorrer, dessa forma, o autor não admite o resultado e não assume o risco de produzi-lo, mas acaba por lhe dar causa.

Na culpa consciente, ele acredita sinceramente que conseguirá evitar o resultado, ainda que o tenha previsto. Muitos ainda acreditam que, no contexto do trânsito, prevalece a culpa consciente, pois o agente não acredita que irá causar um mal tão grave. A solução, realmente, não é fácil, dependendo, em nosso ponto de vista, do caso concreto e das circunstâncias que envolvem o crime. É inviável buscar solver o problema com a prova concreta do que se passou na mente do agente, algo utópico na maior parte dos delitos ocorridos no trânsito (NUCCI, 2014, p. 187).

Destarte, como elucidado pelo ilustre doutrinador Guilherme Nucci, em casos de culpa consciente o agente idealiza que pode impedir o resultado e persiste em sua ação, confiando que seu comportamento não acarretará qualquer problema.

3. DOLO

O conceito de dolo originou-se no Direito Romano e apresenta-se como entendimento à ofensa, a lei moral e à lei do Estado. Pode extraí-lo do artigo 18, inciso I, do Código Penal. Pode-se aferir que o dolo está arrolado com dois elementos: vontade e consciência. Assim, alude que o dolo é formado por um elemento volitivo e outro intelectual.

Mirabete e Fabbrini (2007, p. 129) conceituam dolo minunciosamente:

Ao se examinar a conduta, verifica-se que segundo a teoria finalista, é ela um comportamento voluntário (não reflexo) e que o conteúdo da vontade é o seu fim. Nessa concepção, a vontade é o componente subjetivo da conduta, faz parte dela e dela é inseparável. Se A mata B, não se pode dizer de imediato que praticou um fato típico (homicídio), embora essa descrição esteja no art. 121, CP (—matar alguém). Isto porque o simples fato de causar o resultado (morte) não basta

para preencher o tipo penal objetivo. É indispensável que se indague do conteúdo da vontade do autor do fato, ou seja, o fim que estava contido na ação, já que a ação não pode ser compreendida sem que se considere a vontade do agente. (...) A vontade é querer alguma coisa e o dolo é a vontade dirigida à realização do tipo penal. Assim, pode-se definir o dolo como a consciência e a vontade na realização da conduta típica, ou a vontade da ação orientada para a realização do tipo.

No que concerne ao elemento, o indivíduo para ter sua conduta enquadrada como dolosa, deve ter consciência de sua ação e entender que sua conduta é caracterizada como atípica.

O dolo eventual encontra-se na segunda parte do artigo 18, inciso I, do Código Penal, tendo como característica primordial quando o agente assume o risco de um resultado trágico que se concretiza. O agente antevê o resultado, todavia, pratica o ato sem se importar com a consequência de sua ação.

É justaposto o dolo eventual em determinados casos de homicídios acarretados por motoristas embriagados conduzindo veículos automotores.

Capez (2016, p.218) conceitua dolo como: “é a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta.”

Com base nos elementos apresentados nas doutrinas, entende-se que não se tem dificuldade em entender o dolo. Contudo, na prática não é bem assim, uma vez que identificar o anseio do agente não é simples.

O condutor que envolver-se em um acidente de trânsito, pode chegar a responder por dolo eventual, uma vez que, ao conduzir um veículo com a capacidade psicomotora alterada ele avoca o risco de causar qualquer resultado.

O doutrinador Jesus (2005, p. 291), expõe o seguinte exemplo para distinguir dolo direto de dolo eventual:

O agente pretende atirar na vítima, que se encontra conversando com outra pessoa. Percebe que, atirando na vítima, pode também atingir a outra pessoa. Não obstante essa possibilidade, prevendo que pode matar o terceiro é-lhe indiferente que este último resultado se produza. Ele tolera a morte do terceiro. Para ele,

tanto faz que o terceiro seja atingido ou não, embora não queira o evento.

Atirando na vítima e matando também o terceiro, responde por dois crimes de homicídio: o primeiro, a título de dolo direto; o segundo, a título de dolo eventual.

Portanto, nota-se que o agente que age com dolo eventual tem a consciência de que poderá ocasionar, todavia, age, sem dar importância ao resultado.

4. JURISPRUDÊNCIA X DOCTRINA

Os itens anteriores discorreram sobre a diferenciação entre dolo e culpa. Ficou evidenciado que a distinção é um assunto polêmico e controverso no mundo jurídico. Existe grande divergência na doutrina e na jurisprudência quando se trata de dolo eventual e culpa consciente, principalmente no mundo do trânsito.

Vê-se que grandes partes dos juízes persistem em uma ideia fixa para solução do problema, procurando sempre penitenciar os responsáveis pelo acidente de trânsito do modo mais ríspido possível.

Verificando os julgados expostos adiante, percebe-se que grande parte tem se posicionado no sentido de adotar o dolo eventual para homicídios no trânsito.

Os tribunais tem adotado uma “fórmula” para resolver os casos concretos no qual enfatizam que um motorista embriagado que dirige em alta velocidade e causa a morte de outrem será punido na maioria das vezes por dolo eventual.

Esta generalização vem sofrendo críticas por parte da doutrina como expõe Rogério Greco (2008), ao dizer que não se pode partir do princípio de que todos que dirigem em excesso de velocidade e embriagados não se importam em causar morte de outra pessoa.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL GRAVE NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - DOLO EVENTUAL - ALEGAÇÃO DE CULPA CONSCIENTE - RÉU QUE CONDUZ VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO, EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ E INVADE CONTRAMÃO DIRECIONAL -

INDÍCIOS DA OCORRÊNCIA DE DOLO EVENTUAL (...)

- A soma das circunstâncias do caso concreto (condutor inabilitado e provável ingestão de bebida alcoólica) constitui forte indício da ocorrência de dolo eventual na conduta praticada, devendo a totalidade da acusação e as teses defensivas serem examinadas pelo Conselho de Sentença. (BRASIL, 2013, n.p.).

A jurisprudência pátria ao tratar dos homicídios de trânsito, tem se utilizado de fortes critérios para julgar os casos concretos. Decisões com a tipificação de conduta com dolo eventual são recorrentes quando há embriaguez do motorista e vítimas, principalmente fatais.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. DOLO EVENTUAL. HOMICÍDIO SIMPLES. (...) MATERIALIDADE INCONTROVERSA E INDÍCIOS DE AUTORIA EXISTENTES. ELEMENTOS INDICIÁRIOS SUFICIENTES DE QUE O CONDUTOR DO VEÍCULO AUTOMOTOR TENHA ASSUMIDO O RISCO DE PRODUZIR O RESULTADO MORTE. (...) COMPROVADA EMBRIAGUEZ. SENTENÇA MANTIDA. Não há dúvida: (...) Logo, no contexto, empreendendo o condutor velocidade excessiva, em rodovia curvilínea, aliado à comprovada embriaguez, parece adequada, num primeiro momento, a acusação formulada pelo crime contra a vida, na modalidade dolosa (dolo eventual), ou seja, a mistura do álcool com a velocidade revela que o apelante assumiu o risco de produzir o resultado. (BRASIL, 2013, n.p.).

De fato, o alvoroço social pressiona o Poder Judiciário, no intuito de acabar com o sentimento de impunidade aos motoristas causadores das tragédias. Todavia, a visão de indivíduos leigos chega influenciar decisões judiciais que do ponto de vista jurídico são absurdamente aceitáveis, como nos casos em que se utiliza o dolo eventual em situações que o veículo dirigido pelo agente colide frontalmente com o veículo da vítima, trazendo inúmeras lesões, principalmente ao autor do fato.

O autor Rogério Greco ilustra com um exemplo:

Determinado sujeito, durante a comemoração de suas boas de prata, bebe excessivamente e, com isso, se embriaga. Encerrada a festividade, o agente, juntamente

com sua esposa e três filhos, resolve voltar rapidamente para sua residência, pois que queria assistir a uma partida de futebol que seria transmitida na televisão. Completamente embriagado, dirige em velocidade excessiva, a fim de chegar a tempo para assistir ao início do jogo. Em razão de seu estado de embriaguez, conjugado com a velocidade excessiva que imprimia ao seu veículo, colide o seu automóvel com outro, causando a morte de toda a família (GRECO, 2008, p. 209).

Neste caso é claramente possível identificar que o indivíduo nunca consentiu com o resultado, uma vez que o aceitando, estaria apoiando sua própria morte e de toda sua família.

Primeiramente, a título de protótipo o HC 107.801, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal e sob liderança do voto do Ministro Luiz Fux, julgamento este que causou um marco para a problemática da diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente.

Decisão de suma importância trazida para melhor análise e explicação:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRO-NÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CON-CEDIDA. 1. A Classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influido na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus. 2. O homicídio na forma culposa na direção automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embriagou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. (...) 7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto

não se revela *lex mitior*, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime *sub judice* e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB). 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP. (BRASIL, 2011, n.p.).

Neste caso o condutor, Lucas Almeida Menossi, referido réu, foi denunciado por homicídio doloso, uma vez que atropelou e matou a vítima por estar conduzindo veículo automotor embriagado. Em análise, em voto vista do Ministro Luiz Fux, defendeu a desclassificação para título de culpa consciente. O ministro alegou em relação à embriaguez ao volante e dolo eventual que o único modo de utilizar-se da teoria *actio libero in causa* para conduzir ao reconhecimento do dolo seria nos casos de embriaguez preordenada, aquela onde o indivíduo, com o intuito de cometer um delito, embriaga-se com o fim de ter coragem o suficiente para executar o crime. De acordo com o julgador, nos homicídios ocorridos no trânsito se deve presumir que se trata de culpa consciente.

Outros julgadores buscaram se aprimorar com a boa técnica, prezando pela aplicação da lei penal.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO DOLOSO. DESCLASSIFICAÇÃO. Homicídio. Desclassificação. A existência de indícios de embriaguez e velocidade excessiva não conduz ao entendimento de que o acusado assumiu o risco de causar a morte da vítima. Para que seja caracterizado o dolo eventual, é necessária a comprovação de que o condutor obtinha a previsão do acontecimento e indiferença quanto ao resultado. No caso de morte, esse resultado deve ser considerado e avaliado pelo acusado do fato. Deve haver demonstração de que ele se manteve indiferente com a possibilidade da morte da vítima. (...) Como se trata de acusação de homicídio, no caso dos autos não ficou demonstrado que o recorrido previamente tenha assumido o risco de causar a morte do ofendido. (...) (BRASIL, 2013, n.p.).

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, afirma que é impossível reconhecer o dolo eventual nos casos de embriaguez ao volante, uma vez que, poderia ser igualmente vítima fatal da ação.

HOMICÍDIO - CRIME DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ - DOLO EVENTUAL - AFERIÇÃO AUTOMÁTICA - IMPOSSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO - RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA.

1. Em delito de trânsito, ou se demonstra o dolo direto, ou se reduz em demasia a possibilidade do dolo eventual ante a perspectiva de que o próprio agente ativo da relação penal substantiva poderia ser, também, vítima fatal do evento a que deu causa.

2. A embriaguez não autoriza a presunção de dolo eventual, o que importaria em odiosa conclusão automática da existência de um elemento subjetivo do tipo, indemonstrado.

3. Recurso provido para desclassificar o delito para homicídio culposos.

4. Decisão por maioria (BRASIL, 2010, n.p.).

Ora, o assunto tem tido diversas adjacências nos Tribunais de Justiça Estaduais, determinados afirmando ser impossível imputar o dolo e outros admitindo ser necessário.

Para melhor entendimento sobre a doutrina, voltamos ao HC 107.801, réu Lucas Almeida Menossi que após o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, Damásio de Jesus, doutrinador, publicou um texto em seu blog na internet, opinando sobre o voto no HC supramencionado, revelando-se favorável ao ponto de que pode-se imputar o título doloso em casos de homicídio ocasionado por embriaguez ao volante.

Segundo Luiz Flávio Gomes, só se imputa o dolo eventual quando o agente concebendo o resultado, aceita e age com apatia frente ao bem jurídico. O mesmo defende o posicionamento do STF no julgamento do HC nº 107.801, que diz que a embriaguez por si só não constitui dolo eventual. Em conformidade com a explanação de Luiz Flávio Gomes, decisões que atribuem dolo eventual, são sequelas de uma “demanda populista punitivista muito forte”.

O Brasil já é, agora, o terceiro país que mais mata no trânsito. Passamos os EUA, com cerca de 40 mil mortes por ano. Há, portanto, também nessa área, uma demanda populista punitivista muito forte. Isso vem conduzindo muitas autoridades a aceitarem o dolo eventual em muitos acidentes. Ocorre que dolo eventual é uma categoria jurídica muito precisa. É de se lamentar que a pressão popular e midiática venha a interferir nessas questões puramente dogmáticas. (...) A mídia e a população emocionada muitas vezes tentam acabar com esses conceitos. Direito é direito, sociologia é sociologia. As decisões judiciais não podem ficar ao sabor do populismo penal. Tampouco se justifica a sanção penal uma imposta para os graves acidentes de trânsito (penas alternativas). Não sendo também o caso de se jogar esse condenado ao 'cadeião', só resta o meio termo: pena de prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. Mas isso depende de mudanças legislativas (GOMES, 2018, n.p.).

Perdas irreparáveis são originadas por acidentes brutais no trânsito, famílias são dizimadas, pessoas com diversos traumas. Entretanto, a questão abordada são os homicídios ocasionados por embriaguez ao volante devido a conduta do agente em que dirigindo sob a influência de álcool, causou a morte de alguém, sendo necessário definir se a conduta é criminosa, ou seja, se trata-se de homicídio e tão logo, imputar-lhe se será a título de culpa ou dolo.

Diante do exposto, fica evidente que é necessário, não só distinguir o dolo eventual da culpa consciente, como também extrair a imputação correta do agente. Deve descartar-se do cotidiano forense a ideia de que o agente embriagado que ocasiona a morte de alguém jamais poderá contrapor a título doloso, como também jamais assegurar que a imputação dolosa é regra, sempre devendo analisar o elemento subjetivo do tipo, antes de facilmente presumir uma das ideias.

CONCLUSÕES

No caminhar deste estudo, viu-se que a legislação emana adaptações com o decorrer dos anos, com o escopo de não tão somente disciplinar como também punir comportamentos ilícitos.

O aumento de veículos automotores é exorbitante e mesmo com inúmeras campanhas para diminuição do tráfego, o aumento de infrações no trânsito é incontrolável.

Com o desígnio de diminuir a quantidade de mortes causadas por embriaguez ao volante, entrou em vigor em 2008 a Lei Seca n 11.705/2008, que estabeleceu que qualquer quantidade de substâncias que alteram a capacidade psicomotora é considerada como embriaguez.

Ora, a diferenciação dos institutos do dolo eventual da culpa consciente é o primordial ponto deste artigo, onde foi possível compreender que a diferenciação entre os dois institutos não é complexa, todavia, a dificuldade encontra-se na prática. Restando claro que, para imputar a conduta dolosa é imprescindível reconhecer além da previsão do resultado ilícito, a concordância ao advento desse resultado.

Como já abordado, a culpa consciente trata-se quando o indivíduo conhece o risco, porém, acredita que não acarretará nenhum resultado lesivo. Por outro lado, o dolo eventual se consubstancia no momento em que o indivíduo assume o risco já conhecido, age, sem se importar com o resultado que pode chegar a acontecer.

A distinção entre os dois institutos é muito próxima, a diferença primordial seria quando ao adentrar a mente do autor dos fatos e assoalhar se antes da ação ele assumiu ou não o risco para o devido resultado.

Imputar a conduta àquele que, dirigindo sob o efeito de álcool emana a morte de outrem e dar-lhe o instituto de dolo ou culpa trata-se de uma tarefa complicada.

Viu-se que de acordo com a jurisprudência, salvo algumas exceções, o título de culpa tem sido o mais utilizado. O Supremo Tribunal Federal entende ser “impossível” o agente agir com dolo, uma vez que o indivíduo não arriscaria sua própria vida para causar a morte de outrem.

Devem ser analisadas as circunstâncias de cada caso isoladamente, para conferir o animus do agente. Destarte, diante da apreciação é que se verificará se o agente prevendo o resultado, o aceita e assume o risco de produzi-lo.

Por outro lado, a doutrina discorda. Existem doutrinadores que defendem a modalidade de dolo eventual e outros que denegam a perspec-

tiva de imputação dolosa nesses acontecimentos, assegurando agir com culpa consciente o indivíduo embriagado que se submerge em acidentes de trânsito no qual resulta-se a morte de alguém.

Dessa forma, entende-se que em casos de homicídios ocasionados por embriaguez ao volante, é preciso incidir a apreciação de cada caso, porquanto, tão-somente provas e resultados da conduta elucidarão se o motorista agiu com dolo ou culpa.

Deve entender-se que a técnica jurídica penal não pode ser ofuscada pela ânsia social, o crime não é nada comparado com o bem jurídico primordial que é a vida. Os fatos de cada caso devem ser analisados isoladamente, pois somente desta maneira chegará ao real ideário de justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília: Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº. 9.503 de 23 de setembro de 1997.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº. 11.705 de 19 de junho de 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Recurso em Sentido Estrito: 10322080052697001 MG.** Relator: Delmival de Almeida Campos. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116751428/rec-em-sentido-estrito-10322080052697001-mg>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso em Sentido Estrito: 20130104607 SC 2013.010460-7.** Relator: Ricardo Roesler. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23893843/recurso-criminal-rc-20130104607-s-c-2013010460-7-acordao-tjsc>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. **Recurso em Sentido Estrito: 2010302076 SE.** Relator: Edson Ulisses de Melo. Disponível em: <http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18105692/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-2010302076-se>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: 196292 PE 2011/0023113-8.** Relatora. Ministra Laurita Vaz, 16 de outubro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22350236/habeas-corporus-hc-196292-pe-2011-0023113-8-stj/relatorio-e-voto-22350238>. Acesso em: 17 de ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 107.801/SP**. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 06 de setembro de 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621651/habeas-corpus-hc-107801-sp-stf>. Acesso em: 14 nov. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10.ed. Niterói: Impetus, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Morte no trânsito, populismo penal e fundamentalismo punitivo**. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930132/mortes-no-transito-populismo-penal-e-fundamentalismo-punitivo>. Acesso em 17 nov. 2018.

JAKITAS, Renato; RIBEIRO, Bruno. **Após cinco anos em queda, mortes no trânsito têm alta de 23% em 2017**. Estadão Brasil, São Paulo. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,apos-cinco-anos-em-queda-mortes-no-transito-tem-alta-de-23-em-2017,70002306250>. Acesso em: 15 nov. 2018.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. Parte geral. Arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PARREIRAS, Núbio P. Mendes. **Aspectos do tratamento legal à embriaguez na direção após o REsp nº 1.111.566**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3295, 9 jul. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22175>. Acesso em: 03 nov. 2018.

SANTOS, Lígia Nara Martins. et al. **Congresso Brasileiro de Enfermagem**. In: Centro de Convenções do Ceará, 61, 2009, Ceará. Disponível em: http://www.abeneventos.com.br/anais_61cben/files/00462.pdf. Acesso em 14 out. 2018.

WUNDERLICH, Alexandre. **O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada**. Jus.com, 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1732/o-dolo-eventual-nos-homicidios-de-transito/1>. Acesso em: 23 set. 2018.

SOBRE OS ORGANIZADORES

Alex Ribeiro Campagnoli: possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2008). Especialização em Direito Público pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR (2009). Especialização em Direito Municipal, com formação para o magistério superior, pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2012). Coordenador Regional da Escola Superior da Advocacia de Mato Grosso do Sul – ESA/MS. Membro da Comissão de Direitos Humanos da 115ª Subseção da OAB/SP. Atualmente é professor de Direito Civil e Direito Tributário das Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR e professor responsável pelo Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, unidade universitária de Paranaíba/MS.

<https://orcid.org/0000-0001-5991-725X>

Cledione Jacinto de Freitas: possui graduação em Psicologia pela UFMS (2006). Especialização em Saúde da Família pela FEF (2008). Especialização em Direitos Humanos pela UEMS (2011). Mestrado em Psicologia pela UNESP (2014). Doutorado Psicologia pela UNESP (2019). Membro dos Grupos de Pesquisa do CNPQ: Figuras e modos de subjetivação no contemporâneo. Criminologia: Diálogos Críticos. NIPEA-PSICOM- Núcleo Interdisciplinar de Pesquisas e Estudos Aplicados em Psicologia Institucional e Comunitária.

<https://orcid.org/0000-0002-2361-1360>

Sueli da Silva Aquino: Graduada em Ciências Biológicas pela UFMS, em Pedagogia pela FIU, em Filosofia pela FIU, Especialização em Educação e Gestão Ambiental pela AEMS, Especialização em Neuropedagogia pela UNIJALES, Mestre e Doutora em Sistemas de produção pela UNESP-FEIS. Já atuou como professora no curso de Zootecnia e Biologia na UNESP-FEIS, coordenadora de Educação Ambiental no Departamento Municipal de Educação de Ilha Solteira, SP, Diretora do Departamento de Agronegócios, Pesca e Meio Ambiente. Atualmente, é professora nos cursos de Direito e Pedagogia das FIPAR, MS.

SOBRE OS AUTORES

Ana Carla Sanches Lopes Ferraz: Mestre em Direito com foco em empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social, professora das Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. e-mail: anacarlaferraz@fipar.edu.br

Ane Caroline Barbosa de Lima: Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. e-mail: anecarolineb.lima@gmail.com

Antonio Aparecido Moro Junior: Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo. Diretor Técnico Administrativo na Faculdade de Engenharia de Ilha Solteira - UNESP Campus de Ilha Solteira. Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba - FIPAR. e-mail: antonio.moro@unesp.br

Beatriz Pereira Freitas: Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. e-mail: biapereirafreitas345@gmail.com

Bruna Guimarães Ferreira: Graduanda do 10º semestre do curso de Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. e-mail: motogbrunaguimaraes@gmail.com

Bruno Garuzi Vale: Graduando em direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR). e-mail: garuzi.bruno@gmail.com

Caroline de Souza Firmino: Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. e-mail: carolainesfsouza@hotmail.com

Caroline Vitória Vieira de Paula: Graduanda do Curso de Direito/Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. e-mail: carolv170@gmail.com

Christiane Lacerda Bejas: graduada em Direito pela Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE) e em CIÊNCIAS SOCIAIS pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS), pós graduada (Mestre), no curso de Educação na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). e-mail: chrislacerda1973@hotmail.com

Ellen Cristina Correia de Vasconcelos: Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. e-mail: ellenvascpba@outlook.com

Esleismar de Oliveira Silva: Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba-FIPAR, 2020. e-mail. esleismar.silva@hotmail.com

Gabriela Santos Lopes: Graduanda em Direito pela Faculdade Integrada de Paranaíba – FIPAR. email: gabrielalopessantos9@gmail.com

Giovana Rocha Fernandes: Acadêmica de Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR). e-mail: giovanna.rfernandes@fipar.edu.br

Gleiciane de Queiroz Martins: Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. e-mail: gleicianequerozmartins@gmail.com

João Mateus Silva Leal Furtado: Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR. e-mail: joamateusleal@gmail.com

Leilane Silva Brito: Graduanda do curso de Direito/Faculdades Integradas de Paranaíba-FIPAR. e-mail. Leilanesilvabrito@gmail.com

Luciana Renata Rondina Stefanoni: Doutora em Filosofia do Direito pela PUCSP, Professora Universitária do Centro Universitário de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC, stefanoni@adv.oabsp.org.br

Luiz Henrique Alves Rosa: Especialista em Direito Processual Civil, Penal e Trabalho pelas Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR, Especialista em Direito Administrativo aplicado ao Setor Público pelas Faculdade Integradas de Paranaíba - FIPAR, docente nas Faculdade Integradas de Paranaíba – FIPAR. e-mail: luizhenrique.alves@fipar.edu.br

Marília Rulli Stefanini: Advogada. Docente nas Faculdades Integradas de Paranaíba-FIPAR e Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul –UEMS. Mestre em Direito pelo UNIVEM – Marília/SP e Doutorando em Direito pela PUC-SP. e-mail: mariliastefanini@yahoo.com.br

Maurício Morais Garcia: Graduando em direito pelo 10º Semestre das Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR). E-mail: mauriciomoraisg@gmail.com

Milena Fachini Machado: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC, miihfm@outlook.com

Otávio Augusto Cruvinel Borges: acadêmico de Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba – FIPAR, E-mail: otaviocruvinel1997@hotmail.com

Este livro foi composto pela Editora Bagai.



www.editorabagai.com.br



[/editorabagai](https://www.instagram.com/editorabagai)



[/editorabagai](https://www.facebook.com/editorabagai)



contato@editorabagai.com.br